

## Artículos

- La presunción de validez de los actos administrativos  
TOMÁS CANO CAMPOS ..... 6-28
- Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho de la norma aprobada?  
LUCÍA CASADO CASADO ..... 29-48
- Repensar la acción pública local desde nuevos modelos de gestión administrativa  
MARÍA ROSARIO ALONSO IBÁÑEZ ..... 49-68
- La progresiva apertura de los servicios públicos locales a la libre competencia  
ROBERTO GALÁN VIOQUE ..... 69-87

## Estudios breves

- El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía  
RAFAEL PIZARRO NEVADO ..... 88-103
- La infracción de abandono de animales domésticos en la Ley de Seguridad Ciudadana y en otras disposiciones penales y administrativas: concurrencia de normas punitivas y de ilícitos  
CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ ..... 104-120

## Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- La libertad del mandato representativo del electo frente a la disciplina de los partidos políticos. La STC 151/2017 un nuevo golpe a la estabilidad del gobierno local. Regulaciones estatal y autonómicas de los no adscritos  
ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA ..... 121-138
- El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre la policía local)  
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ ..... 139-160
- Mancomunidades integrales en Extremadura: estrategia, trayectoria y revisión  
FRANCISCO JAVIER DURÁN GARCÍA ..... 161-179
- Elementos comunes y diferencias de la respuesta regulatoria a los retos del alojamiento colaborativo y el alquiler de corta duración: un análisis de los títulos de intervención y las estrategias comunes en CC.AA y municipios  
ANDREA KRUIHOF AUSINA ..... 180-200

## Recensiones

- SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: *La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado*  
MILAGROSA BASCÓN JIMÉNEZ ..... 201-204
- CARBONELL, Eloísa y PIPERATA, Giuseppe (dir.), *La reforma del Gobierno Local en España e Italia*  
COVADONGA ISABEL BALLESTEROS PANIZO ..... 205-207



# reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **14**  
Nueva época  
Octubre, **2020**



ISSN: 1989-8975  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14>  
<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)  
**Secretaria:** 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 (Secretaria), 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 presunción de validez de los actos administrativos<br><i>The presumption of validity of administrative acts</i><br>TOMÁS CANO CAMPOS .....  | 6  |
| Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho de la norma aprobada?<br><i>The legal effects of omitting the initial public consultation process in the procedure for drafting general administrative provisions: invalidity ab initio of the approved rule?</i><br>LUCÍA CASADO CASADO ..... | 29 |
| Repensar la acción pública local desde nuevos modelos de gestión administrativa<br><i>Rethinking local public action from new administrative management models</i><br>MARÍA ROSARIO ALONSO IBÁÑEZ .....  | 49 |
| La progresiva apertura de los servicios públicos locales a la libre competencia<br><i>The progressive opening of local public services to free competition</i><br>ROBERTO GALÁN VIOQUE .....   | 69 |

### Estudios breves

|  |     |
|--|-----|
| El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía<br><i>The social agreement for the provision of Early Childcare in Andalusia</i><br>RAFAEL PIZARRO NEVADO .....   | 88  |
| La infracción de abandono de animales domésticos en la Ley de Seguridad Ciudadana y en otras disposiciones penales y administrativas: concurrencia de normas punitivas y de ilícitos<br><i>The domestic animals abandonment infringement in the citizen security law and other criminal and administrative provisions: punitive rules for coexistence and concurrent offences</i><br>CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ ..... | 104 |

### Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

|   |     |
|---|-----|
| La libertad del mandato representativo del electo frente a la disciplina de los partidos políticos. La STC 151/2017 un nuevo golpe a la estabilidad del gobierno local. Regulaciones estatal y autonómicas de los no adscritos<br><i>The freedom of the representative mandate of the elect from the discipline of the political parties. STC 151/2017 a new blow to the stability of the local government. State and autonomic regulations of non-inscrits councillors</i><br>ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA ..... | 121 |
|---|-----|

|   |     |
|---|-----|
| El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre la policía local)<br><i>The exercise of functions of authority by interim civil servants (in relation to jurisprudence on the local police force)</i>   |     |
| JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ .....   | 139 |
| Mancomunidades integrales en Extremadura: estrategia, trayectoria y revisión<br><i>Integral municipal associations in Extremadura: strategy, trajectory and review</i>  |     |
| FRANCISCO JAVIER DURÁN GARCÍA .....   | 161 |
| Elementos comunes y diferencias de la respuesta regulatoria a los retos del alojamiento colaborativo y el alquiler de corta duración: un análisis de los títulos de intervención y las estrategias comunes en CC.AA y municipios<br><i>Common elements and differences in the regulatory response to peer-to-peer accommodation and short-term rentals: an analysis of the title of intervention and the common strategies in regional and local institutions</i> |     |
| ANDREA KRUTHOF AUSINA .....   | 180 |

## Recensiones

|   |     |
|---|-----|
| SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: <i>La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado</i> |     |
| SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado        |     |
| MILAGROSA BASCÓN JIMÉNEZ .....  | 201 |
| CARBONELL, Eloísa y PIPERATA, Giuseppe (dir.), <i>La reforma del Gobierno Local en España e Italia</i>                |     |
| CARBONELL, Eloísa & PIPERATA, Giuseppe, La reforma del Gobierno Local en España e Italia                              |     |
| COVADONGA ISABEL BALLESTEROS PANIZO .....   | 205 |



REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 10-08-2020  
Modificado: 15-09-2020  
Aceptado: 15-09-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10851>  
Páginas: 6-28

## La presunción de validez de los actos administrativos<sup>1</sup>

### *The presumption of validity of administrative acts*

Tomás Cano Campos

Universidad Complutense de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2268-9681>

[tcano@der.ucm.es](mailto:tcano@der.ucm.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Sus líneas de investigación se centran en la invalidez de los actos y de las normas, las sanciones administrativas, los contratos públicos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el tráfico, los transportes y la movilidad.

#### RESUMEN

La presunción de validez de los actos administrativos está expresamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico y es habitualmente utilizada en el razonamiento práctico y teórico de los juristas. Pero es una figura cuestionada, pues no sólo se discute su naturaleza de verdadera presunción, sino también el fundamento en que se apoya y su propia utilidad o función. En el presente trabajo, tras realizar una serie de precisiones conceptuales y analizar su naturaleza jurídica, destaco que el fundamento de la presunción de validez reside en razones institucionales ligadas a la estabilización de expectativas y de situaciones jurídicas, por lo que desempeña una importante función al servicio de la seguridad jurídica y del funcionamiento eficaz del sistema, y defendiendo que tiene una mayor capacidad explicativa, analítica e, incluso, directiva que otros conceptos que se han propuesto en su lugar, por lo que tiene una clara utilidad en la construcción de una teoría del acto administrativo.

#### PALABRAS CLAVE

Actos administrativos; ejecutividad; presunciones; validez; presunción de validez.

#### ABSTRACT

The presumption of validity of administrative acts is expressly included in our legal order and is usually used in the practical and theoretical reasoning of jurists. But it is a questioned legal concept, since not only is its nature of legal presumption discussed, but also the foundation on which it rests and its own usefulness or function. In the present paper, after making a series of conceptual analysis and studying its legal nature, I emphasize that the foundation of the legal presumption of validity resides in institutional reasons linked to the stabilization of expectations and legal situations, which is why it plays an important role in service of legal certainty and the effective operation of the system. I also defend that it has a greater explanatory, analytical and even directive capacity than other legal concepts that have been proposed in its place, for which it has a clear utility framing a general administrative legal act theory.

#### KEYWORDS

Administrative legal acts; enforcement; presumptions; validity; presumption of validity.

<sup>1</sup> Grupo de Investigación "Las transformaciones del Estado y la autonomía Local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa", de la Universidad Complutense de Madrid. He realizado una primera aproximación al tema, mucho más sintética, en el Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector público, dirigido en 2017 por E. Gamero Casado, y en el libro homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, coordinado, también en 2017, por Luis Míguez Macho y Marcos Almeida Cerrada.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EXISTENCIA. 3. EFICACIA. 4. EJECUTIVIDAD. 5. VALIDEZ. 6. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ: ¿VERDADERA PRESUNCIÓN? 7. LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN. 8. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ. 9. EFECTOS DE LA PRESUNCIÓN. 10. ÁMBITO OBJETIVO DE LA PRESUNCIÓN: SU APLICACIÓN A TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. 11. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ Y ¿PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD? 12. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en términos idénticos al art. 57.1 de la Ley 30/1992, dispone que: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo *se presumirán válidos* y producirán efectos desde la fecha en que se dicten». La presunción de validez de los actos administrativos, además de en este precepto, esta consagrada también con carácter general, aunque con otro nombre, en la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuyo art. 4.1.e) reconoce expresamente a los municipios, las provincias y las islas «la *presunción de legitimidad* y la ejecutoriedad de sus actos».

La presunción de validez, según parece, tendría su origen en el Derecho regio intermedio, donde se mantenía la *praesumptio pro se* de las decisiones del príncipe, y de ahí habría pasado a formar parte, ya con el constitucionalismo, de la denominada autotutela de la Administración<sup>2</sup>.

Se trata de una figura utilizada habitualmente por la Administración, por los jueces y por los juristas en sus razonamientos prácticos y teóricos. Pero es una categoría discutida, pues no sólo se ha puesto en duda su naturaleza de verdadera presunción, lo que es una cuestión menor, sino también el fundamento en que se apoya y su propia utilidad o función en el sistema normativo. Algunos autores la han cuestionado frontalmente porque la consideran por completo innecesaria y entienden que los efectos que se le atribuyen derivarían ya de otras categorías existentes, como la ejecutividad de los actos administrativos<sup>3</sup>. Pero otros, por el contrario, la han ensalzado con especial entusiasmo y lucidez destacando su importancia y funcionalidad<sup>4</sup>.

En el presente trabajo, sostengo la diferencia conceptual entre la presunción de validez de los actos administrativos y su ejecutividad, su conexión causal y la utilidad de ambas figuras en la teoría del acto administrativo. Para ello realizaré, en primer lugar, una serie de precisiones conceptuales previas, como la fijación del hecho jurídico o institucional a partir del cual se presume la validez (la existencia del acto), la cualidad o cualificación jurídica que se presume (su validez o adecuación a Derecho), así como la eficacia del acto y su ejecutividad, las cuales derivan realmente de la existencia del acto y no de su validez, pero se ven claramente reforzadas con la presunción. Tras ello, analizaré la naturaleza jurídica de la presunción de validez, cuál es su fundamento y su función en el ordenamiento, qué significado y efectos tiene y cuál es su ámbito de aplicación. Por último, trataré de justificar por qué no me parece necesario distinguir entre una presunción de validez y otra de legalidad y ofreceré unas conclusiones para terminar.

## 2. EXISTENCIA

El art. 39 de la LPAC, al disponer que los actos administrativos «se presumirán *válidos* y producirán efectos desde la fecha en que se *dicten*», contempla distintos aspectos de los actos, lo que requiere su diferenciación conceptual.

<sup>2</sup> Sobre sus orígenes, J. L. VILLAR PALASÍ (2001): *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, págs. 27-30; J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA (1999): *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, Servicio de publicaciones de la UCM, págs. 148-149. Vid. también, con *más matices y otros posibles orígenes históricos*, R. LETELIER WARTENBERG (2011): *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 238-243.

<sup>3</sup> Hacen una crítica frontal, R. LETELIER WARTENBERG (2011: 254-258); D. MARÍN-BARNUEVO FABO (2018): "Presunciones legales, disposiciones supletorias y verdades interinas. La presunción de validez de los actos administrativos", en M. VAQUER CABALLERÍA, A. M. MORENO MOLINA y A. DESCALZO GONZÁLEZ (coords.), *Estudios de Derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 1.273-1.301.

<sup>4</sup> La ha defendido en un profundo, metódico y sugestivo estudio, cuyas tesis centrales comparto, M. REBOLLO PUIG (2005): "La presunción de validez", en *REDA*, núm. 128, págs. 587-638.

Un primer aspecto, previo a todos los demás, es el momento en que el acto es dictado por la Administración, momento a partir del cual el acto adquiere *existencia* (jurídica). A partir de ese momento, el acto se presume válido o conforme a Derecho (aunque puede realmente no serlo), debe ser acatado por todos y produce efectos jurídicos (aunque puede no producirlos para sus destinatarios, por ejemplo, si está sometido a una condición suspensiva o es precisa su notificación). A ese primer aspecto, esto es, al simple hecho de que el acto haya sido dictado por la Administración, se le puede denominar existencia<sup>5</sup>. Puede afirmarse, en cierto modo, que la existencia del acto no es propiamente un predicado, pues el existir algo no es una cualidad de nada, sino el presupuesto o condición previa de todas las cualidades de ese algo (de su eficacia, de su validez, de su ejecutividad, etc.)<sup>6</sup>.

La *existencia* del acto administrativo no depende de la concurrencia de todos los denominados elementos del acto (que, en rigor, son requisitos de validez), sino sólo de la presencia de algunos de ellos. Pero el Derecho positivo, como también ocurre en el caso de las normas, no establece expresamente cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para la existencia del acto (lo que algunos denominan su validez constitutiva), esto es, aquellos requisitos mínimos que hacen que el acto pueda ser reconocido como tal, de modo que, generalmente, será preciso el pronunciamiento autoritativo (esto es, vinculante o investido de autoridad) de algún órgano competente para que deje de contar como tal acto y no produzca los efectos que al dictarlo pretende la Administración<sup>7</sup>.

Por eso, las precisiones quizá no puedan ir más allá de considerar que estaremos en presencia de un acto administrativo cuando una declaración o decisión de un caso concreto se pueda imputar a una Administración. Se pueden poner algunos ejemplos (extravagantes) en que esos requisitos mínimos no se dan y, por tanto, no hará falta el referido pronunciamiento, pero nada más. Por ejemplo, una orden de derribo impuesta por un particular, una concesión demanial otorgada por un grupo de estudiantes en una clase práctica o una sanción privativa de libertad impuesta por un alcalde. Pero, en estos casos, estaremos ante un no-acto, ante algo que no es nada para el Derecho. No estaremos ante ningún resultado institucional (porque el particular o los estudiantes no tienen conferido el poder de dictar actos administrativos ni un alcalde el de imponer una sanción tal, por lo que no se puede imputar a la Administración), sino ante una acción natural. Se trata de algo que, ni siquiera *prima facie*, aparece como una instancia de aquello que pretende ser: un acto administrativo.

Sin embargo, cuando esa apariencia mínima de acto si se da (por ejemplo, hay una falsificación de la orden o de la concesión o el alcalde impone de plano otro tipo de sanción), ya no podremos considerar que no se trata de un acto administrativo. A ello coadyuva el propio poder de que goza la Administración para ejecutar forzosamente sus decisiones, de modo que toda decisión capaz de producir cualquier tipo de efecto que la Administración pueda imponer forzosamente debe considerarse acto administrativo y su destinatario no podrá limitarse a desconocerlo sin más. De ahí que, numerosos autores consideren la figura de la inexis-

---

<sup>5</sup> Hay autores que hablan de perfección del acto, pero en un sentido distinto al de existencia, reflejado en el texto, pues afirman que un acto es perfecto cuando ha sido dictado por el órgano competente y con arreglo al procedimiento establecido o cuando en su producción concurren todos sus elementos esenciales. Vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS (1991): *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, pág. 333; R. BOCANEGRA SIERRA (2012): *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, pág. 122; R. PARADA VÁZQUEZ (2017): *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Madrid, Dykinson, pág. 66; F. GARRIDO FALLA (1994): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, que identifica perfección con validez (pág. 497). Pero la competencia del órgano que dicta el acto y su aprobación con arreglo al procedimiento legalmente establecido son, realmente, requisitos para su validez. Por ello, un acto dictado por un órgano incompetente o prescindiendo del procedimiento legalmente establecido podrá ser considerado inválido, de modo que, precisamente porque goza de presunción de validez, su destinatario o la Administración podrán reaccionar contra él con los instrumentos previstos para ello por el ordenamiento, pero no podrá decirse, ni tales sujetos considerar, que el acto no existe.

<sup>6</sup> Solo de normas o actos que, de algún modo, han llegado a existir, o bien hablando de ellos en términos hipotéticos, se podrá predicar algo. Cfr. J. R. CAPELLA (1999): *Elementos del análisis jurídico*, Madrid, Trotta, pág. 85; M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003): "Seis acotaciones para una teoría de la validez jurídica", *Doxa*, núm. 26, señalan, en la misma línea, que el planteamiento de cuestiones como la validez presupone la existencia del resultado institucional de que se trate (una ley, una sentencia, un contrato, un acto, etc.), pág. 727.

<sup>7</sup> R. GUASTINI (2010): *Le fonti del Diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, dice, por eso, que no es posible trazar una línea clara de demarcación entre invalidez e inexistencia: los dos conceptos, por así decir, se difuminan o desvanecen el uno en el otro (pág. 264). El límite entre lo irrelevante jurídicamente (lo inexistente como acto) y lo inválido, pero existente, depende de creencias, prácticas, etc., que es imposible reconstruir con precisión. Se trata de la tensión, difícil de eliminar, entre la dimensión fáctica del Derecho visto como fenómeno social y el Derecho visto como un sistema de normas que disciplina su propia creación. Vid. M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003: 726); A. RÓDENAS CALATAYUD (2009): "Los enredos de la validez: tres distinciones para no perderse", en *Teoría del Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 6, pág. 178.



tencia de escasa utilidad en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo<sup>8</sup>. Aunque otros no la descartan para casos evidentes y groseros como los señalados, en los que puede afirmarse que no hay realmente un acto administrativo, y cuyo régimen sería el que la teoría clásica y el Derecho Administrativo de otros países atribuyen a la nulidad de pleno derecho: el acto inexistente no gozaría de presunción de validez y no sería obligatorio, por lo que podría ser desconocido por cualquiera y no sería susceptible de ejecución forzosa<sup>9</sup>.

### 3. EFICACIA

La manifestación primaria de la existencia del acto administrativo es su eficacia y ejecutividad. La existencia, y no la validez, es ya condición suficiente para que el acto sea ejecutivo y eficaz.

La eficacia es la capacidad de los actos (o de las normas) para producir efectos jurídicos. Por ejemplo, se habla de eficacia retroactiva de una norma o de un acto para referirse a la capacidad para producir efectos con relación a situaciones o supuestos producidos con anterioridad a su entrada en vigor o a la emanación del acto; se dice que la notificación es condición de eficacia del acto para significar que un acto no produce efectos jurídicos para sus destinatarios (en particular si le perjudican) antes de que aquélla se produzca; se afirma que la eficacia de la ley es distinta a la de los actos o los contratos porque aquélla es productora de efectos *erga omnes*, mientras que éstos sólo son idóneos para producir efectos *inter partes*.

Un acto administrativo es eficaz cuando produce los efectos jurídicos que le son propios, lo cual depende de su contenido: la calificación normativa de una conducta como obligatoria, permitida o prohibida; la atribución, el reconocimiento o negación de una calificación institucional a una clase de personas (por ejemplo, a los afectados por una sequía, un terremoto o una pandemia), a un objeto (por ejemplo, su calificación como bien mueble) o a un estado de cosas (por ejemplo, la declaración de zona catastrófica); etc. Pero el acto no sólo produce efectos respecto de sus destinatarios, sino también en relación a la propia Administración que lo ha dictado, a otras Administraciones y a cualquier tercero que de algún modo pueda verse afectado<sup>10</sup>.

La eficacia jurídica pertenece a un mundo convencional e institucional como es el Derecho, no al mundo físico o de la realidad<sup>11</sup>. La eficacia del acto no son los efectos de hecho que produce en la realidad, sino los efectos de Derecho, el cambio jurídico que origina en función de su contenido<sup>12</sup>. Por ello, la eficacia jurídica

<sup>8</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, 2.ª ed., Madrid, IEA, pág. 207; C. CHINCHILLA MARÍN (1993): "Nulidad y anulabilidad", en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, pág. 194; M. BELADIEZ ROJO (1994b): "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación", en *RAP*, núm. 133, 1994, págs. 155 y ss.; J. GARCÍA LUENGO (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Civitas, págs. 78 y ss.; G. DOMÉNECH PASCUAL (2002): *La invalidez de los reglamentos*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 201 y ss.

<sup>9</sup> M. REBOLLO PUIG (2018): "La invalidez del acto administrativo", en M. REBOLLO PUIG y D. VERA JURADO (dirs.): *Derecho Administrativo*, tomo II, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, pág. 116. *Vid.* también S. MUÑOZ MACHADO (2017): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público General. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*, 2.ª ed., Madrid, BOE, pág. 84. El Código Europeo de Contratos, conocido coloquialmente como Anteproyecto de Pavía, recoge, junto a la nulidad y la anulabilidad, la *inexistencia* del contrato, que tiene lugar, según dispone su art. 137.1, cuando «un hecho, un acto, una declaración o situación es reconocible externamente pero no identificable socialmente como un contrato», y que, según precisa el art. 138, «determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual», por lo que «cualquier interesado puede actuar como si no existiese el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción».

<sup>10</sup> R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 126-127). Algunos autores, siguiendo a la doctrina alemana, distinguen entre una eficacia externa (inmediata o formal) y una eficacia interna (práctica o mediata). La eficacia externa sería el conjunto de consecuencias adjetivas o formales (el acto con eficacia externa puede constituir la resolución de un procedimiento, es susceptible de impugnación y puede ser objeto de conversión) que se producen a partir del momento en que se dicta el acto y no necesariamente con su notificación. Mientras que la eficacia interna aludiría la vigencia de la regulación que el acto incorpora, a la producción de efectos o consecuencias que derivan del contenido del acto. *Vid.* J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1991: 334); F. VELASCO CABALLERO (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, pág. 85; R. BOCANEGRA SIERRA (2011): "La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos", *REDA*, núm. 152, págs. 778-779.

<sup>11</sup> A. NIETO GARCÍA (1994): "Estudio preliminar", al libro de M. BELADIEZ ROJO: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, pág. 20; R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 126); J. GARCÍA LUENGO (2002: 249). En la teoría del Derecho, entre otros, R. GUASTINI (1999) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (traducción de J. FERRER I BELTRÁN), Barcelona, Gedisa, pág. 321; L. PRIETO SANCHÍS (2005), *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, págs. 83-85; L. FERRAJOLI (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, págs. 251, 268. Consideran, por el contrario, que la eficacia es un dato empírico J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975: 159-161 y 175); J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA (1999: 154); y, de forma insistente, V. S. BACA ONETO (2006): *La invalidez de los contratos*, Cizur Menor, Thomson Civitas, págs. 44-45, 55, 77, 79.

<sup>12</sup> En rigor, la eficacia jurídica de una norma es distinta de su eficacia fáctica o real. Comúnmente, se llama «efectiva» a una norma que es generalmente obedecida (cumplida, si establece mandatos; observada, si establece prohibiciones). *Vid.* R. GUASTINI

se produce con independencia de la subsiguiente acción u omisión de otros actos que sean actuaciones de dichos efectos, las cuales no siempre son precisas o necesarias. Así, la eficacia de una orden de demolición, es la obligación de demoler (no la efectiva destrucción del edificio); la de una multa, la obligación de pagarla (no la efectiva realización del pago); la de una licencia de caza o edificación, el derecho a cazar o a edificar (no la realización de la actividad cinegética o la efectiva construcción del edificio). Si la eficacia jurídica se moviera en el terreno de los hechos, no cabría hablar, por ejemplo, de una eficacia retroactiva de los actos administrativos como hace el art. 39.3 LPAC, pues lo que ocurre en el terreno de la realidad no puede retrotraerse en el tiempo (el pasado no es modificable materialmente). Lo que sí puede ocurrir, y a eso es a lo que realmente alude la eficacia retroactiva, es que se tomen en consideración hechos ya acaecidos para atribuirles, desde ahora y en adelante, determinados efectos jurídicos, es decir, que las normas o los actos realicen una valoración jurídica de hechos del pasado y les atribuyan determinadas consecuencias jurídicas para el futuro.

Pero, aunque por eficacia jurídica se entienda una modificación o cambio jurídico cualquiera, es lo cierto que al hablar de efectos se piensa de inmediato en los resultados prácticos o materiales que constituyen el objetivo o resultado final al que tienden los sujetos de Derecho. Ello es inevitable ya que, aunque la eficacia jurídica pertenece al plano estrictamente jurídico, trata de proyectarse sobre la realidad, pues para eso se aprueba una norma, se dicta un acto o se celebra un contrato. Así, por ejemplo, en la licencia de obras lo que interesa es la construcción del edificio, en una orden de desalojo de un local la salida efectiva de quienes se hallan en su interior, en la sanción pecuniaria el pago de la multa por el responsable de la infracción, etc. Por eso, uno de los significados que los juristas atribuyen al término eficacia alude, precisamente, a la consecución de los fines o resultados pretendidos en el terreno de los hechos. Así, en el discurso sociológico jurídico, y también en contextos de teoría general del Derecho, se dice que una norma o un acto son «eficaces» cuando son efectivamente usados, observados o aplicados o cuando alcanza el resultado o la finalidad pretendida. En estos contextos, una norma o un acto puede ser más o menos cumplido u observado, esto es, su cumplimiento admite gradaciones porque se puede medir empíricamente.

Pero, por lo general, en el lenguaje jurídico el término «eficacia», predicado de los actos o de las normas, alude a sus efectos o consecuencias jurídicas, por lo que para aludir a la materialización de tales efectos parece más correcto utilizar el término «efectividad» o hablar de eficacia fáctica o real o, simplemente, de mutación de la realidad, lo cual puede tener lugar bien porque el particular cumple voluntariamente el acto, bien porque la Administración lo ejecuta forzosamente<sup>13</sup>. En cualquier caso, como se precisará de inmediato, hay actos administrativos que no requieren de materialización alguna y, por tanto, no necesitan ser cumplidos por su destinatario ni pueden ser ejecutados por la Administración.

#### 4. EJECUTIVIDAD

La ejecutividad es la cualidad de los actos administrativos para producir sus efectos jurídicos de forma imperativa, vinculante e inmediata. Es la forma de ser de la eficacia de los actos administrativos. El acto administrativo, al gozar de ese atributo de la ejecutividad, tiene *per se* fuerza obligatoria o vinculante, de modo que todos los sujetos a los que afecte deben actuar conforme a lo que dispone su contenido al declarar el Derecho en el caso concreto. En definitiva, la ejecutividad supone que el acto debe ser generalmente observado, acatado y obedecido.

En ocasiones, se afirma que la ejecutividad supone la obligatoriedad de cumplimiento inmediato del acto por parte de sus destinatarios so pena de ser ejecutados por la propia Administración<sup>14</sup>. Pero hay que tener en cuenta que, sin perjuicio de ese carácter vinculante del acto para todos los sujetos a los que pueda afec-

---

(2016): *La sintaxis del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, pág. 121. Como también señala L. PAREJO ALFONSO (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*, núm. 1, «a las normas jurídicas es inherente la pretensión de efectividad o, lo que es lo mismo, de hacerse realidad», por lo que «precisan ser seguidas de un conjunto de actividades dirigidas derechamente a ajustar aquella realidad a sus proposiciones» (pág. 5).

<sup>13</sup> Habla de efectividad, L. FERRAJOLI (2011: 426-427).

<sup>14</sup> S. MUÑOZ MACHADO (2017: 75). El *Diccionario del Español Jurídico* define la ejecutividad como la propiedad de los actos administrativos que implica su capacidad para producir efectos y la obligación de ser acatados por sus destinatarios desde el momento en que se dictan, salvo en los supuestos en que la ley permite la suspensión de su eficacia, pudiendo la propia Administración exigir su ejecución.

tar, la exigencia de cumplimiento inmediato del acto por el interesado, bajo la amenaza de ejecución forzosa por la Administración, sólo concurre realmente en los actos administrativos que le imponen una obligación, pero no en los que le reconocen u otorgan un derecho (cuya eficacia consiste en la facultad de ejercerlo), en los de carácter constitutivo (que tampoco precisan por parte de su destinatario de ningún acto de aplicación), o en aquellos en los que la obligación se impone a la propia Administración (reconocimiento de un trienio, otorgamiento de una ayuda o subvención). En estos casos, la obligada es la propia Administración, que debe abstenerse de obstruir el ejercicio del derecho o, en su caso, debe realizar los actos de aplicación que exige el contenido del acto sin necesidad de un incumplimiento previo (que ni existe ni puede existir) por parte de su destinatario.

En los actos de carácter constitutivo, una vez dictados, ni siquiera es preciso que la Administración realice algo más, pues producen por sí solos los resultados finales a los que tienden. Por ejemplo, la nacionalización de una persona, la inscripción en el Padrón municipal o la jubilación de un funcionario, en los que, para conseguir el resultado pretendido (la adquisición de la nacionalidad, la condición de vecino o la pérdida de la condición de funcionario), no es preciso que la Administración realice algo más, ya que surten efectos y éstos se materializan desde el momento de su emisión/notificación.

La ejecutividad de los actos administrativos se prevé, con carácter general, en el art. 38 de la LPAC, a tenor del cual los «actos de las Administraciones Públicas serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», así como en el art. 98 que, con el rubro de *ejecutoriedad*, dispone que: «Los actos de las Administraciones Públicas serán inmediatamente ejecutivos, salvo que: a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto. b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora...». Es una manifestación del poder de autotutela (declarativa) de la Administración, en virtud de la cual puede, sin el auxilio de los Tribunales, declarar, crear, modificar o extinguir de forma unilateral e imperativa situaciones jurídicas subjetivas (derechos, obligaciones, deberes, cargas, permisos, etc.).

La ejecutoriedad alude, en realidad, a la posibilidad de ejecución forzosa por parte de la Administración, pero, como se acaba de ver, no todos los actos administrativos son susceptibles de ejecución forzosa porque no todos tienen un contenido obligacional. Por eso, como se ha dicho expresivamente, «la autotutela ejecutiva no es la continuación natural e insoslayable de la autotutela declarativa»<sup>15</sup>.

## 5. VALIDEZ

Mientras que para que un acto administrativo exista, y sea eficaz, es preciso únicamente que sea dictado de conformidad con *algunas* de las normas que regulan su producción (que pueda imputarse a una Administración, que se exteriorice de algún modo), para que sea válido es preciso, además, que se adecue a todas las normas que regulan su emanación y condicionan su contenido, salvo a aquellas de tipo formal cuya infracción da lugar a las denominadas irregularidades no invalidantes. Por lo tanto, existencia y validez son categorías diferentes.

La *validez* también es distinta de la eficacia y de la ejecutividad. Primero, porque, como se adelantó, condición suficiente de eficacia de un acto no es su validez, sino su existencia y, generalmente, su notificación. El ordenamiento dispone que si no concurre ninguna causa de demora de la eficacia (art. 39.1 y 2 LPAC), el acto sea eficaz desde el momento en que se dicta, aunque no sea válido o conforme a Derecho. Segundo, porque el acto puede ser válido (cumple todos los requisitos formales y materiales de validez que exige el ordenamiento) pero ineficaz porque concorra alguna causa de demora de la eficacia. Tercero, porque, como veremos, en virtud de la presunción de validez, hasta que un órgano competente para ello no declare su invalidez, el acto y los efectos jurídicos que ha desplegado, sigue desplegando o va a desplegar gozan del respaldo del Derecho por muchos vicios o irregularidades invalidantes que presente y por muy graves que éstas sean. Se produce así, una escisión entre validez y eficacia, que da lugar a que puedan producirse (y materializarse) efectos jurídicos no conformes a Derecho. Los efectos producidos y eventualmente materializados por un acto que incurre en irregularidades invalidantes no son jurídicamente protegibles, pero hasta su anulación el acto es jurídicamente eficaz por imposición del propio ordenamiento. Parte del enredo y confusión que hay en torno a la invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias creo

<sup>15</sup> J. BARCELONA LLOP (2017): «La ejecución forzosa de los actos administrativos: régimen general. La prohibición de acciones posesorias», en E. GAMERO CASADO (dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 2.232.

que se debe a que no se tienen en cuenta estos dos momentos temporales y a que no se precisa en cuál de ellos se sitúa el discurso.

La validez es un concepto comparativo, es un juicio de relación entre un resultado institucional (en nuestro caso, un acto administrativo, pero también una norma, un contrato, una sentencia, etc.) y las normas que regulan su producción. Como es sabido, las acciones y los resultados institucionales son aquellos que no son posibles en ausencia de reglas constitutivas, es decir, de reglas que crean la posibilidad de dichas acciones y resultados. Así, por ejemplo, mientras que acciones y resultados como matar y estar muerto son posibles en ausencia de normas, y el concepto no depende de regla alguna, acciones como aprobar una ley, celebrar un contrato o dictar una sentencia o un acto y sus correspondientes resultados (ley, contrato, sentencia, acto jurídico) solo son posibles de acuerdo con reglas del referido tipo, en concreto de las reglas constitutivas que confieren poderes (lo que conocemos como normas de competencia)<sup>16</sup>. Por eso, en el ámbito jurídico, la validez es una cualidad que se puede predicar de distintas acciones y resultados institucionales: de las normas, de los actos jurídicos que las aplican (actos administrativos, actos procesales, etc.), de los actos de autonomía privada (contratos, testamentos, donaciones, etc.) o de cláusulas particulares de tales actos (cláusulas contractuales, testamentarias, accesorias, etc.)<sup>17</sup>.

El Derecho establece que un resultado institucional es válido cuando reúne los requisitos establecidos por las normas que regulan su producción y determinan su contenido. Se habla de *validez formal* cuando el acto se ha dictado de conformidad con (algunas de) las normas que regulan su producción y, más concretamente, cuando ha sido dictado por el órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido y en la forma requerida. Se habla de *validez material* cuando la norma es compatible con las normas del sistema que limitan su contenido<sup>18</sup>. Por tanto, un acto administrativo es válido en la medida en que haya sido dictado de conformidad con las normas que regulan su producción y predeterminan su contenido. Aunque el acto también es válido cuando infringe determinadas normas que regulan su producción, pero el ordenamiento califica la irregularidad como no invalidante. A tales requisitos alude el art. 34 de la LPAC (dentro del capítulo dedicado a los requisitos de los actos administrativos), cuando establece que los actos que dicten las Administraciones Públicas se deben producir por el órgano competente, ajustándose al procedimiento establecido y con un contenido determinado y adecuado a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, las reglas que regulan la emanación de los actos administrativos no sólo son normas constitutivas, secundarias o que confieren poderes (normas de competencia, según una terminología más próxima a nosotros), sino también normas regulativas, primarias o deónticas (las que establecen obligaciones, prohibiciones o permisos), que disponen como han de ser usados los poderes conferidos a la Administración. Tales normas establecen y regulan los casos en los que procede actuar la potestad en cuyo ejercicio se dicta el acto, el procedimiento que ha de seguirse para ello, la finalidad que debe perseguirse, la forma en que se puede exteriorizar, etc., de modo que un uso de tales potestades vulnerando estas normas no determina la inexistencia o no consecución del acto como resultado institucional, sino su irregularidad y, eventualmente, su invalidez<sup>19</sup>.

Estas normas sobre la producción de los actos administrativos, que establecen sus requisitos de validez, son las que regulan o se refieren a los tradicionalmente conocidos como elementos del acto<sup>20</sup>. Pero, en realidad, los denominados elementos del acto son, en su mayor parte, requisitos para su validez<sup>21</sup>. Ni siquie-

<sup>16</sup> Vid. M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003: 719); J. A. PÉREZ LLEDÓ (2015): "Normas constitutivas: reglas que confieren poderes, reglas puramente constitutivas. Las definiciones", en D. GONZÁLEZ LAGIER (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, págs. 28 y ss.

<sup>17</sup> Vid. R. GUASTINI (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (traducción de J. FERRER I BELTRÁN), Barcelona, Gedisa, pág. 319. Un esquema ordenado de todo aquello que puede ser calificado como válido o inválido, en M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003: 722).

<sup>18</sup> Pero la validez formal no se corresponde con la existencia o validez constitutiva ni la validez material con la validez regulativa. Vid. A. RÓDENAS CALATAYUD (2009: 183); R. GUASTINI (2010: 256-258).

<sup>19</sup> Cfr. M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003: 725). Sustancialmente coincidente, R. GUASTINI (1999: 324 y ss.). Sobre las normas constitutivas o que confieren poderes, vid. M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2007): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4.ª ed., Barcelona, Ariel, págs. 69 y ss.; J. A. PÉREZ LLEDÓ (2015: 27 y ss.).

<sup>20</sup> Como señaló S. CASSESE (1995): *Le basi del diritto amministrativo*, 3.ª ed., Torino, Garanti, «un poco por no haber vinculado hasta el fondo el acto administrativo con la función y la organización, un poco por la influencia ejercida por la dogmática privatista, que analiza una realidad hecha por personas físicas, el capítulo del Derecho administrativo relativo a los elementos de los actos administrativos está lleno de expresiones antropomórficas, como voluntad, vicio...» (pág. 336). En el mismo sentido, R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 80).

<sup>21</sup> En este sentido, A. GALLEGU ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH (2001): *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, págs. 195 y ss.; J. GARCÍA LUENGO J. (2002: 96); R. BOCANEGRA SIERRA (2011: 80) y (2012: 80); R. LETELIER

ra forman parte estructural del acto, sino que se contemplan en la norma que confiere el poder en virtud del cual el acto se dicta o en otras normas del sistema que determinan la Administración y el órgano competente, el procedimiento a seguir, el presupuesto de hecho, el fin, etc.<sup>22</sup>.

La LPAC se ocupa de tales requisitos en los arts. 34 a 36, pero el ordenamiento se centra, sobre todo, en su ausencia o infracción (arts. 47 y 48 LPAC) y en los instrumentos técnicos para declarar la invalidez que resulta de tales infracciones (arts. 106 a 110 LPAC; arts. 25 y ss. LJCA, etc.), ya que, en un sistema institucionalizado como el Derecho, la última palabra sobre la validez o invalidez de un acto (o una norma, o una sentencia, etc.) la tienen, con carácter imperativo, determinados órganos del Estado. Tales requisitos de validez, como ya se ha anticipado, pueden ser de tipo formal (validez formal) o de tipo material (validez material)<sup>23</sup>.

Cuando falta uno de los requisitos que dan lugar a la invalidez del acto, pero ésta ya no se puede declarar (por ejemplo, porque el acto no se haya recurrido en plazo o ya no se pueda revisar de oficio al operar los límites de la revisión), el acto no es por ello válido o conforme a Derecho, como tampoco lo es cuando el propio ordenamiento proteja y mantenga sus efectos, a pesar de que incurra en vicios de nulidad o de anulabilidad. En el primer caso, el paso del tiempo no hace válido lo inválido, lícito lo ilícito o regular lo irregular, como tampoco cabe pensar que el tiempo prive al acreedor de su condición de tal o convierta el asesinato en una acción lícita; y, sin embargo, el crédito y la acción para perseguir el delito están sujetos a la disciplina del tiempo, es decir, a plazos de prescripción<sup>24</sup>. Frente a lo que a veces se afirma, el transcurso del tiempo no sana o convalida la irregularidad, sino que hace que ésta deje de ser relevante para el Derecho. La irregularidad subsistirá, pero por razones de seguridad jurídica ya será tarde para discutir si existe o no y la situación creada por el acto ya no podrá removerse. La firmeza de un acto no implica necesariamente su validez.

En el segundo supuesto, el que se mantengan los efectos de un acto incluso declarado inválido es la consecuencia que el Derecho anuda a otros principios del sistema. Pero tales principios no se erigen en canon de validez del acto, por lo que éste no puede considerarse conforme a Derecho. Si consideráramos que, en estos casos, el acto es válido, no se explicaría por qué en ocasiones los efectos que se mantienen no son los mismos que los que se derivan del propio acto (por ejemplo, en las expropiaciones declaradas nulas, una indemnización superior al justiprecio por la privación de la propiedad)<sup>25</sup>. Además, con esa forma de entender la validez no se formula juicio alguno de reproche a la Administración cuando vulnera la legalidad a la que está sujeta. Y el concepto de validez se esfuma o difumina en el de eficacia.

## 6. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ: ¿VERDADERA PRESUNCIÓN?

Aclarados (o estipulados) tales conceptos, cuya conexión se irá viendo a lo largo de este estudio, y centrándonos ya en la presunción de validez, lo primero que conviene precisar es que el art. 39.1 de la LPAC no recoge una presunción en el sentido procesal del término, por lo que se pueden hacer las mismas precisiones conceptuales que he hecho respecto de otra «presunción» como la de certeza o veracidad de las actas de inspección y de las denuncias de los agentes de la autoridad<sup>26</sup>.

En virtud de las presunciones, como es sabido, se tiene por acreditado un hecho (hecho presunto) a partir de la prueba o fijación formal como cierto de otro hecho (el indicio o base), y ello sobre la base de un

WARTENBERG (2011: 70); S. MUÑOZ MACHADO (2017: 43); G. FERNÁNDEZ FARRERES (2018): Sistema de *Derecho Administrativo*, tomo I, 4.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, pág. 750; L. PAREJO ALFONSO (2016): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 506 y 530.

<sup>22</sup> *Vid.*, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, I, 18.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 597 y ss.; L. COSCULLUELA MONTANER (2019): *Manual de Derecho administrativo*, 30.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 374-375.

<sup>23</sup> R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 81 y ss.); H. MAURER (2011): *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, cit., pág. 266, que antepone como requisito previo de validez la admisibilidad de la actuación administrativa mediante actos administrativos.

<sup>24</sup> M. PAQUAU LIAÑO (2007): “La acción de nulidad sí prescribe”, en J. DELGADO ECHEVERRÍA (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, pág. 233.

<sup>25</sup> Me he ocupado de ello en T. CANO CAMPOS (2017): “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, en *InDret* 4/2017, y (2018): “Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo”, en *Documentación Administrativa*, Nueva Época, núm. 5, enero-diciembre 2018, págs. 7-26.

<sup>26</sup> *Vid.* T. CANO CAMPOS (2008): *Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho administrativo sancionador*, Cizur Menor, Civitas, págs. 27-40.

juicio de probabilidad, regularidad o normalidad, fruto de la experiencia, que hace que produciéndose el primer hecho se considere altamente probable que también se dé el segundo<sup>27</sup>. Cuando el enlace o conexión entre el hecho base y el hecho presunto lo lleva a cabo el juez, sobre la base de tales juicios o máximas de experiencia, se habla de presunciones judiciales (o presunciones *hominis*), mientras que si es la ley la que lo estipula se habla de presunciones legales (o presunciones *juris*)<sup>28</sup>. Son ejemplos de estas últimas la presunción de paternidad prevista en el art. 116 del CC o la de residencia habitual en territorio español que prevé el art. 9.1.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En este concepto (procesal) de presunción, hecho base y hecho presunto son dos hechos distintos, deduciéndose este último de la prueba o acreditación del primero. Las presunciones, así entendidas, permiten, por ello, probar la existencia de un hecho de forma mediata y, según la doctrina procesalista, no suponen una inversión de la carga de la prueba (*onus probandi*), sino, a lo sumo, una alteración de lo que hay que probar (*thema probandi*), pues la parte beneficiada por la presunción no se ve exonerada de la prueba ya que tendrá que acreditar, como mínimo, el hecho base o indicio.

Es evidente que la presunción de validez no es una presunción en este sentido, pues el art. 39.1 LPAC no se basa en un hecho a partir de cuya prueba o fijación formal la ley obligue a tener por cierto otro hecho distinto<sup>29</sup>. Por la sencilla razón de que, en la presunción de validez de los actos, no hay dos hechos diferentes, sino, si acaso, un único hecho: el hecho de que la Administración ha dictado un acto administrativo. En rigor, no hay un hecho base natural sino, institucional pues la obligación que surge de la presunción de validez (actuar como si el acto fuera conforme a Derecho hasta que se declare su invalidez) no depende de la prueba de ningún hecho natural, sino, más simplemente, de la circunstancia de que se haya dictado un acto administrativo, que es un hecho institucional<sup>30</sup>. Por otra parte, la validez que se presume no es un hecho nuevo, sino un predicado o cualidad, con un determinado valor jurídico, de ese acto dictado por la Administración<sup>31</sup>.

La presunción de validez de los actos administrativos tampoco constituye una ficción como han sostenido algunos autores<sup>32</sup>. Las ficciones consisten en considerar acaecido un hecho cuando se sabe con certeza que no es así, al objeto de aplicarle el mismo régimen jurídico de otro hecho o fenómeno claramente distinto<sup>33</sup>. El significado del término ficción en el Diccionario de la Lengua y en el del Español Jurídico avala tam-

<sup>27</sup> El *Diccionario del Español Jurídico* define la presunción como la aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado. En la doctrina, *vid.* A. DE LA OLIVA SANTOS e I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2004): *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3.ª ed., Madrid, Ceura, págs. 417-419, que definen las presunciones como «las operaciones intelectuales, imperadas o autorizadas por el Derecho positivo o consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado, que consisten en tener por cierto un hecho (el hecho presunto) a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho (el indicio o base)»; J. MONTERO AROCA (2007), *La prueba en el proceso civil*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 2007, para quien las presunciones constituyen «un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo al nexo lógico existente entre los dos hechos» (pág. 181). La doctrina mayoritaria considera que las presunciones no son un medio de prueba, sino una operación o mecanismo de fijación de los hechos. *Vid.*, además de los anteriores, M. SERRA DOMÍNGUEZ (1981): «De las presunciones», en M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 2, Madrid, Edersa, 1981, pág. 571.

<sup>28</sup> *Vid.* los arts. 385 y 386 LEC.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, M. REBOLLO PUIG (2005: 592); G. DOMÉNECH PASCUAL (2010): «El principio de presunción de validez», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, pág. 1.032; R. LETELIER WARTENBERG (2011: 252).

<sup>30</sup> Los hechos son los eventos que acaecen en el mundo. Son naturales los que ocurren con independencia de las normas (cumplir 18 años de edad, la muerte de una persona, etc.) y son institucionales los que dependen de las normas, que, como vimos, se denominan constitutivas porque constituyen tales hechos o acciones institucionales (alcanzar la mayoría de edad, la sucesión de derechos por el fallecimiento, una compraventa, dictar una sentencia o un acto, aprobar una norma). Sobre el tema, D. GONZÁLEZ LAGIER (2015): «Hechos y acciones en el Derecho», en D. GONZÁLEZ LAGIER (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, págs. 65-67, de quien tomo el concepto y los ejemplos. Como él mismo precisa, hay un concepto amplio de hecho que engloba estados de cosas, sucesos, acciones, omisiones, etc., pero los juristas, a veces, utilizan una noción más estricta y contraponen hechos y acciones, para significar que éstas dependen de la voluntad humana mientras que aquellos no (pág. 66).

<sup>31</sup> Los procesalistas consideran que no estamos en presencia de una verdadera presunción cuando de un hecho no se deduce otro distinto, sino una consecuencia jurídica. *Vid.*, por ejemplo, A. DE LA OLIVA e I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2004: 419); J. MONTERO AROCA (2007: 181).

<sup>32</sup> D. BLANQUER CRIADO (2014): «Disgresiones sobre la invalidez de los actos administrativos», en J. E. SORIANO GARCÍA (dir.): *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, volumen I, Madrid, Iustel, págs. 1.286 y 1.294; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ (2019): *Derecho Administrativo. Parte General*, 4.ª ed., Barcelona, Atelier, pág. 360.

<sup>33</sup> R. VON IHERING (1997): *El espíritu del Derecho romano*, Barcelona, Marcial Pons: «Puede, pues, llamarse a la ficción una mentira técnica consagrada por la necesidad» (pág. 311); J. BENTHAM (1981): *Tratado de legislación civil y penal*, Madrid, Editorial Nacional: «Entiendo por ficción un hecho notoriamente falso sobre el cual se razona como si fuera verdadero» (pág. 83). *Vid.* también

bién esta idea<sup>34</sup>. La ficción no considera verdadero un hecho cualquiera, sino que considera acaecido algo que es falso, pero con una falsedad por completo evidente, manifiesta y asumida, de modo que no resulta engañosa<sup>35</sup>. El ejemplo clásico es el de la *fictio legis Corneliae*, que consideraba como muerto en combate al ciudadano romano que caía prisionero al objeto de que su testamento surtiera efectos, pues, como es sabido, el Derecho romano sólo concedía eficacia al testamento del hombre libre, cualidad que se perdía al ser apresado. Otro ejemplo es la ficción prevista en el art. 29 del CC, según el cual al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

En el Derecho administrativo, el ejemplo típico es el silencio administrativo, pues se considera que, a determinados efectos jurídicos, ha acaecido un hecho institucional (que la Administración ha contestado en sentido estimatorio o desestimatorio) cuando se sabe con certeza que no es así porque no ha dado respuesta alguna<sup>36</sup>. El carácter de ficción, tanto del silencio positivo como del negativo, no impide que el propio legislador diferencie luego entre ambos supuestos y considere, como hace, que en un caso la ficción de suponer que se ha contestado en sentido positivo constituye un acto presunto (mejor ficticio) finalizador del procedimiento a todos los efectos, mientras que en otro (silencio negativo) la ficción no crea acto administrativo alguno y tiene como principal efecto permitir al interesado la interposición en cualquier momento de los recursos procedentes.

En la presunción de validez no se parte de que el acto sea antijurídico e inválido pero se finge que es conforme a Derecho, sino de que, al margen de su conformidad o no al ordenamiento (que puede concurrir o no), hay que actuar como si el acto fuera válido (o sin plantearse siquiera si lo es o no) hasta que su invalidez sea declarada de forma autoritativa por los órganos competentes para ello.

## 7. LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN

En cualquier caso, el término «presunción» es ambiguo en el lenguaje jurídico, ya que los juristas, y el propio legislador, no siempre lo utilizan con el mismo significado ni con el mismo propósito o función<sup>37</sup>. Así, junto a la concepción tradicional de las presunciones (o presunciones en sentido procesal, donde hay un hecho base, un hecho presumido y un enlace que se basa en un juicio de probabilidad o regularidad), también se habla, sobre todo en el ámbito de la teoría del Derecho, de normas de presunción para aludir a aquellas normas jurídicas que, para garantizar determinados bienes, intereses o valores, imponen por verdadera una situación o una calificación jurídica que puede admitir o no prueba en contrario<sup>38</sup>.

En las normas de presunción se incluyen, además de las presunciones legales o *iuris* a que se refiere el art. 385 LEC, presunciones que no lo son en el sentido procesal indicado (por eso, los procesalistas, y algunos otros autores, hablan de presunciones aparentes o falsas presunciones), como, por ejemplo, la presunción de inocencia, la de buena fe en la posesión o la de constitucionalidad de las leyes o de validez de los actos administrativos, las cuales no pretenden describir o establecer una regularidad basada en la expe-

---

L. ROSENBERG (2002): *La carga de la prueba*, 2.ª ed., Montevideo, Bdf, pág. 248; K. LARENZ (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de M. RODRÍGUEZ MOLINERO), Barcelona, Ariel, pág. 255.

<sup>34</sup> El *Diccionario del Español Jurídico* define la ficción legal como «artificio jurídico que permite otorgar efectos jurídicos a una situación o relación inexistente, como si se hubiera producido».

<sup>35</sup> D. MARÍN-BARNUEVO FABO (1996): *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, Madrid, McGraw-Hill, pág. 136; R. HERNÁNDEZ MARÍN (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, pág. 289; L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2007): *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Civitas, págs. 342-343; M. GASCÓN ABELLÁN (2010): *Los hechos en el Derecho*, 3.ª ed., Madrid, Marcial Pons, págs. 132-133.

<sup>36</sup> F. GONZÁLEZ NAVARRO (2005): "Silencio administrativo", en S. MUÑOZ MACHADO (dir.): *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, Iustel, pág. 2.433; F. VELASCO CABALLERO (2017): "El acto administrativo: concepto, clases y contenido", en E. GAMERO CASADO (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 1.788.

<sup>37</sup> Las presunciones, además, no sólo tienen un importante papel en el Derecho, sino también en la teoría de la argumentación, en la epistemología y en la pragmática, pues el razonamiento humano de carácter presuntivo precede a la noción jurídica de presunción. Sobre ello, J. RAMÍAS (2017): "La noción de presunción más allá del Derecho", en *Revista de Humanidades*, núm. 32, págs. 125-138.

<sup>38</sup> Sobre el tema, J. AGUILÓ REGLA (2006): "Presunciones, verdad y normas procesales", *Isegoría*, núm. 35, págs. 16-18 y (2018): "Las presunciones en el Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, págs. 215-219; M. GASCÓN ABELLÁN (2010: 125-130); D. MENDONÇA (1998): "Presunciones", *Doxa* núm. 21, págs. 83 y ss. (recogido también en su libro *Las claves del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, págs. 215 y ss.). Un análisis actual de las presunciones en el Derecho, tanto en el continental como en el *common law*, en R. GAMA LEYVA (2019): *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, para quien afirmar que todas las presunciones tienen un hecho base, un hecho presumido y un enlace basado en un juicio de probabilidad ofrece una imagen bastante reducida de las presunciones en el Derecho (pág. 65).

riencia, sino que obedecen a razones garantistas o a razones vinculadas a la estabilización de expectativas y situaciones jurídicas que pretenden cumplir determinadas instituciones del sistema<sup>39</sup>.

No todas las normas de presunción comparten la misma estructura ni se basan o persiguen los mismos valores<sup>40</sup>. En algunas presunciones, como en la de inocencia o en la de conmorriencia (art. 33 CC) no se exige la previa prueba de ningún hecho base como condición para que puedan entrar a operar: en la primera, el acusado no debe probar nada para que se le considere inocente, pues basta que no exista prueba del hecho que se le imputa; y en la segunda basta que no haya prueba del hecho controvertido para considerar que las dos personas murieron al mismo tiempo<sup>41</sup>. En otras, como en la propia presunción de inocencia, en la de veracidad de las actas de inspección o en la de validez de los actos administrativos tampoco hay, en rigor, un hecho presunto, sino más bien una cualidad jurídica predicable de una persona respecto de la comisión de unos hechos tipificados como delito o infracción, de un documento público o de un acto jurídico<sup>42</sup>. Por eso, algunos autores definen a las normas de presunción, en términos más amplios, como normas jurídicas que obligan a reconocer una conclusión en presencia de un hecho o estado de cosas y ausencia de prueba contraria (la presunción de paternidad) o únicamente en ausencia de prueba contraria (la presunción de inocencia)<sup>43</sup>.

Se habla, así, de una concepción plural y, también, de una concepción funcional de las presunciones que renuncia a la idea de construir una noción auténtica o un concepto fetén y, en su lugar, postula el estudio de los diversos tipos de presunciones desde la perspectiva de su fundamento y función. Si el término «presunción», afirman, es empleado por el legislador, por los Tribunales y por los juristas de diverso modo y en una variedad de contextos o situaciones, no parece razonable restringir su utilización sólo a algunos casos<sup>44</sup>.

Las normas de presunción establecen, generalmente, una verdad procesal, es decir, obligan al juez a tener por probado algo en el proceso y se traducen en cargas de la prueba o de la argumentación para quien alega lo contrario a lo que se presume; garantizan, por eso, ciertos valores mediante la regulación de la carga de la prueba<sup>45</sup>. Estas características, como veremos, se modulan en el caso de la presunción de validez de los actos, pues ésta opera precisamente fuera del proceso, no obliga al juez a tener por probada la validez del acto y no se traduce para los destinatarios de éste en una carga de la prueba, sino más bien en la carga de la impugnación y de la argumentación de su invalidez. Sería, por consiguiente, una norma de presunción con rasgos particulares.

<sup>39</sup> Distintas de las normas de presunción, que obligan a presumir algo, son las normas basadas o en las que subyace una presunción, que son aquellas en las que el legislador hizo una presunción pero no dictó una norma de presunción, por lo que no obligan a presumir nada. Por ejemplo, en la norma (constitucional) que establece la mayoría de edad a los 18 años subyace la presunción de que cuando una persona alcanza dicha edad adquiere un grado de desarrollo intelectual y moral que se considera suficiente para adquirir el estatus jurídico de la mayoría de edad; en la norma (reglamentaria) que prohíbe circular a más de 120 Km/h subyace la presunción de que por encima de esa velocidad se alcanza un cierto nivel de riesgo que no se debe tolerar. En tales casos hay un juicio presuntivo que constituye la *ratio* o fundamento de la norma, pero dicho juicio agota toda su virtualidad en la fase de creación del Derecho y no se proyecta al plano de su aplicación. Vid. J. AGUILÓ REGLA (2018: 221), que precisa que en tales casos sería mejor hablar de presuposiciones subyacente a las reglas; D. MARÍN-BARNUEVO FABO (2018: 1.276-1.280); R. GAMA LEYVA (2019: 67-76). Para numerosos autores, entre los que se encuentran los tres citados, las denominadas presunciones *iuris et de iure* se incluirían en estas normas en las que subyace una presunción del legislador, las cuales no serían verdaderas presunciones porque en ellas no está presente ni un razonamiento de tipo presuntivo ni la característica de la derrotabilidad que es, también, uno de los aspectos definitorios del concepto de presunción. Vid. también, L. PEÑA GONZALO y T. AUSÍN DÍEZ (2001): "La inferencia de los hechos presuntos en la argumentación probatoria", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XVIII, pág. 115; F. SCHAUER (2013): *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons, págs. 230-231; J. RAMIA (2017: 134).

<sup>40</sup> M. GASCÓN ABELLÁN (2010: 123).

<sup>41</sup> V. FERRERES COMELLA (2007): *Justicia constitucional y democracia*, 2.ª ed., Madrid, CEPC, pág. 141.

<sup>42</sup> Por eso se habla de presunciones de derecho cuando se da por existente cierta situación jurídica (que alguien tiene deberes o derechos, que un acto es válido, etc.) y presunciones de hecho, que dan por probada cierta situación de hecho en un tiempo y un lugar. Vid. M. GASCÓN ABELLÁN (2010: 125).

<sup>43</sup> M. GASCÓN ABELLÁN (2010: 123-126); J. AGUILÓ REGLA (2018: 217). Otros autores, como D. MENDONCA (2000: 223) hablan, de forma genérica, de afirmación base, afirmación presumida y enlace que permite el paso de la primera a la segunda; en las presunciones legales el enlace está predeterminado por el legislador y en las judiciales lo efectúa el juzgador en atención a las denominadas «máximas de experiencia».

<sup>44</sup> Los máximos exponentes de la concepción plural de las presunciones serían M. TARUFFO e I. DENNIS. Vid. R. GAMA LEYVA (2019: 216-219). Además, como recuerda este mismo autor, son muchos los autores que, tanto en el *common law* como en el Derecho continental, consideran que las presunciones pertenecen al Derecho sustantivo (bienes, sucesiones, contratos, etc.) y no al procesal, pues complementan la regulación de una determinada institución y no pueden entenderse adecuadamente si no es en conexión a ellas (págs. 85-87, 167, con abundante bibliografía).

<sup>45</sup> Vid., respectivamente, J. AGUILÓ REGLA (2018: 217, 219); M. GASCÓN ABELLÁN (2010: 125).



Pero no es la única con rasgos específicos, pues hay normas de presunción que no tienen como ámbito operativo el proceso<sup>46</sup>. Además, la presunción de validez presenta claramente otros rasgos definitorios de las normas de presunción, como la parcialidad o preferencia anticipada a cierta solución, favoreciéndola frente a otras soluciones opuestas (pues las consecuencias de presumir la validez del acto son menos graves que las consecuencias de no presumirla); el hecho de que las presunciones no imponen ninguna creencia sobre la sustancia de fondo, sino, más bien, un «no está probado que» o un «hasta que» (el acto hay que presumirlo válido hasta que el órgano competente declare autoritativamente su invalidez); y, en fin, el que no tienen tanto que ver con la afirmación de hechos como con el proceder sobre su base, ya que su objeto es facilitar la toma de decisiones superando situaciones de incertidumbre (lo que también concurriría en este caso)<sup>47</sup>.

Por todo ello, por lo asentado que está su uso en el lenguaje jurídico, y porque otros conceptos propuestos (privilegio de creación normativa, principio de inercia, norma de validación) tienen una capacidad explicativa, analítica e incluso directiva mucho menor, voy a seguir hablando aquí de presunción de validez de los actos administrativos, aunque en el sentido indicado de norma de presunción y con el concreto fundamento, significado y efectos que paso a exponer a continuación<sup>48</sup>.

## 8. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ

Las presunciones desempeñan varias funciones en el Derecho, las cuales se relacionan con el fundamento concreto de cada una de ellas<sup>49</sup>. Las presunciones simples o judiciales se formulan con un «es presumible» y, como se anticipó, suelen expresar un juicio de regularidad o normalidad fundado en la experiencia (*quod plerumque accidit*), al que se reconoce una alta probabilidad de verdad y, por eso, lo más fiable es atenerse al enunciado de la presunción, de modo que, ante situaciones de incertidumbre, facilitan la prueba de los hechos ya que sólo habrá que probar el hecho base o indicio.

Sin embargo, las denominadas normas de presunción se formulan con un «se presumirá» o un «debe presumirse» y, en ellas, subyacen generalmente razones o valores de otro tipo, sobre todo garantistas, como en el caso de la presunción de inocencia o de buena fe o, como en el caso de la presunción de validez de los actos y de las normas jurídicas, razones vinculadas a la estabilización de expectativas y situaciones jurídicas que las instituciones pretenden cumplir. Por eso, no tratan de dar cuenta de una regularidad preexistente, sino de establecer hacia el futuro una regularidad o normalidad institucional (principio de seguridad jurídica, de funcionamiento del sistema y conservación del orden jurídico)<sup>50</sup>. Como se ha adelantado, no imponen creencia alguna sobre la cuestión de fondo, sino que el destinatario de la presunción es alguien obligado a actuar en algún sentido «a no ser que» o «hasta que» se pruebe o decida lo contrario.

<sup>46</sup> Por ejemplo, el funcionario del Registro Civil está obligado a dar por acreditada la paternidad como consecuencia de la presunción de paternidad. Tomo el ejemplo de J. AGUILÓ REGLA (2018: 212, nota 14). Como dice J. DELGADO ECHEVERRÍA (2019): *Validez de normas y de actos jurídicos. Estudios de Teoría General desde el derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, pág. 231, nota 27), la introducción de reglas sobre las presunciones en la LEC en relación con la prueba de los hechos en el juicio (con la correlativa derogación de las hasta entonces presentes en el CC) contribuye a olvidar el análisis de las normas de presunción que no tienen como ámbito operativo el proceso (pág. 231, nota 27). Para este autor, si se entiende la validez como corrección o adecuación a Derecho, la presunción de validez sería una norma de presunción; pero si la validez se entiende como fuerza de obligar (lo que equivale, como el mismo reconoce, al concepto de existencia) no sería una presunción sino una norma de validación (págs. 220-226).

<sup>47</sup> D. MENDONCA (2000: 216, 226); J. AGUILÓ REGLA (2006: 24, 25) y (2018: 214); J. DELGADO ECHEVERRÍA (2019: 231, 232). Como señala J. RAMIA (2017: 130), siguiendo a BERMEJO-LUQUE, las presunciones se emplean «en condiciones de incertidumbre, cuyo contenido se mantiene en pie hasta que se aducen razones suficientes en su contra», y «articulan la exención de aportar razones para nuestras razones».

<sup>48</sup> Habla de privilegio de creación normativa y de principio de inercia para explicar muchos de los efectos que aquí se imputan a la presunción de validez, R. LETELIER WARTENBERG (2011: 254), y de norma de validación J. DELGADO ECHEVERRÍA (2019: 233, 234). Sobre las funciones descriptivas, analíticas y directivas de los conceptos jurídicos, es fundamental el libro de S. DÍEZ SASTRE (2018): *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, págs. 142-154.

<sup>49</sup> R. GAMA LEYVA (2019: 197), quien precisa que los juristas ingleses y americanos suelen abordar de manera conjunta ambas cuestiones, como voy a hacer aquí.

<sup>50</sup> Las normas de presunción, en efecto, suelen basarse, además de en un juicio de probabilidad o de regularidad (presunción de fallecimiento, de paternidad), en consideraciones de índole procesal (facilidad probatoria o equidad procesal: presunción de paternidad derivada de la negativa a someterse a la prueba de ADN), valorativa (presunción de inocencia), de estabilización de expectativas (presunción de constitucionalidad de las leyes y de validez de los actos). *Vid.*, entre otros, D. MENDONCA (2000: 226); J. AGUILÓ REGLA (2006: 14, 18) y (2018: 213, 214); M. TARUFFO (2008: 151-153); M. GASCÓN ABELLÁN (2010: 125); J. DELGADO ECHEVERRÍA (2019: 232); R. GAMA LEYVA (2019: 65, 84, 198-200).

En el caso de la presunción de validez de los actos y de las normas jurídicas en general, se trataría de un principio institucional cuyo fundamento está ligado a la idea de preservar el sistema de autoridades a las que se atribuye funciones de producción y aplicación del Derecho. Como se ha afirmado, «la eficacia del entramado institucional de autoridades depende en buena medida de dotar de una fuerza presuntiva a las decisiones que emiten tales autoridades (leyes, sentencias, resoluciones, etc.), pues la eficacia o fuerza autoritativa del Derecho se tambalearía si bastara con que cualquier agente alegara una desviación de las exigencias fijadas en las reglas que confieren tales poderes para dejar de aplicar o seguir una ley, una sentencia o un acto administrativo. De este modo, la mínima apariencia de cumplimiento de las exigencias que establecen las normas pone en marcha todos los efectos jurídicos previstos para los resultados normativos regulares y solo en virtud de un procedimiento expreso de un órgano investido de autoridad para ello será posible romper tal presunción»<sup>51</sup>.

La presunción de validez de los actos, por consiguiente, no se basa en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad de verdad, esto es, no se apoya en una regla de experiencia previa: que los actos administrativos que dicta la Administración suelen ser conformes a Derecho. La norma de presunción no se apoya en esto, sino que está vinculada a la propia función de estabilización y clarificación del Derecho que el acto administrativo cumple en el sistema como instrumento al servicio de la eficacia de la Administración y los intereses de los ciudadanos, a los que dota, también, de un fundamento estable en sus derechos y obligaciones<sup>52</sup>. El fundamento de la presunción reside, por ello, en razones institucionales ligadas a la seguridad jurídica y a la eficacia de la Administración y de tutela del Derecho en general, pues las consecuencias de no considerar (no presumir) los actos como válidos hasta que se anulen incidirían muy negativamente en el funcionamiento del propio sistema, ya que cualquier sujeto podría negarse a cumplir o aplicar tales actos mientras no se demostrara que se adecuan al ordenamiento<sup>53</sup>.

Si no se estableciera (expresa o implícitamente) esa norma de presunción de validez de los actos, su ejecutividad perdería seguramente su base o fundamento, como veremos al final de este trabajo. Algunas sentencias del TS han señalado, por ello, que la presunción de validez permite la ejecutividad de los actos administrativos<sup>54</sup>. Y numerosos autores destacan también esa conexión causal cuando afirman que la ejecutividad del acto es la consecuencia de su presunción de validez<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Vid. A. RÓDENAS CALATAYUD (2019): “Seguridad jurídica y principios institucionales”, en el Congreso *Estado de Derecho y participación política. Homenaje a Jorge Mañero*, Tossa de Mar, 17-18 octubre 2019 (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=zvivL9OK8fA>), que califica a dicha presunción como un principio institucional. Los principios institucionales, señalan M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2007: 28), expresan exigencias que derivan de lo que podemos llamar los valores internos del Derecho y del objetivo general de eficacia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su maquinaria, mientras que los sustantivos expresan las exigencias correspondientes a los valores o a los objetivos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar. Para G. DOMÉNECH PASCUAL (2010: 1.032-1.033), la presunción de validez no es un principio, sino una regla o conjunto de reglas, fundamentalmente porque los principios son mandatos de optimización y la presunción de validez, dice, no es algo que deba satisfacerse en la mayor medida posible. Pero, para algunos autores, el mandato de optimización no se predica de los principios en sentido estricto, sino sólo de los principios que son directrices. Vid. M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2007: 29-34). Para J. AGUILÓ REGLA (2018: 219) presunciones como la de inocencia, buena fe, constitucionalidad de las leyes y legalidad de los actos responden a la estructura categórica típica de los principios y no a la condicional propia de las reglas (estructura a la que responderían las que los procesalistas denominan «presunciones en sentido estricto»). En mi opinión, la presunción de validez puede considerarse un principio entendido en varios de los sentidos con que los juristas utilizamos este término. Sobre ello, además de M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2007: 25-36), G. R. CARRIÓ (1990): *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, págs. 194-234, que considera expresamente como principio la presunción de legitimidad de los actos del poder público (pág. 206).

<sup>52</sup> Sobre esta función del acto administrativo, H. MAURER (2011: 241); R. BOCANEGRA SIERRA (2011: 773-774); S. MUÑOZ MACHADO (2017: 166, 177); L. PAREJO ALFONSO (2015): “Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo en el Derecho Administrativo español”, en M. REBOLLO PUIG, M. LÓPEZ BENÍTEZ y E. CARBONELL PORRAS (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Madrid, Iustel, pág. 474.

<sup>53</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 608-609, 637-638); J. DELGADO ECHEVARRÍA (2019: 229, 232). Sobre el fundamento de la presunción de validez de los actos en razones de seguridad jurídica, vid. J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA (1999: 148). Sobre la presunción de validez de la ley como forma de asegurar la certeza y funcionalidad del sistema, L. FERRAJOLI (2000): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, pág. 873.

<sup>54</sup> STS de 3 de febrero de 1999 (rec. núm. 2803/1993). La mucho más reciente de 28 de mayo de 2020 (rec. cas. 5751/2017) señala expresamente que «la ejecutividad dimana de la presunción de legalidad».

<sup>55</sup> J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA (1999: 148); M. SÁNCHEZ MORÓN (2020): *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, pág. 551. También se percibe esa relación o vinculación en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017: 560); M. BELADIEZ ROJO (1994a): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, pág. 264; Para M. REBOLLO PUIG (2019: 185) y J. ESTEVE PARDO (2016: 200) la ejecutividad es el resultado de añadir a la presunción de validez la eficacia del acto, mientras que para S. MUÑOZ MACHADO (2017: 81), «la ejecutividad solo está ligada a la presunción de validez en la medida en que sería de todo punto absurdo y antijurídico que se reconociera legalmente aquella condición a los actos

## 9. EFECTOS DE LA PRESUNCIÓN

La presunción de validez de los actos administrativos impone el deber de aceptar el acto y actuar sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho hasta que un órgano competente para ello, a través del procedimiento legalmente previsto, declare autoritativamente su invalidez<sup>56</sup>. Hasta que la anulación del acto no tenga lugar, el acto, sus efectos y la forma en que éstos se producen (ejecutividad) gozan del respaldo del Derecho por muchos vicios o irregularidades que presente y por muy graves que éstas sean. El art. 8 de la Ley General Tributaria de 1963 explicitaba claramente esta idea, al disponer que: «los actos de determinación de las bases y deudas tributarias gozan de presunción de legalidad, que sólo podrá destruirse mediante revisión, revocación o anulación practicada de oficio o a virtud de los recursos pertinentes»<sup>57</sup>.

Algún autorizado autor ha afirmado que la regla que nos ocupa significa realmente que los actos *son válidos* mientras no sea declarado lo contrario y que, desde el punto de vista del régimen jurídico, que es lo que importa, no hay diferencias entre ser válido y presumirse válido porque el Derecho trata a los actos como si fueran válidos<sup>58</sup>. Late aquí una identificación entre validez y existencia de los actos y entre validez y no anulación. Pero, en realidad, sí hay diferencias entre considerar que un acto sea válido y tener la obligación de actuar como si lo fuera (o sin entrar a analizar si lo es o no) hasta que sea anulado, pues si el Derecho afirmara que los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo *son* válidos hasta que sean anulados, los pronunciamientos anulando tales actos nunca podrían tener efectos *ex tunc* y serían una suerte de derogación o revocación. Con esta tesis no se explicaría tampoco la razón por la que un acto válido termina convirtiéndose en inválido con su anulación y, además, se reduciría el papel de la ciencia jurídica a la contemplación acrítica del Derecho existente<sup>59</sup>.

La presunción de validez es una cualidad o un atributo que una norma predica de los actos, pero, en rigor, la presunción no deriva de ninguna cualidad intrínseca del acto, sino de una norma jurídica que utiliza como presupuesto al acto y obliga a actuar respecto a él sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho hasta que no sea declarado inválido de forma autoritativa<sup>60</sup>. Se trata de una norma que establece un deber no sometido a ninguna otra condición adicional o distinta de la que deriva de su propio contenido, lo que significa que si la formulamos de forma hipotética obtenemos una norma redundante: «si algo es un acto administrativo, entonces debe presumirse la validez de ese acto» (si se suprime el antecedente se mantiene la misma norma)<sup>61</sup>.

La norma que establece la presunción de validez de los actos, en efecto, obliga a aceptar una calificación jurídica (que puede ser errónea) salvo declaración expresa en contra por parte de los órganos competentes<sup>62</sup>. Así, el propio ordenamiento jurídico dispone que, a partir del momento en que se dicta un acto admi-

---

que no se presuman válidos. Pero la ejecutividad no es un efecto necesario de la presunción de validez. Sí lo es el reconocimiento de que producen efectos todos los actos que se presumen válidos».

<sup>56</sup> Autoritativamente no por la corrección o solidez del pronunciamiento, sino por el estatus del órgano que lo dicta y, por tanto, con independencia de su contenido. Sobre ello, con carácter general, H. L. A. HART (1982), «Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad», en *Isonomía*, núm. 6, págs. 94-99; F. SCHAUER (2013: 78).

<sup>57</sup> La recoge ahora el art. 8 de la Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria.

<sup>58</sup> A. NIETO GARCÍA (1994: 16, 17). Eso era lo que disponía el art. 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 («Los actos de la Administración *serán válidos* y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa»), pero la doctrina entendía que ello debía entenderse en el sentido de una presunción de validez y no como una afirmación absoluta. *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1974): *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas-Revista de Occidente, pág. 339.

<sup>59</sup> *Vid.* L. FERRAJOLI (2011: 498), donde critica las tesis de Kelsen y Hart que identifican la validez de las normas con su existencia.

<sup>60</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 591) señala que la presunción de validez es una cualidad de los actos, pero de inmediato precisa que el deber de actuar como si el acto fuera válido no nace de cada acto sino del ordenamiento jurídico, pues el acto no es más que el supuesto de hecho para que opere esa norma imperativa. M. GASCÓN ABELLÁN (2010: 124) también destaca que este tipo de presunciones no son un resultado asertivo, sino normas de comportamiento que obligan a reconocer una conclusión en presencia de un hecho o estado de cosas en ausencia de prueba (aquí declaración de invalidez) contraria. En el mismo sentido, D. MENDONCA (2000: 220); J. AGUILÓ REGLA (2018: 214, 219); J. DELGADO ECHEVERRÍA (2019: 231).

<sup>61</sup> J. AGUILÓ REGLA (2006: 24) y (2018: 218).

<sup>62</sup> Sobre la «aceptación» como concepto que mejor expresa la idea de presunción, D. MENDONCA (2000: 217-218), quien precisa que la aceptación está directamente vinculada con la acción, en el sentido de que genera la expectativa de que se realicen determinados actos conforme con los contenidos aceptados (en nuestro caso, ese deber de comportarse y actuar respecto del acto sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho hasta que el órgano competente para ello no declara su invalidez), lo cual es compatible con no tener creencia alguna respecto de tal aceptación o, incluso, con creer que es falsa (en el caso, que el acto no es conforme a Derecho y, por eso, impugnarlo en vía administrativa o judicial).

nistrativo, debe presumirse que es conforme a Derecho hasta que se declare formalmente que no concurre tal conformidad o adecuación a las normas que regulan su producción. La resolución administrativa o judicial que declara que el acto no se adecua al ordenamiento jurídico no es, en realidad, la prueba de ningún hecho, ni siquiera es una prueba, sino un juicio de adecuación del acto a sus requisitos de validez<sup>63</sup>. Además, ese juicio de adecuación sólo es relevante jurídicamente en determinados procedimientos orientados a declarar, precisamente, a declarar de forma principal (o incidental) la invalidez del acto. La presunción de validez queda destruida, no por la prueba de la no validez, sino por un pronunciamiento de invalidez revestido de autoridad<sup>64</sup>.

La presunción, como puede verse, no va dirigida al juez, como ocurre con otros tipos de presunciones, ni está llamada a operar en el seno de un proceso, como acaece normalmente, sino que se dirige a todos los demás sujetos que operan en el tráfico jurídico, incluidas las propias Administraciones públicas (art. 39.4 y 5 LPAC). Tales sujetos, mientras no se declare su invalidez, tendrán que aceptar y tratar al acto como válido y, por tanto, en función de las circunstancias de cada caso, tendrán que cumplir o respetar su contenido, podrán exigir su cumplimiento y deberán adoptar sus decisiones como si el acto fuera conforme a Derecho. Si bien, como es lógico, podrán poner en marcha los mecanismos normativamente previstos para que se declare su invalidez si lo reputan contrario a Derecho. De este modo, la presunción no opera, o lo hace de otro modo, respecto de los órganos competentes para formular juicios de validez revestidos de autoridad, que, en nuestro caso, no sería sólo la Jurisdicción, sino, también, la propia Administración autora del acto a través de los recursos administrativos y de la revisión de oficio. Algunas sentencias hablan, por ello, de una eficacia extraprocesal (y extraprocedimental habría que añadir) de la presunción<sup>65</sup>.

La presunción surge, y el mandato de la norma que la establece opera, desde que se dicta el acto, aunque no sea eficaz porque no se haya notificado o su eficacia quede demorada como consecuencia de una condición suspensiva o, incluso, ya no sea eficaz porque estaba sujeto a un término que ya se haya producido. En este sentido, se ha afirmado que la presunción de validez expresa (o más bien fundamenta) la fuerza jurídica del acto, no su eficacia ni, desde luego, su firmeza que, si acaso, impedirá o dificultará la destrucción de la presunción<sup>66</sup>.

La consecuencia o el efecto de la presunción es, como ya se ha señalado, el deber de aceptar y proceder como si los actos administrativos fueran plenamente conformes a Derecho hasta que su invalidez sea declarada, bien de modo principal en un procedimiento impugnatorio destinado a declarar la invalidez del acto, anulándolo con carácter general y definitivo, o bien incidentalmente en el marco de otro procedimiento distinto y a los solos efectos de reconocer su invalidez como presupuesto o fundamento de otras consecuencias o efectos jurídicos distintos a su anulación. Por eso, la presunción no opera ni en los procedimientos o procesos en los que su objeto principal es declarar la no conformidad a Derecho del acto y, en su caso, anularlo [art. 71.1.a) LJCA], ni tampoco, como veremos más adelante, en aquellos otros de carácter incidental en los que un órgano (administrativo o judicial) puede apreciar la invalidez del acto como presupuesto de hecho de una norma que ha de aplicar, pero cuyas consecuencias son distintas a la anulación del acto (inaplicación del acto, imposición de una sanción, reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, anulación de otro acto distinto, etc.).

La presunción de validez impone la carga de la impugnación del acto al sujeto (legitimado) que pretenda evitar que la presunción convierta en inmune al acto por el transcurso de los plazos impugnatorios y que sus efectos se mantengan o, en su caso, se sigan produciéndose<sup>67</sup>. La presunción de validez también afecta a la propia Administración que ha dictado el acto, pues, si pretende desconocerlo, tendrá que, según los casos, revisarlo de oficio, revocarlo o poner en marcha el proceso de lesividad. Si el acto no gozara de dicha presunción y, por tanto, no existiera ese deber de aceptar y comportarse como si fuera conforme a Derecho, sus destinatarios, cualquier otro afectado o la propia Administración podrían permanecer pasivos o desconocerlo sin más.

<sup>63</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 618, nota 48); J. DELGADO ECHEVARRÍA (2019: 232-233).

<sup>64</sup> *Vid.* J. DELGADO ECHEVARRÍA (2019: 232-233).

<sup>65</sup> STS de 3 de febrero de 1999 (rec. núm. 2803/1993).

<sup>66</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 593-594). Como también señala L. PAREJO ALFONSO (2016: 530) la presunción se refiere precisamente a la validez, lo que explica que opere desde que se dicte el acto, pero nada dice sobre su eficacia, que puede quedar supeditada a la aprobación o notificación del acto (pág. 530). Destaca también la necesidad de distinguir la presunción de validez de la eficacia del acto, S. MUÑOZ MACHADO (2017: 75-84).

<sup>67</sup> STS de 12 de febrero de 2009 (rec. núm. 9511/2004); SAN 16 de octubre de 2019 (rec. núm. 180/2017). En la doctrina, entre otros, L. COSCULLUELA MONTANER (2019: 362); L. PAREJO ALFONSO (2016: 530), entre otros. Otros autores, sin embargo, consideran que la carga de la acción deriva de la ejecutividad. *Vid.* D. MARÍN-BARNUEVO FABO (2018: 1.295-1.296).

Pero la presunción de validez no se reduce, ni mucho menos, a la carga de impugnar el acto, que sólo incumbe a los sujetos que pretenden que ésta se declare, o, en el caso de la Administración, a proceder a su revisión, revocación o declaración de lesividad y posterior impugnación. Como la presunción afecta a todos, protege a los ciudadanos de la libre apreciación que otros sujetos, incluida también la Administración, pudieran realizar sobre la validez de los actos administrativos<sup>68</sup>. Así, la Administración no puede negarse, sin más, a abonar una subvención que ha concedido porque considera que incurre en un vicio de nulidad, del mismo modo que un Ayuntamiento no puede denegar una licencia de autotaxi esgrimiendo que el permiso de conducir del solicitante carece de validez, pues, si es competente para ello, tendrá antes que anular el acto y, si no lo es, deberá instar a quien proceda su anulación. Por eso, constituye un error considerar que la presunción de validez es en todo caso un privilegio de la Administración o que existe una presunción similar en los actos y negocios de los particulares<sup>69</sup>.

La presunción de validez no altera el principio de que «quien alega prueba» ni impone, desde luego, el deber de que en el procedimiento o proceso debe partirse de la base o suposición de que el acto se ajusta al ordenamiento jurídico<sup>70</sup>.

La presunción de validez, en efecto, no afecta a las reglas sobre la carga de la prueba, que siguen siendo las mismas en el procedimiento administrativo de recurso y en el proceso contencioso-administrativo, incluido el principio de facilidad probatoria<sup>71</sup>. Ahora bien, sobre el sujeto que impugna el acto o ejerce la acción de nulidad (art. 106.1 LPAC), y sobre la Administración que lo revisa o revoca o lo impugna en el proceso de lesividad (arts. 106.1, 109.1 y 107 LPAC), pesa también, en virtud del principio de que «quien alega debe probar lo que sostiene», la carga de justificar o explicitar (convincientemente) los motivos que fundamentan su pretensión de anulación o, en el caso de la Administración, de motivar su declaración de que el acto no es conforme a Derecho.

Centrándonos en el procedimiento de recurso y en el proceso contencioso, la carga de impugnar, derivada de la presunción de validez, implica también la de justificar las razones (fácticas y jurídicas) por las cuales se considera que el acto es contrario al ordenamiento, pues, como es obvio, no cabe la impugnación del acto sin más y esperar a que sea la Administración la que demuestre la presencia de todos y cada uno de los requisitos de validez del acto, o a que, cuando se interponga un recurso, lo haga de oficio el órgano

<sup>68</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 604-606, 637).

<sup>69</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 606, 634-637) y (2019): “Relaciones entre la Administración y los Tribunales. La autotutela administrativa”, en M. REBOLLO PUIG y D. J. VERA JURADO (dirs.): *Derecho Administrativo*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, pág. 183. Sobre la inexistencia de una presunción similar en los actos de los particulares, *vid.* también, con especial claridad, J. ESTEVE PARDO (2016: 202, 216). H. KELSEN (2011): “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, señalaba, por ello, que «habitualmente los actos de los particulares y los actos de las autoridades son tratados de manera diferente. En general se constata una cierta tendencia a tratar los actos de las autoridades públicas, aun los irregulares, como válidos y obligatorios hasta que otro acto de autoridad los haga desaparecer» (pág. 267). Considera, por el contrario, que los actos de los particulares también gozan de una presunción similar, R. PARADA VÁZQUEZ (2017: 67). Pero, contra lo que sostiene PARADA, la negación de una presunción similar en el Derecho privado no supone, en modo alguno, la necesidad de homologar o validar todos los actos jurídicos privados, pues es claro que quien sostenga, por ejemplo, que un testamento no se ha otorgado válidamente o un contrato es nulo tiene la carga de acudir al órgano judicial y demostrar que no concurren sus condiciones de validez. Pero, eso no quiere decir que exista una presunción de validez o que las cosas funcionen igual que en el Derecho administrativo, pues el particular que considere, por ejemplo, que el contrato es inválido puede perfectamente negarse a abonar el precio de la cosa ya entregada o del servicio ya prestado sin necesidad de que se declare antes su nulidad y, entonces, será la otra parte, que sostiene la validez del contrato, la que tendrá que acudir al órgano judicial.

<sup>70</sup> En esto difiere la denominada presunción de constitucionalidad de las leyes, pues la cualidad democrática de la ley en cuanto que es expresión de la voluntad popular, así como la circunstancia de que es más grave anular una ley que un acto de la Administración dado el vacío y la inseguridad que se crea, lleva a sostener que sólo procede declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una «clara e inequívoca colisión» con la CE o, según otros, a que en caso de duda ha de resolverse a favor de la constitucionalidad de la ley (*in dubio pro legislatore*). *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.ª ed., Madrid, Civitas, págs. 101-103; I. DE OTTO PARDO (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, pág. 148; V. FERRERES COMELLA (2007: 131 y ss.). Como señala el primero de ellos, la presunción de constitucionalidad de las leyes no es la simple afirmación de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica algo más: una confianza otorgada al legislativo en la observancia e interpretación correcta de la CE, que cuando la ley está redactada en términos tan amplios que puede permitir varias interpretaciones hay que optar por la que se mantenga dentro de los límites constitucionales y que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional mas que cuando no exista duda razonable sobre su contradicción con la CE (pág. 102). Aunque esto último es negado por algunos autores que consideran que la presunción de constitucionalidad no es tan fuerte sino mas moderada, de modo que no es necesario que los argumentos en contra de la ley sean de tanto peso como para disipar cualquier duda entre personas razonables. *Vid.* V. FERRERES COMELLA (2007: 193-197).

<sup>71</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 62); G. DOMÉNECH PASCUAL (2010: 1035); J. A. XIOL RIOS (2013): “Artículo 57. Efectos”, en M. SÁNCHEZ MORÓN y N. MAURANDI GUILLÉN, *Comentarios a la Ley 30/1992*, Valladolid, Lex Nova, pág. 407; S. MUÑOZ MACHADO (2017: 83); D. MARÍN-BARNUEVO FABO (2018: 1.294).

administrativo o judicial. Es el recurrente el que tiene que argumentar en su recurso administrativo o en la demanda [arts. 115.1.b) LPAC y 45.5 y 56.1 LJCA] que el acto es contrario a Derecho, aunque ello se vea, en cierto modo, modulado o atenuado por la facultad que tiene el órgano administrativo o jurisdiccional que conoce el asunto para apreciar de oficio motivos no alegados por las partes (arts. 119.3 LPAC y 33 LJCA)<sup>72</sup>. La Administración, por su parte, tendrá que contraargumentar justificando la concurrencia de los requisitos de validez que el recurrente haya cuestionado y deberá probar aquellos hechos en que se sustente el acto y hayan sido negados por el particular, pues a ella corresponde su prueba según las reglas generales.

El TS ha destacado, en este sentido, que la presunción de validez de los actos administrativos «impone la carga de recurrir en sede judicial la resolución administrativa, pudiendo obviamente basarse la impugnación en la falta de prueba de los hechos que sirven de presupuesto fáctico al expresado acto», de modo que dicha presunción «no altera las reglas de distribución de la carga de la prueba que fija el art. 217 de la LEC, ni supone otorgar presunción de certeza a los hechos que en las resoluciones de la Administración se declaren probados»<sup>73</sup>.

La presunción de validez no incide tampoco en la suspensión de la eficacia de los actos, por lo que carece de relevancia a la hora de decidir si se adopta o no la medida cautelar de suspensión, la cual procederá, o no, teniendo en cuenta únicamente si concurren los requisitos propios y específicos de tales medidas<sup>74</sup>. La presunción no puede esgrimirse, por ello, para sostener la apariencia de buen derecho, sino que esta apariencia debe apreciarse objetivamente en atención a las características de regularidad o adecuación a Derecho que objetivamente presente el acto en cuestión<sup>75</sup>.

La presunción, en fin, no permite ni, desde luego, impone a la Administración o a los jueces la obligación de que consideren el acto ajustado a Derecho en caso de duda sobre su validez (por ejemplo, porque su invalidez no es manifiesta debido a que hay dudas de Derecho o porque la prueba no es concluyente), pues no concurre ninguna razón que justifique el que la propia presunción haya de formar parte del razonamiento del juez o de la Administración cuando se pronuncian sobre la adecuación a Derecho del acto<sup>76</sup>. En la medida en que, como se ha visto, la norma que establece la presunción de validez no se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad de verdad, esto es, no se apoya en un «es presumible» que el acto sea válido porque la Administración suele respetar todos sus requisitos de validez, no puede esgrimirse que resultaría más seguro atenerse a lo que esa presunción determina como verdadero, ya que nada determina en tal sentido.

## 10. ÁMBITO OBJETIVO DE LA PRESUNCIÓN: SU APLICACIÓN A TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La validez no sólo se presume de los actos aparentemente válidos, sino de todos los actos administrativos que puedan considerarse tales, al margen, pues, de la apariencia de validez o regularidad que presentan.

En efecto, como ya he indicado, debido a razones institucionales ligadas a la estabilización de expectativas y a la eficacia del Derecho, éste presume la validez de los actos administrativos que presentan una mínima apariencia de adecuación a las normas sobre la producción jurídica. Si el acto administrativo tiene una mínima apariencia de tal, esto es, aparece *prima facie* como una instancia de aquello que pretende ser, porque cumple unos mínimos requisitos de existencia o validez constitutiva, el acto se presume válido. Por eso, la sujeción al Derecho Administrativo de que habla el art. 39.1 LPAC se refiere a que sea un acto administrativo y no un acto privado de la Administración, pero no exige que el acto administrativo presente una

<sup>72</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL (2010: 1.035); L. COSCULLUELA MONTANER (2019: 362).

<sup>73</sup> STS de 12 de febrero de 2009 (rec. núm. 9511/2004) (FJ 5), la cual precisa que el expediente administrativo puede contener ya el respaldo probatorio de la resolución cuya legalidad se cuestiona, por lo que «la mera negación de los hechos en el escrito de demanda no traslada a la Administración la carga de acreditar nuevamente los hechos» (FJ 6). La SAN de 16 octubre de 2019 (rec. núm. 180/2017), también citada, habla de la carga de la impugnación del acto y «la de acreditar, en su caso, la contravención con el ordenamiento jurídico» (FJ 5).

<sup>74</sup> Así, G. DOMÉNECH PASCUAL (2010: 1.046); J. A. XIOL RÍOS (2013: 407).

<sup>75</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 622).

<sup>76</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 520); J. A. XIOL RÍOS (2013: 407). Sin embargo, la presunción de constitucionalidad de la ley sí obliga al Juez constitucional a que, en caso de duda, se incline por la conformidad de la ley a la Constitución. Sobre las razones que justifican esta deferencia hacia el legislador (algunas ya apuntadas en la nota 67), vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: 102-103) y, sobre todo, V. FERRERES COMELLA (2007: 151-196).

aparición de conformidad o adecuación a Derecho<sup>77</sup>. Por el contrario, si no estamos en presencia de algo que pueda ser considerado un acto administrativo, no hay acto del que poder presumir su validez<sup>78</sup>.

Como la presunción consiste en comportarse frente a un acto administrativo sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho, se aplica tanto a los actos anulables como a los actos nulos de pleno derecho<sup>79</sup>. Las diferencias entre estos dos tipos o grados de invalidez no residen en que los primeros se presuman válidos y los nulos de pleno derecho no. El art. 39.2 LPAC no hace ninguna distinción al respecto y eso es, precisamente, lo que se deduce de todo el sistema (de la regulación de la revisión de oficio, de la posibilidad de suspender la eficacia de los actos nulos cuando son objeto de revisión o se han recurrido vía administrativa o contenciosa, etc.)<sup>80</sup>. Como se ha afirmado, considerar que la presunción no opera para los actos nulos de pleno derecho supone negarle a la presunción de validez su significado más propio y toda su utilidad y dejar abierta de par en par la puerta de la inseguridad y el desorden, que es precisamente lo que pretende evitarse con la presunción<sup>81</sup>.

La presunción de validez también se predica del silencio positivo, ya que se trata, a todos los efectos, de un acto administrativo finalizador del procedimiento, pero no del silencio negativo, que no es un acto administrativo, sino una mera ficción en interés del particular (art. 24.2 LPAC).

Cuando no se trate de resultados institucionales (actos, contratos, reglamentos), sino de actuaciones materiales o de la inactividad material de la Administración, no cabe hablar de validez sino de legalidad, pues, como ya he dicho, predicados como válido, inválido, nulo, anulable, tienen sentido para calificar resultados institucionales, pero no respecto de acciones que no lo sean. Sería absurdo, por ejemplo, calificar el acto de una persona consistente en dar muerte a otra como nulo de pleno derecho, a pesar de que vulnera una norma imperativa<sup>82</sup>. Por eso, el art. 32.2 LJCA dispone que si el recurso contencioso-administrativo tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, «el demandante podrá pretender *que se declare contraria a Derecho*», y el art. 71.1.a) establece que la sentencia estimatoria declarará «*no ser conforme a Derecho* y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o *dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada*». En estos casos, como en el supuesto de las irregularidades no invalidantes, puede hablarse de ilegalidad sin invalidez.

Ahora bien, ¿cabe hablar de una presunción de legalidad de los actos administrativos distinta de su presunción de validez?

## 11. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ Y ¿PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD?

M. Rebollo, en un profundo y sugerente estudio sobre el tema, ha señalado que la presunción de validez sólo puede destruirse en el seno de un procedimiento (administrativo o judicial) dirigido a anular o a declarar la nulidad del acto y privarlo así de su fuerza jurídica<sup>83</sup>. Si el acto no es anulado en vía administrativa o judicial –continúa– la presunción de validez no se destruye, aunque puede destruirse su presunción de

<sup>77</sup> Como parecen entender G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 228) y R. LETELIER WARTENBERG (2011: 245).

<sup>78</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 614-615); L. PAREJO ALFONSO (2016: 530).

<sup>79</sup> A. GALLEGU ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH (2001: 211, 232); T. CANO CAMPOS (2004): *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Cizur Menor, Thomson Civitas, pág. 186. M. REBOLLO PUIG (2005: 608) y (2018: 107); D. BLANQUER CRIADO (2014: 1286, 1294); L. PAREJO ALFONSO (2016: 530), de forma implícita al afirmar que basta con una mínima apariencia de acto; S. MUÑOZ MACHADO (2017: 84 y 178); J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2018), *Principios de Derecho Administrativo*, II, 5.ª ed., Madrid, Iustel, pág. 131; G. FERNÁNDEZ FARRERES (2018: 773 y 806); L. COSCULLUELA MONTANER (2019: 362); P. MENÉNDEZ GARCÍA (2019): "La invalidez de los actos administrativos", en P. MENÉNDEZ y A. EZQUERRA (dir.), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 339-340; M. SÁNCHEZ MORÓN, (2020: 567). En contra, J. GARCÍA LUENGO (2002: 53-54); R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 128); J. ESTEVE PARDO (2016: 203).

<sup>80</sup> Me he ocupado de las diferencias entre nulidad y anulabilidad, en T. CANO CAMPOS (2017) y (2018: 7-26), con abundante bibliografía.

<sup>81</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 608-609). En opinión de S. MUÑOZ MACHADO (2017: 178) «el interés general a que responde toda la actividad de la Administración (art. 103 CE) no permite que cualquier administrado pueda oponerse al cumplimiento de los actos administrativos, desobedeciendo o desconsiderando la declaración que contenga, justificando su actitud en que, según su valoración jurídica, los actos incurrir en nulidad absoluta».

<sup>82</sup> M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003: 719) de quienes tomo el ejemplo.

<sup>83</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 591-592) define así la presunción de validez: «es la cualidad de los actos administrativos en cuya virtud existe el deber de actuar y decidir partiendo de la premisa de que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados»; «la presunción que estudiamos significa que no cabe negar esa fuerza jurídica ni prescindir de ella mientras el acto no sea declarado nulo o sea anulado».

legalidad, que sería algo distinto. Ello tiene lugar, dice, no sólo en el supuesto de las irregularidades no invalidantes, sino también en otros muchos supuestos como, por ejemplo, cuando se sanciona a un funcionario por la adopción de «acuerdos manifiestamente ilegales», cuando el hecho de dictar «un acto administrativo ilegal» es constitutivo de delito y el juez impone la pena, cuando en los conflictos de competencia se declara la incompetencia de una Administración al dictar un acto y, por tanto, «la ilegalidad» de éste, o, en fin, cuando se aprecia la responsabilidad patrimonial de la Administración por un «acto administrativo ilegal». En todos estos supuestos, concluye, se parte de la ilegalidad del acto y, en consecuencia se destruye su presunción de legalidad, pero el acto no se anula ni se ha anulado previamente (incluso puede que ya no se pueda anular) y, por tanto, no se destruye su presunción de validez, pues ello sólo tiene lugar cuando se hace un pronunciamiento expreso de invalidez y se niegan todos o parte de los efectos jurídicos del acto<sup>84</sup>.

Pero, todo esto, creo que puede explicarse de otro modo sin necesidad de escindir la invalidez de la ilegalidad y, por tanto, sin tener que distinguir entre una presunción de validez y otra de legalidad que no se encuentra consagrada en ningún sitio y que se aleja, además, de su uso común entre los juristas –y el propio ordenamiento– donde ambas expresiones se utilizan de forma indistinta.

En los casos referidos, en efecto, puede entenderse, tal y como he tratado de reflejar más arriba en la definición ofrecida, que la presunción de validez (y no sólo una supuesta presunción de legalidad) también ha sido destruida, pues ese «debe presumirse» en que consiste la presunción no ha vinculado al órgano en cuestión. Lo que ocurre es que la presunción de validez no se ha destruido en un proceso principal cuya finalidad es anular el acto y privarle, en la medida en que otros principios del sistema no lo impidan, de sus efectos pasados y futuros, sino en un procedimiento incidental en el que se aprecia la invalidez (y, por tanto, se destruye la presunción) como presupuesto de una decisión cuyos efectos o consecuencias son distintas a la anulación: inaplicar un acto o una norma, castigar a un funcionario, determinar la Administración competente, declarar la responsabilidad patrimonial, etc.<sup>85</sup>.

En tales casos, el Derecho sólo exige un pronunciamiento de invalidez desde el punto de vista del antecedente o condiciones (de los vicios de validez), no desde el consecuente o los efectos propios de la invalidez, porque las consecuencias que prevé la norma son distintas a la anulación o declaración *erga omnes* de invalidez<sup>86</sup>. El vicio que concurre determina la invalidez del acto, pues no se trata de una simple irregularidad no invalidante respecto de la que se pueda afirmar que no hay invalidez, pero sí ilegalidad o antijuridicidad. Por eso, en estos supuestos en los que la norma que ha de aplicarse sólo contempla el reconocimiento o declaración de invalidez como presupuesto de hecho de una consecuencia jurídica distinta a la anulación del acto (para lo que probablemente el órgano en cuestión no tiene competencia o el procedimiento seguido no es el procedente), no creo que sea necesario escindir ilegalidad e invalidez y concluir que, en tales casos, se destruye la presunción de legalidad, pero no la de validez.

Esto está relacionado con los elementos de la teoría de la invalidez: los vicios que concurren, el procedimiento y el órgano competente para declararlos, las consecuencias de la invalidez y los efectos de los pronunciamientos que la declaran<sup>87</sup>. Tales elementos pueden ser combinados de modos diferentes en función de los fines a alcanzar o de los intereses que se pretendan tutelar. Del mismo modo que cualquier

<sup>84</sup> M. REBOLLO PUIG (2005: 596-601). En el mismo sentido S. MUÑOZ MACHADO (2017: 82). Considera, sin embargo, forzada la distinción entre legalidad y validez en estos casos, R. LETELIER WAETENBERG (2011: 69, nota 64). Para D. MARÍN-BARNUEVO FABO (2018: 1.293) «el significado de la presunción de validez y el de la presunción de legalidad es coincidente».

<sup>85</sup> El propio M. REBOLLO PUIG (2005) reconoce algunos supuestos en los que se está actuando contra la presunción de validez de los actos sin que antes se hayan anulado. Además de en los recursos indirectos contra reglamentos (pág. 623), lo reconoce en los que denomina recursos indirectos contra actos, esto es, en los recursos en los que se impugna un acto fundándose en la invalidez de otro no anulado que constituye su presupuesto por cuanto que se ha dictado en aplicación de éste. Por ejemplo, se impugna el nombramiento de un funcionario con fundamento en la invalidez de las bases de la convocatoria, o la multa coercitiva en la invalidez del acto cuya ejecución se pretende, o el reintegro de una subvención en la invalidez de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento, etc. En tales casos, él mismo reconoce, atinadamente, que la presunción de validez del acto base (o acto en virtud del cual se ha dictado el acto que se impugna) no opera y aunque dicho acto no se puede anular sí que se puede apreciar su invalidez a los solos efectos de declarar la nulidad del acto de aplicación (págs. 624-625).

<sup>86</sup> En este sentido conviene precisar que, a propósito de la invalidez, podemos referirnos tanto a sus condiciones o antecedentes (los vicios de invalidez) como a sus consecuencias (a cuáles son los efectos de que un acto administrativo inválido). Así, en ocasiones decimos que un acto es inválido, para significar que de ello se derivan determinados efectos o consecuencias jurídicas (por ejemplo, que el acto debe ser ineficaz), mientras que otras veces la invalidez apunta a las condiciones o antecedentes de lo que calificamos como tal, y entonces decimos, por ejemplo, que un acto es inválido porque ha sido dictado cumpliendo los requisitos de producción y contenido previstos en el art. 34 de la LPAC. Sobre ello, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975: 49, 61-69); J. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA (1999: 154-155); M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003: 720); T. CANO CAMPOS (2017: 4).

<sup>87</sup> T. CANO CAMPOS (2017: 4-5).



Juez o Tribunal puede dejar de aplicar los reglamentos ilegales, pero no los pueden anular o, en el modelo de control difuso de constitucionalidad de las leyes (y en el nuestro si la ley es preconstitucional), los jueces ordinarios pueden inaplicar las leyes inconstitucionales, pero no declarar su inconstitucionalidad y nulidad, aquí, *mutatis mutandis*, ocurre algo similar. El Derecho reserva la anulación de los actos administrativos inválidos a la competencia ciertos órganos (administrativos y judiciales) a través de determinados procedimientos, pero no impide que fuera de esos cauces otros órganos distintos, sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial, puedan apreciar su invalidez a otros efectos distintos a los de su anulación, destruyendo así, en el caso concreto y a esos solos efectos, la presunción de validez de que gozan<sup>88</sup>.

## 12. CONCLUSIONES

Es hora de sacar conclusiones. La presunción de validez de los actos administrativos aparece consagrada expresamente desde hace tiempo en nuestros textos positivos y es utilizada por los juristas en sus razonamientos prácticos y teóricos. Es un concepto que tiene un fundamento sólido en nuestro Derecho y una clara funcionalidad. Por eso, conviene analizarlo cuidadosamente y no desecharlo sin más, ya que lo oportuno en el Derecho es realizar un análisis funcional de los conceptos y ver si realmente tienen utilidad<sup>89</sup>.

La presunción de validez de los actos se justifica en razones institucionales ligadas a la seguridad jurídica y a la eficacia del Derecho, que se verían fuertemente resentidas si cualquiera pudiera, en cualquier momento, desligarse de lo que determinan las Administraciones Públicas cuando dictan sus actos administrativos. Sin embargo, como se ha visto, hay autores que consideran que podría prescindirse perfectamente de ella, pues la carga de impugnar los actos administrativos, que, según ellos, sería el efecto principal de la presunción de validez, traería causa, más bien, de la ejecutividad, esto es, de la necesidad de oponerse a la fuerza de obligar del acto. Pero la pregunta que surge, entonces, es si dicha fuerza de obligar del acto, esa ejecutividad, tendría sentido si el ordenamiento no impusiera, previamente, de forma expresa o implícita, su presunción de validez.

A este respecto, conviene precisar que el ordenamiento jurídico otorga tutela o protección a los actos que respetan las normas que determinan su contenido y establecen su forma de producción, ya que lo que hace el acto es declarar lo que es el Derecho en el caso concreto. Por eso, debe ser lo que el contenido de un acto dice que debe ser cuando el acto sea válido o conforme al Derecho que aplica y debe respetar. Si el Derecho establece determinados requisitos de validez y un acto administrativo no los cumple, el acto no debe producir efectos ni gozar de ejecutividad, pues toda la actuación administrativa debe realizarse «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», según dispone el art. 103.1 de la CE. Pero, como se ha visto, por razones institucionales ligadas a la efectividad del Derecho y al interés general al que responde la actuación de la Administración, así como a la propia función de estabilización y clarificación del Derecho que cumplen los actos administrativos (en beneficio de todos los sujetos, también del particular), el ordenamiento obliga a presumir su validez, de modo que el acto produce efectos de forma imperativa e inmediata y surge el deber de actuar sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho hasta que se declare autoritativamente su invalidez. Hasta que esto no tenga lugar, el acto y sus efectos gozan del respaldo del Derecho por muchos vicios o irregularidades que presente y por muy graves que estas sean. Hay así una escisión entre validez y eficacia (y ejecutividad) que da lugar a que puedan producirse efectos jurídicos no conformes a Derecho. Por eso, aunque la fuerza de obligar del acto sólo debiera derivar de su validez o conformidad a Derecho, realmente deriva, por las razones apuntadas, de su presunción de validez desde el momento en que existe o se dicta, que trata así de legitimar o reforzar en todos los supuestos (esto es, con independencia de que el acto sea o no conforme a Derecho) su eficacia y ejecutividad.

La presunción de validez constituye, por consiguiente, una institución que cumple o satisface una importante función de clarificación y estabilización de expectativas y de situaciones jurídicas, función a la que sirve el propio acto administrativo, pero que no cumpliría realmente si cualquiera lo pudiera ignorar tras realizar su particular juicio de legalidad, por lo que la presunción refuerza esa función y, con ello, contribuye a la seguridad jurídica y a que el funcionamiento del sistema sea eficaz. La presunción establece, asimismo, una

<sup>88</sup> También alude a que en ocasiones la declaración de invalidez no arrastra la nulidad, A. NIETO GARCÍA (1994: 22, 24), lo que, en su opinión, que comparto plenamente, «resulta explicable desde un punto de vista competencial».

<sup>89</sup> M. ATIENZA RODRÍGUEZ: “Prólogo” al libro J. DELGADO ECHEVERRÍA (2019), pág. 21. *Vid.* también S. DÍEZ SASTRE (2018: 142-154).

conexión causal entre la validez, la eficacia y la ejecutividad de los actos administrativos, los cuales deben ser obedecidos por todos y no pueden ser desconocidos, sin más, por la Administración, aún en caso de ilegalidad, por lo que explica convincentemente el estatus de los actos administrativos contrarios a Derecho que no han sido declarados inválidos por los órganos competentes para ello.

La presunción de validez de los actos administrativos tiene, por último, una capacidad explicativa, analítica e, incluso, directiva mucho mayor que otros conceptos que se han propuesto en su lugar, pues describe mejor que ellos el fenómeno al que alude, explica adecuadamente el fundamento de que los actos hayan de ser respetados hasta que se declare autoritativamente su invalidez y posee una indudable función directiva porque, como se ha visto, ofrece pautas de comportamiento que guían y justifican la actuación de los destinatarios del acto y de la propia Administración, de modo que tiene una clara utilidad en la construcción de una teoría del acto administrativo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILÓ REGLA, J. (2006): “Presunciones, verdad y normas procesales”, en *Isegoría*, núm. 35, págs. 9-31. DOI: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2006.i35.27>.
- AGUILÓ REGLA, J. (2018): “Las presunciones en el Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, págs. 201-227.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2007): *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.; RUIZ MANERO J. (2001): “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, págs. 115-130. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.05>.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.; RUIZ MANERO, J. (2003): “Seis acotaciones para una teoría de la validez jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, págs. 719-735. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.28>.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.; RUIZ MANERO, J. (2007): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel. 4.ª ed.
- BACA ONETO, V. S. (2006): *La invalidez de los contratos*. Cizur Menor: Thomson Civitas.
- BARCELONA LLOP, J. (2017): “La ejecución forzosa de los actos administrativos: régimen general. La prohibición de acciones posesorias”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, págs. 2.207-2.275. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BELADIEZ ROJO, M. (1994a): *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons.
- BELADIEZ ROJO, M. (1994b): “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 133, págs. 155-187.
- BENTHAM, J. (1981): *Tratado de legislación civil y penal*. Madrid: Editorial Nacional.
- BLANQUER CRIADO, D. (2014): “Disgresiones sobre la invalidez de los actos administrativos”, en SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.): *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 2, Garantías del ciudadano en el régimen administrativo, págs. 1.275-1.326. Madrid: lustel.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2011): “La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 152, págs. 769-786.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2012): *Lecciones sobre el acto administrativo*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- CANO CAMPOS, T. (2004): *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*. Cizur Menor: Thomson Civitas.
- CANO CAMPOS, T. (2008): *Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho administrativo sancionador*. Cizur Menor: Civitas.
- CANO CAMPOS, T. (2017): “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, págs. 1-53. URL: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/332579/423358>.
- CANO CAMPOS, T. (2018): “Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 5, págs. 7-26, enero-diciembre 2018. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i5.10605>.
- CAPELLA, J. R. (1999): *Elementos del análisis jurídico*. Madrid: Trotta.
- CARRIÓ, G. R. (1990): *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CASSESE, S. (1995): *Le basi del diritto amministrativo*. Torino: Garanti. 3.ª ed.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (1993): “Nulidad y anulabilidad”, en LEGUINA VILLA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, págs. 192-213. Madrid: Tecnos.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2019): *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters. 30.ª ed.

- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2004): *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Madrid: Ceura. 3.ª ed.
- DE OTTO PARDO, I. (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2019): *Validez de normas y de actos jurídicos. Estudios de Teoría General desde el Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ SASTRE, S. (2018): *La formación de conceptos en el Derecho Público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2002): *La invalidez de los reglamentos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2010): “El principio de presunción de validez”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, págs. 1.031-1.060. Madrid: La Ley.
- ESTEVE PARDO, J. (2016): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons. 6.ª ed.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2018): *Sistema de Derecho Administrativo*, tomo I. Cizur Menor: Civitas Thomson-Reuters. 4.ª ed.
- FERRERES COMELLA, V. (2007): *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC. 2.ª ed.
- FERRAJOLI, F. (2000): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011): *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, vol. 1. Teoría del Derecho. Madrid: Trotta.
- GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A. (2001): *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- GAMA LEYVA, R. (2019): *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas. 3.ª ed.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters. 18.ª ed.
- GARCÍA LUENGO, J. (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1991): *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- GARRIDO FALLA, F. (1994): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I. Madrid: Tecnos. 12.ª ed.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2010): *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons. 3.ª ed.
- GONZÁLEZ LAGIER, G. (2015): “Hechos y acciones en el Derecho”, en GONZÁLEZ LAGIER, D. (coord.): *Conceptos básicos del Derecho*, págs. 64-80. Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2005): “Silencio administrativo”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II. Madrid: Iustel.
- GUASTINI, R. (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (traducción de FERRER I BELTRÁN, J.). Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. (2010): *Le fonti del Diritto. Fondamenti teorici*. Milano: Giuffrè.
- GUASTINI, R. (2016): *La sintaxis del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- HART, H. L. A. (1997): “Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad”, en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 6, págs. 83-105.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.
- KELSEN, H. (2011): “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, págs. 249-300.
- LARENZ, K. (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de RODRÍGUEZ MOLINERO, M.). Barcelona: Ariel.
- LETÉLIER WARTENBERG, R. (2011): *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (1996): *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*. Madrid: McGraw-Hill.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (2018): “Presunciones legales, disposiciones supletorias y verdades interinas. La presunción de validez de los actos administrativos”, en VAQUER CABALLERÍA, M.; MORENO MOLINA, A. M.; DESCALZO GONZÁLEZ, A. (coords.): *Estudios de Derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, tomo II, págs. 1.273-1.301. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte general* (traducción coordinada por DOMÉNECH, G.). Madrid: Marcial Pons.
- MENDONCA, D. (1998): “Presunciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, págs. 83-98. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.05>.
- MENDONCA, D. (2000): *Las claves del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P. (2019): “La invalidez de los actos administrativos”, en MENÉNDEZ, P.; EZQUERRA, A. (dirs.): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- MONTERO AROCA, J. (2007): *La prueba en el proceso civil*. Cizur Menor: Thomson Civitas. 5.ª ed.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2017): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE). 2.ª ed.

- NIETO GARCÍA, A. (1994): “Estudio preliminar”, en BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, págs. 9-31. Madrid: Marcial Pons.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (2017): *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*. Madrid: Dykinson.
- PAREJO ALFONSO, L. (2015): “Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo en el Derecho Administrativo español”, en REBOLLO PUIG, M.; LÓPEZ BENÍTEZ, M.; CARBONELL PORRAS, E. (coords.): *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, págs. 471-502. Madrid: lustel.
- PAREJO ALFONSO, L. (2016): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 8.ª ed.
- PAREJO ALFONSO, L. (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*, núm. 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).
- PAQUAU LIAÑO, M. (2007): “La acción de nulidad sí prescribe”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.): *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, págs. 225-246. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- PEÑA GONZALO, L.; AUSÍN DÍEZ, T. (2001): “La inferencia de los hechos presuntos en la argumentación probatoria”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVIII, págs. 95-125.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2015): “Normas constitutivas: reglas que confieren poderes, reglas puramente constitutivas. Las definiciones”, en GONZÁLEZ LAGIER, D. (coord.): *Conceptos básicos del Derecho*, págs. 27-45. Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005): *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- RAMIA, J. (2017): “La noción de presunción más allá del Derecho”, en *Revista de Humanidades*, núm. 32, págs. 125-138. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdh.32.2017.18637>.
- REBOLLO PUIG, M. (2005): “La presunción de validez”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 128, págs. 587-638.
- REBOLLO PUIG, M. (2018): “La invalidez del acto administrativo”, en REBOLLO PUIG, M.; VERA JURADO, D. J. (dirs.): *Derecho Administrativo*, tomo II, págs. 101-121. Madrid: Tecnos. 3.ª ed.
- REBOLLO PUIG, M. (2019): “Relaciones entre la Administración y los Tribunales. La autotutela administrativa”, en REBOLLO PUIG, M.; VERA JURADO, D. J. (dirs.): *Derecho Administrativo*, tomo I, págs. 179-202. Madrid: Tecnos. 4.ª ed.
- RÓDENAS CALATAYUD, A. (2009): “Los enredos de la validez: tres distinciones para no perderse”, en *Teoría del Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 6, págs. 177-188.
- RÓDENAS CALATAYUD, A. (2019): “Seguridad jurídica y principios institucionales”, en el *Congreso: Estado de Derecho y participación política. Homenaje a Jorge Malem*. Celebrado en Tossa de Mar (Gerona) el 17-18 octubre 2019. Congreso organizado conjuntamente entre Philosophy of Law de la Universidad Pompeu Fabra y la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=zvivL9OK8fA>.
- ROSENBERG, L. (2002): *La carga de la prueba*. Montevideo (Uruguay): BdF. 2.ª ed.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2020): *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos. 16.ª ed.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1975): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público*. Madrid: IEA. 2.ª ed.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2018): *Principios de Derecho Administrativo II*. Madrid: lustel. 5.ª ed.
- SCHAUER, F. (2013): *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1981): “De las presunciones”, en ALBALADEJO, M. (dir.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 2. Madrid: Edersa.
- TARUFFO, M. (2008): *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (2019): *Derecho Administrativo. Parte General*. Barcelona: Atelier. 4.ª ed.
- VELASCO CABALLERO, F. (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tecnos: Madrid.
- VELASCO CABALLERO, F. (2017): “El acto administrativo: concepto, clases y contenido”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, págs. 1.757-1.799. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (2001): *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- VILLAR PALASÍ, J. L.; VILLAR EZCURRA, J. L. (1999): *Principios de Derecho Administrativo*, tomo II. Madrid: UCM.
- VON IHERING, R. (1997): *El espíritu del Derecho Romano*. Barcelona: Marcial Pons.
- XIOL RIOS, J. A. (2013): “Artículo 57. Efectos”, en SÁNCHEZ MORÓN, M.; MAURANDI GUILLÉN, N. (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/1992*, págs. 405-424. Valladolid: Lex Nova.



REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 23-04-2020  
Modificado: 03-07-2020  
Aceptado: 04-07-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10796>  
Páginas: 29-48

## Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho de la norma aprobada?

*The legal effects of omitting the initial public consultation process in the procedure for drafting general administrative provisions: invalidity ab initio of the approved rule?*

Lucía Casado Casado  
Universidad Rovira i Virgili (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5603-3264>  
[lucia.casado@urv.cat](mailto:lucia.casado@urv.cat)

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili (URV). Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). Miembro del Grupo de investigación de la URV “Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad”, reconocido como Grupo de investigación consolidado por la Generalitat de Catalunya, y también del Grupo de investigación de la URV de estudios jurídicos locales. Entre sus líneas de investigación destacan las siguientes: derecho local; jurisdicción contencioso-administrativa; mejora regulatoria y potestad normativa; procedimiento administrativo; expropiación forzosa; derecho audiovisual; derechos sociales; y derecho ambiental administrativo.

### RESUMEN

La aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, supone la introducción de un nuevo trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas con rango legal y reglamentario, regulado en su artículo 133. Este trámite, de carácter preceptivo, refuerza la participación ciudadana, al garantizarse en una fase muy temprana, previa al procedimiento normativo en sentido propio, cuando todavía no existe una propuesta redactada del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento y todas las opciones están abiertas. Sin embargo, nada dice este precepto sobre los efectos jurídicos que se anudan a la omisión –o práctica inadecuada– de la consulta pública previa, a pesar de ser ésta una cuestión de gran relevancia y que, en el fondo, determina la efectividad real de este trámite. Sobre esta cuestión versa este trabajo que, ante el silencio de la LPACAP, pretende aportar herramientas a los operadores jurídicos que ilustren sobre cuáles deben ser los efectos jurídicos de la omisión de este trámite en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias. Con este fin, se analizan tanto las diferentes interpretaciones ofrecidas por la doctrina como la jurisprudencia recaída hasta el momento.

### PALABRAS CLAVE

Disposiciones administrativas de carácter general; procedimiento administrativo; participación ciudadana; consulta pública previa; nulidad de pleno derecho.

## ABSTRACT

The passing of Spanish Law 39/2015, of 1 October, on Common Administrative Procedures for Government Administrations introduced a new public consultation procedure that must take place prior to the drafting of legal rules with legal and regulatory status, as established under its section 133. That mandatory procedure enhances public participation because it occurs during a very early phase when all options are still open, prior to the initiation of the actual legislative process and before any draft versions of laws or regulations have been produced. However, the Law does not address the legal effects resulting from the omission –or improper exercise– of that initial public consultation, despite the significance of the matter as a factor that fundamentally determines the actual effectiveness of the procedure. This article addresses this issue in view of its absence from the legislation and in an effort to provide those working in the field of law with tools to help determine the legal effects of the omission of that procedure during development of laws and regulations. To this end, the various interpretations offered in the literature and in existing case law are analysed.

## KEYWORDS

General administrative provisions; administrative procedure; public participation; initial public consultation; invalidity *ab initio*.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA AUSENCIA EN LA LPACAP DE REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA OMI-SIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL Y LAS DUDAS SUSCITADAS. 2. LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA OMI-SIÓN DEL TRÁ-MITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA. 3. LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDEN-CIALES SOBRE LOS EFECTOS DE LA OMI-SIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA. 3.1. LAS PRIMERAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3.2. LAS PRIMERAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 3.2.1. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 126/2019 y núm. 127/2019, de 28 de marzo de 2019: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos. 3.2.2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 88/2019, de 10 de abril de 2019: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos. 3.2.3. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalu-ña núm. 588/2019, de 28 de junio de 2019: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos. 3.2.4. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. A) La Sentencia núm. 574/2018, de 14 de junio de 2018: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales. B) Las Sentencias núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018, núm. 1055/2018, de 23 de noviembre de 2018, núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018 y núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018: efectos de la práctica inadecuada del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de regla-mentos autonómicos. 3.2.5. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 34/2019, de 28 de enero de 2019, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 75/2020, de 14 de febrero de 2020: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales. CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, incluye un Título VI (arts. 127 a 133), dedicado a la iniciativa legislativa y a la potestad para dictar reglamentos y que se inscribe en la política de mejora de la regulación impulsada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y por la Unión Europea. Entre las grandes novedades que aporta este Título debe destacarse la nueva regulación del artículo 133, destinado a regular la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos y que «supone, en su conjunto, un avance muy notable en términos participativos, que sitúa a España en la línea de las experiencias más avanzadas en la materia» (Mir, 2017: 234). Desde la perspectiva de la participación ciu-dadana, este precepto da un paso importante, habida cuenta de que incorpora, con carácter preceptivo, un

nuevo trámite participativo: la consulta pública previa, que tiene lugar en una fase temprana, cuando todavía no se ha elaborado el proyecto correspondiente y con la que se inicia el ciclo normativo (Velasco, 2019: 315). Se pretende con ello «obtener una participación eficaz y real sobre el futuro texto, en el entendimiento de que el mismo aún no ha sido elaborado» (Galán, 2020: 160). De este modo, la participación se produce desde la gestación de la norma, antes que exista una propuesta normativa redactada, a diferencia de lo que venía siendo práctica habitual hasta la entrada en vigor de la LPACAP (Casado, 2018: 165). Además, con la inclusión de este trámite también se ensancha el control de la potestad reglamentaria de la administración pública (Cierco y Roperó, 2017: 107-108).

A pesar de la relevancia de este trámite, su regulación sustantiva en la LPACAP es parca (Velasco, 2019: 315), limitándose esta Ley a recoger algunas escasas previsiones, en sus apartados 1 y 3, sobre su contenido y forma de realización y los destinatarios de este trámite; y, en su apartado 4, sobre las posibles excepciones a su aplicación. Además, con arreglo a la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup>, únicamente son básicos y no son contrarios al orden constitucional de competencias, resultando de aplicación a los reglamentos de las comunidades autónomas, el inciso «Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública», de su apartado 1; y las excepciones recogidas en el párrafo primero de su apartado 4. Las previsiones restantes sobre la consulta pública recogidas en el artículo 133 de la LPACAP son parcialmente inconstitucionales y, por ello, únicamente aplicables directamente a la elaboración de reglamentos estatales, siendo inaplicables directamente a la elaboración de reglamentos autonómicos y a las ordenanzas locales (Velasco, 2019: 314)<sup>2</sup>.

No debe extrañar, por tanto, que, dada la parquedad normativa existente, sean muchas las cuestiones que suscita la aplicación de este trámite, por ejemplo, con relación al alcance y la extensión con que se configura, el plazo en que debe realizarse, la forma en que debe sustanciarse o cuáles deben ser sus destinatarios, por citar solo algunos ejemplos. Sin embargo, entre estas cuestiones, hay una, a nuestro entender, especialmente importante, por cuanto no está resuelta en la LPACAP y suscita importantes dudas: la de los efectos jurídicos que conlleva la omisión –o práctica inadecuada– de este trámite en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general y, en particular, si conlleva o no la nulidad de pleno derecho de la norma aprobada.

En el análisis de esta cuestión se centra este estudio, que, ante el silencio de la LPACAP, pretende aportar herramientas a los operadores jurídicos que ilustren sobre cuáles deben ser los efectos jurídicos de la omisión de este trámite en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias. Con este fin, se analizan tanto las diferentes interpretaciones ofrecidas por la doctrina administrativista como la jurisprudencia dictada hasta el momento, tanto por el Tribunal Supremo como por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

## **1. LA AUSENCIA EN LA LPACAP DE REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL Y LAS DUDAS SUSCITADAS**

En nuestro ordenamiento jurídico, la exigencia de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general se configura en términos muy amplios. Con arreglo al artículo 133.1 de la LPACAP, este trámite debe sustanciarse con carácter previo a la elaboración de cualquier proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento<sup>3</sup>. Sin embargo, el alcance de este trámite debe ser relativizado, habida cuenta de que son muchos los supuestos en que puede ser excepcionado. En efecto, el

<sup>1</sup> *Vid.* la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018 (ponente: Andrés Ollero Tassara). Sobre los efectos de esta Sentencia en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos, *vid.* ARAGUÁS (2019: 101-104); y sobre sus efectos en el procedimiento de elaboración de reglamentos locales, *vid.* VELASCO (2019: 306-314). En relación con el impacto de la LPACAP en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias locales *vid.* CASADO (2017: 87-141), GARCÍA (2017: 83-131), PRIETO (2019: 1-39) y VELASCO (2019: 299-349). Y, en general, sobre la incidencia de la LPACAP (y también de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público) sobre el derecho local, *vid.* GARCÍA (2020: 37-50).

<sup>2</sup> Nótese que, como advierte VELASCO (2019: 312 y 314), los preceptos del Título VI que no son directamente aplicables a las comunidades autónomas y a las entidades locales sí son aplicables de forma supletoria, en virtud del artículo 149.3 de la CE.

<sup>3</sup> Sobre el alcance de la exigencia de la consulta pública previa y las excepciones, *vid.*, entre otros, ARAGUÁS (2016: 103-104), CASADO (2018: 179-193), FERNÁNDEZ (2020: 223-228) y VELASCO (2019: 317-321).

artículo 133.4 de la LPACAP recoge algunas excepciones que pueden agruparse en supuestos de exclusión por razón de la materia y por el alcance de la regulación pretendida (Velasco, 2019: 317). Entre los primeros, se incluyen los previstos en su párrafo primero –no tachado de inconstitucionalidad por la Sentencia 55/2018 y, por lo tanto, aplicable a los reglamentos de todas las administraciones públicas–, que permite prescindir de este trámite «en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen». Y, entre los segundos, recogidos en su párrafo segundo –declarado inconstitucional para las comunidades autónomas, por desbordar el alcance de lo básico, y no aplicable a los reglamentos autonómicos<sup>4</sup>–, se incluye la posibilidad de omitir este trámite «Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia». En este caso, el criterio de la excepción no es el tipo de normas, sino sus efectos (Velasco, 2019: 317). Asimismo, este párrafo prevé que «Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella». Por lo tanto, estamos ante un trámite preceptivo, exigido en el procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones de carácter general, aunque con numerosas vías de excepción<sup>5</sup>, cuya concurrencia deberá ser debidamente motivada y justificada. Se trata, en consecuencia, de un trámite que debe darse a menos que concurren las excepciones legalmente establecidas.

De este modo, salvo que se justifique adecuadamente la concurrencia de alguna de las excepciones, existe, con arreglo al artículo 133, apartados 1 y 4, de la LPACAP, un deber general de consulta pública (Velasco, 2019: 321), con carácter previo al procedimiento normativo en sentido estricto y a la redacción del proyecto o anteproyecto de reglamento. Por lo tanto, este trámite «deberá efectuarse en todo caso (salvo expresa motivación y justificación de las razones que avalan su no sometimiento)» (Galán, 2020: 161).

Llama la atención, sin embargo, que, a pesar de lo novedoso de este trámite incorporado por la LPACAP y del gran avance que supone desde la perspectiva de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas, en aras a conseguir una participación real y efectiva sobre el futuro texto normativo –cuando aún no hay una propuesta redactada y todas las opciones están abiertas–, ninguna previsión se incluya en la LPACAP en torno a las consecuencias que se derivan de su omisión o de su deficiente realización en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general. En efecto, nada dice la LPACAP sobre los efectos jurídicos asociados a la omisión o insuficiencia de la consulta pública previa.

A la vista de esta omisión, son muchos los interrogantes y las dudas que se suscitan. Ciertamente, el artículo 47.2 de la LPACAP prevé que «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Además, no se admite la anulabilidad para las disposiciones administrativas de carácter general, con relación a las cuales la invalidez despliega sus efectos en su grado máximo. Por lo tanto, parece que el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 133 de la LPACAP en relación con la consulta pública previa debería generar la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria estatal, autonómica o local que se apruebe sin haberse realizado la preceptiva consulta pública previa o habiéndose realizado de forma insuficiente, sin atenderse a lo establecido en la normativa vigente. Ahora bien, ¿se aplicaría el artículo 47.2 de la LPACAP y, por lo tanto, la nulidad de pleno derecho como efecto jurídico invalidante, en todos los supuestos de omisión o insuficiente realización de este trámite?

<sup>4</sup> Como advierte VELASCO (2019: 311), el artículo 133.4, párrafo segundo, es inconstitucional para las comunidades autónomas, pero no lo es (y sí es aplicable) a los reglamentos estatales. «Por eso la declaración de inconstitucionalidad es parcial y no lleva aparejada la declaración de nulidad. Es este uno de los casos en que inconstitucionalidad y nulidad no van a la par». Tampoco sería, en nuestra opinión, directamente aplicable a los entes locales, por desbordar el alcance de lo básico, aunque nada diga el Tribunal Constitucional al respecto. En este mismo sentido, VELASCO (2019: 312 y 317), en cuya opinión los preceptos del Título VI de la LPACAP que no son directamente aplicables a las entidades locales sí pueden ser aplicables de forma supletoria.

<sup>5</sup> Como ponen de manifiesto CIERCO y ROPERÓ (2017: 123-124), «existe un catálogo muy amplio de razones a las que acogerse para “esquivar” la nueva consulta pública»; en su opinión, «las excepciones a la consulta pública acusan en su formulación importantes limitaciones. La más relevante de todas ellas es que las aperturas, sumadas todas ellas, abren un agujero demasiado grande». En definitiva, para CIERCO y ROPERÓ (2017: 125), «la generosidad del art. 133.4 de la LPACAP puede descubrir, inesperadamente, una vía de salida para aquellas Administraciones menos provistas y capacitadas organizativa y tecnológicamente». En sentido similar, CASADO (2018: 168).



¿Cabe alguna excepción? En definitiva, cabe preguntarse, sobre las consecuencias que se derivarían de la aprobación de una norma sin haberse sustanciado el trámite de consulta pública previa ¿Sería una norma nula de pleno derecho? Igualmente, cabe plantear qué consecuencias se derivarían de la aprobación de una norma, habiéndose realizado este trámite, pero de forma inadecuada, sin atenerse a lo previsto en la LPACAP –por ejemplo, si no se hace con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de reglamento o si se hace durante un plazo insuficiente o no dirigiéndola a las personas a quienes debiera dirigirse<sup>6</sup>–. ¿También sería nula de pleno derecho la norma aprobada? A estos interrogantes que la LPACAP deja abiertos se añaden otros. El fundamental es si la omisión –o insuficiencia– de la consulta pública previa puede ser subsanada posteriormente, si se realizan adecuadamente los trámites de audiencia e información públicas ¿Se trata de un trámite subsanable? O ¿resulta inadmisibles que la realización posterior de estos trámites participativos subsane el incumplimiento del deber de consulta pública previa? Señala Casado (2018: 199) que «la omisión de este trámite debe tener consecuencias jurídicas y no debe tratarse de una mera formalidad. De no ser así, se estaría privando de toda eficacia a un trámite que, como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, supone un refuerzo importante de la participación ciudadana, al permitirla en una fase temprana, cuando las posiciones todavía no están bien definidas ni las decisiones tomadas y todavía hay margen para incorporar observaciones y sugerencias». Sin embargo, nada dice la LPACAP al respecto y la inseguridad jurídica está servida, máxime al ser un trámite introducido con carácter general por vez primera en la LPACAP y no contar con experiencia previa.

Como puede advertirse, son muchos los interrogantes y las dudas que suscita el silencio de la LPACAP en relación con los efectos jurídicos invalidantes asociados a la omisión –o inadecuada realización– del trámite de consulta pública. Inevitablemente, esta situación lleva aparejada inseguridad jurídica para los operadores jurídicos y genera numerosas interpretaciones posibles. Sin duda, lo deseable hubiera sido incluir una previsión al respecto en la LPACAP. Así, se hubiera ganado en seguridad jurídica. Pero la situación es la que es y carecemos de esta previsión. Ello nos obliga, como juristas, a intentar aportar soluciones a los interrogantes planteados. Desde la doctrina administrativista no han faltado posicionamientos al respecto y argumentos que justifican la respuesta a las preguntas planteadas en uno u otro sentido. Tales posiciones serán objeto de análisis a continuación. Pero nuestro análisis no puede detenerse aquí y hace falta también indagar en la jurisprudencia, con el fin de ver si existen ya algunos criterios fijados al respecto que confieran seguridad jurídica a una cuestión que genera numerosas dudas. Resulta fundamental clarificar los efectos jurídicos anudados a la omisión –o insuficiencia– de la consulta pública previa. Como han puesto de manifiesto Cierco y Roperó (2017: 125), el régimen de invalidez es un riesgo que «amenaza el cabal afianzamiento de la consulta previa. El grado de tensión que se aplique al reglamento aprobado sin consulta o con una consulta sustancialmente inadecuada determinará la agudeza del nuevo trámite». Se trata, por tanto, de cuestiones de enorme relevancia a las cuales debe darse una adecuada respuesta que ayude a dotar de seguridad jurídica la realización de este trámite.

Veamos, a continuación, las respuestas dadas por la doctrina administrativista y por la jurisprudencia recaída hasta el momento.

## 2. LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA

El silencio de la LPACAP en torno a los efectos de la omisión o insuficiencia del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general obliga a los operadores jurídicos a realizar interpretaciones al respecto, con el fin de determinar si la ausencia de este trámite puede o no generar la nulidad de pleno derecho de una norma reglamentaria. Desde el primer momento, la doctrina administrativista se ha pronunciado al respecto, si bien las opiniones vertidas no son en absoluto unánimes. Hay dos posiciones claramente diferenciadas: una primera, que defiende la invalidez y, por consiguiente, la nulidad de pleno derecho de la disposición de carácter general en cuyo procedimiento de elaboración se haya omitido o realizado de forma sustancialmente inadecuada este trámite; y una segunda, mucho más flexible, que relativiza la eficacia invalidante de estos vicios y sostiene que tal omisión no acarrea, en todo caso, la nulidad de pleno derecho de la norma.

---

<sup>6</sup> Al respecto, *vid.* CASADO (2018: 198-199).

Son partidarios de la primera posición Antelo (2016: 117-118), Araguàs (2017: 492-493), Campos (2016: 603-604), Casado (2018: 201-203), Cierco y Roperó (2017: 126-127), Fernández (2020: 223-224), Galán (2020: 159-163) y Mora (2016: 560-561). Araguàs (2017: 492-493) parte de que la omisión de la consulta previa cuando es preceptiva es un defecto procedimental difícilmente subsanable *a posteriori*, por lo que su no realización obligaría a iniciar de nuevo el procedimiento de elaboración. De no hacerlo, en su opinión, «la consecuencia lógica sería la nulidad de la norma, aunque se podría valorar si, habiéndose llevado a cabo la consulta previa en un momento tardío, los términos en los que se ha realizado dicho trámite han permitido cumplir su finalidad»<sup>7</sup>. En consecuencia, considera que «la realización de los trámites participativos sin poner a disposición de los ciudadanos la información indicada (o incluso hacerlo en un plazo excesivamente breve) es un defecto en la realización de los trámites participativos que, a nuestro juicio, acarrea la nulidad de la norma cuando ello incida de manera efectiva en el texto finalmente aprobado». En la misma línea, se sitúa Casado (2018: 201-203), que aboga por que la ausencia del trámite de consulta pública previa sea considerada como causa de nulidad de pleno derecho de las disposiciones de carácter general, salvo que dicha omisión esté amparada en una de las causas de excepción previstas en la normativa y esté debidamente justificada y motivada en el expediente. Para esta autora, «ésta es la solución más coherente, si realmente quiere dotarse de efectividad al trámite de consulta pública previa y potenciar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas en una fase temprana». Según su parecer, este trámite no puede quedar subsanado con la práctica posterior de la audiencia y la información pública, ya que, «precisamente la peculiaridad más destacable de este trámite participativo y que le da sentido frente a los otros dos mencionados es el momento temporal en que se produce, ya que tiene lugar con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, cuando todas las opciones están abiertas, y no inmediatamente antes de la aprobación de la norma, cuando ya se ha completado prácticamente su tramitación, como sucede con la audiencia y la información pública. Además, las cuestiones sobre las que versa la consulta pública previa y que constituyen su objeto (recabar la opinión de los ciudadanos, cuando todas las opciones están aún abiertas, sobre los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias), ya no tendría sentido plantearlas en los trámites de audiencia e información pública». Muy similares son los argumentos proporcionados por Cierco y Roperó (2017: 126-127), que, partiendo del carácter esencial de este trámite en el *iter* reglamentario, consideran defendible la extensión a este ámbito de la sanción propia de los trámites participativos clásicos –audiencia e información públicas–. Por ello, afirman que «La omisión de la consulta pública, o su práctica desviada, constituye un vicio que invalida la disposición reglamentaria y, en consecuencia, se erige en razón para justificar su expulsión del ordenamiento jurídico. El argumento *a simili* parece intachable: si la ley procedimental no distingue en el carácter preceptivo, esencial, de los trámites de consulta, audiencia e información pública del procedimiento de creación de normas reglamentarias, sus vicios deben contar con un mismo tratamiento jurídico. Cobra aquí, pues, mucha importancia no solo la significación del trámite y la cobertura que presta a una vertiente inédita del principio participativo, sino, sobre ello, la fortaleza que la ley le concede al hacer de la consulta un paso preceptivo en el itinerario. Y es que el art. 133 de la LPAC no incorpora un mandato programático que interpele sobre una anticipación temporal de la participación activa de la sociedad; lo que introduce es, sin ambages, un trámite imperativo». Para Cierco y Roperó (2017: 127), a esta tesis, se suma, como contrafuerte, la fuerza del catálogo de excepciones que permiten excepcionar la exigencia de consulta pública previa. En su opinión, «A mayores excepciones tipificadas, mayor confirmación de la regla: *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*». En la misma línea, Fernández (2020: 223-224) considera que la omisión de la consulta pública previa supone un vicio que invalida la disposición reglamentaria con el grado máximo de invalidez –la nulidad de pleno derecho–, al no operar en las disposiciones normativas el régimen de anulabilidad. También Galán (2020: 163), en cuya opinión la intención del legislador es clara en cuanto a través de la consulta pública se pretenden ampliar las posibilidades de participación de la ciudadanía en el seno del procedimiento, por lo que la consecuencia lógica de su omisión es «el carácter invalidante de una actuación municipal que sin la debida justificación y motivación al expediente (art. 70 LPACAP) avale el prescindir de un trámite preceptivo con carácter general».

<sup>7</sup> Al respecto, señala ARAGUÀS (2017: 492, nota al pie 13) que «En el sistema estadounidense, en ocasiones se ha admitido la validez de los reglamentos sin realizar el trámite de *comment* en el momento oportuno sobre la base de una doctrina que tiene en cuenta la falta de efectos perjudiciales que se haya derivado de esta circunstancia (*harmless error*). Entre otras cuestiones, los tribunales han valorado si las cuestiones planteadas en el trámite participativo podían resolverse, o no, con una pluralidad de alternativas; sí o sí la agencia se había mostrado receptiva a cambiar el contenido de la norma».

Por su parte, Campos (2016: 603-604) y Mora (2016: 560-561), a la hora de analizar los efectos de la omisión de este trámite sobre la norma afectada, cuando fuera preceptivo, ponen el acento en la relevancia que la jurisprudencia está confiriendo a la omisión de los trámites que hacen posible la participación ciudadana, en el sentido de poder sancionarse con la nulidad de pleno derecho de la disposición. Así, Mora (2016: 560-561) señala que puede reconocerse la consolidación de una línea jurisprudencial «en cuya virtud el trámite de audiencia o el de información pública es fundamental en la elaboración del reglamento, acarreado la mayoría de las veces la nulidad de pleno derecho». Y Campos (2016: 603-604) recuerda «su vinculación con un derecho reconocido constitucionalmente, y la creciente relevancia que la participación ciudadana ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico tras la aprobación de la normativa en materia de transparencia, tanto la ley estatal básica como las distintas regulaciones autonómicas, desarrollando ampliamente la dimensión activa de la participación ciudadana». También Antelo (2016: 117-118) pone de relieve que la inobservancia de este trámite puede invalidar la norma reglamentaria aprobada, advirtiendo que sería posible la impugnación, a través de un recurso contencioso-administrativo directo contra una ordenanza o reglamento local por omisión del procedimiento de elaboración normativa o de alguno de sus trámites esenciales, pero señalando las dificultades de plantear un recurso indirecto utilizando como fundamento las infracciones procedimentales en que se hubiera podido incurrir.

Por el contrario, son partidarios de la segunda posición Messeguer (2016: 133), Prieto (2016: 359-360) y Velasco (2019: 322-323). Messeguer (2016: 133) otorga menor entidad a las consecuencias derivadas de la omisión del trámite de consulta pública. Según su parecer, «es evidente que el medio a través del que se efectúa la consulta (portal web de la Administración competente –no se menciona “sede electrónica”–), su objetivo (recabar la “opinión” de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma) y las posibilidades de prescindir de él (mayores que para el trámite de audiencia) pueden ser factores determinantes a la hora de concluir la eventual menor entidad de su ausencia sobre la validez de la norma. Bien es cierto, sin embargo, que la categoría de la anulabilidad es desconocida cuando de disposiciones de carácter general se trata (artículo 48 de la LPAC), aunque la jurisprudencia ha venido analizando cuidadosa y detenidamente, caso por caso, las consecuencias menos graves que pueden tener algunas infracciones procedimentales ocurridas a lo largo del procedimiento de elaboración de las normas». Prieto (2016: 359-360), considerando que el trámite de consulta pública es previo al propio procedimiento de elaboración de la disposición administrativa y que su finalidad puede alcanzarse a través de otros trámites similares posteriores –como el trámite de audiencia o información públicas–, donde los ciudadanos podrán pronunciarse sobre la necesidad y la oportunidad de la concreta norma proyectada, de la existencia o no de alternativas no regulatorias... concluye que «su omisión no constituirá una inobservancia trascendente que afecte a la finalidad perseguida por la norma, siempre que se haya realizado a través del trámite de audiencia o información públicas, pues así se habrá logrado su finalidad a pesar de dicha omisión». Admite, pues, la posibilidad de subsanar este vicio procedimental. Es más, considera que se trata propiamente de un trámite duplicado del trámite de audiencia e información pública. Por ello, le parece razonable «entender conforme al principio de eficacia administrativa y de economía procesal que la omisión de ese trámite no constituirá una “inobservancia trascendente”, siempre y cuando quede subsanado mediante la práctica posterior del trámite de audiencia e información públicas». Esta posibilidad de subsanación con la posterior realización de los trámites de audiencia e información pública es rechazada, en cambio, por Velasco (2019: 323)<sup>8</sup>, en cuya opinión son trámites independientes y distintos del deber de consulta previa, por lo que su realización no subsana el incumplimiento del deber de consulta. Subraya este autor la caracterización legal de la consulta pública como «previa», antecedente al procedimiento normativo en sentido propio, y sostiene, como punto de partida, que «*por sí sola*<sup>9</sup> la omisión de la consulta previa no determina la nulidad de la ordenanza», aunque sí puede ser relevante para la valoración de otros posibles defectos materiales o procedimentales de la ordenanza final. Así, considera que «la omisión de la consulta previa coadyuva a un posible juicio de *arbitrariedad*<sup>10</sup> (ilícita ex art. 9.3 CE) de la ordenanza» y «resultará muy relevante cuando el posterior trámite de audiencia e información pública ex art. 49 b) LBRL se practique de forma incompleta o irregular, dificultando *de facto* la participación ciudadana». Por ello, entiende que «a los efectos de determinar la posible nulidad de una ordenanza, es relevante valorar el alcance real, en términos de participación ciudadana, que la omisión de la consulta previa ha proyectado sobre cada concreta ordenanza».

A la vista de lo expuesto, fácilmente puede apreciarse la diversidad de posicionamientos doctrinales, con buenos argumentos, que ha originado la omisión, en la LPACAP, de toda previsión acerca de los efectos

<sup>8</sup> También rechazan esta posibilidad otros autores, como CASADO (2018: 202 y 203) y CIERCO y ROPERO (2017: 128).

<sup>9</sup> La cursiva es del autor.

<sup>10</sup> La cursiva también es del autor.

que desencadena la ausencia –o práctica inadecuada– de la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general; y el carácter subsanable o no de la omisión de este trámite con la posterior realización de los trámites de audiencia e información pública. En tanto que, para algunos, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria afectada, para otros las consecuencias son menos graves, por lo que relativizan su eficacia invalidante. Igualmente, en tanto que para algunos la omisión del deber de consulta previa no puede, en ningún caso, quedar subsanada con la realización posterior de los trámites de audiencia e información pública, para otros esta subsanación resulta admisible. Gran inseguridad jurídica, pues, derivada de una omisión que fácilmente podría haberse evitado incluyendo una previsión específica en la LPACAP.

### 3. LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA

Ante el silencio de la LPACAP, adquieren gran relevancia las interpretaciones que realicen los tribunales en torno a los efectos aparejados a la omisión o insuficiencia de la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Ciertamente, aún ha transcurrido poco tiempo desde la entrada en vigor de la LPACAP, pero ya existen algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que abordan esta cuestión. A ellos nos referimos a continuación.

#### 3.1. Las primeras Sentencias del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ya ha abordado cuestiones relacionadas con la consulta pública en dos Sentencias, con motivo de la resolución en única instancia de dos recursos contencioso-administrativos presentados contra normas reglamentarias estatales, en los que se alegaba por los recurrentes, entre otras cosas, la omisión de la consulta pública previa en el procedimiento normativo y se solicitaba la nulidad de pleno derecho de los reglamentos aprobados. Se trata de las Sentencias núm. 268/2019, de 28 de febrero de 2019<sup>11</sup> y núm. 1719/2019, de 12 de diciembre de 2019<sup>12</sup>. Sin embargo, por los motivos que veremos, todavía no ha llegado a pronunciarse sobre los efectos jurídicos anudados a la ausencia de este trámite participativo.

En la Sentencia núm. 268/2019, de 28 de febrero de 2019, se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Orden ETU/35/2017, de 23 de enero, por la que se establecen los suplementos territoriales en las Comunidades Autónomas de Cataluña, La Rioja, Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana, en relación con los peajes de acceso de energía eléctrica correspondientes al ejercicio 2013. La Junta de Castilla-La Mancha incluye, entre los diferentes motivos de impugnación que formula, la omisión de la consulta pública previa prevista en el artículo 133 de la LPACAP en el procedimiento de elaboración de la norma impugnada, privando a las personas afectadas por la norma de la posibilidad de pronunciarse sobre la necesidad y oportunidad de su aprobación, sobre su objetivo y las posibles alternativas. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que, en este caso, dada la naturaleza y alcance de la Orden impugnada, no era necesaria la consulta pública previa<sup>13</sup>. En efecto, entiende que «se trata de una Orden de carácter instrumental que incluye los suplementos territoriales a los peajes del año 2013, sin que pueda considerarse un verdadero reglamento ejecutivo de la Ley del Sector Eléctrico»; y que «se ciñe a dar cumplimiento al pronunciamiento de esta Sala en lo relativo a los suplementos territoriales, sin que presente un contenido regulatorio sustantivo que permita considerar que resulten de aplicación las normas procedimentales que corresponden a los reglamentos contemplados en el artículo 133 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas». Por ello, «el alegato sobre la omisión del trámite de consulta a los afectados no puede ser acogido, en cuanto no estamos ante un supuesto regulado en el artículo 133 de la ley reseñada, antes bien, ante una Orden acotada a ejecutar lo acordado por este Tribunal Supremo». De este modo, en la medida en que no se considera necesaria aquí la consulta pública previa, no entra a abordar los efectos jurídicos derivados de su omisión.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 268/2019, de 28 de febrero de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso núm. 669/2017, ponente: Isabel Perelló Doménech).

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1719/2019, de 12 de diciembre de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 194/2018, ponente: M.ª del Pilar Teso Gamella).

<sup>13</sup> FJ 4.º.

En la Sentencia núm. 1719/2019, de 12 de diciembre de 2019, el Tribunal Supremo resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dos sindicatos (la Unión General de Trabajadores y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras) contra el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública. También aquí las recurrentes sostienen en el escrito de demanda que se ha vulnerado el artículo 26, apartados 2 y 6, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al no haberse realizado la consulta pública, ni haberse conferido trámite de audiencia a las organizaciones sindicales más representativas de los intereses de los trabajadores, como son los dos sindicatos recurrentes<sup>14</sup>. Sin embargo, aunque en el escrito de demanda se alega esa doble infracción y se hace una mención inicial a la consulta pública, el Tribunal Supremo destaca que en el alegato y exposición razonada se refiere únicamente al trámite de audiencia previsto en el artículo 26.6 de la mentada Ley 50/1997. Por ello, se limita a decir que «el artículo 26 de la citada Ley 50/1997, como también en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, prevén, respecto del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias y por lo que hace al caso, dos trámites diferentes. De un lado, un trámite de consulta pública para recabar la opinión de los ciudadanos y organizaciones representativas que tiene lugar antes de la elaboración del proyecto de norma reglamentaria. Y de otro, está el trámite de audiencia que recaba la opinión de aquellos ciudadanos titulares de derechos e intereses legítimos afectados por el proyecto de norma reglamentaria ya redactado, así como de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos e intereses legítimos se vieran afectados por la norma o cuyos fines guarden relación directa con su objeto»<sup>15</sup>. Y opta por limitar su enjuiciamiento a la falta de audiencia a los sindicatos recurrentes y, por tanto, a la lesión del artículo 26.6 de la Ley 50/1997, a tenor del escrito de demanda, sin abordar la cuestión de la consulta pública previa, sobre la que omite cualquier pronunciamiento. La conclusión a la que llega es la necesidad, en la norma analizada, del trámite de audiencia previsto legalmente, por lo que su omisión, según impone el artículo 47.2 de la LPACAP, determina su nulidad de pleno derecho<sup>16</sup>. Sin embargo, ningún análisis se efectúa, por las razones que hemos apuntado, de los efectos jurídicos derivados de la omisión de la consulta pública previa. Una nueva oportunidad perdida para sentar jurisprudencia.

Por otra parte, ha habido varios intentos frustrados de planteamiento de recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a varias Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que han anulado el Decreto 14/2017, de 27 de julio, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores en Castilla y León, entre otros motivos, por la omisión del trámite de consulta pública previa<sup>17</sup>. El Tribunal Supremo considera que no se aclara, en ningún caso, sobre qué particular se precisa de un pronunciamiento jurisprudencial y recuerda que, «en relación con la omisión de trámites en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, existe abundante jurisprudencia de esta Sala (contenida, entre otras, en las sentencias de fechas 10 de octubre de 1991 (recurso 658/1990), 14 de octubre de 1992 (recurso 4484/1990), 15 de octubre de 1997 (recurso 1483/1993), 17 de marzo de 2000 (recurso 2686/1996), 19 de febrero de 2002 (recurso 184/1999), 28 de diciembre de 2005 (recurso 5129/2002), 24 de febrero de 2010 (recurso 6861/04), 6 de julio de 2010 (recurso 446/2008) y 23 de enero de 2013 (recurso 589/2011)»<sup>18</sup>. Por ello, se han inadmitido a trámite todos los recursos de casación planteados y no existe, hasta el momento, ninguno admitido en que se plantee como cuestión de interés casacional objetivo sobre la cual deba fijar jurisprudencia el Tribunal Supremo la de los efectos jurídicos derivados de la omisión –o insuficiente realización– del trámite –preceptivo– de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias. Sin embargo, no descartamos que pueda ser admitido a trámite

<sup>14</sup> En cambio, el Abogado del Estado considera que no se infringe ni el artículo 26.2 ni el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, porque no procede el trámite de consulta pública previa, ni el de audiencia a los ciudadanos o las organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley, cuando se trata de reglamentos independientes u organizativos. Además, añade que el Reglamento impugnado es una norma interna de la administración, que alumbra un órgano administrativo, compuesto por personal de la administración, por lo que no se vulnera la libertad sindical, pues ello no afecta ni se conecta con el contenido esencial de ese derecho fundamental.

<sup>15</sup> FJ 3.º de la Sentencia.

<sup>16</sup> Vid. el FJ 7.º de la Sentencia.

<sup>17</sup> Vid. *infra* el apartado 3.2.4, epígrafe B, de este trabajo.

<sup>18</sup> FJ 2.º de los Autos del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 942/2019, ponente: M.ª del Pilar Teso Gamella); de 19 de julio de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 1024/2019, ponente: M.ª del Pilar Teso Gamella); de 4 de octubre de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 1518/2019, ponente: José Luis Requero Ibáñez); y de 24 de octubre de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 1025/2019, ponente: José Luis Requero Ibáñez).

en el futuro algún recurso de casación que plantee esta cuestión, si, en el escrito de preparación, se justifica adecuadamente, con suficiencia y con especial referencia al caso, por qué existe interés casacional objetivo en relación con este tema que exija un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo; y se desarrolla un esfuerzo argumental suficiente sobre la trascendencia de este pronunciamiento más allá del caso concreto, poniendo de manifiesto la afección y la previsible influencia de esta doctrina en otros muchos supuestos.

En definitiva, aunque el Tribunal Supremo ha abordado de forma colateral algunas cuestiones relativas al trámite de consulta pública previa regulado en el artículo 133 de la LPACAP, aún no hay ninguna sentencia que aborde la cuestión central que aquí nos ocupa, esto es, la de los efectos jurídicos –invalidantes o no– de la omisión de este trámite preceptivo. Esperemos que en un futuro no muy lejano vuelvan a darse nuevas oportunidades de análisis de esta cuestión que permitan al Tribunal Supremo fijar doctrina clarificadora que ponga fin a la inseguridad jurídica actualmente existente.

### **3.2. Las primeras Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas**

Los últimos dos años han visto la luz algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que abordan los efectos de la omisión –o práctica inadecuada– del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Son especialmente relevantes las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón, Navarra, Cataluña, Castilla y León, Asturias y Galicia.

#### **3.2.1. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 126/2019 y núm. 127/2019, de 28 de marzo de 2019: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha analizado recientemente los efectos jurídicos derivados de la omisión del trámite de consulta pública previa en dos Sentencias de 28 de marzo de 2019 en que se analizan sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Decreto del Gobierno de Aragón 35/2017, de 14 de marzo, por el que se modifica el Decreto 108/2009, de 23 de junio, por el que se crea el fichero de datos de carácter personal «Registro de Juegos Prohibidos»<sup>19</sup>. Este Decreto se había aprobado sin este trámite, por considerar la administración autonómica que se trataba de una norma meramente organizativa, sin afección a derechos particulares de los ciudadanos ni a la normativa de protección de datos. Sin embargo, los recurrentes discrepan de esta consideración y, en su recurso, entre otros muchos motivos de impugnación<sup>20</sup>, alegan la omisión del preceptivo trámite de consulta previa recogido en el artículo 133 de la LPACA y, por ende, la vulneración del artículo 105.a) de la CE, habida cuenta de que, en su opinión no se trata de una norma de carácter organizativo, sino que afecta a los derechos de los ciudadanos.

Para dar respuesta a este litigio, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón empieza analizando la naturaleza jurídica de la norma impugnada y deja claro que se trata de un reglamento ejecutivo que desarrolla la Ley 2/2000, de 28 de junio, del juego de Aragón, por lo que no puede entenderse que este reglamento tenga un carácter exclusivamente organizativo<sup>21</sup>. Al tratarse de una norma no organizativa y con efectos evidentes tanto sobre los clientes de los locales de juego como sobre estos mismos, considera que, con carácter previo al dictamen del Consejo Consultivo<sup>22</sup>, también debía producirse el trámite de consulta pública –además de otros trámites participativos–. Afirma el Tribunal que, al no ser una norma exclusivamente organizativa, «han de respetarse los derechos de participación y consulta previstos en el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, lo que determina la vulneración del art. 105 a) de la Constitución. Igualmente, es preciso reseñar que falta cumplir la audiencia a las organizaciones más representativas cuyos fines guarden relación con el objeto de la disposición (art. 49 de la Ley 2/2009 de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón) y el informe de la Comisión del Juego de Aragón, de conformidad a lo dispuesto en el art. 51.1.a) de la Ley 2/2000 de 28 de junio del Juego de Ara-

<sup>19</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 126/2019 y núm. 127/2019, de 28 de marzo de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recursos núm. 133/2017 y 111/2017, ponentes: Juan Carlos Zapata Híjar y Jesús M.ª Arias Juana –respectivamente–).

<sup>20</sup> *Vid.* los antecedentes de hecho 5.º y 2.º de las Sentencias núms. 126/2019 y 127/2019, respectivamente.

<sup>21</sup> *Vid.* los FFJJ 1.º y 2.º de las Sentencias núms. 126/2019 y 127/2019, respectivamente.

<sup>22</sup> Sobre la necesidad del informe del Consejo Consultivo, por tratarse de un reglamento ejecutivo, *vid.* los FFJJ 2.º y 3.º de las Sentencias núms. 126/2019 y 127/2019, respectivamente.

gón. Es evidente también que deberá cumplir la normativa de transparencia que ha quedado citada, sin que aprecie la Sala vulneración de norma competencial alguna, por el hecho de que la iniciativa se lleve a cabo por el Departamento competente en juego, dado que el cumplimiento de la materia de protección de datos es transversal a toda acción pública y no competencia de ninguna Departamento en concreto»<sup>23</sup>. En consecuencia, procede a declarar la nulidad de pleno derecho de la norma impugnada, que, en consecuencia, se anula.

### 3.2.2. **La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 88/2019, de 10 de abril de 2019: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre los efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Lo ha hecho en la Sentencia núm. 88/2019, de 10 de abril<sup>24</sup>, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un sindicato –STEE EILAS– contra la Orden Foral 51/2018, de 7 de junio, de la Consejera de Educación, por la que se aprueban las normas de gestión de las relaciones de aspirantes al desempeño, mediante contratación temporal, de puestos de trabajo docentes al servicio del Departamento de Educación.

En el recurso, el sindicato recurrente alega la nulidad de la citada Orden por falta del preceptivo trámite de consulta pública previa, de conformidad con lo señalado por el artículo 133 de la LPACAP. Por su parte, el Gobierno de Navarra se opone a la demanda y, tras recordar que se cumplieron durante la tramitación de esta norma las previsiones de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y Gobierno Abierto, considera que no era preciso, en este caso, el trámite de consulta pública previa porque la Orden Foral impugnada es una disposición general organizativa, es decir, con efectos *ad intra*, en la medida en que regula las relaciones de aspirantes a contratación temporal en educación. Además, señala que fue aprobada antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, por lo que resultaba de aplicación el apartado 4 *in fine*, que permitía omitir la consulta si la propuesta no tiene impacto en la actividad económica ni impone obligaciones relevantes a los destinatarios. A mayor abundamiento, advierte que no nos hallamos ante la elaboración de un proyecto de reglamento, sino ante su mera modificación o revisión puntual para dar cumplimiento a una sentencia previa de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra<sup>25</sup>. Por ello, considera que el trámite de consulta no ha sido obviado, ya que el proyecto de Orden Foral fue trasladado a las organizaciones sindicales y sometido a la mesa sectorial, publicado en la web y sometido a información pública. Y, en su opinión, subsidiariamente, considera que no concurre la nulidad de pleno derecho alegada en la demanda y que el defecto sería subsanable, dado que no ha causado indefensión alguna a la parte actora.

Planteada en estos términos la controversia, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra entra a analizar las diferentes cuestiones planteadas por las partes. En primer lugar, constata que en la tramitación de la Orden Foral impugnada no consta su sometimiento a consulta pública previa que prevé el artículo 133 de la LPACAP –y tampoco se ha justificado su improcedencia en este caso–, a pesar de que «es una disposición general como se desprende de su propio título y articulado, siendo así que establece con vocación de continuidad, las normas de gestión de las listas de contratación en Educación, por lo que su tramitación ha de observar lo indicado en el artículo citado»<sup>26</sup>. En efecto, «(...) la Orden Foral objeto del presente recurso, no comprende aspectos internos o domésticos, característicos y propios de la organización *ad intra* que corresponde gestionar a la Administración, sino *ad extra*; estableciendo los criterios para elaborar listas de contratación temporal y por tanto afectando a los ciudadanos que quieren formar parte de las mismas. Es por tanto una norma que precisaba la consulta pública previa del artículo 133 Ley 39/2015»<sup>27</sup>.

En segundo lugar, tampoco considera oponibles las causas de exención del apartado 4 *in fine* del artículo 133 (falta de impacto económico, no imposición de obligaciones relevantes o regulación parcial), «dado

<sup>23</sup> Vid. los FFJJ 3.º y 4.º de las Sentencias núms. 126/2019 y 127/2019, respectivamente.

<sup>24</sup> Sentencia núm. 88/2019, de 10 de abril de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 307/2018, ponente: Ana Irurita Díez de Ulzurrun).

<sup>25</sup> Se trata de la Sentencia núm. 337/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 325/2016, ponente: M.ª Jesús Azcona Labiano), que anula los artículos 3 y 4 de la Orden Foral 55/2016, de 29 de abril, del Consejero de Educación por la que se aprueban las normas de gestión de las relaciones de aspirantes al desempeño mediante contratación temporal de puestos de trabajo docentes al Servicio del Departamento de Educación.

<sup>26</sup> FJ 2.º.

<sup>27</sup> FJ 2.º.

que fueron declaradas inconstitucionales para las CC.AA, por la STC 55/2018, de 24 de mayo<sup>28</sup>, y no resultaron suficientemente motivadas en el momento de dictarse la Orden Foral impugnada»<sup>29</sup>.

En tercer lugar, dada la naturaleza del trámite de consulta pública previa, considera que su omisión no puede corregirse con el posterior sometimiento a información pública de la norma. Afirma el Tribunal que «la inobservancia del trámite de consulta pública previa no puede ser suplantada por la publicación posterior y sometimiento a información pública y traslado a sindicatos integrados en la mesa sectorial del proyecto de Orden Foral, actuaciones que sí se observaron en cumplimiento de la LF 1/2012 de Transparencia y Gobierno Abierto, pues la consulta pública previa es un trámite anterior y distinto a estos, que pretende cumplir con el objetivo constitucional de lograr la participación ciudadana en la elaboración de las normas recabando con carácter previo a la elaboración la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias»<sup>30</sup>. Por ello, la omisión de la consulta pública «no es susceptible de subsanación, porque tiene la condición de requisito procedimental preceptivo en orden a permitir la participación ciudadana y ha de realizarse con carácter previo a la elaboración de la ley o del reglamento quedando sin finalidad si se tramita una vez aprobada la norma. La consulta previa sólo tiene sentido antes de la elaboración de la ley o del reglamento para facilitar que los potenciales destinatarios realicen aportaciones sobre la misma»<sup>31</sup>.

A la vista de estos razonamientos, el Tribunal concluye que la omisión del trámite de consulta pública conlleva la nulidad de pleno derecho de la Orden Foral 51/2018, de 7 de junio, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 133 de la LPACAP. Además, es irrelevante que la omisión de este trámite no haya causado indefensión al sindicato recurrente, que participó en la Mesa sectorial, dado que es un trámite preceptivo y su incumplimiento provoca la nulidad de pleno derecho de la norma<sup>32</sup>.

### **3.2.3. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 588/2019, de 28 de junio de 2019: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos**

En la Sentencia núm. 588/2019, de 28 de junio de 2019<sup>33</sup>, el Tribunal Superior de Justicia también ha abordado la cuestión de los efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa, a raíz del examen del recurso contencioso-administrativo interpuesto por varias asociaciones<sup>34</sup> contra el Decreto 73/2017, de 20 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre bebidas azucaradas envasadas. El recurso se fundamenta, entre otros motivos, en la omisión de trámites relevantes en la tramitación del citado Decreto, como son los de participación ciudadana y de consulta pública, así como en su no inclusión en el Plan Anual Normativo correspondiente al año 2017, de acuerdo con lo establecido en la LPACAP. Por el contrario, la Generalitat de Catalunya, en su contestación a la demanda, sostiene la correcta tramitación del Decreto 73/2017, que el mismo es ajustado a derecho y no vulnera ninguna norma legal ni reglamentaria, y que no existe arbitrariedad ni desviación de poder.

El Tribunal Superior de Justicia, para resolver, tras recordar lo dispuesto por los artículos 133 de la LPACAP y 69 de la Ley catalana 19/2014, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en relación con los trámites participativos en el procedimiento de elaboración de normas, trae a colación la doctrina de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat en relación con la omisión de los trámites de consulta, audiencia e información pública<sup>35</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los efectos de la

<sup>28</sup> El Tribunal Superior de Justicia considera aplicable esta Sentencia a la Orden Foral objeto del litigio, dado que dicha norma no había alcanzado firmeza en el momento de pronunciarse el Tribunal Constitucional (*vid.* el FJ 2.º).

<sup>29</sup> FJ 2.º.

<sup>30</sup> FJ 2.º.

<sup>31</sup> FJ 2.º.

<sup>32</sup> *Vid.* el FJ 2.º.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 588/2019, de 28 de junio de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso núm. 515/2017, ponente: Jordi Palomer Bou).

<sup>34</sup> Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados (ACES), Asociación Española de Distribuidores de Autoservicios y Supermercados (ASEDAS), Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB), Asociación Española de Codificación Comercial (AECOC), Asociación Empresarial de Marcas de Restauración y Asociación Promarca (PROMARCA).

<sup>35</sup> Concretamente, se menciona el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 151/2017, de 1 de junio, sobre el Proyecto de Decreto por el cual se aprueba el Reglamento del impuesto sobre bebidas azucaradas envasadas (ponente: Joan Pagès i Galtés). *Vid.*



omisión de los trámites participativos en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general<sup>36</sup>. En particular, apela a lo establecido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de junio de 2017<sup>37</sup> en relación con la omisión del trámite de información pública, como medio para la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas. Considera el Tribunal Supremo que éste es un trámite inexcusable por imperativo de lo establecido en los artículos 9.2 y 105.a) de la Constitución y 86 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (hoy, art. 83 de la LPACAP)<sup>38</sup>. Por ello, su omisión determina la nulidad de pleno derecho de la norma. Sostiene el Tribunal que «el indicado Decreto autonómico 54/2013, es nulo de pleno derecho, ya que, como hemos declarado en nuestra Sentencia de 7 de enero de 2014 (recurso de casación 3345/2010), y constituye doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencia de 28 de octubre de 2009 –recurso de casación 3793/2005– entre otras), los defectos procedimentales cometidos en la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es el Decreto autonómico impugnado, tienen trascendencia sustancial, y, en consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, acarrearán su nulidad radical o de pleno derecho, de manera que el recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia debe ser estimado, según lo establecido concordantemente en los artículos 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»<sup>39</sup>.

A la luz de esta jurisprudencia, constatada la omisión de los trámites de consulta, audiencia e información pública en el procedimiento de elaboración del Decreto impugnado, a pesar de que aparecen expresamente exigidos en la tramitación, concluye que este Decreto es nulo de pleno derecho. En efecto, sostiene que se ha producido la omisión de estos trámites y que no se trata de una simple insuficiencia en la motivación dada para justificar su omisión. En su opinión «no nos encontramos ante una insuficiente motivación, sino que la motivación alegada se aparta de forma evidente de las causas que la propia Ley establece para poder prescindir de tales trámites, puesto que estas se hallan claramente establecidas en la Ley, y por tanto al omitirse tales trámites legalmente exigidos en la tramitación del Decreto recurrido, es por lo que resulta procedente estimar el recurso interpuesto y declarar la nulidad del mismo, por lo que no resulta necesario entrar a examinar los restantes motivos del recurso»<sup>40</sup>.

### 3.2.4. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

También la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha abordado ya, en varias ocasiones, la cuestión de los efectos invalidantes derivados tanto de la omisión como de la práctica inadecuada de la consulta pública previa.

#### A) *La Sentencia núm. 574/2018, de 14 de junio de 2018: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales*

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 574/2018, de 14 de junio de 2018<sup>41</sup>, se aborda una cuestión que se ha evidenciado como una de las más conflictivas por lo que respecta a la aplicación del trámite de consulta pública previa en el ámbito local: la de si este trámite resulta o no exi-

el FJ V.4, apartado c), de este Dictamen.

<sup>36</sup> Vid. el FJ 3.º de la Sentencia.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1145/2017, de 29 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso núm. 1964/2016, ponente: César Tolosa Tribiño).

<sup>38</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo que se cita se afirma que «Ese carácter ineludible del trámite de información pública en la aprobación de las disposiciones administrativas ha sido remarcado por la doctrina jurisprudencial más reciente, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 4 de mayo de 2007 (recurso de casación 7450/2007), 10 de diciembre de 2009 (recurso de casación 4384/2005), 28 de junio de 2012 (recurso de casación 3013/2010), 13 de mayo de 2013 (recurso de casación 3400/2009) y 25 de septiembre de 2013 (recurso de casación 6557/2011), habiendo declarado en las dos primeras que el que una ley, en este caso la Ley autonómica gallega 9/2002, de 30 de diciembre, no establezca expresamente el trámite de información pública, no es razón para no exigirlo inexcusablemente al venir impuesto por otras disposiciones con rango de ley, que lo hacen obligatorio para una mejor protección de los intereses generales, constitucionalmente amparados en los artículos 9.2 y 105.a) de la Constitución, 3.5 y 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno» (vid. el FJ 3.º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

<sup>39</sup> Vid. el FJ 3.º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (y 12.ª de la Sentencia del Tribunal Supremo).

<sup>40</sup> FJ 3.º *in fine*.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 574/2018, de 14 de junio de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso núm. 548/2017, ponente: Francisco Javier Pardo Muñoz).

gible en la tramitación de las ordenanzas fiscales y, por ende, si su ausencia puede provocar o no la nulidad de pleno derecho de la norma que finalmente se apruebe<sup>42</sup>.

La aplicación de este trámite a las ordenanzas fiscales ha originado discrepancia y disparidad de opiniones desde la aprobación de la LPACAP. Ciertamente, este trámite es de aplicación general a las normas aprobadas por las administraciones locales (Casado, 2018: 175-176; Merino, 2016: 19; Orduña, 2016: 1)<sup>43</sup>. Por una parte, el párrafo primero del apartado 4 del artículo 133 de la LPACAP –declarado conforme con la Constitución en la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, y aplicable a todas las administraciones públicas–, que recoge excepciones a la aplicación de la consulta pública, se refiere expresamente a la administración local. Por otra, no debe olvidarse el carácter básico de la LPACAP y, en particular, de su Título VI<sup>44</sup> y que las entidades que integran la administración local, de acuerdo con el artículo 2.1.c) de la LPACAP, integran el ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley. No obstante, la disposición adicional 1.ª de la propia LPACAP establece que «Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales». Y el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), precisamente recoge, en su artículo 17, una regulación específica sobre el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales, así como sobre sus requisitos de publicación y publicidad. Es cierto que este precepto, aunque prevé la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales, ésta se produce una vez elaborada y aprobada provisionalmente la redacción de la ordenanza fiscal, a través de la exposición pública del acuerdo de aprobación provisional adoptado por la corporación local durante un plazo mínimo de treinta días, dentro de los cuales los interesados pueden examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas. No se prevé, por tanto, un trámite de consulta pública previa, previo a la elaboración de la norma y a la existencia de un texto normativo. La cuestión es si el trámite participativo previsto en el artículo 17 del TRLRHL, por su especialidad, excluye, suple o hace innecesaria, en aplicación de la disposición adicional 1.ª de la LPACAP, la consulta pública contemplada en el artículo 133 de esta Ley, o, por el contrario, este trámite debe añadirse a los regulados por el mencionado artículo 17. Y las respuestas que pueden darse a este interrogante pueden ser muy variadas, tal y como evidencian las diversas interpretaciones doctrinales que han ido aflorando. Algunos autores, como Casado (2018: 191), Del Amo (2018: 4-5) y Menéndez (2016: 9), han defendido la aplicación del trámite del artículo 133 de la LPACAP al procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, entendiendo que este trámite no tiene equivalente en el artículo 17 del TRLRHL, por las diferencias sustanciales que presenta con el trámite participativo allí previsto<sup>45</sup> y que, por lo tanto, también debe resultar aplicable. Otros, en cambio, como Velasco (2019: 319-320), han sostenido que el trámite de consulta pública recogido en el artículo 133.1 de la LPACAP no resulta aplicable a las ordenanzas fiscales, pues en este ámbito resulta de aplicación preferente, conforme a la disposición adicional 1.ª de la LPACAP, el TRLRHL, como ley especial por razón de la materia y esta norma no exige una consulta pública previa. Igualmente, han sido diversas las interpretaciones realizadas por los ayuntamientos<sup>46</sup> y otras administraciones públicas, encontrándose ejemplos tanto de posiciones favorables<sup>47</sup> como contrarias<sup>48</sup> a la exigencia del trámite de consulta pública en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales.

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* el amplio análisis que realizan CASADO (2018: 183-191) y VELASCO (2019: 319-320).

<sup>43</sup> Así lo considera también el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la Sentencia núm. 574/2018, de 14 de junio de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso núm. 548/2017, ponente: Francisco Javier Pardo Muñoz), FJ 3.º.

<sup>44</sup> *Vid. supra* la introducción de este estudio.

<sup>45</sup> Sobre las diferencias entre ambos trámites participativos, *vid.* DEL AMO (2018: 4).

<sup>46</sup> Sobre la práctica de los ayuntamientos en torno a la exigencia o no del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, *vid.* CASADO (2018: 184), que pone varios ejemplos.

<sup>47</sup> Puede destacarse, a estos efectos, un Informe de la Dirección General de la Secretaría de Estado de Hacienda, del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 10 de enero de 2018, en el que da respuesta a una cuestión planteada por la Secretaría General de la Federación Española de Municipios y Provincias. Este informe concluye que en el procedimiento de aprobación de ordenanzas fiscales debería incluirse el trámite de consulta pública previa regulado en el artículo 133 de la LPACAP.

<sup>48</sup> Por ejemplo, ha mantenido una posición contraria a la exigencia del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*. *Vid.* su Dictamen 752/2017, de 21 de noviembre de 2017, emitido a raíz de la consulta facultativa planteada por el Ayuntamiento de Xirivella, relativa a la aplicación de los artículos 132 y 133 de la LPACAP y de la modificación de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, en la tramitación de ordenanzas y de reglamentos de ámbito local, en el que considera que cabría prescindir de este trámite de participación ciudadana en atención a lo establecido en la disposición adicional 1.ª de la LPACAP (en particular, la consideración 5.ª de este Dictamen). *Vid.* también, en esta misma línea, el Informe del Ayuntamiento de Madrid, redactado por Marta Gómez Alonso, sobre la

Ante esta disparidad de criterios interpretativos en torno a la exigencia o no del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, debe ser bienvenida la Sentencia objeto de análisis, ya que, por vez primera –hasta donde nosotros sabemos–, se aborda esta cuestión en una Sentencia. El litigio del que trae causa es un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Aguas de Valladolid, S. A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valladolid de 6 de junio de 2017, de aprobación definitiva de la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por prestación de los servicios del ciclo urbano del agua que comprende los de abastecimiento, alcantarillado, depuración de agua y control de vertidos. Una de las cuestiones alegadas en el recurso por la demandante es la de incumplimiento del requisito de participación de los ciudadanos previsto en el artículo 133.1 de la LPACAP, al haberse omitido, durante su elaboración, el trámite de consulta pública previa, lo que, en su opinión, generaría la nulidad de pleno derecho de la ordenanza. Por el contrario, el Ayuntamiento de Valladolid se opone a dicho alegato manifestando que, en el ámbito local, ya existía con anterioridad a la LPACAP, un trámite de información pública establecido en el artículo 49 de la LBRL y en el artículo 17 del TRLRHL, trámites cumplidos en el caso objeto de análisis, por lo que resulta, en su opinión, innecesaria la consulta pública. Además, considera que, en todo caso, la ausencia de dicho trámite no puede considerarse como causa de nulidad de pleno derecho de la Ordenanza<sup>49</sup>.

Planteadas en estos términos la controversia, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, para dar respuesta a las cuestiones suscitadas, parte de la aplicación general del trámite de consulta pública previa, regulado en el artículo 133 de la LPACAP, a la administración local. Ahora bien, también advierte que la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de esta Ley permite que los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en la misma o regulen trámites adicionales o distintos, se rijan, respecto a éstos, por lo dispuesto en leyes especiales. Y recuerda la regulación específica existente en este ámbito en el artículo 17 del TRLRHL, cuya existencia y aplicación preferente, en tanto que ley especial, le lleva a concluir que el trámite de consulta pública previa no es exigible en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales y, en consecuencia, su omisión no puede generar la nulidad de pleno derecho de la ordenanza aprobada. En efecto, afirma el Tribunal que «(...) esta Sala no comparte la interpretación con resultado radicalmente anulatorio que postula la recurrente sobre la aplicación al procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales previsto en el TRLRHL del trámite de consulta pública contemplado en el artículo 133 de la LPACAP, y es que la disposición final primera de ésta es clara en el sentido de que en los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia –como lo es el de elaboración de las ordenanzas fiscales previsto en el TRLRHL, lo que admite la Dirección General de Tributos en su informe– es de aplicación lo dispuesto en la ley especial no sólo para el caso de que ésta contenga trámites adicionales o distintos al de aquella, sino también cuando no exija alguno de los trámites previstos en la LPACAP, como lo es dicho trámite de consulta pública, todo ello sin perjuicio de que aunque, ciertamente, se trate de trámites distintos, el de exposición pública previsto en el TRLRHL –cumplido por el Ayuntamiento–, en cuanto preceptivo bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la Ordenanza (por todas, STS de 15 de noviembre de 2013) y de obligada resolución de las reclamaciones que se presenten, colma, desde luego, la finalidad de participación ciudadana a que responde el trámite, no siempre preceptivo, de consulta e información pública regulado en la LPACAP, receptor de opiniones y no de reclamaciones de obligada resolución<sup>50</sup>»<sup>51</sup>.

---

aplicación del trámite de consulta pública previa a las ordenanzas fiscales (publicado en el *Anuario de Derecho Municipal* 2018, págs. 519-525).

<sup>49</sup> En su opinión, además de ser innecesaria la consulta pública previa, su ausencia «no puede considerarse como causa de nulidad de pleno derecho de la Ordenanza, al tener meros efectos internos de preparación de la redacción de proyectos de Ordenanzas, no teniendo que ser las opiniones que se manifestasen ni admitidas ni siquiera contestadas, careciendo de efecto vinculante alguno, sin perjuicio de que la actividad regulada no tiene impacto significativo en la actividad económica dado que se trata de una tasa por servicios que ya se venían prestando y abonando por los vecinos en su calidad de usuarios de los distintos servicios del ciclo integral del agua». *Vid.* el FJ 3.º de la Sentencia objeto de análisis.

<sup>50</sup> Nótese que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León considera que el trámite de consulta pública regulado en la LPACAP es solo «receptor de opiniones y no de reclamaciones de obligada resolución». Ciertamente, la LPACAP no incluye previsión alguna sobre los derechos de los participantes ni sobre las obligaciones que nacen para la administración pública en relación con las aportaciones realizadas durante el trámite de consulta pública, lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina (CASADO: 2018: 168; y PRIETO: 2016: 368, entre otros).

<sup>51</sup> *Vid.* el FJ 3.º de la Sentencia objeto de análisis. Nótese que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León considera que «la anterior consideración no se desvirtúa por el hecho de que el Ayuntamiento demandado haya dado lugar a dicho trámite con ocasión de la aprobación de la nueva Ordenanza no tributaria que ha de regular las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente

**B) Las Sentencias núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018, núm. 1055/2018, de 23 de noviembre de 2018, núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018 y núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018: efectos de la práctica inadecuada del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos**

Los efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias autonómicas han sido objeto de examen en cuatro Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que resuelven varios recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Decreto 14/2017, de 31 de julio de 2017, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores de Castilla y León. Se trata de las Sentencias núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018<sup>52</sup>, 1055/2018, de 23 de noviembre de 2018<sup>53</sup>, núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018<sup>54</sup> y núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018<sup>55</sup>, de especial interés, ya que en ellas no se aborda la cuestión de los efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa, sino de su práctica inadecuada.

Efectivamente, el Decreto impugnado había sido objeto de consulta pública previa, pero se había realizado de modo inadecuado, al no haberse dado cumplimiento a lo previsto en la normativa. Por una parte, el plazo concedido en el trámite de consulta pública es notoriamente insuficiente. Así lo destaca el Tribunal en las cuatro Sentencias citadas, trayendo a colación las conclusiones a que ya había llegado el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen sobre el proyecto de Decreto impugnado: «es ciertamente escaso el plazo concedido en el trámite de consulta previa y en el trámite de audiencia a través del portal de Gobierno abierto, teniendo en cuenta los que señalan para esos trámites en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción dada por la disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, de 15 días naturales y 15 días hábiles, respectivamente, aun cuando carezcan de carácter básico por referirse a la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación»<sup>56</sup>. Además, considera que «a la Administración le corresponde acreditar los hechos que justifican su proceder, en este caso, los plazos en que ha llevado a cabo la consulta previa y la audiencia pública, lo que no ha hecho porque no consta en el expediente más allá de su propia manifestación en la memoria»<sup>57</sup>. Por otra, el Tribunal también considera que la consulta previa –al igual que la audiencia– no se ha llevado a cabo en la forma legalmente establecida, es decir, posibilitando que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, poniendo a su disposición los documentos necesarios, que deben ser claros y concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia, tal y como prevé el artículo 133.1 de la LPACAP. Además, la consulta previa debe permitir recabar la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de los problemas que se pretenden solucionar; la necesidad y oportunidad de su aprobación; los objetivos de la norma; y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. Y, en opinión del Tribunal, a la vista del expediente, la información proporcionada sobre el modelo de atención a las personas mayores que se quiere instaurar es prácticamente inexistente, ya que poco se dice sobre los problemas que se pretenden solucionar, sobre la necesidad y oportunidad de esta regulación y sobre los objetivos de la norma; y no se incluye ninguna alternativa posible. Por ello, «pocas aportaciones se pueden hacer con la escasa, por no decir nula, información sobre el modelo que se pretende instaurar»<sup>58</sup>.

---

–denominadas prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario– que se perciban por la prestación de los servicios públicos como el que aquí nos ocupa, de conformidad con el apartado 6 del artículo 20 del TRLRHL añadido por la disposición final 12 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con efectos de 9 de marzo de 2018» (FJ 3.º).

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 682/2017, ponente: Ana María Victoria Martínez Olalla).

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1055/2018, de 23 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 723/2017, ponente: Ana María Victoria Martínez Olalla).

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 798/2017, ponente: Ana María Victoria Martínez Olalla).

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 684/2017, ponente: M.ª de la Encarnación Lucas Lucas).

<sup>56</sup> FJ 4.º, apartado 4.2, de las Sentencias núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018, núm. 1055/2018, de 23 de noviembre de 2018 y núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018; y FJ 2.º, apartado 4.2, de la Sentencia núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018.

<sup>57</sup> FJ 4.º, apartado 4.2, de las Sentencias núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018, núm. 1055/2018, de 23 de noviembre de 2018 y núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018; y FJ 2.º, apartado 4.2, de la Sentencia núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018.

<sup>58</sup> FJ 4.º, apartado 4.2, de las Sentencias núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018, núm. 1055/2018, de 23 de noviembre de 2018 y núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018; y FJ 2.º, apartado 4.2, de la Sentencia núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018.

A la práctica inadecuada de la consulta pública se añaden las deficiencias detectadas en la audiencia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 133, apartados 2 y 3 de la LPACAP y también de los artículos 75 y 76 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Esta insuficiencia de los trámites participativos realizados lleva al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León a estimar que se han vulnerado los artículos 133 de la LPACAP y 75 y 76 de la Ley 3/2001, por lo que estima la pretensión principal formulada en los diferentes recursos interpuestos y, en consecuencia, declara nulo de pleno derecho el Decreto 14/2017, de 31 de julio de 2017, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores de Castilla y León, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.2 de la LPACAP<sup>59</sup>.

### **3.2.5. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 34/2019, de 28 de enero de 2019, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 75/2020, de 14 de febrero de 2020: efectos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales**

La cuestión de los efectos de la ausencia del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales ha vuelto a plantearse, más recientemente, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 34/2019, de 28 de enero de 2019<sup>60</sup>, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 75/2020, de 14 de febrero de 2020<sup>61</sup>. A raíz del examen de los recursos contencioso-administrativos presentados, respectivamente, contra la Ordenanza Fiscal Número 400, relativa al Impuesto de Bienes Inmuebles, del Ayuntamiento de Oviedo, aprobada definitivamente en sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de fecha 22 de diciembre de 2017; y el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo, de 28 de noviembre de 2018, por el que se aprueba definitivamente la modificación, para el ejercicio 2019, de la Ordenanza Fiscal reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, ambos Tribunales Superiores de Justicia se pronuncian sobre esta problemática.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias, al hilo del análisis del recurso interpuesto, debe entrar a determinar si la consulta pública constituye o no un trámite preceptivo para la aprobación de la ordenanza fiscal objeto de impugnación. Al respecto, tras recordar que el artículo 133.4 *in fine* de la LPACAP permite prescindir de este trámite cuando la propuesta normativa se limite a regular «aspectos parecidos de una anterior», considera que esta situación es precisamente la que se ha dado en el litigio, ya que la ordenanza impugnada constituía la modificación de una anterior. Por ello, la ausencia de la consulta pública previa no conlleva, en este caso, ningún efecto invalidante, al tratarse de uno de los supuestos en que la propia norma permite la excepción<sup>62</sup>.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en primer lugar, recuerda que la disposición adicional primera de la LPACAP prevé con carácter general la aplicación de las leyes especiales a los procedimientos administrativos por ellas regulados por razón de la materia, que no exijan alguno de los trámites previstos en la LAPAC o regulen trámites adicionales o distintos, y que el artículo 17 del TRLRHL regula el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales. En segundo lugar, apela al informe de la Dirección General de Tributos de 19 de enero de 2018, sobre el impacto de la LPACAP en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales y considera que «el trámite de consulta previa establecido en el artículo 133 de la Ley 39/2015, en la medida en que no tiene equivalente en el TRLRHL, dado el carácter *ex novo* del mismo, no puede considerarse incluido en el trámite de participación ciudadana regulado en el artículo 17 del TRLRHL, pues son dos trámites distintos y que se realizan en dos momentos y formas diferentes, por lo que se concluye que en el procedimiento de aprobación de ordenanzas fiscales debe incluirse el trámite de consulta pública previa regulado en el artículo 133 de la Ley 39/2015». Ahora bien, en la medida en que en el propio informe se excluye este trámite para los casos de modificación de

<sup>59</sup> FJ 5.º de las Sentencias núm. 1054/2018, de 22 de noviembre de 2018 y núm. 1060/2018, de 23 de noviembre de 2018; y FJ 2.º, apartado 5, de la Sentencia núm. 1067/2018, de 26 de noviembre de 2018.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 34/2019, de 28 de enero de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 144/2018, ponente: Jesús M.ª Chamorro González).

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 75/2020, de 14 de febrero de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 15113/2019, ponente: M.ª del Carmen Núñez Fiaño). Sobre esta cuestión, *vid.* también, con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 574/2018, de 14 de junio de 2018, analizada en el epígrafe A) del apartado 3.2.4 de este trabajo.

<sup>62</sup> *Vid.* el FJ 7.º de la Sentencia objeto de análisis.

una ordenanza fiscal ya aprobada con anterioridad, por tratarse de una regulación parcial de la materia, considera –y hace mención expresa a las Sentencias ya analizadas del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 574/2018 y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 34/2019– que éste sería el criterio aplicable al caso objeto de litigio, en el que «se siguió el procedimiento del artículo 17 TRLHL que, desde luego, colma la finalidad de participación ciudadana que inspira los trámites previstos en la LPAC *ex novo*, por lo que su omisión en ningún caso sería merecedora de una consecuencia como la postulada por la sociedad demandante: la nulidad de pleno derecho de la modificación operada»<sup>63</sup>.

## CONSIDERACIONES FINALES

El silencio de la LPACAP en torno a los efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias ha desatado una importante incertidumbre e inseguridad jurídica en los operadores jurídicos, dadas las diversas interpretaciones posibles. Esta disparidad interpretativa se ha reflejado en la doctrina administrativista, que, con argumentos sólidos, ha defendido diferentes posicionamientos que hemos tenido ocasión de analizar en este trabajo. Algunos autores abogan por la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria aprobada con omisión de este trámite; otros, en cambio, a pesar del carácter preceptivo de la consulta, consideran que su ausencia no implica la nulidad absoluta de la norma finalmente aprobada. Incluso no falta quien admite su subsanación mediante otros trámites posteriores, a través de la participación del trámite de audiencia e información pública, y considera que dicha omisión no constituye una inobservancia trascendente, siempre y cuando quede subsanada a través de los trámites participativos indicados. Asimismo, esta disparidad de criterios interpretativos se ha evidenciado en las propias administraciones públicas (estatales, autonómicas y locales) que, como hemos tenido ocasión de analizar, a través de diferentes informes y dictámenes y, con mayor o menor acierto, también han defendido posicionamientos diversos, con argumentos igualmente válidos.

Ante este panorama incierto, la existencia de jurisprudencia clarificadora constituye una necesidad urgente. De nada vale instaurar un trámite participativo tan innovador y avanzado como es la consulta pública previa si nada se dice sobre los efectos de su incumplimiento y no se penaliza su omisión o práctica inadecuada. Afortunadamente, algunas Salas de lo Contencioso-Administrativo (concretamente, las de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón, Cataluña, Castilla y León y Navarra), como hemos tenido ocasión de analizar en el marco de este estudio, ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Todas ellas lo han hecho en la misma línea, considerando que la omisión –o práctica inadecuada– de este trámite lleva aparejada como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la norma aprobada. En nuestra opinión, este criterio es del todo acertado. La ausencia –o insuficiencia– de la consulta pública previa, salvo que esté amparada en una de las causas de excepción previstas en la normativa y esté debidamente justificada y motivada en el expediente, debe ser causa de nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria aprobada. Solo si la consecuencia jurídica es ésta dotaremos de efectividad a un trámite esencial desde la perspectiva de la participación ciudadana, precisamente por el momento temporal en que se produce (antes de que exista un proyecto normativo). Además, con buen criterio, algunos Tribunales Superiores de Justicia, como el de Navarra, tampoco admiten que este trámite pueda ser subsanable con la realización posterior de otros trámites participativos. Admitir dicha subsanación implicaría, en nuestra opinión, devaluar este trámite participativo.

Sin embargo, aunque este es el criterio seguido por los Tribunales Superiores de Justicia, hasta el momento, no existe pronunciamiento alguno del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, aunque sería deseable, dado que únicamente a él corresponde la función de fijar jurisprudencia. A pesar de que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de abordar algunas cuestiones relacionadas con la consulta pública, aún no ha tenido la oportunidad de abordar la cuestión central que nos preocupa, esto es, la de los efectos jurídicos derivados de omisión o práctica inadecuada de este trámite. Ojalá pueda hacerlo en un futuro no muy lejano, ya sea con motivo de la resolución de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra normas reglamentarias estatales, ya sea con ocasión de la resolución de un recurso de casación admitido a trámite que plantee como cuestión de interés casacional objetivo la de los efectos jurídicos anudados a la ausencia o práctica inadecuada de la consulta pública previa. Solo así quedarán despejadas de una vez por todas las dudas en torno a las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la aprobación de normas reglamentarias que

<sup>63</sup> Vid. el FJ 4.º de la Sentencia objeto de análisis.

han obviado, o realizado de forma inadecuada, este trámite. Hasta que ese momento llegue, esperemos que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia vayan siguiendo la senda iniciada por los de Aragón, Cataluña, Castilla y León y Navarra.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016): “Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 6, págs. 105-121. Fecha de consulta: 01-04-2020. URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10391/11011>. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i6.10391>.
- ARAGUÀS GALCERÀ, I. (2016): “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública (RAAP)*, núm. 96, págs. 85-126. Fecha de consulta: 01-04-2020. URL: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/publico/publicaciones.filter?step=read&cu=25&cd=500>.
- ARAGUÀS GALCERÀ, I. (2017): “La nulidad de los reglamentos por defectos en la realización de los trámites participativos”, en LÓPEZ RAMÓN, F.; VILLAR ROJAS, F. (coords.): *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, págs. 487-498. La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1.ª ed.
- ARAGUÀS GALCERÀ, I. (2019): “La consulta previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, págs. 97-111. Fecha de consulta: 07-04-2020. URL: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i58.2019.3170>. DOI: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3170>.
- CAMPOS ACUÑA, M.ª C. (2016): “Capítulo VIII. La iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”, en GALLARDO CASTILLO, M.ª J. (dir.): *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, págs. 565-606. Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI) (Temas de Administración Local). 1.ª ed.
- CASADO CASADO, L. (2017): “La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 107-I, págs. 87-141. Fecha de consulta: 07-04-2020. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5972507>.
- CASADO CASADO, L. (2018): “La aplicación del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas locales dos años después de su entrada en vigor”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, págs. 159-210. Fecha de consulta: 01-04-2020. URL: [http://bibliotecavirtual.aragon.es/bva/i18n/publicaciones/numeros\\_por\\_mes.cmd?idPublicacion=18205&anyo=2018](http://bibliotecavirtual.aragon.es/bva/i18n/publicaciones/numeros_por_mes.cmd?idPublicacion=18205&anyo=2018).
- CIERO SEIRA, C.; ROPERO VILARÓ, A. (2017): “La consulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias”, en *Anuario del Gobierno Local (Ejemplar dedicado a: Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales)*, núm. 1, págs. 93-129. URL: <https://www.gobiernolocal.org/anuario-del-gobierno-local-2017/>.
- DEL AMO GALÁN, Ó. (2018): “Ordenanzas fiscales y consulta pública previa”, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 38, págs. 1-5.
- FERNÁNDEZ FERRARONS, M. (2020): *El procediment d'elaboració de les ordenances locals a la llum de la millora de la regulació*. Barcelona: Atelier (Colección Atelier Administrativo). 1.ª ed.
- GALÁN CÁCERES, J. (2020): “Contratos menores y procedimiento de elaboración de ordenanza en la Administración local”, en *Revista CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, núm. 230, págs. 148-166.
- GARCÍA RUBIO, F. (2017): “La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Común”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 44, págs. 83-131. URL: <https://www.gobiernolocal.org/cuadernos-derecho-local-no-43-2/>.
- GARCÍA RUBIO, F. (2020): *El derecho local tras la «racionalización». Entre la transparencia, la remunicipalización y el ajuste presupuestario*. Valencia: Tirant lo Blanch (Colección Monografías). 1.ª ed.
- MENÉNDEZ ALONSO, J. M.ª (2016): “La elaboración de ordenanzas y reglamentos con la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común: problemática local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 22.
- MERINO ESTRADA, V. (2016): “Calidad en la regulación y participación ciudadana en las ordenanzas y reglamentos locales”, en *Revista de Estudios Locales. CUNAL*, núm. 191, págs. 10-21.
- MESEGUER YEBRA, J. (2016): “Capítulo 4. Procedimiento de elaboración de normas y better regulation en el ejercicio de la potestad reglamentaria local”, en CAMPOS ACUÑA, M.ª C. (dir.): *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, págs. 125-150. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, El Consultor de los Ayuntamientos. 1.ª ed.

- MIR PUIGPELAT, O. (2017): “¿Better regulation o marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley”, en VELASCO RICO, C. I. (dir.): *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, págs. 209-244. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 1.ª ed.
- MORA RUIZ, M. (2016): “Capítulo IX. Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.): *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, El Consultor de los Ayuntamientos. 1.ª ed.
- ORDUÑA PRADA, E. (2016): “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 2.
- PRIETO ROMERO, C. (2016): “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 201, págs. 335-372. Fecha de consulta: 07-04-2020. URL: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1371&IDA=37944>. DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.201.14>.
- PRIETO ROMERO, C. (2019): “El procedimiento de elaboración de ordenanzas por las entidades locales”, en *Revista Digital CEMCI*, núm. 43, págs. 1-39. Fecha de consulta: 07-04-2020. URL: <https://revista.cemci.org/numero-43/>.
- VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 113, págs. 299-349. Fecha de consulta: 01-04-2020. URL: <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/t59auEjemplares/page>.





REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 11-06-2020  
Modificado: 05-10-2020  
Aceptado: 05-10-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10808>  
Páginas: 49-68

## Repensar la acción pública local desde nuevos modelos de gestión administrativa

### *Rethinking local public action from new administrative management models*

María Rosario Alonso Ibáñez

Universidad de Oviedo (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9223-9294>

[mralonso@uniovi.es](mailto:mralonso@uniovi.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Desarrolla su actividad investigadora en materia de urbanismo, territorio y patrimonio cultural. Responsable del grupo de investigación interdisciplinar Estudios Jurídico-Sociales sobre Territorio y Desarrollo Urbano Sostenible-GTDS y de la Red Temática sobre Desarrollo Urbano- URBAN RED.

---

#### RESUMEN

Resulta imprescindible reubicar a las Administraciones públicas en el escenario de cambios y decrecimiento económico que caracterizan a la sociedad actual y redefinir la acción pública local mediante el fortalecimiento de la capacidad institucional y de la capacidad de autogobierno de la autonomía local. Estas capacidades son necesarias para adaptar dicha acción a los nuevos modelos de gestión pública urbana promovidos por la Unión Europea en torno al cada vez más consolidado modelo de desarrollo sostenible e integrado. Este trabajo pone en valor el componente político de la autonomía local para reivindicar un nuevo modelo de acción local, adaptada a las dimensiones sustantiva y metodológica de la sostenibilidad.

#### PALABRAS CLAVE

Acción pública local; gestión pública; autonomía local; capacidad institucional; desarrollo sostenible.

---

#### ABSTRACT

It is essential to relocate public administrations in the scene of change, and economic decline that characterize contemporary society and redefine the local public action through the strengthening of institutional and self-government capacity. This capacity is necessary to adapt this action to the new urban public management models promoted by the European Union around the increasingly consolidated model of integrated and sustainable development. This paper highlights the political component of local autonomy to claim a new model of local action, adapted to the substantive and methodological dimensions of sustainability.

#### KEYWORDS

Local public action; public management; local autonomy; institutional capacity; sustainable development.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA LOCAL Y LA DIMENSIÓN METODOLÓGICA DE LA SOSTENIBILIDAD URBANA. 2. HACIA LA SUSTANTIVACIÓN JURÍDICA DE UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN LOCAL. 2.1. LA ESCALA ESPACIAL DE GESTIÓN: ÁREAS URBANAS FUNCIONALES. 2.2. LA ESCALA ORGANIZATIVA: AUTORIDADES URBANAS. 3. FORTALECIMIENTO DE LAS CAPACIDADES INSTITUCIONALES. 3.1. LIMITACIONES DERIVADAS DEL RÉGIMEN LOCAL. 3.2. LA CAPACIDAD DE AUTOADMINISTRACIÓN DE LA AUTONOMÍA LOCAL. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

Recobra un lugar preferente en la actualidad volver a pensar sobre el papel del Estado, sus instituciones y administraciones públicas, sus modos de ejercer el poder para aportar a la sociedad seguridad institucional y jurídica en la construcción de progreso y desarrollo, desde los requerimientos de la sostenibilidad. El escenario de cambios en que nos ha colocado lo que probablemente sea la mayor crisis de la era moderna, generada en lo más inmediato por la pandemia covid-19 –en su versión más lenta, por lo que desencadena el calentamiento global–, no sólo está provocando un profundo impacto en los más preciados bienes de las sociedades actuales, como la vida, la salud, la estabilidad económica y el soporte laboral de las personas. Para las Administraciones públicas también, tan acostumbradas a la previsibilidad y a la estabilidad en su actividad ordinaria, pero llamadas a tener que adaptarse al cambiante entorno político, económico y social, en permanente evolución.

Los cambios sustanciales que se están produciendo en la funcionalidad de las instituciones públicas, y en la dinámica de la economía, no son nuevos. Veníamos asistiendo ya, casi de forma imperceptible, a la emergencia de un nuevo orden, y hoy es ya evidente que nada va a poder seguir igual al corto, medio y largo plazo. Ya no se cuestiona, por ejemplo, que los modelos de desarrollo y planteamientos económicos clásicos tengan que empezar a complementarse razonablemente con nuevos conceptos, valores y principios. El marco económico como factor determinante de desarrollo, identificado exclusivamente con crecimiento de renta, resultan claramente insuficientes porque el crecimiento económico no se traduce necesariamente en progreso social, y precisa registrar todos los cambios más significativos que se producen en el conjunto de la sociedad (Farinós, 2015: 63). Se precisa tomar en consideración, por ejemplo, la prestación de servicios básicos, o los niveles de desigualdad y pobreza, esto es, los fundamentos del bienestar y la calidad de vida.

De igual manera, desde hace unas décadas abundan también en la ciencia política las referencias a la crisis de los modos tradicionales de ejercer el poder público. Una serie de procesos de transformación de las estructuras socioeconómicas, de orden global, estarían «sometiendo a fuertes presiones de cambio las formas tradicionales de regulación del conflicto social, y con ello, favoreciendo la emergencia de paradigmas alternativos» (Blanco, 2012:17).

Y no otra cosa sucede al Derecho. La globalización ha acarreado la interdependencia de los sistemas jurídicos, la internacionalización de las fuentes, la homologación y armonización de reglas y estándares, inestabilidad, precariedad y desestructuración de las construcciones dogmáticas tradicionales, que pasan a ser frecuentemente deficientes. Para la dogmática jurídica no existe acuerdo sobre la extensión y límites de una nueva realidad que se ha dado en llamar «Derecho global», poniéndose en duda, con posicionamientos enfrentados, que todas las normas que resultan relevantes en esta realidad sean Derecho<sup>1</sup>. Precisamente, la regulación de la sostenibilidad urbanística, de igual manera que el de otros muchos fenómenos como el de la emergencia climática, de imposible reconducción a las lógicas jurídicas clásicas, caracterizados por la fragmentación en su normativización y el carácter eminentemente programático y principal de su tratamiento, ponen en entredicho el monopolio atribuido convencionalmente al Estado en la producción de los principios y reglas jurídicas.

En este escenario de cambios, retos y transformaciones, la necesidad de impulsar reformas administrativas que reorienten el papel de las Administraciones resulta claramente insuficiente si deja fuera el

---

<sup>1</sup> El concepto de Derecho que manejan los autores que utilizan la expresión Derecho global «está lejos de resultar pacífico» (DARNACULLETA, 2016:11). Desde la perspectiva mayoritaria del positivismo jurídico, CASSESE ha reconocido que «Global administrative law is not only law, because it also includes many types of “soft law” and standards» (CASSESE, 2015: 466). En contra, Darnaculleta, aunque, como señala, comparte plenamente la visión conciliadora de este fenómeno propuesta por AUBY (2013).

fortalecimiento de los distintos marcos jurídico-institucionales implicados. En este trabajo nos detendremos en el referido al gobierno y Administración local, recordando que la tendencia de las pretendidas reformas administrativas impulsadas en las dos últimas décadas, objetivamente necesarias, se han llevado a cabo sin los mínimos consensos y compromisos políticos básicos, y no han logrado revertir ya no los problemas profundos de base, sino mucho menos fortalecer a la Administración local como institución<sup>2</sup>, a su capacidad de acción pública. En paralelo, el régimen local precisa también reaccionar «mediante la teorización e innovación de sus herramientas clásicas, abriendo sus estructuras, adaptándolas y conectándolas con los datos y teorías científicas provenientes de otras disciplinas» (Simou, 2020: 74).

Las crisis suelen ser tradicionalmente ventanas de oportunidad para llevar a cabo reformas profundas. No ha sido así con lo que ha acontecido con el régimen local, que fue un ajuste fiscal más que otra cosa, empobreciendo y debilitando a la Administración local como institución. Aunque el deterioro venía ya produciéndose mucho más atrás en el tiempo, desde el momento en que no ocupó en el texto constitucional el lugar relevante que le corresponde, siendo parte como es de la arquitectura del Estado. Además de dejar relegada a un segundo plano la autonomía local, «tampoco midió bien la relación de la Administración local con el Estado y las Comunidades Autónomas, a lo que se suma el hecho de que la competencia sobre el régimen local sea compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma, que ha impedido una debida articulación entre las distintas instancias de poder» (Baño 2019: 12). Estado y Comunidades Autónomas, como es sabido, disponen de capacidad económica y de un conjunto de títulos competenciales que permitirían dejar de considerar al nivel local en un actor olvidado en la organización territorial del poder; pero vienen obviando que son gobierno y no solo Administración.

A falta de medidas serias para una reforma de la Administración y el régimen local, lo que sí ha ido cambiando son muchos elementos del «andamiaje administrativo». De forma silenciosa y casi espontánea se han ido produciendo transformaciones metodológicas que afectan a la gestión pública local, aunque «seguimos teniendo unas organizaciones públicas precarias en sus modelos» (Ramió, 2016).

El debilitamiento institucional del gobierno y la Administración local a que nos referimos tiene su mayor repercusión allá donde los ciudadanos vivimos en colectividad, en las ciudades; o lo que es lo mismo, en el espacio urbanizado que el tipo de desarrollo urbano extensivo y fragmentado ha generado, de una escala muy superior y nunca conocida anteriormente, hasta llegar a encontrar que grandes ciudades engullan a las propias regiones, o que los territorios más transformados por la urbanización se estén convirtiendo en enormes tramas urbanas con dinámicas metropolitanas. Este espacio es el escenario en el que se ha desarrollado lo que se ha llamado una «nueva revolución urbana»<sup>3</sup>, y en el que más intensamente impactan las

---

<sup>2</sup> Llevamos más de cuatro décadas a la espera de la gran revolución administrativa que tendría que haber conllevado lo que la Constitución de 1978 diseñó como modelo de federalismo colaborativo y plasmado en el Estado de las Autonomías. Desde el primer gran intento serio impulsado, pero no secundado, en 1988, hasta la creación de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) por Acuerdo del Consejo de Ministros del 26 de octubre de 2012 para mejorar la eficiencia y eficacia de la actividad pública y su Informe presentado en Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013 con un conjunto de 218 medidas dirigidas a la mejora y simplificación del funcionamiento de las administraciones públicas. Pasando por algún que otro proyecto autonómico, de entre los más conocidos el Informe de la Comisión para la Racionalización y Mejora de la Administración Pública (CORAME) de junio de 1994, que exponía 47 medidas para renovar la estructura organizativa del Gobierno y la Administración del País Vasco. Preciso es resaltar que la Administración Local está ausente en el Informe CORA, y que las sucesivas y mayores reformas del régimen local lo han sido vinculadas a coyunturas. Especialmente así aconteció con la reforma del año 2013, apresuradamente vinculada a una coyuntura de crisis económica, cuando en régimen local no puede regularse con este inoportuno e inadecuado planteamiento. Lo sintetiza JIMÉNEZ (2013: 2) cuando señala que «No nos merecemos una estructura institucional del gobierno local de tan baja calidad. La planta municipal es insostenible. El minifundismo municipal no puede dar respuesta a las necesidades de servicios públicos de calidad que tiene la ciudadanía. La provincia y, en particular, la mayor parte (que no todas) de las diputaciones provinciales son organizaciones con un bajo rendimiento institucional, carentes de legitimidad democrática directa y sin apenas vida institucional (el juego mayorías/minorías está prácticamente roto por la práctica del “regateo y el trueque” político). Las comarcas, allá donde existen, llevan una vida lánguida y buscan perennemente su sitio en competencia o concurrencia con las provincias. Mancomunidades las hay que funcionan, pero otras muchas no. De los consorcios otro tanto. Las entidades locales menores, que realmente no molestan o molestan poco, se han convertido en uno de “los malos de la película”. Pero a pesar de esa necesidad objetiva de reformas, nadie quiere realmente cambiar nada. Las reformas institucionales en España se hacen habitualmente para que aparentemente cambien las cosas y realmente todas sigan igual. Son reformas falsas, de mentira, que en realidad a nadie engañan».

<sup>3</sup> En expresión de BORJA (2011), en el sentido de una «revolución tecnológica vinculada a la emergencia de la sociedad informacional y de los impactos sobre el territorio debidos a los nuevos medios de información y comunicación. Una revolución económica producida por la globalización y por el carácter dominante del capitalismo financiero. Una revolución espacial por el tipo de desarrollo urbano extensivo y fragmentado que genera territorios urbanizados de una escala muy superior a las conocidas anteriormente. Una revolución sociocultural por la multiplicación de colectivos humanos muy heterogéneos y por una individualización de los comportamientos. Y una frustrada revolución política por la inadecuación entre los territorios como espacios socioeconómicos y los territorios institucionales».

sucesivas crisis; mejor dicho, el deterioro que dejan sembrado, afectando a la mayoría de la población. Reubicar a las Administraciones públicas es este espacio resulta imprescindible. Y de paso, redefinir la acción pública local, entendida como lo hace la ciencia política, como «conjunto de dispositivos que permiten movilizar actores y recursos de forma estable, coordinando e integrando intervenciones diversas para alcanzar objetivos definidos colectivamente» (Pinson, 2011: 32). Ya lo ha destacado Velasco (2020: 23), «asumimos, al menos los iuspublicistas, que tenemos que prestar más atención a lo que nos dice la ciencia política, y en especial la ciencia de la Administración». Y en escenarios de crisis y decrecimiento económico como los presentes, donde el eje local-global, «pensar globalmente y actuar localmente», ha pasado a ser una cuestión de supervivencia, repensar la acción pública local desde la interdisciplinariedad resulta todavía más necesario, «profundizar en las relaciones interdisciplinares que permitan al Derecho administrativo construir sus categorías conceptuales y metodológicas con un mayor aporte de otras ciencias» (Marcheco, 2018: 23).

Es desde este planteamiento que nos referiremos a continuación a las capacidades de la Administración local para desarrollar nuevas políticas de ciudad.

## 1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA LOCAL DESDE LA DIMENSIÓN METODOLÓGICA DE LA SOSTENIBILIDAD URBANA

Aunque no existe una única definición de aquello que entendemos por políticas urbanas, expresión que necesariamente debemos utilizar en plural, dados los distintos niveles de gobierno que implican, «podemos convenir que son medidas y acciones, gestionadas y desarrolladas por un gobierno local, cuyo objetivo es incidir en aquello que en cada momento se entiende como problemático o necesario en la ciudad real» (Bellet, 2020: 3). Políticas que se han ido configurando alrededor de los ejes de desarrollo económico, ordenación urbanística y servicios a las personas, añadiendo una dimensión transversal de sostenibilidad ambiental que debe conectarse con las dinámicas de inclusión social. Políticas en todo caso horizontales, intersectoriales, que acumulan una densa interrelación de aspectos económicos, culturales, espaciales, ambientales, sociales, que determinan el día a día de los asuntos que afectan directamente a la calidad de vida de los ciudadanos.

Los gobiernos locales se ven abocados a tener que tomar decisiones a modo de agentes dinamizadores de su territorio, modificando sus formas clásicas de hacer, impulsados tanto por exigencias de nuevas demandas, como por las exigencias que la globalización ha impuesto. La salida de la crisis económica desencadenada a partir del año 2008 evidenció especialmente la dificultad y las limitaciones que existen por parte de los gobiernos locales para adaptarse a estas demandas y exigencias<sup>4</sup>, obligándolos a desplegar estrategias de desarrollo con un perfil competitivo, a la promoción de las ciudades en detrimento de la ruralidad, en un contexto de «financiarización» de las intervenciones urbanas, de un urbanismo a la carta que no termina de desaparecer en nuestras grandes y medias ciudades, pese a presentarse, una vez y otra vez, como un modelo agotado que multiplica la lógica de «la ciudad de fragmentos» (Bellet, 2020: 30). Ramió se ha referido a la confusión que suele existir entre «institución» y «organización» en muchos responsables políticos y administrativos en España, que descubrieron, de la mano de los postulados de la *Nueva Gestión Pública*, que las Administraciones tenían básicamente problemas organizativos para prestar servicios con suficientes niveles de eficacia y eficiencia, y esto era un problema, ciertamente, de déficit de buena gestión, de estructuras organizativas arcaicas. El dominio del pensamiento «gerencial» hizo percibir que los únicos problemas de las instituciones administrativas eran solo de carácter organizativo y que mediante estos nue-

---

<sup>4</sup> La configuración de la estructura económica de las ciudades españolas cuando empezó la crisis del 2008 era el resultado, en buena medida, de cómo estas fueron capaces de sobreponerse a la crisis industrial de los 80 y sus estrategias de inserción en la globalización. La crisis económica de 2008 vino a empeorar y profundizar también las desigualdades regionales existentes y más dificultades en aquellas ciudades que ya partían de una peor posición como consecuencia de la crisis industrial de los ochenta o con la reestructuración económica que se inicia en los 90. En general, es de destacar el menor nivel de desempleo en aquellas ciudades que no pudieron o no quisieron desarrollar una estrategia intensiva basada en el sector de la construcción, que acabaron sufriendo menos el impacto del desempleo. Aunque muchas de ellas aún afrontan las dificultades de reestructuración de los sectores primario e industrial, sus problemas de desempleo están más ligados a estos procesos anteriores a 2008, aunque obviamente también les haya acabado afectando. Véase así en SUBIRATS *et al.* (2015: 345-373), para quienes la capacidad de los gobiernos locales para generar «visiones más o menos hegemónicas respecto al rumbo que debe tomar la ciudad», se mantuvieron potentes allá donde ya se habían adquirido: «Un rasgo común, de índole analítico, para el conjunto de las ciudades, a saber, el impacto de la crisis y las estrategias relacionadas con ello dependen, en buena parte, de las dinámicas previas. Las condiciones y decisiones adoptadas previamente condiciona la intensidad y formas que adopta la crisis, y con ello, las estrategias que los actores configuran».

vos instrumentos no solo mejoraría la gestión pública sino que permitiría también reformar las instituciones, y no ha sido así<sup>5</sup>. Ciertamente, es en el desarrollo de las nuevas políticas urbanas que se van perfilando desde la Unión Europea que encontramos más innovaciones desde el punto de vista de la gestión pública en las últimas décadas (Iglesias *et al.*, 2011), pero de manera improvisada y fruto de la necesidad, en una aproximación escasamente institucional, porque no existe un marco claro predispuesto para ello.

Nuevos enfoques metodológicos predispuestos para el desarrollo de las políticas urbanas se van estableciendo en el nivel internacional y, sobre todo, en el comunitario europeo, que determinan que tengamos que familiarizarnos –irremediamente cuando se trate de la gestión de proyectos urbanos que cuenten con financiación europea–, con nuevos valores culturales, reglas y principios. La experiencia generada en torno al cada vez más consolidado modelo de desarrollo urbano europeo que las entidades locales, los municipios en particular, han ido adquiriendo en el transcurso de la ejecución de los fondos comunitarios a los que concurren, va conformando un cuerpo de conocimiento sustantivo, una metodología de acción pública común<sup>6</sup>, y buenas prácticas en materia urbana (De Gregorio, 2020; De Gregorio, 2014; Huete *et al.*, 2016). Aunque la Unión Europea no tiene competencias en materia de desarrollo urbano, desde la década de los ochenta es muy significativa la creciente producción de documentos de orientación política que han favorecido la visibilidad del fenómeno urbano en la política comunitaria, y que ha supuesto sin ningún género de dudas un marco de «armonización» informal a partir del cual establecer un esquema común para desarrollar nuevas políticas urbanas en la práctica. Gracias a un proceso intergubernamental continuado de más de tres décadas de duración se ha establecido así un consenso europeo explícito sobre los principios del desarrollo urbano sostenible que ha facilitado la creación de una cultura de acción local colaborativa sobre asuntos urbanos.

Algunos de los valores que forman parte de este cuerpo de conocimiento procedente del modelo urbano europeo los hemos incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. Es el caso del principio de desarrollo urbanístico y territorial sostenible<sup>7</sup>; o el principio de integración de la sostenibilidad del medio urbano en todo tipo de políticas públicas<sup>8</sup>. Por esta vía, la dimensión sustantiva de la sostenibilidad urbana, relacionada con sus objetivos, dispone ya de un marco jurídico. No así la forma en que se aborda la gestión urbana, tanto en el seno de la administración local como en relación a actores ajenos a ella; es lo que denominaríamos la dimensión procedimental o metodológica de la sostenibilidad urbana. Una metodología de gestión que las entidades locales deben desarrollar cuando desarrollen proyectos urbanos que cuenten con financiación europea, y que está necesitada de un marco jurídico-institucional y organizativo que la consolide, y dé soporte a una renovada acción local.

Nuevos enfoques y reglas procedimentales de gestión, basadas en la interacción en red de actores diversos, públicos y privados, que se reconocen interdependientes y que actúan conjuntamente para lograr objetivos comunes, son ya una realidad a la que se enfrentan las entidades locales en el transcurso de la ejecución de los fondos comunitarios que financian proyectos de desarrollo urbano, o para poder acceder a otras fuentes de financiación europea, que cobran especial trascendencia en el actual escenario de crisis

<sup>5</sup> Véase el análisis de la ciencia política de los modelos o patrones conceptuales de la Administración pública española desde finales del siglo XIX, clientelar, burocrática, gerencial y de gobernanza, en RAMÍO, 2017, 128 y ss.

<sup>6</sup> Fruto de las experiencias adquiridas con la gestión de los proyectos piloto URBAN, dos rondas de iniciativas comunitarias URBAN del Fondo de Desarrollo Regional Europeo (FEDER) –URBAN I (1994-99) y URBAN II (2000-06)–, el *mainstreaming*, de desarrollo urbano a través de los marcos estratégicos nacionales de referencia y los programas operativos regionales del periodo 2007-2013 (que España incorpora a través del “Eje 5: Desarrollo Local y Urbano” con la iniciativa nacional URBANA), cuyo enfoque se mantiene en el actual periodo 2014-2020 a través del programa previsto en el artículo 7 del Reglamento 1301/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 sobre el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al que España da cumplimiento con la programación del “Eje 12: Desarrollo Urbano Integrado y Sostenible” del Programa Operativo de Crecimiento Sostenible.

<sup>7</sup> Art. 3 TRLSRU, «Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes» (apartado 1). «En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a: a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje. b) La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística. c) La prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas. d) La prevención y minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo» (apartado 2).

<sup>8</sup> Art. 3.3 TRLSRU, «Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular (...)».

económica. Lo vemos con lo que sucede, por ejemplo, con el Pacto Europeo por el Clima, una plataforma de cooperación entre los entes locales y regionales y las instituciones europeas para dotar a la UE de una economía sostenible. La realización de este objetivo exigirá transformar los retos climáticos y medioambientales en oportunidades de financiación en todos los ámbitos, pero también para hacer frente a la crisis económica provocada por la pandemia. Ambos objetivos se van a abordar ahora de manera simultánea en este Pacto. Cobra trascendencia porque en la propuesta de la Comisión Europea se destaca que de lo que se trata es de hacer que «los ciudadanos y sus comunidades participen en la concepción de acciones en favor del clima y el medio ambiente mediante medidas concretas sobre el terreno, el fomento de un diálogo abierto con todos los agentes, la creación de sinergias, y el refuerzo de las capacidades», otorgando a los entes locales un papel «proactivo», reconociéndoles «como responsables fundamentales de la toma de decisiones a la hora de responder en primera línea a las necesidades y retos locales, incluso en períodos de emergencia mundial», señalando que «las comunidades locales y sus ciudadanos deben volver a asumir su papel, que se ha visto distorsionado por la globalización y la industrialización, y convertirse en socios clave para concebir acciones por el clima y configurar su entorno». Los entes locales y regionales tendrán acceso directo a los fondos europeos (procedentes tanto del presupuesto europeo como de otras instituciones financieras europeas, por ejemplo, el BEI). En este contexto, el Pacto por el Clima se va a convertir en una plataforma destinada a incrementar las posibilidades de que los entes locales obtengan financiación directa para sus acciones sostenibles, por tanto, para desarrollar también políticas urbanas conforme al modelo de desarrollo sostenible europeo. Las reglas procedimentales para su gestión se asientan en los mismos enfoques metodológicos.

En un contexto caracterizado por la complejidad, en el que hay que gestionar partiendo de las mutuas interdependencias entre ámbitos temáticos y competenciales, el carácter eminentemente horizontal de las políticas urbanas requiere un entramado colaborativo y de cooperación institucionalizado. La dimensión procedimental del modelo de desarrollo urbano europeo hace precisamente referencia al proceso de integración de los diferentes actores públicos y privados que se ven implicados porque puedan estar afectados por los mismos problemas o por sus posibles soluciones.

Reformar la legislación básica del régimen local en conexión con la del régimen del suelo ofrecería la oportunidad para conjugar en coherencia no solo toda una serie de ámbitos materiales con presencia de intereses locales ahora desatendidos, sino para articular y fortalecer las capacidades institucionales de la Administración local tomando en consideración una serie de dinámicas que confluyen en la acción local en las ciudades, y que desarticuladas como están debilitan la gestión pública. Y habrá que superar el limitado marco jurídico que en la actualidad ofrece el Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, cuya comprensión sectorial de la sostenibilidad y la desatención a las lógicas de fragmentación y complejidad que la cuestión urbana tiene –aproximación imprescindible para adaptarse a las especificidades del fenómeno urbano– no lo facilita.

No obstante, a la hora de reformar no todo consiste en efectuar cambios normativos. Reformas meramente organizativas, procedimentales, competenciales, serían totalmente inútiles si no recuperan al gobierno y administración local como las instituciones de proximidad que son para la gestión de los asuntos que afectan a la colectividad, en esa transformación de la lógica jurídico-administrativa que antes referíamos para la gestión pública de las políticas urbanas. A ello apuntaba la *Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local* cuando hacía referencia a la necesidad de una nueva «institucionalidad, capaz de gobernar la complejidad, evitando la gestión tradicional basada en la fragmentación y el solapamiento institucional»<sup>9</sup>. Más allá, no se trataría únicamente de la eficacia o la eficiencia de las políticas públicas que se pongan en marcha, sino sobre todo de mayor calidad de la democracia local, la legitimidad de los actores que toman esas decisiones y la forma en la que lo hacen (Subirats *et al.* 2015: 345).

Los cambios culturales que van de la mano de las dimensiones sustantiva y procedimental de la sostenibilidad en el modelo europeo, y el proceso de aprendizaje que las entidades locales se ven en la tesitura de seguir en su gestión, requieren de un continuado e intenso impulso político en la misma dirección; para combatir las inercias o la tendencia a mantener las lógicas con las que siempre se vienen haciendo las cosas en el pasado<sup>10</sup>, que no suelen desaparecer, pero se transforman.

<sup>9</sup> Lo hace a propósito de las relaciones rural-urbano, «que carecen de una institucionalidad compartida que les permita reconocer la multifuncionalidad de las actividades que se desarrollan en ambos espacios, la mixticidad de usos o la relevancia de los flujos de interacción existentes» (Directriz 5.6).

<sup>10</sup> Como señala, en un contexto más general, combatir las inercias administrativas, la manera en que «siempre» se han venido haciendo las cosas, requiere tomar en consideración que, «en España se han producido importantes transformaciones legislativas y

Las nuevas reglas, enfoques, valores que en este proceso de aprendizaje «forzado» se están proyectando sobre la gestión local del desarrollo urbano sostenible vendrían a determinar transformaciones en las que la lógica jurídico-administrativa que pone el foco de la acción pública en las estructuras, competencias y procedimientos administrativos, se traslada a la lógica de las políticas públicas; esto es, a los problemas y a las posibilidades para resolverlos. Así, la armonización europea de las políticas urbanas potencia los enfoques integrados y participativos, caracterizados por una aproximación estratégica para el desarrollo de los territorios urbanizados, que coordine a los diferentes actores en presencia en función de sus respectivas funciones, herramientas y escalas de intervención, asegurando que los ciudadanos participen activamente, con integración intersectorial, que impulse a actuar a través de ámbitos de políticas públicas (*policy-areas*), con la integración de múltiples fuentes de financiación, promoviendo lógicas orientadas a resultados (*result-oriented*) y estableciendo marcos para el seguimiento y la evaluación<sup>11</sup>. Y donde debe importar menos la concreta intervención o proyecto urbano a realizar –y la ayuda económica que la acompaña–, que la valoración a medio y largo plazo de los efectos en el territorio y en la colectividad, de la actuación llevada a cabo.

Esto no es algo que se pueda hacer exclusivamente con las capacidades institucionales que hoy por hoy tienen, en cada nivel competencial, las administraciones concernidas<sup>12</sup>. Por eso está resultando tan difícil a los gobiernos locales los cambios de lógica, y emprender un camino decidido que transforme la acción pública local. La ciencia urbana viene poniendo de manifiesto que “falta un diagnóstico que permita entender por qué las ciudades no han avanzado en sostenibilidad, y en esta reflexión se verá cómo emergen problemas que enfrentan a diario las ciudades, sobre todo medias y pequeñas, como una deficiente capacitación técnica de los empleados públicos orientada al nuevo escenario urbano, falta de información e indicadores, falta de herramientas de diagnóstico, seguimiento, evaluación y aprendizaje, aproximación estrictamente sectorial y cortoplacista en el ejercicio de las competencias administrativas que tienen dimensión urbana, en detrimento de una visión estratégica a corto, medio y largo plazo (De Gregorio *et al.*, 2020).

Las experiencias de gestión urbana con financiación comunitaria evidencian también que los cambios no solo precisan que las administraciones puedan establecer el marco en el que situar actuaciones pensadas y gestionadas desde la proximidad. Tiene que hacerse contemplando la multiplicidad de actores implicados, para lo que la propia sociedad y sus estructuras tienen que asumir la parte de responsabilidad que les corresponden, y en la que las administraciones no pueden sustituirlas.

Como decimos, todo un nuevo cambio de lógicas de acción local se asocia a las políticas urbanas, acompañado de un arsenal metodológico predispuesto para la gestión pública, desde la construcción de consensos que propicien la convergencia y la colaboración, no siendo suficientes los instrumentos convencionales para la interacción entre gobierno local, sociedad civil y organizaciones privadas.

Y no se trataría de la utilización de las fórmulas de colaboración público-privada que llevan décadas dominando el panorama de la gestión indirecta de servicios públicos, o para el establecimiento de compromisos entre las administraciones públicas y el tejido empresarial con conciertos de distinto tipo, o para realizar infraestructuras públicas, o para externalizar servicios<sup>13</sup>. Se trataría de profundizar y avanzar en sistemas

---

de ordenación política del territorio (...). Sin embargo, la evolución de la cultura preexistente, conceptualizada como centralista, pervive en muchas actitudes y en algunas instituciones. Esto muestra un cierto fracaso de los que han puesto el énfasis exclusivamente en los aspectos normativos, olvidándose de los valores culturales. Éstos se han ido construyendo desde principios del siglo XIX (...). No debe extrañar, por tanto, que lo que se ha entendido como progreso o como solución a los problemas de unidad durante tanto tiempo cueste cambiarlo en solo dos décadas» (ARENILLA (2012: 99).

<sup>11</sup> Véase el *Informe BARCA*, “An Agenda for a reformed cohesion policy” (2009). Para contribuir al debate sobre el futuro de la política de cohesión, la Comisaria Danuta Hübner pidió a Fabrizio Barca (Director General del Ministerio italiano de Economía y Finanzas) que elaborase un informe independiente en el que se evaluase la eficacia de la política de cohesión hasta la fecha y se presentasen una serie de propuestas sobre cómo reformar dicha política para el período posterior a 2013. El informe trata de la justificación económica y la motivación de una política de desarrollo basada en criterios geográficos en la UE y evalúa la política de cohesión de la UE. Además, indica algunas prioridades esenciales en las que centrar tal política. Por último, presenta recomendaciones sobre pilares esenciales de la gobernanza de la política de cohesión que convendría reformar. Se encuentra accesible en: [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/archive/policy/future/pdf/report\\_barca\\_v0306.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/archive/policy/future/pdf/report_barca_v0306.pdf).

<sup>12</sup> En el mejor de los casos, como ha estudiado DE GREGORIO (2017: 402-414), «las estrategias que se han puesto en marcha han dado lugar a una mejora del área en la que han operado, pero tendrán dificultades para que esos resultados sean duraderos, ya que no contribuyen suficientemente al reforzamiento de la capacidad local ni a mejorar el grado de sostenibilidad y resiliencia del área desde una visión holística e integrada de la entera ciudad».

<sup>13</sup> En España las lógicas de colaboración público-privada nunca han sido pacíficas sino más bien conflictivas. Se ha ido generando una desconfianza mutua entre sector público y sector privado. Sirvan como indicadores de estos desencuentros la legislación en materia de contratos del sector público, basada en la desconfianza, o las recientes estrategias políticas de república o remunicipalización de determinados servicios públicos. Véase sobre esta desconfianza e interacciones entre ambos sectores RAMIÓ (2020)

de colaboración más sofisticados, como los partenariados público-privados, una herramienta que facilita la implicación de distintos actores interdependientes, para la realización de los objetivos en que todos están implicados, desde la interacción, compartiendo responsabilidades. Partenariados como los que la metodología de ejecución de la estrategia comunitaria LEADER ha ido introduciendo para la gestión local de actuaciones en el medio rural. Una metodología de gestión colaborativa ha pasado a incorporarse al llamado *Community Led Local Development* (CLLD), como herramienta específica para el desarrollo local participativo en las zonas urbanas. Es una forma de aproximación a los problemas urbanos de abajo arriba (*bottom-up*), que trata de alentar la cooperación entre lo público, lo privado y los sectores de la sociedad civil, y así lograr el despliegue de una estrategia de desarrollo integrado y sostenible a través de un partenariado que gestionará fondos propios, públicos y comunitarios (5% de los FEDER en el caso del eje urbano), en base a objetivos-resultados y no tanto para la compensación o paliación de problemas. La aplicación de esta herramienta es determinante, puesto que es «obligatoria» para todas aquellas administraciones y entidades que aspiren a obtener Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos EIE) y más concretamente los FEDER, FSE, COHESIÓN, FEADER y FEMP, que les permitan financiar diversos proyectos urbanos (bajo el denominado Eje Urbano 12) y que por tanto se encuadren en los programas operativos del Estado 2014-2020.

Por lo dicho hasta el momento, el reposicionamiento que las Administraciones públicas, en general, están llamadas a emprender en escenarios tan complejos como los que tienen que ver con el desarrollo sostenible determinan estar llamadas a ejercer sus competencias en un nuevo papel institucional; un papel para el que se ha utilizado por la ciencia política el término de «metagobernador» (Ramió 2018: 126). Más que desarrollar sus competencias en términos de relaciones jurídico-públicas clásicas –interadministrativas y con «administrados»–, deben hacerlo de forma colaborativa con múltiples actores, que han de responsabilizarse también en la búsqueda y desarrollo de soluciones para los retos de las sociedades actuales. Sociedades complejas e interdependientes<sup>14</sup> donde las ciudades han emergido como lugares de nueva centralidad política, son también un «actor», un actor colectivo, pero no son sujetos jurídicos. La acción pública local tiene que desenvolverse, en cualquier caso, con un renovado modelo de gestión.

## 2. HACIA LA SUSTANTIVACIÓN JURÍDICA DE UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN LOCAL

En los escenarios de cambios con lo que arrancábamos este trabajo, lo local, junto con la participación social, se encuentra en el centro de todos los debates encaminados a prestar beneficios a la ciudadanía. Se constata la creciente relevancia de la esfera local como espacio de producción de políticas públicas y sus consecuentes procesos de ampliación y profundización del poder del «gobierno local tradicional» (Blanco, 2012). Y si bien es cierto que el despliegue de las políticas públicas no depende solo de decisiones tomadas en la esfera local, si van a requerir de ejecución a nivel local; más si de políticas de desarrollo sostenible se trata, un concreto problema en un entorno urbano puede tener síntomas muy locales pero requerir una solución a mayor escala. Las políticas urbanas deben entenderse y gestionarse en un contexto multiescalar, desde el punto de vista espacial y organizativo. Por ello se parte de metodologías que tienen enfoques funcionales y flexibles, con independencia de los ámbitos competenciales de los distintos niveles de gobierno territoriales que resulten implicados.

### 2.1. La escala espacial: Áreas urbanas funcionales

Los principios, reglas y metodologías de gestión del modelo de desarrollo urbano europeo precisan un contexto multiescalar. Es responsabilidad de las autoridades urbanas definir la escala territorial apropiada donde desplegar las políticas urbanas. Luego nos referiremos a las autoridades urbanas, ahora se trata de identificar el territorio donde deba desarrollarse la acción local.

Dados los retos y objetivos de la sostenibilidad, parece lógico que la escala debe extenderse al entero territorio donde se desenvuelven las distintas dinámicas y flujos urbanos. Recordemos que en el desarrollo metodológico de estas políticas ya no se pone el foco aisladamente en actuaciones puntuales en zonas urbanas homogéneas, concretas y limitadas (enfoque *area-based*), sino que la cofinanciación europea de

<sup>14</sup> Las limitaciones del Estado del bienestar para dar respuestas a una sociedad compleja e interdependiente, junto a las presiones de la internacionalización de la economía y la necesidad de replantear las relaciones entre los ámbitos público y privado, se pretenden superar con la construcción del llamado Estado relacional. Véase al respecto YSA (2004).



actuaciones urbanas lo va a ser en función de las especificidades que presente cada lugar. Esto es, precisan de la previa elaboración de una *estrategia de lugar* que tome en consideración la complejidad territorial que tiene el fenómeno urbano, la ciudad real (enfoque *place-based*). Aunque la intervención concreta se desarrolle, en última instancia, en un barrio, un distrito urbano, o en cualquiera otra área homogénea, concreta y limitada dentro de la ciudad *real*.

No existe una definición previa de qué territorios deban ser considerados como un área espacial idónea para desplegar políticas urbanas de desarrollo sostenible, eso que hemos llamado «estrategia de lugar». El art. 7 del Reglamento 1301/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, sobre el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) deja no obstante establecidas algunas pautas para su comprensión: «El FEDER apoyará, mediante programas operativos, el desarrollo urbano sostenible a través de estrategias que establezcan medidas integradas para hacer frente a los retos económicos, ambientales, climáticos, demográficos y sociales que afectan a las zonas urbanas, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de promover los vínculos entre el ámbito urbano y el rural».

Como decimos, serán las autoridades urbanas las que deban definir la escala territorial apropiada para cumplir con los requisitos del artículo 7 del Reglamento FEDER, que establece también que los principios para seleccionar las zonas urbanas *en las que deban aplicarse las acciones integradas para un desarrollo urbano sostenible* y los importes indicativos previstos para dichas acciones deben fijarse en los Acuerdos de Asociación de los Estados Miembros con la Comisión, con un mínimo de un 5 % de recursos del FEDER asignados para dicho fin a escala nacional. Al respecto, el Acuerdo de Asociación de España 2014-2020, aprobado por la Comisión Europea el 30 de octubre de 2014, no clarifica mucho más, limitándose a establecer que «a las nuevas propuestas para el desarrollo urbano sostenible se les exigirá estar respaldadas por una estrategia bien definida y a largo plazo que sirva de marco de referencia territorial y sectorial para todas aquellas operaciones o intervenciones a implementar, que deberán contribuir a dicha estrategia de manera coherente».

En cualquier caso, lo que queda claro es que el territorio de la estrategia de lugar, es el territorio donde deberán concretarse después las unidades de actuación para las que se solicite la cofinanciación. El espacio de «las operaciones o intervenciones a implementar» –el espacio de los proyectos urbanos, de las actuaciones de transformación urbanística–, no necesariamente será el mismo que el de la estrategia. Su delimitación compete, insistimos, a la autoridad urbana. Que son espacios distintos queda claro en el Anexo I de la Orden HAP/2427/2015, de 13 de noviembre, que dice expresamente que el área funcional será «el soporte efectivo para una Estrategia DUSI a largo plazo, y no simplemente el área donde se ejecutarán operaciones puntuales de mejora urbana (...)». La escala del área urbana elegida para ejecutar las operaciones, los proyectos urbanos, se condiciona además a tener la suficiente masa crítica como para implementar al menos dos de los objetivos temáticos del FEDER –objetivos siempre transversales–, lo que deberá explicarse de forma razonada y pormenorizada.

En virtud de esta Orden HAP/2427/2015, de 13 de noviembre, se aprueban las bases y la primera convocatoria para la selección de estrategias de desarrollo urbano sostenible e integrado (EDUSI) que serán cofinanciadas mediante el programa operativo FEDER de crecimiento sostenible 2014-2020<sup>15</sup> donde se encuentra una clarificación del ámbito espacial de este instrumento financiero –EDUSI– o lo que es lo mismo, el ámbito de la estrategia de lugar. De conformidad con su Disposición General Sexta: «Las EDUSI deberán desarrollarse en las ciudades o áreas funcionales urbanas según se definen en el Anexo I de esta convocatoria (...). Las áreas funcionales que se constituyan deberán estar formadas por municipios pertenecientes a la misma comunidad autónoma».

<sup>15</sup> Esta Orden tenía un doble objetivo: Por un lado, articular la presentación y establecer los criterios para el análisis y selección de Estrategias de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado susceptibles de recibir ayudas FEDER en 2014-2020 con cargo al POCS. Estas Estrategias debían contemplar los cinco retos siguientes: económicos, ambientales, climáticos, demográficos y sociales, según lo dispuesto en el artículo 7.1 del Reglamento FEDER, para favorecer el desarrollo urbano sostenible, de acuerdo a los principios y orientaciones estratégicas de los Fondos EIE. Por otro lado, las Estrategias constituirán el marco para la posterior selección, por parte de las Entidades beneficiarias, de las operaciones a desarrollar en la ciudad o área funcional definida en cada caso, las cuales serán cofinanciadas mediante las ayudas concedidas a través de la presente convocatoria. La primera convocatoria se dotó con un 70 %, aproximadamente, del total de la ayuda FEDER destinada al eje urbano dentro del POCS: 730,9 millones de euros de ayuda. Mediante la Orden HAP/1610/2016, de 6 de octubre, se aprueba la segunda convocatoria, con un importe total de 281,84 millones de euros. La Orden HAP/888/2017, de 19 de septiembre, por la que se modifica la Orden HAP/2427/2015, de 13 de noviembre, por la que se aprueban las bases y la primera convocatoria, y por la que se aprueba la tercera convocatoria para la selección de las citadas estrategias. El importe total de esta tercera convocatoria fue de 353,40 millones de euros.

El Anexo I establece la tipología de áreas funcionales urbanas, y en función de cada una, va concretando el territorio de la estrategia:

En el caso de que se trate de «Áreas constituidas por un único municipio con una población mayor de 20.000 habitantes», de conformidad con lo establecido en el citado Anexo, las estrategias podrán referirse a *la totalidad del término municipal*, o limitarse a áreas urbanas *inframunicipales* de diferente tipología morfológica y funcional (centros históricos, barrios desfavorecidos o áreas suburbanas con problemáticas específicas y retos singulares).

Si se trata de «Agrupaciones de municipios con una población de cada uno de ellos superior a 20.000 habitantes», en este caso podrán presentar conjuntamente una estrategia a *escala supramunicipal* de manera conforme a la definición del área funcional urbana de dicha estrategia. Las estrategias deberán justificar de forma coherente y razonada la existencia de problemas comunes, la complementariedad de funciones urbanas, así como la explicación de que abordarlos de forma conjunta es la forma óptima de conseguir las soluciones a dichos problemas. Deberán asimismo explicar de qué manera se intensificarán las relaciones entre los municipios para aprovechar sinergias y complementariedades.

Cuando se trate de «Áreas urbanas formadas por un municipio o conurbación de más de 20.000 habitantes y municipios periféricos de menos de 20.000 habitantes», los municipios o conurbaciones de más de 20.000 habitantes que constituyan el centro de áreas urbanas de otros municipios de menos de 20.000 habitantes, podrán presentar de forma conjunta estrategias para ese territorio, constituido por *el territorio del municipio central o conurbación central (mayor de 20.000 habitantes), y otro u otros municipios (menores de 20.000 habitantes) cuyos términos municipales sean limítrofes al del primero*. Las estrategias deberán justificar de forma coherente y razonada la existencia de problemas comunes que afectan a la aglomeración urbana en su conjunto, la promoción de los vínculos entre el ámbito urbano y el rural, así como la explicación de que la escala urbana supramunicipal es la óptima para abordar las soluciones a dichos problemas.

Cuando se trate de «Conurbaciones de población superior a 20.000 habitantes, constituidas por agrupaciones de municipios de menos de 20.000 habitantes que presenten una continuidad urbana física, de forma que constituyan morfológicamente un único núcleo urbano», en este caso, el territorio de la estrategia será el del área funcional urbana. En esta tipología se engloban las «áreas policéntricas», caracterizadas por la existencia de varios centros que coexisten en un territorio con relaciones tanto de competencia como de complementariedad. Son áreas urbanas funcionales que no tienen una dependencia marcada de un núcleo central y comparten problemas comunes de diverso orden. Estas estrategias deberán justificar de forma coherente y razonada la existencia de problemas comunes, demostrar la continuidad física urbana, así como la explicación de que la escala urbana supramunicipal es la óptima para abordar las soluciones a dichos problemas.

Podríamos preguntarnos qué papel desempeña el «barrio», entendido como fragmento urbano en esta realidad espacial que venimos refiriendo. La desagregación de los tejidos urbanos (llámense comunidades vecinales, barrios, o distritos) es bien conocida y utilizada sistemáticamente por la ciencia urbana como referencia social y espacio de identidad, incluso el legislador de la reforma local del año 2003 la acoge a los efectos de facilitar la participación ciudadana. Sin embargo, el renacimiento del barrio en la planificación urbanística como instrumento específico de ordenación, diseño y gestión urbanas es más reciente. En cualesquiera proyectos de ciudad, el barrio que se había consolidado en la técnica urbanística española con el Reglamento de Planeamiento de 1976 como referencia en los planes parciales, ha reaparecido como elemento articulador de los componentes de la estructura urbana tras la última crisis inmobiliaria y la vuelta al urbanismo de la rehabilitación y renovación urbanas en los suelos urbanos. Algunas Comunidades Autónomas han incorporado en su normativa urbanística nuevas figuras destinadas a la ordenación del suelo urbano distintas de la definición de ámbitos puntuales de intervención, cuyo objetivo es ofrecer una lectura articulada del conjunto de los tejidos urbanos existentes. Se cuenta así con ámbitos que facilitan las estrategias de intervención urbanística capaces de diferenciar, seleccionar, priorizar y definir las acciones de mejora en clave de sostenibilidad. Desde esta consideración, el concepto de barrio es en la actualidad útil tanto en el diagnóstico como en la priorización de ámbitos de intervención, pero también en el despliegue de nuevas técnicas de ordenación que hagan posible la adaptación a los objetivos de sostenibilidad.

En cualquiera de las tipologías que se acaban de referir, el territorio donde desplegar las políticas urbanas, la acción local, y desarrollarse la gestión pública, va a ser un área urbana funcional; un territorio que puede no ser coincidente con el territorio del ente local.

## 2.2. La escala organizativa: Autoridades urbanas

Es insistente la apelación que desde la instancia comunitaria se hace al papel que las entidades locales han de desempeñar en la ejecución de las políticas europeas en el ámbito interno de cada Estado miembro. Una insistencia que va más allá de conminar a los Estados a que la integren en la fase estatal de aplicación del derecho europeo, atribuyendo directamente funciones gestoras a las entidades locales de cada uno de los Estados, como sucede con la llamada «autoridad urbana».

En una progresiva institucionalización de la acción pública local para el desarrollo urbano sostenible no será suficiente con nuevas divisiones administrativas del territorio sino existe una voluntad política expresa de ocupar el nuevo espacio<sup>16</sup>, algo a lo que se encamina el Reglamento (UE) 1301/2013, de 17 de diciembre, ya citado, otorgando sustantividad jurídica a lo que llama *autoridad urbana*, condición que asigna a quien va a asumir la responsabilidad de la aplicación de «estrategias integradas de desarrollo urbano sostenibles», y que identifica bajo la referencia a «las ciudades, los organismos subregionales o locales»<sup>17</sup>.

Ya hemos señalado que las ciudades no son hoy por hoy, sujetos jurídicos, por mucho que sean «un imprescindible actor global que requerirá de una específica ordenación» (FONT, 2020). Identificar quién sea la autoridad urbana, que se encuentra en línea de continuidad con el concepto de área urbana funcional, requiere partir de los sujetos que tengan la condición de ente territorial local.

El concepto no se asocia, en exclusividad, con el municipio, sino que puede conllevar el ensamblaje de nuevas formas de asociación institucional de todos aquellos entes o estructuras administrativas locales de una determinada área urbana. En este sentido, lo que debe existir es una coherencia entre la estrategia de lugar a que nos hemos referido antes, y la autoridad urbana que la sostiene e impulsa. A dichas autoridades urbanas el citado Reglamento FEDER les asigna una serie de funciones: por un lado, gestionar la EDUSI, «en colaboración con la autoridad de gestión»<sup>18</sup>; por otro, encargarse de las tareas relacionadas, por lo menos, con la selección de las operaciones, de conformidad con el artículo 123, apartado 6, del Reglamento (UE) 1303/2013 o, según corresponda, de conformidad con el artículo 123, apartado 7, de dicho Reglamento<sup>19</sup>.

La autoridad urbana no será, en cualquier caso, quien ostente la condición de autoridad de gestión de la financiación comunitaria, que en todo caso es la Administración del Estado, que es quien tiene atribuidas las competencias para representar al Estado en sus relaciones con las instancias comunitarias. Tampoco lo podrán ser las Administraciones autonómicas, porque el texto del artículo 7.4 del Reglamento FEDER es claro, tienen que ser autoridades «subregionales» o «locales». Lo cual nos coloca, para el caso español, necesariamente, en el escalón de las entidades locales y en cómo se organice la cooperación intermunicipal en las áreas urbanas funcionales.

La Orden HAP se refiere a las autoridades urbanas como «entidades beneficiarias», y conforme a la Disposición Séptima.1: «A los efectos regulados por la presente orden, tendrán la condición de entidades beneficiarias los Ayuntamientos o las entidades supramunicipales, preexistentes o de nueva constitución, representantes de las áreas funcionales definidas en el anexo I que presenten Estrategias DUSI conforme a lo dispuesto en esta convocatoria y que resulten adjudicatarias».

El hecho de articularse las ayudas jurídicamente como subvenciones explica que la Orden HAP considere a las autoridades urbanas como entidades beneficiarias<sup>20</sup>. En este sentido, quien asume la totalidad de derechos y obligaciones inherentes a tal condición, necesariamente tiene que ser un ente, territorial o no,

<sup>16</sup> Señala ARENILLA que, en la ordenación política del territorio, en general, «no solo se trata de dividir administrativamente el espacio del Estado con fines de eficacia, por ejemplo, sino que existe una voluntad expresa de ocupar todo el territorio, bien por medios propios o de forma indirecta a través de otras organizaciones territoriales» (2012: 91).

<sup>17</sup> El artículo 7. 4 establece que «Al menos un 5% de los recursos del FEDER asignados a nivel nacional en virtud del objetivo “inversión en crecimiento y empleo” se asignarán a medidas integradas para el desarrollo urbano sostenible, en las que las ciudades, los organismos subregionales o locales responsables de la aplicación de estrategias urbanas sostenibles (“autoridades urbanas”) serán los encargados de las tareas relacionadas, por lo menos, con la selección de las operaciones, de conformidad con el artículo 123, apartado 6, del Reglamento (UE) no1303/2013 o, según corresponda, de conformidad con el artículo 123, apartado 7, de dicho Reglamento. El importe indicativo destinado a los fines del apartado 2 del presente artículo se establecerá en el o los correspondientes programas operativos».

<sup>18</sup> De conformidad con el art.7.5 Reglamento 1301/2013, «La autoridad de gestión determinará, en colaboración con la autoridad urbana, el alcance de las tareas que deban emprender las autoridades urbanas relativas a la gestión de acciones integradas para el desarrollo urbano sostenible. La autoridad de gestión registrará formalmente su decisión por escrito. La autoridad de gestión podrá conservar el derecho a efectuar una comprobación final de la admisibilidad de las operaciones antes de la aprobación».

<sup>19</sup> Artículo 7.4, transcrito en nota anterior.

<sup>20</sup> La condición de entidades beneficiarias de las ayudas implica que estas asumen frente a los Organismos Intermedios de Gestión designados en esta orden, la totalidad de derechos y obligaciones inherentes a tal condición, en los términos de la Ley 38/2003, de

personificado. La condición de autoridad urbana tiene por tanto que recaer en una entidad pública local: o municipios o entes supramunicipales<sup>21</sup>.

El Anexo I de la Orden HAP/2427/2015 precisa que, en cualquier caso, «debe tratarse de autoridades apropiadas, con capacidad suficiente y demostrada para implementar y llevar a cabo las Estrategias (...). Deberán demostrar su capacidad en base a los criterios definidos en esta convocatoria, y según lo dispuesto en el Reglamento FEDER, el Acuerdo de Asociación y el Programa Operativo de Crecimiento Sostenible»<sup>22</sup>. La «capacidad» que le es exigible a los entes locales se refiere en el Anexo II de la citada Orden HAP/2427/2015 –aunque más precisamente a lo que se está refiriendo no es a la capacidad sino a las posibilidades de organización administrativa interna del ente de gestión en cuestión–, señalando que «la Estrategia ha de incluir un resumen con la estructura de que se dispone o que se pretende crear para la implementación de la misma, ya sea encuadrándola dentro de la entidad beneficiaria o con personal externo creando una oficina de gestión que coordine su desarrollo y seguimiento. La entidad beneficiaria deberá disponer de un equipo técnico conocedor de la reglamentación y normativa tanto nacional como comunitaria sobre fondos europeos en lo relativo, especialmente, a: selección de operaciones (artículo 125.3 del Reglamento 1303/2013, de 17 de diciembre de 2013 disposiciones comunes de los Fondos Europeos), contratación pública, medio ambiente, igualdad de oportunidades y no discriminación, elegibilidad del gasto, información y publicidad y otras materias necesarias para cumplir correctamente con la legislación vigente, así como con conocimientos y experiencia en el campo del desarrollo urbano sostenible e integrado».

Como puede observarse, desde un enfoque funcional y flexible que respete el principio de subsidiariedad y las especificidades de los diferentes niveles territoriales., son posibles diferentes personificaciones públicas locales, dotadas de una organización administrativa *ad hoc* también plural, para gestionar estrategias DUSI adaptadas a una geografía funcional, las unidades territoriales urbanísticas.

En definitiva, la gestión local del desarrollo urbano sostenible precisa de enfoques flexibles. Pero no se asocia a una competencia administrativa, se presupone que la entidad de gestión correspondiente debe tenerlas ya: «debe tratarse de autoridades apropiadas, con capacidad suficiente y demostrada para implementar y llevar a cabo las Estrategias».

### 3. FORTALECIMIENTO DE LAS CAPACIDADES INSTITUCIONALES

Para la ciencia política, la capacidad institucional no se asocia a los títulos competenciales. Se asocia a la suficiencia de las Administraciones para responder a los retos clásicos que se le vienen planteando desde hace años. Esto es, una gestión basada en la eficacia, la eficiencia, el establecimiento de alianzas con otros actores, tanto en el seno de la administración como fuera de ella. Así, «podría afirmarse que la capacidad institucional hace referencia a la habilidad de las Administraciones para resolver problemas (eficacia), utilizando adecuadamente los recursos a su disposición (eficiencia) y estableciendo relaciones de colaboración con los actores del contexto en el que operan (relacional)» (Casado *et al.*, 2018: 124).

Los nuevos enfoques metodológicos de la gestión del desarrollo urbano se vienen relacionando con las dos dimensiones que caracterizan a la denominada gobernanza urbana, «un paradigma tan seductor y benevolente como abstracto, ambiguo y confuso» (Ramíó, 2017:137), que constituiría no obstante el escenario

---

17 de noviembre, General de Subvenciones, y del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones (DG Séptima. 2).

<sup>21</sup> Con imprecisión jurídica, el Anexo I de la Orden HAP/2427/2015 «recomienda» que lo que llama «unidad de gestión administrativa», esto es, la autoridad urbana en términos FEDER, «sea el propio Ayuntamiento del municipio» cuando el ámbito territorial de la Estrategia DUSI sean «áreas urbanas constituidas por un único municipio con una población mayor de 20.000 habitantes», ya se refieran a la totalidad del término municipal, o se limiten a áreas urbanas inframunicipales. Y si se trata de un área urbana policéntrica donde se articulan diversos núcleos urbanos –agrupaciones de municipios y conurbaciones con una determinada población–, la autoridad urbana podrá estar constituida por las diferentes «autoridades municipales» o por «entidades supramunicipales». Así: «Cuando el ámbito territorial sea el resultante de “agrupaciones de municipios con una población de cada uno de ellos superior a 20.000 habitantes”, en este caso, recomienda que “los Ayuntamientos participantes deberán definir un único órgano de gestión administrativa”, que podría ser uno de dichos Ayuntamientos o un órgano supramunicipal existente o de nueva constitución». Cuando se trate de «áreas funcionales constituidas por un municipio central o conurbación central (mayor de 20.000 habitantes) más otro u otros municipios (menores de 20.000 habitantes) cuyos términos municipales sean limítrofes al del primero», o de «conurbaciones de población superior a 20.000 habitantes, constituidas por agrupaciones de municipios de menos de 20.000 habitantes», en este caso, «los Ayuntamientos participantes deberán definir un único órgano de gestión administrativa para las Estrategias, que se recomienda sea el Ayuntamiento del municipio central de más de 20.000 habitantes, o un órgano supramunicipal existente o de nueva constitución».

<sup>22</sup> Minuciosamente recogidos en el Anexo II de la Orden HAP/2427/2015, de 13 de noviembre.

más probable de modelo de Administración pública del futuro, que «implica apostar conservadoramente por un modelo continuista de Administración, sin grandes cambios ni sobresaltos»<sup>23</sup>.

Siguiendo a Le Galès (1998), las dos dimensiones que caracterizan a este modelo, por un lado, «la capacidad para integrar organizaciones, actores, grupos sociales e intereses en la búsqueda de determinados objetivos (mecanismos de negociación en el desarrollo de las políticas públicas, buscar activamente el involucramiento de grupos de interés u organizaciones de la sociedad civil junto a grupos de expertos, además de las propias instituciones de gobierno)». Por otro, «la capacidad de presentarse frente a otros actores externos y desarrollar y defender una estrategia unificada frente a los mercados, los niveles superiores del Estado u otras ciudades o regiones en competencia», estarían caracterizando también la dimensión procedimental o metodológica de la sostenibilidad urbana, conforme al modelo europeo, y de su mano, el proceso de aprendizaje que las entidades locales tienen que ir forzosamente adquiriendo, desarrollando su capacidad institucional.

Existe un reconocimiento explícito por parte de las instituciones europeas sobre el impacto que los fondos europeos producen en el desarrollo de la capacidad institucional de las entidades que los gestionan. Los recursos destinados específicamente a este aspecto en los Fondos Estructurales así lo evidencian<sup>24</sup>. Ahora bien, ¿hasta qué punto la gestión de las iniciativas y programas comunitarios ha producido cambios en la capacidad institucional de los municipios españoles, de manera que les permitan afrontar en mejores condiciones la ejecución de políticas urbanas?<sup>25</sup> Se ha constatado que la política urbana europea tiene un impacto en la transformación de la capacidad institucional de los municipios que participan en ella, «y que además puede suponerse que no permanece solamente en las unidades administrativas directamente vinculadas a la gestión de los proyectos, sino que con ello se produciría un efecto de difusión de estos modelos de implementación en otras áreas de la administración, así como en otros ámbitos de política pública» (Casado *et al.*, 2018: 140), produciéndose por tanto un crecimiento real en términos de capacidad institucional y no solamente una mera adaptación de las administraciones a los requerimientos establecidos por la reglamentación de la financiación comunitaria.

Por esta vía –y por lo dicho, no de manera generalizada, al ser fruto de aprendizajes adquiridos en la ejecución de proyectos o en la participación en redes con financiación europea–, un determinado modelo administrativo de gestión pública local estaría ya configurando nuevas *capacidades* institucionales, no asociadas a los títulos competenciales, para las que se precisaría formalización jurídica. Y sin que se hayan producido tampoco cambios en la distribución del poder en el territorio, ni perdido protagonismo, en la acción pública, la lógica jurídico-administrativa. Se estaría transformando, que es la tesis que aquí se viene sosteniendo.

### 3.1. Limitaciones derivadas del régimen local

Desde una perspectiva jurídico-administrativa, estas capacidades institucionales, según se han destacado, tienen la consideración de principios jurídicos que definen el marco conceptual de lo que ha de ser y de cómo deban proceder las Administraciones en un Estado de Derecho, que materializó inicialmente de un

---

<sup>23</sup> «Un modelo estable de reformas incrementales cualitativas y de una paulatina reducción cuantitativa del peso organizativo de la Administración». Alerta RAMIÓ de los riesgos y peligros que tiene este modelo si solo se realizan «pequeños retoques de mejora cualitativa», que serían insuficientes para que el modelo no se decante hacia una gobernanza con una orientación y dominio de carácter privado que colonice los espacios políticos y de gestión públicos por parte de actores económicos privados y, en menor medida, de los actores sociales. Aboga claramente por un modelo de gobernanza con una orientación pública, «ejerciendo la Administración pública la funciones de metagobernador, que ya hemos destacado en el texto, con una función esencialmente reguladora de los diversos ámbitos de convivencia, en directa correlación con el principio del buen gobierno.

<sup>24</sup> La Unión Europea, desde hace años, viene haciendo especial énfasis en la promoción de la capacidad institucional de las administraciones en los programas de desarrollo local y urbano. El Objetivo 11 se denomina Mejorar la capacidad institucional de las autoridades públicas y las partes interesadas y la eficiencia de la administración pública. Ver el artículo 9 del Reglamento (UE) núm. 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes a los Fondos Europeos. Así, la Comisión Europea (2015) señala que, «apoyar la capacidad administrativa es poner en marcha las estructuras, los recursos humanos, los sistemas y las herramientas adecuados. En otras palabras, garantizar que las responsabilidades y las tareas estén claramente asignadas; el personal correctamente entrenado; y que se contrate a las personas adecuadas para gestionar los fondos. (...) Otro elemento importante es la gobernanza, que supone exigir responsabilidades sobre el rendimiento a los gestores, prevenir la corrupción y el conflicto de intereses, así como fomentar la transparencia».

<sup>25</sup> Véase en CASADO *et al.* (2018: 124-142). En este trabajo se analiza cómo se produce ese impacto, cuál es su naturaleza y en qué medida se implanta en la administración local.

modo sucinto en el artículo 103.1 de la Constitución<sup>26</sup>. En este marco, la eficacia y la eficiencia estarían ya formando parte del conjunto de *capacidades* jurídico-institucionales de las administraciones, configurando su razón de ser y marcando el modo en que deben lograr sus fines.

Ambos principios son también inherentes a la esencia misma de la acción local, aunque desde la reforma parcial de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, llevada a cabo por la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y en el ejercicio de actividades económicas –lo mismo que otros principios económicos, como el cumplimiento del periodo de pago a proveedores o de morosidad y la limitación para la concertación de la deuda pública, ahora ligado al principio de prudencia financiera<sup>27</sup>– se han puesto al servicio de la consecución de dos únicos principios económicos esenciales como son el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria y el de sostenibilidad financiera<sup>28</sup>.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el artículo 135 de la norma fundamental contiene «un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad –de la competencia– del Estado y de las Comunidades Autónomas», constituyendo, además, «un nuevo canon de constitucionalidad» (sentencia núm. 157/2011, de 18 de octubre de 2011, FJ. 3º). En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha entendido que «la estabilidad presupuestaria se configura como un límite constitucional, cuya contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad, y también como una orientación constitucionalmente vinculante, que prescribe un programa constitucional obligatorio para la actividad financiera pública» (dictamen núm. 164/2012, de 1 de marzo de 2012).

El texto constitucional reconoce a los entes locales poder financiero, o lo que es igual, poder en materia de ingresos y de gastos públicos, «autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Pero estos eran los aires que soplaban allá por 1978, y que el paso del tiempo ha ido atemperando, renovando sensiblemente la vieja aspiración tendente a la consecución de autonomía financiera local. Pese a que, formalmente, la doctrina jurisprudencial sigue insistiendo en que: «(...) el principio de autonomía financiera de los municipios (arts. 137 y 140 CE) exige que las Haciendas dispongan de medios financieros suficientes para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos, las funciones que legalmente les han sido encomendadas, fundamentalmente, mediante tributos propios (art. 142 CE), pero que por estar sometidos al principio de reserva de ley (arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE), corresponde al legislador estatal integrar las exigencias derivadas de esa reserva de ley como medio de preservar tanto la unidad del ordenamiento como una básica igualdad de posición de los contribuyentes [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10.c)] (...)» (Martín, 2019: 16).

El evidente incremento del gasto público local ha ido acompañado también de un notorio incremento de los recursos públicos, pero ese incremento proviene en muy buena medida de recursos cuya titularidad no le corresponde. Puede incluso que tengan una balanza financiera altamente positiva, con superávit presupuestario, con capacidad de financiar gastos urgentes por existencia de remanente de tesorería para gastos generales positivos, escaso nivel de deuda pública local, y que además dispongan en tesorería de un volumen de recursos financieros superior al nivel de deuda pública. Esto efectivamente está sucediendo. Pero la situación es insostenible desde el punto de vista de su autonomía financiera. La reforma del 2013 se inspiró en el cumplimiento de objetivos de naturaleza económica que garantizan un control financiero y presupuestario riguroso

<sup>26</sup> Véase, sobre el complejo proceso de incorporación del mismo a la Constitución, PAREJO (1989: 15-66), PAREJO (1995: 89-152).

<sup>27</sup> La regulación de estos principios se encuentran, básicamente, en la siguiente normativa: Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y Real Decreto 1463/2007 reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001 de Estabilidad Presupuestaria en su aplicación a las entidades locales (principios de estabilidad, sostenibilidad financiera, de eficacia y de eficiencia). Ley Orgánica 9/2013 de Control de la Deuda Comercial del Sector Público (principio de morosidad). Disposición final trigésimo primera de la Ley 17/2012 y artículo 53 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (principio de límite de endeudamiento). Orden HAP/2075/2014 de 6 de noviembre por el que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo (principio de eficiencia). Real Decreto Ley 17/2014 de Medidas de la Sostenibilidad Financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y Resolución de la Secretaría General de Política Financiera de 5 de febrero de 2015 (principio de prudencia financiera).

<sup>28</sup> La vigente redacción del artículo 2 LRBRL establece que: «Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

por parte del Ministerio de Hacienda, que puede intervenir sobre organización, competencias, presupuestos, formas de gestión y prácticamente cualquier otra cuestión referida a la acción pública local<sup>29</sup>. Con la reforma del año 2013 los municipios de régimen común no tienen prácticamente capacidad económica, y muchos, los de menor población, ni siquiera tienen capacidad de endeudamiento, más allá de la excepcionalidad de las medidas que transitoriamente, con ocasión de la pandemia covid-19, se han adoptado. Solo por esta razón con la reforma se afectó negativamente la capacidad institucional de la Administración local para enfrentar los retos que se asocian a las políticas urbanas, justamente en el sentido opuesto a aquél en que se avanza en la instancia europea. La reforma local que se impulsó no iba dirigida a «más municipalismo» en absoluto. Más bien, involución, debilitando las *capacidades* institucionales de las entidades locales.

Por otro lado, el establecimiento de las relaciones de colaboración como criterio de actuación que informe la organización administrativa en todas sus vertientes, tiene menos recorrido jurídico, y no está contemplada en el marco conceptual del 103.1 del texto constitucional. En este sentido, la capacidad institucional de la administración local para asumir un enfoque colaborativo sería muy limitada, al venir establecida, exclusivamente, por lo que se deja establecido en tanto que principio aplicable a las relaciones interadministrativas, como deber de actuar con el resto de administraciones públicas para el logro de fines comunes, en los términos de los arts. 141 y 142 LRJSP y 55 y siguientes de la LRBR. No existe por el contrario un marco general de regulación de la colaboración como principio informante de las relaciones de la administración local con otros actores que no sean administraciones pero que sí deban ser tomados en consideración cuando de gestionar políticas urbanas se trata, en los términos que venimos comentando. Según hemos dicho, la interacción en red de actores diversos, públicos y privados, que se reconocen interdependientes y que actúan conjuntamente para lograr objetivos comunes, son ya una realidad a la que se enfrentan las entidades locales en el transcurso de la ejecución de proyectos financiados con fondos comunitarios. El régimen local solo conoce de fórmulas de colaboración público-privada clásicas (para la gestión indirecta de servicios públicos, para realizar infraestructuras públicas, o para externalizar servicios), pero no de los partenariados público-privados, y cuya existencia forma parte de la nueva metodología para la gestión pública de políticas urbanas en el modelo de desarrollo urbano europeo, según se ha dicho ya. Esto explicaría que la capacidad para asumir un enfoque colaborativo durante la implementación de programas financieros por parte de las entidades locales presente sus mayores índices internamente, entre las distintas áreas administrativas, y no tanto en las relaciones con la sociedad local<sup>30</sup>.

Más allá del aprendizaje que las entidades locales puedan adquirir por esta vía, se echa en falta una regulación que dé sustantividad en el régimen local a estas fórmulas colaborativas; ello repercute de nuevo en la capacidad institucional local para enfrentar los retos que se asocian a las políticas urbanas, para asumir su condición de autoridad urbana, que debería verse normativamente reforzada.

Plurales documentos de naturaleza política que se han conocido en la última década, y con distinto alcance<sup>31</sup>, estarían contemplando la necesidad de cambios en la línea marcada por la Unión Europea. A ello

<sup>29</sup> Véase el art. 116 bis, introducido por el número treinta del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Implica la subordinación total del municipio, a través de los planes económico-financieros. Por otro lado, como uno de los ingresos fundamentales es su participación en los del Estado mediante unas entregas a cuenta en base a unas previsiones que realiza el Ministerio de Hacienda, hasta que no se conoce el comportamiento real de los ingresos, el Estado procede a la liquidación definitiva, que puede ser positiva o negativa. En el primer caso ingresa la cantidad resultante y en el segundo es el municipio el que debe proceder a la devolución que corresponda. Y aquí es donde aparece uno de los grandes problemas: los Ayuntamientos, al elaborar sus presupuestos, lo hacen en base a unas previsiones de ingresos, entre las que se encuentra esta participación en los del Estado, con unos efectos perversos para la situación económica y financiera municipal si al final resulta una liquidación negativa con la consiguiente devolución al Estado, lo que supone dejar sin cobertura a los gastos ya realizados, sufriendo el municipio una doble penalización: devolver un dinero por un error en la previsión de la que no fue responsable ni tuvo intervención alguna en su cálculo, sin que quien lo cometió asuma ninguna consecuencia, y tener que dotar los gastos que quedan descubiertos. Por no hablar de las subvenciones que reciben, vía por la que se desarrollan, y se financian –dado que tienen que adelantar el importe íntegro de la actuación–, actuaciones que no son de su propia competencia, normalmente es las Comunidades Autónomas, sin que a éstas les cuente como deuda viva ni carga financiera. Una situación económica insostenible con carácter general.

<sup>30</sup> Este aspecto queda también reflejado en otros trabajos realizados por HUETE *et al.* (2016) en torno a este asunto, en los que se señala que el carácter integrado de los programas tiene como consecuencia directa la necesidad de establecer alianzas entre las áreas de la administración con capacidad de decisión sobre las áreas de política pública incluidas en el diseño de la iniciativa. Esto puede deberse al esfuerzo de adaptación al carácter integral de los procesos y de las políticas que se desarrollan en el marco de los programas urbanos europeos, que han de tener en cuenta los distintos sectores involucrados: medioambiental, social, económico, etc. Se observa, sin embargo, que a medida que las administraciones locales van adquiriendo experiencia en la implementación de estos programas, se van entretejiendo cada vez más relaciones con la sociedad local.

<sup>31</sup> Entre los que destacan, la Estrategia española de desarrollo sostenible (2006); el Libro Blanco de la sostenibilidad del planeamiento urbanístico español (2008); la Estrategia española de sostenibilidad urbana y local (2012); la Guía Metodológica para los siste-

se suman recientemente los distintos procesos de «Agendas urbanas»<sup>32</sup>, término frecuentemente empleado como sinónimo de «política urbana». La aprobación de la Agenda Urbana Española en el Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2019<sup>33</sup> ha venido a dar cumplimiento al compromiso asumido en el *Acuerdo de Asociación de España para el periodo de programación 2014-2020* de los Fondos Europeos. Sin embargo, se ha ido alejando progresivamente de este origen para irse acercando a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de Naciones Unidas (Gonzalez, 2019). De este modo, la consideración de la Agenda Urbana Española como una de las 9 «políticas palanca» incluidas en el Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030 para España, le ha otorgado mayor fuerza y visibilidad, pero por ahora solo constituye un hito histórico que exige un firme compromiso político para hacer practicables los cambios.

No encontramos sin embargo en estos documentos una apuesta decidida por el fortalecimiento del gobierno y la administración local para una mejor y más eficaz gestión de políticas urbanas. Sí encontramos en ellos qué es lo que en las ciudades se tiene que hacer, está razonablemente diagnosticado. Ciertamente, las entidades locales ya vienen desarrollando cierto aprendizaje, y asumiendo de manera cada vez más generalizada, y en los más variados asuntos, compromisos acordados voluntariamente en documentos informales y sin efectos jurídicos que van dibujando hojas de ruta que voluntariamente pueden ser aplicadas utilizando los instrumentos normativos y ejecutivos de los que disponen con el actual marco jurídico, en el ámbito de sus competencias<sup>34</sup>. Pero no es suficiente. Por poner un ejemplo, no encontramos en los procesos de «Agendas» referencias sobre cómo afrontar la fragmentación competencial existente, lo cual se refleja en la falta de posicionamiento claro sobre cómo gestionar problemas urbanos clave en los que se interrelacionan los tres principales niveles de gobierno (estatal, autonómico y local), como son la mitigación y adaptación al cambio climático, la eficiencia energética, la vivienda asequible, o la movilidad urbana.

### 3.2. El poder de autoadministración de la autonomía local

En el avance hacia el fortalecimiento institucional de la acción pública local vemos que se requieren *capacidades* cuya disponibilidad, en el marco jurídico actual del régimen local, o se desatienden o se debilitan, resultando imprescindible replantear los términos que enmarcan una serie de cuestiones que han pautado la propia evolución de los entes locales, como su autonomía. Precisamente, al replanteamiento de los elementos de la autonomía local en su caracterización actual se hace un llamamiento en una reciente Recomendación del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, de la que se ha hecho eco Font (2020)<sup>35</sup>, para vincularla a objetivos y finalidades. Según señala Font, «la noción de autonomía local según

---

mas de auditoría, certificación o acreditación de la calidad y sostenibilidad del medio urbano; el Informe de Situación de las principales actuaciones e iniciativas en materia de sostenibilidad urbana en España; el Libro Verde de la sostenibilidad urbana y local en la era de la información; la Red de redes de desarrollo local sostenible; el Sistema municipal de indicadores de sostenibilidad urbana y local (2011).

<sup>32</sup> En 2016, Naciones Unidas elaboró la Nueva Agenda Urbana, solo unos meses después del lanzamiento de la Agenda urbana para la UE. En la misma línea, países de todo el mundo han puesto en marcha sus propias agendas, que se presentan como una nueva generación de políticas urbanas que adoptan la forma de marcos estratégicos y se basan en el empleo de instrumentos propios de lo que se conoce como "Nueva Gestión Pública". Véase en GONZÁLEZ (2019).

<sup>33</sup> Accesible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf>.

Se trata de un documento de carácter estratégico y voluntario, que incorpora un decálogo de objetivos de desarrollo urbano. Estos objetivos están alineados con las agendas supranacionales, pero sobre todo tienen vocación de inspirar a las agendas impulsadas a nivel autonómico y local. También, se define como un método de trabajo integrado y orientado a la acción, basado en la gestión por objetivos y en la promoción de alianzas entre actores públicos y privados, e incorpora un Plan de acción de la Administración General del Estado para la implementación de la agenda, que contiene una serie de actuaciones dirigidas a avanzar precisamente en el ámbito normativo y de la planificación, la financiación, la gobernanza y en la participación ciudadana, y en el intercambio y difusión de conocimiento. A partir de este punto, la Agenda cede el testigo a las ciudades, a las que provee de una serie de recursos para que puedan realizar por sí mismas su propio Plan de acción. La idea es que este instrumento les ayude a superar las limitaciones del contexto, a promover en su territorio un desarrollo sostenible e integrado y a que se posicionen mejor a la hora de acceder a futuras oportunidades de financiación.

<sup>34</sup> Véase entre la abundante bibliografía sobre las redes en que participan las ciudades, propiciadas, cuando no creadas directamente por las instituciones europeas, SARASÍBAR (2011), y AGÜERO (2020).

<sup>35</sup> Esta Recomendación, la núm. 429 (2019), de 17 de mayo, titulada *La contribution du Congrès à la réflexion sur l'avenir du Conseil de l'Europe*, que va acompañada del Anexo *Renforcer la démocratie locale et régionale au 21e siècle*, hace un llamamiento claro a vincular la Carta Europea de la Autonomía Local a elementos no meramente estructurales de la autonomía local, sino también a objetivos y finalidades a las que tender en ejercicio del poder local, lo cual significaría «una mutación importante de su misma concepción» (FONT 2020). Entre esas nuevas exigencias se citan expresamente las que derivan del Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, conocido como Agenda 2030.



su concepción europea actual, no es hoy suficiente para hacer frente a las aspiraciones y a las necesidades de las comunidades ciudadanas en las grandes aglomeraciones urbanas que llamamos ciudad», poniendo de manifiesto que el significado mismo de la autonomía local está evolucionando hacia una nueva funcionalidad, no sólo de defensa de derechos y libertades frente al poder del Estado, sino también de instrumento en la lucha por la igualdad social y la solidaridad humana.

Estando de acuerdo con este planteamiento, en la línea que aquí se viene manteniendo, de repensar la acción pública local desde las transformaciones que conlleva el cada vez más consolidado modelo de desarrollo urbano sostenible, entendemos que se trataría de volver sobre la razón de ser del municipio, lo que le dota de singularidad en ese estar situado «en la frontera difusa entre la sociedad y el Estado» (Parejo, 2011). El municipio institucionaliza la gestión de los asuntos de la colectividad, y la gestión de estos asuntos no es otra cosa que «autoadministración» (Parejo, 2011). La dimensión procedimental o metodológica de la sostenibilidad determina la necesaria transformación de la aproximación a la autonomía local.

Sería esta dimensión metodológica, de gestión, y no tanto la sustancial, la vinculada a los objetivos del desarrollo sostenible, la que daría contenido al poder político de autoadministración, en tanto que dimensión de su autonomía local. O lo que es lo mismo, carecería de sentido limitar la garantía institucional de la autonomía local de los municipios solo a participar, a través de sus órganos propios de gobierno y administración, en cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales en dichos asuntos o materias, como viene señalando la jurisprudencia constitucional<sup>36</sup>. Sería no tomar en consideración que los asuntos que les atañen es algo que no solo está en función de que se haya o no reconocido por el legislador la presencia de intereses locales en determinados asuntos o materias.

Al municipio, institucionalmente, le atañe intervenir en todos los asuntos que afecten a la comunidad local, es su razón de ser; por tanto, no solo en determinados asuntos o materias. Falta incluso la configuración de la sostenibilidad urbana como asunto o materia competencial, algo especialmente difícil, por no decir imposible, en un sistema jurídico que conoce plurales niveles de gobierno territorial, donde la concurrencia competencial forma parte del modelo de Estado querido por la Constitución; y donde falta claridad entre los límites competenciales de las distintas materias concernidas en la sostenibilidad y entre los distintos niveles territoriales implicados. En lo que no hay duda es que en todos los asuntos vinculados con el desarrollo urbano sostenible hay interés local, afectan a la comunidad local.

Esta es la aproximación a la autonomía local presente en la Carta Europea de Autonomía Local, cuando señala en su artículo 3.1 que «Por autonomía local se entiende al derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes», y que no es la que ha primado en la jurisprudencia constitucional, sin apenas referencia alguna a la Carta Europea de Autonomía Local. Una jurisprudencia a la que vive encadenado el Tribunal Constitucional, que «no tiene ninguna consistencia, sobre todo por la carta blanca que da a ese legislador básico o al legislador sectorial para modular (al alza o a la baja) el alcance exacto de la autonomía local» (Jiménez, 2013). La dimensión funcional de la autonomía local, tal como ha sido construida por la jurisprudencia constitucional, vinculándola a las competencias locales, que la caracteriza como un núcleo indisponible frente al legislador sectorial, ha desdibujado el componente político de la autonomía local. Además de dejar a los municipios a merced del legislador ordinario, con la sola salvaguarda de la obligación por parte del Estado y de las comunidades autónomas de reservarles «un espacio indeterminado», construido como garantía institucional, pero sin un contenido que proporcione una mínima seguridad jurídica. A nadie se le oculta, como se reconoció expresamente en el *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local* (2005: 16), «la vulnerabilidad de esta previsión en un Estado habituado al centralismo y en unas comunidades autónomas en plena fase de afirmación institucional».

Es en el componente político que tiene la autonomía local, el poder de autogobierno, en el que deben considerarse integrados los aspectos metodológicos o de gestión de la sostenibilidad urbana, y de donde

<sup>36</sup> Véase la STC 240/2006 de 20 julio, fundamento jurídico segundo: «la autonomía local, tal y como se reconoce en los arts. 137 y 140 CE, goza de garantía institucional; lo cual supone el derecho de la comunidad local a participar, a través de sus órganos propios de gobierno y administración, en cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supra locales en dichos asuntos o materias (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre; 170/1989, de 19 de octubre). Esta autonomía no tendría sentido alguno si los órganos representativos de la comunidad local no tuvieran las potestades necesarias para su ejercicio (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre; 170/1989, de 19 de octubre; 148/1991, de 4 de julio; 46/1992, de 2 de abril). De modo que el reconocimiento de esas potestades es el contenido mínimo (en función de los intereses que debe tutelar) de la garantía institucional de la autonomía local, que como concepto jurídico indeterminado debe concretarse en tiempo y lugar».

derivar el poder político de los municipios para intervenir en la gestión de todos los asuntos que afecten a la comunidad local. Este poder para intervenir en la gestión de los asuntos de la colectividad es en sí mismo asunto de interés local, al margen de como se ha construido la dimensión funcional de la autonomía local. Se trascendería así también el punto de no retorno en el que legislador del régimen local y el Tribunal Constitucional se han colocado en la búsqueda de cuáles serían las competencias locales indisponibles «en los asuntos que les conciernen». La «recognoscibilidad» de la institución municipal se encontraría en su presencia, proximidad, cercanía a la colectividad local, estando por tanto llamado a intervenir en la gestión de sus asuntos, todos. Por mucho que no pueda, como se ha pretendido doctrinalmente, «establecerse un principio de proporcionalidad o subsidiariedad en favor de la autonomía local» (Baño, 2019).

Se trataría de recobrar el protagonismo político que la Constitución reconoce a los municipios, pero que no se corresponde con la imagen que se ha consagrado en la legislación básica del régimen local. Y es lo que no se ha visto tampoco reconocido en la interpretación constitucional de la capacidad de autogobierno de las entidades locales, que ciertamente, como ha destacado Baño, ha sido generosa, a diferencia de lo ocurrido con las competencias locales. Generosa pero con una limitada visión, reduciendo el poder de autogobierno al plano orgánico –presencia en órganos burocráticos–, al principio representativo, vinculándolo al carácter político del autogobierno local, expresión del carácter democrático netamente afirmado en el art. 140 CE al exigir la elección directa de los concejales mediante sufragio universal, y en virtud del cual el Tribunal Constitucional ha impuesto límites tanto al legislador estatal como al autonómico a la hora de atribuir funciones a órganos de carácter burocrático. No puede concluirse pues, en nuestra opinión, que la autonomía, en su vertiente de autogobierno, se haya cumplido rotundamente tras cuarenta años de democracia.

## CONCLUSIONES

Un nuevo modelo de acción local, adaptada a la sostenibilidad, a su dimensión sustantiva y metodológica, en los términos que en este trabajo se han destacado, pasa necesariamente por la puesta en valor el componente político de la autonomía local.

No se trata de reivindicar un nuevo modelo de gobierno para la ciudad, por mucho que no pueda desconocerse que a las ciudades se las considera, *de facto*, actores políticamente relevantes. Para algunos autores sería preciso que se configurara la ciudad como nuevo sujeto jurídico-institucional, «una cuestión de extrema necesidad que va a requerir amplios y profundos movimientos de reforma, tanto del derecho nacional como del derecho supraestatal y convencional» (Font, 2020), quien se pregunta si se va a resituar a la ciudad «dentro» del Estado o si se va a colocar a la ciudad «en lugar» del Estado. «En el camino de replantear la autonomía a replantear la soberanía –dice– tal vez esté la respuesta».

Pensamos, sin embargo que no se trataría de pivotar las necesarias reformas jurídicas sobre el concepto de soberanía<sup>37</sup>, sino de redefinir la acción pública local desde el fortalecimiento de las *capacidades* institucionales, y de la mano de la capacidad de autogobierno de su autonomía local. Desde el fortalecimiento jurídico-institucional de todas sus capacidades, políticas e institucionales, los municipios podrían gestionar una parte sustancial de los asuntos públicos, aquellos que afecten a la comunidad local. En particular, podrían en mejores condiciones ser «autoridades urbanas» en la gestión de las nuevas políticas urbanas, en el sentido que en este trabajo se ha dejado expuesto. Los asuntos de sostenibilidad afectan a la comunidad local, a toda la población en vive en colectividad. Es cuestión de supervivencia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÜERO, B. (2020): "Cambios en la gobernanza global. El rol de las redes de ciudades y los gobiernos locales como promotores del desarrollo sostenible", en ALONSO IBÁÑEZ, M. R. (dir.): *Las Agendas urbanas y el gobierno de las ciudades. Transformaciones, desafíos e instrumentos*, págs. 75-90. Madrid: Reus.

<sup>37</sup> «Debemos aprender una nueva gramática del poder en un mundo que está constituido más por bienes y males comunes que por intereses exclusivos», dice INNERARITY (2020: 448). Estos intereses no han desaparecido, pero resultan indefendibles fuera del marco del juego común en el que todos estamos implicados, «mientras que el antiguo juego del poder promovía la protección de lo propio y la despreocupación por lo ajeno, la superexposición obliga a mutualizar los riesgos, a desarrollar procedimientos cooperativos, a compartir protocolos, información y estrategias».

- ARENILLA, M. (1999): “Las relaciones entre poder y territorio en la vertebración del Estado” en *El funcionamiento del Estado autonómico*, págs. 89-125. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- AUBY, J. B. (2013): *La Globalización, el Derecho y el Estado*. Sevilla: Global Law Press.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2019): “Autonomía y competencias locales”, en *Documentación Administrativa*, núm. 6, págs. 8-15. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i6.10761>.
- BELLET SANFELIU, C. (2020): “Las políticas urbanísticas municipales en España: 40 años de ayuntamientos democráticos (1979–2019)”, en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, núm. 85, págs.1-38. DOI: <https://doi.org/10.21138/page.2877>.
- BLANCO, I.; SUBIRATS, J. (2012): “Políticas urbanas en España: Dinámicas en transformación y retos urbanos ante la crisis”, en *Geopolítica(s)*, vol. 3, núm. 1. Monográfico. págs. 15-33. DOI: [https://doi.org/10.5209/rev\\_GEOP.2012.v3.n1.39304](https://doi.org/10.5209/rev_GEOP.2012.v3.n1.39304).
- BORJA, J. (2011): “Ciudades del mañana. Derecho a la ciudad y democracia real”, en *Revista Digital (Café de las Ciudades)*, Año 10, núm. 108, octubre 2011. Buenos Aires: Editorial Café de las Ciudades.
- CASADO, M.; HUETE, M. A.; MERINERO, M.; GONZÁLEZ MEDINA, M. (2018): “La influencia de la iniciativa URBANA 2007-2013 en el desarrollo de la capacidad institucional de la administración municipal”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, vol. 10, núm. 20, págs. 124-142. Número monográfico Gobernanza y políticas de desarrollo urbano: teoría y práctica. DOI: <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i20.10487>.
- CASSESE, S. (2015): “Global administrative law: The state of the art”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 2, págs. 465-468. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mov022>.
- DE GREGORIO HURTADO, S. (2017): “Is EU urban policy transforming urban regeneration in Spain? Answers from an analysis of the Iniciativa Urbana (2007-2013)”, en *Cities*, núm. 60, págs. 402-414. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.cities.2016.10.015>.
- DE GREGORIO HURTADO, S. (2020): “Conviven dos agendas urbanas en la Unión Europea? La Agenda Urbana Europea versus el Acervo Urbano”, en ALONSO IBÁÑEZ, M. R. (dir.): *Las Agendas urbanas y el gobierno de las ciudades. Transformaciones, desafíos e instrumentos*, págs. 120-134. Madrid: Reus.
- FARINÓS DASÍ, J. (2015): “Planificación territorial y desarrollo local, y su relación con las nuevas formas de gobernanza territorial asociadas”, en NOGUERA TUR, J. (coord.): *La visión territorial y sostenible del desarrollo local. Una perspectiva multidisciplinar*, págs. 67-92. Valencia: Universidad de Valencia. Servicio de Publicaciones.
- FONT I LLOVET, T. (2020): “De la autonomía local al poder de las ciudades”, en *Anuario del Gobierno Local 2020*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- GONZÁLEZ MEDINA, M. (2018): “Del enfoque integrado de desarrollo urbano sostenible de la Unión Europea al paradigma de la gobernanza urbana en España”, en ALONSO IBÁÑEZ, M. (dir.): *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado*, págs. 35-64. Valencia: Tirant.
- GONZÁLEZ MEDINA, M. (2019): “La Agenda Urbana Española, ¿oportunidad u oportunismo?”, en *Blog idl UAM*. Madrid: Instituto de Derecho Local-UAM. Fecha de consulta: 20-03-2019. URL: <https://www.idluam.org/blog/la-agenda-urbana-espanola-oportunidad-u-oportunismo/>.
- IGLESIAS, M., MARTÍ-COSTA, M., SUBIRATS, J.; TOMÀS, M. (2011): *Políticas urbanas en España Grandes ciudades, actores y gobiernos locales*, Madrid: Icaria.
- INNERARITY, D. (2020): *Una teoría de la democracia compleja: Gobernar en el siglo XXI*. Madrid: Galaxia Gutenberg.
- JIMENEZ ASENSIO, R. (2013): “Llei de modernització i règim local: una perspectiva constitucional”, en *Jornada sobre la funció pública directiva a les entitats locals*. Barcelona, 27 de abril de 2004. Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- JIMENEZ ASENSIO, R. (2016): “La (primera) sentencia del tribunal constitucional sobre la “reforma local”, en *Blog La mirada institucional*, Fecha de consulta: 09-03-2016. URL: <https://rafaeljimenezasensio.com/2016/03/09/la-primera-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-la-reforma-local/>.
- MARCHECO ACUÑA, B. (2018): “Los desafíos de la ciencia del Derecho administrativo ante la globalización”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, págs. 59-70.
- MARTIN QUERALT, J. (2020): “Autonomía financiera local”, en *Documentación Administrativa*, núm. 6, págs. 16-25. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.i6.10762>.
- PINSON, G. (2011): *Urbanismo y gobernanza de las ciudades europeas. Gobernar la ciudad por proyecto*, Tesis Doctoral. Valencia: Universidad de Valencia.
- PAREJO, L. (2011), “Breve reflexión sobre la Administración local hoy (expuesta con ocasión de la presentación de la 3ª edición del Tratado de Derecho Municipal dirigido por S. Muñoz Machado)”, en *Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo*. URL: <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-180->.
- PAREJO ALFONSO, L. (1989): “La eficacia como principio jurídico de actuación de la Administración Pública”, en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, págs. 15-66. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i218-219.5132>.
- PAREJO ALFONSO, L. (1995): “La eficacia, principio de la actuación de la Administración”, en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, págs. 89-152. Madrid: BOE; INAP.
- RAMIÓ, C. (2016): “La gran impostura: la reforma política e institucional de la Administración pública en España”, en *El Blog de esPúblico*, Zaragoza: Fundación ESPUBLICO. Fecha de consulta: 29-03-2016. URL: <https://www.administracionpublica.com/la-gran-impostura-la-reforma-politica-e-institucional-de-la-administracion-publica-en-espana/>.

- RAMIÓ, C. (2017): *La Administración pública del futuro (horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*, págs. 1-248. Madrid: Tecnos.
- RAMIÓ, C. (2020): “La renovación de la colaboración público privada I: Diagnóstico”. “La renovación de la colaboración público privada II: Propuestas”, en *El Blog de esPúblico*. Zaragoza: Fundación ESPUBLICO, Fecha de consulta: 01-04-2020. URL: <https://www.administracionpublica.com/la-renovacion-de-la-colaboracion-publico-privada-ii-propuestas/>.
- SARASÍBAR IRIARTE, M. (2011): “La participación de las entidades locales en los ámbitos estatal y supranacional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 89, págs. 149-181.
- SIMOU, S. (2020), *Derecho local del cambio climático*, págs. 21-28. Madrid: Marcial Pons.
- SUBIRATS, J.; MARTÍ-COSTA, M. (2015): “Conclusiones”, en SUBIRATS, J.; MARTÍ-COSTA, M.: *Ciudades y cambio de época: discursos sobre políticas urbanas y crisis en España*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua.
- VELASCO CABALLERO, F. (2020): “Prólogo”, en SIMOU, S.: *Derecho local del cambio climático*. Madrid: Marcial Pons.
- YSA, T. (2004): “Riesgos y beneficios de trabajar en partenariatado en los gobiernos locales”, en *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. URL: <http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/0049630.pdf>.



REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 22-08-2020  
Modificado: 18-09-2020  
Aceptado: 23-09-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10854>  
Páginas: 69-87

## La progresiva apertura de los servicios públicos locales a la libre competencia

### *The progressive opening of local public services to free competition*

Roberto Galán Vioque

Universidad de Sevilla (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8215-3531>

[rgvioque@us.es](mailto:rgvioque@us.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Universidad del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla (2002). Ha sido consultor internacional en el Programa Municipios Democráticos de la Unión Europea en Guatemala ALA/2000/3061 DTA GUA/B7-310/00/0020 (2006) y vocal Asesor del Gabinete de la Presidencia del Gobierno de España (2007 y 2008). Desde 2018 es el Director del Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación de la Universidad de Sevilla. Investigador principal del Proyecto de Investigación DER2017-86637-C3-1-P Hacia una nueva regulación de las energías renovables dentro del mercado energético que a su vez coordina al Proyecto Desafíos jurídicos de la transición energética (DEJUTRANSEN).

---

#### RESUMEN

En este trabajo se analizan los efectos jurídicos que la penetración del principio de libre competencia tiene sobre los servicios públicos locales de carácter económico. Aunque ha habido servicios que han sido liberalizados (los funerarios y los mataderos), sigue habiendo actividades como el abastecimiento de aguas y la recogida de aguas residuales, los transportes urbanos y recogida de basuras que se mantienen en la órbita de los servicios públicos. A estas actividades les resulta aplicable el principio de libre competencia en la medida que las restricciones al funcionamiento del mercado que suponen deben ajustarse a las misiones específicas que tenga asignadas como servicio público.

La libre competencia juega un papel decisivo cuando se trata de servicios públicos locales que se prestan en régimen de concurrencia con la iniciativa privada y también en relación con la participación privada en la gestión indirecta de los servicios públicos a través de la contratación pública.

#### PALABRAS CLAVE

Contratación pública; Derecho de la Unión Europea; iniciativa pública económica; liberalización; libre competencia; servicios públicos locales.

---

#### ABSTRACT

This paper analyzes the legal effects that the penetration of the principle of free competition has on local public economic services. Although there have been services that have been liberalized (funeral services or municipal slaughterhouses), there are still activities such as water supply and wastewater collection, urban transport and garbage collection that remain in the orbit of public services. The principle of free competition reaches them in order to force that the restrictions on the operation of the market must be adjusted to the specific missions assigned to it as a public service.

Free competition plays as well a decisive role when it comes to local public services that are provided concurrently with private initiative and also in relation to private participation in the indirect management of public services through public procurement.

#### KEYWORDS

European Union law; liberalization; free competition; economic public initiative; public procurement; local public services.

#### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. VICISITUDES EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA INCORPORACIÓN DE ESPAÑA A LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. 1.1. LA CONFUSA RECEPCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LBRL. 1.2. EL IMPACTO DEL PROCESO LIBERALIZADOR DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA POR PARTE DE LA HOY UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. 1.3. LA LRSAL COMO VÍA PARA LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA A LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. 2. ¿SE HA PRODUCIDO UNA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS? 2.1. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS FUNERARIOS LLEVADA A CABO POR EL REAL DECRETO-LEY 7/1996, DE 7 JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES DE CARÁCTER FISCAL Y DE FOMENTO Y LIBERALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. 2.2. LA DESCONCERTANTE *DESREGULACIÓN* DE LOS MERCADOS Y LOS MATADEROS MUNICIPALES EFECTUADA POR LA LRSAL. 3. LA DISCUTIBLE CONCURRENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES CON LA INICIATIVA PRIVADA. 3.1. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA A LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. 3.2. EL CASO PARADIGMÁTICO DE LAS INSTALACIONES DEPORTIVAS DE USO PÚBLICO. 4. LIBRE CONCURRENCIA EN EL ACCESO A LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES COMO MEDIO PARA FAVORECER LA LIBRE COMPETENCIA. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

#### INTRODUCCIÓN

El título del presente trabajo puede parecer a simple vista contradictorio. Si algo caracteriza a los servicios públicos es precisamente que constituyen una excepción al funcionamiento de los mercados donde no se tiene que respetar la libre competencia. Pero también es cierto que desde finales del siglo pasado ha habido una tendencia hacia la liberalización de los llamados servicios públicos económicos que ha venido impulsado desde las instituciones de la hoy Unión Europea.

Los servicios públicos locales de corte económico han resistido mejor que otros el embate de esta tendencia liberalizadora. Se liberalizaron en 1996 los servicios funerarios y en 2013 los mercados y los mataderos municipales. Pero el grueso de sus prestaciones como el abastecimiento de agua y recogida de aguas residuales, la recogida y el tratamiento de residuos y el transporte urbano de pasajeros sigue manteniendo aún hoy su condición tradicional como servicio público.

El objeto del presente estudio es analizar, a partir de los cambios que se han producido en la regulación de los servicios públicos locales en la legislación de régimen local en los últimos años, cómo la libre competencia ha ido penetrando en el interior de aquellas actividades y servicios que nuestro ordenamiento deja en la órbita de las Entidades locales.

#### 1. VICISITUDES EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA INCORPORACIÓN DE ESPAÑA A LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

Hay pocos conceptos más ambiguos que el del servicio público y ello a pesar de que se trata de una categoría jurídica central del Derecho Administrativo. Esta ambigüedad del concepto de servicio público se refleja en el propio texto constitucional que utiliza esta noción en su artículo 106.2 en un sentido amplio, donde servicio público equivale genéricamente a cualquier actuación administrativa, cuando se refiere a

la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por las lesiones que sean «consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» y que, por el contrario, lo contempla de un modo mucho más concreto y restringido cuando en el segundo inciso del artículo 128.2 regula expresamente la denominada *publicatio* de algunas actividades de forma que «[m]ediante ley se podrá reservar al sector público [...] servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio».

En el caso de los servicios públicos locales *llovía sobre mojado* porque los Municipios habían tenido que hacer frente históricamente a necesidades muy diversas de sus vecinos que se fueron encajando dentro de un cada vez más amorfo y amplio concepto de servicio público. Lo que explica la poco precisa recepción que de la figura del servicio público se hizo en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en lo sucesivo LBRL).

### 1.1. La confusa recepción de los servicios públicos en la LBRL

Hubo que esperar a que se cerrase el mapa autonómico, con la aprobación de los últimos Estatutos de Autonomía en el año 1983, para que las Cortes Generales afrontaran la primera regulación integral del régimen local español posterior a la Constitución española de 1978. La LBRL, como no podía ser de otra forma, le dedicaría una atención importante a la regulación de los servicios públicos locales, aunque lo hiciera de una manera ciertamente confusa (Ballesteros Fernández, 2001: 92 y Del Guayo Castiella, 2004: 95).

Los servicios públicos locales aparecerían en la LBRL hasta en tres formas distintas. En primer lugar, y como suele ser habitual en este tipo de normas, en su artículo 25.1 se estableció una amplia y genérica potestad de los Municipios para prestar servicios públicos. Este precepto disponía, en su versión original, que el «Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». En principio los Municipios, por lo tanto, no tenían ningún límite para crear servicios públicos en el ámbito de sus competencias que se recogían en un amplio listado en el apartado siguiente. Pero es que, además, en su artículo 28, ya derogado<sup>1</sup>, se les facultaba también para «realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente» con lo que se ensanchaba aún más el ámbito de los posibles servicios públicos municipales. En consonancia con esta generosa regulación en el artículo 85.1 de la LBRL se consideraban como servicios públicos «cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales»<sup>2</sup>.

La segunda versión de los servicios públicos locales sería la de los llamados servicios municipales obligatorios. En el artículo 26.1 de la LBRL se establecieron una serie de servicios que tenían que prestar forzosamente todos los Municipios<sup>3</sup>, que se iban incrementando en función de que la población superase los 5.000<sup>4</sup>, 20.000<sup>5</sup> y 50.000<sup>6</sup> habitantes, respectivamente. En este elenco de servicios obligatorios se mezclaban actividades de muy distinta naturaleza. Junto a funciones propiamente administrativas de los Municipios como la limpieza viaria, el control de alimentos y bebidas, la protección civil, la prevención y extinción de incendios y la protección del medio ambiente, se incluían infraestructuras de carácter públicas como los cementerios, el alumbrado público, el alcantarillado, el acceso a los núcleos de población, la pavimentación de las vías públicas, las bibliotecas públicas, los parques públicos y las instalaciones deportivas de uso público. Tan solo el abastecimiento domiciliario de agua potable, el tratamiento y recogida de residuos, los mercados, la prestación de servicios sociales, los mataderos y el transporte colectivo urbano de viajeros encajaban dentro de la noción clásica de servicio público. Este listado de servicios obligatorios,

<sup>1</sup> Este precepto fue suprimido por el artículo 1. Once de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL).

<sup>2</sup> La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local recortó el alcance de esta facultad de forma que a partir de ella sólo se podrán considerar como servicios públicos locales aquellos servicios «que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias».

<sup>3</sup> Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

<sup>4</sup> Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

<sup>5</sup> Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios, instalaciones deportivas de uso público y matadero.

<sup>6</sup> Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.

salvo el caso de los mataderos<sup>7</sup> y los mercados<sup>8</sup> que desaparecerían de él, se ha mantenido de forma prácticamente invariable<sup>9</sup>.

El carácter obligatorio de estos servicios se traduce en el derecho que tienen los vecinos ex artículo 18.1 g) de la LBRL a «[e]xigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio». Previsión que se refuerza con lo que se establece en la Ley de Haciendas Locales, cuyo texto refundido está aprobado por medio del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo, que en su artículo 170.2 b) únicamente permite entablar reclamaciones contra los presupuestos municipales, además de por defectos formales en su aprobación o por manifiesta insuficiencia de los ingresos o de los gastos presupuestados, por «omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo». Solo en los casos en que resultara imposible o de muy difícil cumplimiento la prestación de los servicios obligatorios la Comunidad Autónoma podría dispensarle de esta obligación<sup>10</sup>.

La LBRL fue mucho más fiel al mecanismo de la publicación *ope legis* de servicios esenciales, contemplado en el artículo 128.2 de la Constitución, en su tercera versión de la figura del servicio público. Como las Entidades locales carecen de potestad legislativa la reserva de servicios esenciales a su favor la tienen que hacer las Cortes Generales o en su caso los Parlamentos autonómicos. Con esta finalidad se incluyó en el artículo 86.3 un precepto en el que se procedió a declarar «la reserva en favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios». Añadiéndose que el «Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios». Estos servicios quedaban reservados a las Entidades locales que si querían prestarlos en régimen de monopolio necesitaban, además, una autorización del órgano de gobierno de su Comunidad Autónoma. Todas estas actividades o servicios reservados se correspondían con lo que tradicionalmente se conocía como servicios públicos de carácter económicos ya que conllevaban la prestación de unos servicios a los vecinos a cambio del correspondiente pago<sup>11</sup>.

Entre estas tres modalidades de servicios públicos locales había además una notoria desconexión. Había servicios reservados como el del suministro de gas y calefacción que no figuraban entre las competencias de los Municipio o existían servicios obligatorios como el de las instalaciones deportivas de uso público<sup>12</sup> que no se había reservado a las entidades locales. Esta falta de coherencia de la LBRL se puede explicar por el carácter expansivo que la figura de los servicios públicos tenía en 1985.

## 1.2. El impacto del proceso liberalizador de la actividad económica por parte de la hoy Unión Europea sobre los servicios públicos locales

Ninguna de las actividades económicas que fueron liberalizadas por lo que hoy es la Unión Europea a partir de la última década del siglo pasado (Telecomunicaciones, transportes, energías, servicios postales, etc...) afectó a los servicios públicos económicos reservados a las Entidades locales españolas. Ni siquiera el del «suministro de gas» que figuraba en el antiguo artículo 86.3 de la LBRL y que fue, con una curiosa técnica legislativa, derogado por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos<sup>13</sup>, por la que se traspuso precisamente la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, relativa a normas comunes para el mercado interior del gas, que fue la norma que liberalizó el suministro de gas. En realidad se trataba de una previsión de muy escaso alcance porque, como ha destacado la doctrina (Salas, 1990 y Del Guayo Castiella, 2004: 95), ya antes la Ley 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones bá-

<sup>7</sup> Art. 24 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 junio, de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

<sup>8</sup> Art. 1. Nueve LRSAL.

<sup>9</sup> La LRSAL sustituyó la genérica referencia de la prestación de servicios sociales por la más acotada de «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social» (Art. 1. Nueve)

<sup>10</sup> Art. 26.2 LBRL.

<sup>11</sup> En la actualidad han quedado reducidos a «abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; y transporte público de viajeros» y se encuentran ubicados ahora en el artículo 86.2 LBRL.

<sup>12</sup> Art. 26.2 a) LBRL.

<sup>13</sup> Su disposición derogatoria única e) derogó el «artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y disposiciones concordantes, en lo que se refieren al suministro de gas».



sicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en el sector de combustibles gaseosos había efectuado una reserva del servicio público de suministro de combustibles gaseosos por canalización en favor del Estado y las Comunidades Autónomas. Para conciliar esta reserva legal con la del artículo 86.3 de la LBRL su artículo 1 *in fine* permitió a los Municipios asumir su prestación en el momento en que se fueran a implantar este servicio en su término municipal<sup>14</sup>. Si no lo hacían pasaban a manos del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Como es sabido, este proceso liberalizador trajo consigo una nueva configuración jurídica de los servicios públicos (Parejo Alfonso 2004: 56 y Carlon Ruiz, 2016: 238) que se construyó en torno al nuevo concepto de servicios de interés general que englobaban tanto a los que se denominan servicios no económico de interés general, que se corresponderían con los servicios de autoridad que en nuestro ordenamiento jurídico sería el ejercicio de funciones públicas por parte de la Administración y los servicios de solidaridad que abarcaría a nuestro servicios públicos asistenciales como la sanidad, la educación y los servicios sociales, como a los servicios de interés económico general que coincidirían esencialmente con alguno de nuestros tradicionales servicios públicos económicos.

Estas actividades económicas pasaron a prestarse en régimen de libre competencia, a cambio de que se les pudiera imponer a las empresas que entraran en estos nuevos mercados obligaciones de servicio público. En relación con estos últimos servicios de interés económico general el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece una importante limitación ya que las empresas encargadas de su gestión «quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada». Con lo que claramente se quería reforzar el respeto a las normas sobre competencia en el ámbito de estos servicios.

Resulta curioso pero esta construcción del Derecho de la Unión Europea se ha incorporado a la propia regulación de los servicios públicos locales como se hizo en la Ley 5/2010, de 11 junio, de Autonomía Local de Andalucía (Montoya Martín, 2010: 149) que le dedica un capítulo a regular los *Servicios locales de interés general y su régimen jurídico*<sup>15</sup>. Precisamente para cumplir con las normas sobre competencia su artículo 44 establece que cuando «las empresas a las que las administraciones locales hayan atribuido la gestión de servicios de interés económico general o hayan concedido derechos especiales o exclusivos realicen además otras actividades, actúen en régimen de competencia y reciban cualquier tipo de compensación por el servicio público, estarán sujetas a la obligación de la llevanza de cuentas separadas, de información sobre los ingresos y costes correspondientes a cada una de las actividades y sobre los métodos de asignación empleados, en los términos establecidos por la legislación estatal y por el Derecho europeo».

Por último, hay que tener en cuenta que ya se han superado los primeros planteamientos, tanto doctrinales como jurisprudenciales (Campos Sánchez-Bordona, 2004: 75), que sostenían que los servicios públicos locales por su alcance limitado no podían quedar afectados por las normas sobre competencia de la Unión Europea. El propio, en aquella época, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se encargó de echar por tierra estos planteamiento en su paradigmática sentencia, de su Pleno, recaída en el Caso *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* contra *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, de 24 julio 2003<sup>16</sup> donde rechazó con rotundidad que las normas sobre ayudas de Estado no se puedan aplicar al servicio público de transporte de viajeros de ámbito local, afirmando tajantemente en su párrafo 82.º que:

«...el segundo requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado, según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros, no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate».

Antes ya había sostenido algo obvio, que la concesión de ayudas a empresa de transporte público de viajero de ámbito urbano afectaba a la posibilidad de que empresas de otro Estado miembro pudiera prestar este servicio. También había recordado que la Comisión Europea había dejado constancia en el proceso de que varios Estados miembros habían empezado a abrir, desde 1995, este mercado a la competencia, lo que

<sup>14</sup> El artículo 6 de esta Ley establecía el procedimiento para asumir este servicio público.

<sup>15</sup> Capítulo que se inserta en su Título II, Los servicios y la iniciativa económica locales.

<sup>16</sup> TJCE\2003\218.

había traído como consecuencia que existieran ya varias empresas que prestaban servicios de transporte urbano en más de un país de la Unión Europea<sup>17</sup>.

### 1.3. La LRSAL como vía para la aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera a los servicios públicos locales

El principio de estabilidad presupuestaria, que también tiene su origen en las Instituciones de la Unión Europea, ha supuesto una importante transformación de los servicios públicos (Fernández Rodríguez, 2016) de modo que a sus tradicionales principios de igualdad y universalidad, continuidad, asequibilidad, calidad y mutabilidad se le ha añadido ahora el que podría denominarse como el de la sostenibilidad de los servicios públicos.

Al mismo tiempo que se creó la moneda única común se aprobó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997 que establecía un mecanismo de control del gasto público de los Estados miembros y que en nuestro país dio lugar a su vez a la aprobación de una primera regulación de la estabilidad presupuestaria<sup>18</sup>. Tras la crisis económica, anterior a la creada ahora por la pandemia de la COVID 19, estos controles se exacerbaban con la aprobación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria<sup>19</sup>, conocido como el Pacto Fiscal. Este giro de la Unión Europea hacia las denominadas políticas de austeridad fiscal se plasmó en España en la modificación, en septiembre de 2011, de la Constitución para consagrar al máximo rango jurídico el principio de estabilidad presupuestaria<sup>20</sup>, que meses más tarde vino seguida de la aprobación de la vigente Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en la que se concretaron los mecanismos de disciplina fiscal y presupuestaria aplicable a todas las Administraciones Públicas españolas, incluidas las Entidades locales.

Poco tiempo después se aprobó la muy polémica Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) que tendría como objetivo principal e inequívoco el de adaptar «la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales»<sup>21</sup>. Esta Ley cambió la redacción del artículo 25 para limitar considerablemente la potestad de los Municipios para crear servicios públicos. El nuevo artículo 25.3 dispone ahora que las «competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo se determinarán por Ley debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera», añadiendo en el apartado siguiente que la Ley que atribuya la competencia «deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad. La Ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas». Y, por si fueran pocas todas estas exigencias, se exige además un informe preceptivo del entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas<sup>22</sup>, en el que se acredite el cumplimiento de estos criterios. La intención del Legislador era clara. La creación de

<sup>17</sup> En base a esta doctrina la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recaída en el Caso *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Azienda Napoletana Mobilità SpA*, de 29 julio 2019 (JUR\2019\229544) confirmó la Decisión 2000/128/CE de la Comisión, de 11 de mayo de 1999 que había considerado aplicable el régimen de las ayudas de Estado a las reducciones de gastos sociales concedidas a una empresa adjudicataria de los servicios de transporte público local en régimen de exclusividad.

<sup>18</sup> Se trató de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y de la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

<sup>19</sup> Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley orgánica 3/2012, de 25 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y el Reino de Suecia. Con la única excepción, del Reino Unido que entonces figuraba entre los 28 Estados miembros de la Unión Europea.

<sup>20</sup> 15210 Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 233, de 27 de septiembre de 2011, pág. 101.931.

<sup>21</sup> Como se proclama enfáticamente en el primer párrafo de su Exposición de Motivos.

<sup>22</sup> Actual Ministerio de Hacienda de conformidad con el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

un servicio público local pasó de ser una facultad genérica municipal a tener que estar expresamente contemplada en una la Ley y a tener que ajustarse estrictamente al cumplimiento de los principios de equilibrio presupuestario y de sostenibilidad financiera (Villar Rojas, 2016).

En su obsesión por garantizar estos principios se introdujo en el artículo 26.2 de la LRSAL, con una notable imprecisión (Barrero Rodríguez, 2016: 38), el polémico concepto del coste efectivo de los servicios que sería supuestamente aquel en el que se podrían prestar los servicios públicos locales de la forma más eficiente. Sólo si el Municipio acredita que los puede prestar a un coste menor a aquel en el que lo harían las Diputaciones provinciales podría asumir su prestación. Parece lógico pensar que la forma en que las Diputaciones provinciales pueden conseguir este menor coste pasa por externalizar en empresas privadas, por vía contractual, la prestación de estos servicios públicos. Con lo que se limitaría considerablemente el margen que tendrían los Municipios para gestionar directamente sus servicios públicos, al mismo tiempo que se ensanchaba la posibilidad de que la iniciativa privada a través de una licitación pública asumiera su prestación (Boix Palop, 2004: 44). No obstante, la potestad de coordinación de la Administración General del Estado en la determinación de estos costes efectivos de los servicios públicos locales que este mismo precepto contemplaba fue declarada inconstitucional por la STC 111/2016, de 9 junio, por considerar que vulneraba las competencias de las Comunidades Autónomas<sup>23</sup>, con lo que se redujo considerablemente su alcance.

Más allá de las competencias propias o que le fueran delegadas a las Entidades locales el nuevo y alambicado artículo 7.4 de la LBRL solo les permitía ejercer otras competencias cuando «no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública» y además se dispongan de los informes preceptivos y vinculantes de la Administración sectorial competente que acredite que no se van a producir duplicidades administrativas y de aquella que ejerza la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Además de estas medidas, la LRSAL, como ya antes hicieran otras leyes, reduciría también el elenco de actividades y servicios reservados a las Entidades locales por la LBRL.

## **2. ¿SE HA PRODUCIDO UNA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS?**

Si se compara el listado de los servicios y actividades esenciales que el actual artículo 86.2 de la LBRL reserva en favor de las Entidades locales con el que aparecía en esta Ley inicialmente no cabe duda de que los servicios públicos locales han experimentado un proceso paulatino de liberalización que se ha desarrollado de forma paralela a las grandes liberalizaciones que fueron introducidas a nivel de la hoy Unión Europea. Pero este proceso no vino impuesto por la Comisión Europea. Fue más bien fruto de la ideología económica de los distintos Gobiernos que lo fueron impulsando, muy influenciados por distintos informes de los órganos estatales de defensa de la competencia (Lence Reija, 2015: 192).

### **2.1. La liberalización de los servicios funerarios llevada a cabo por el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 junio, de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica**

Los servicios funerarios aparecerían en la versión original de la LBRL como una competencia municipal sobre la que se podía *ex artículo 25.1* crear un servicio público y también como una actividad reservada legalmente a las Entidades locales<sup>24</sup>. Sin embargo, no se incluyó entre los servicios municipales obligatorios por lo que en aquellos Municipios en los que no se hubiese configurado como un servicio público en régimen de monopolio estos servicios podían prestarse incluso por la iniciativa privada en régimen de libre competencia.

Su liberalización la llevó a cabo el primer Gobierno del Partido Popular, con el Presidente Aznar, por medio del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 junio, de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y libe-

<sup>23</sup> Este fallo suprimió del artículo 26.2 LBRL la referencia «al Ministerio de Hacienda y Administraciones» y la previsión de que «Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera» (FJ 12.º d)).

<sup>24</sup> Antiguo art. 86.3 LBRL.

ralización de la actividad económica que se aprobó dentro de un paquete más amplio de Reales Decretos-leyes liberalizadores<sup>25</sup>. Como se recoge en su exposición de motivos en «materia de servicios funerarios, se liberaliza su prestación y se suprime la consideración de los servicios mortuorios como servicios esenciales reservados a las Entidades Locales». Lo que hizo el Gobierno fue asumir la recomendación que unos años antes había realizado el ya desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia en su importante *Informe Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* de 1993<sup>26</sup>. Se estableció también, en su artículo 22, el régimen jurídico de las autorizaciones que con carácter reglado habilitarían para la prestación de estos servicios ahora en régimen de libre competencia. A pesar de esta liberalización se mantuvo en el artículo 25.2 j) las competencias de los Municipios sobre los Cementerios y servicios funerarios y en el artículo 26.1 a) siguieron teniendo los cementerios la consideración de servicios obligatorios para todos los Municipios (Tornos Mas, 2017: 106).

Cataluña se apresuró a regular estos servicios liberalizados por medio de la Ley 2/1997, de 3 abril, de Normas reguladoras de servicios funerarios que los calificó como un servicio esencial de interés general (Art. 1.1), previendo con la finalidad de garantizar el principio de universalidad en el acceso a los servicios funerarios la posibilidad de que como requisito previo para el otorgamiento de la autorización se pudiera exigir la constitución de una fianza o que se pudiera condicionar a que «el servicio se preste gratuitamente o de forma bonificada a las personas que, de acuerdo con las indicaciones de los servicios sociales municipales, lo requieran por falta de medios económicos propios, o en los casos en que lo acuerde la autoridad judicial»<sup>27</sup>.

A pesar de la rotundidad con la que se liberalizaron los servicios funerarios no fueron pocos los Municipios que trataron de bloquear su efectividad introduciendo en sus correspondientes Ordenanzas municipales requisitos con los que en realidad trataban de impedir la concurrencia en este sector. Resulta paradigmática la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2005<sup>28</sup>, que confirmó la anulación que había acordado antes la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de la Ordenanza del Ayuntamiento de Vigo reguladora de las actividades funerarias en el término municipal de 1997, en cuyo fundamento jurídico tercero se afirma con rotundidad que:

«No puede desconocerse al respecto, que el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, en congruencia con la liberalización de los servicios funerarios que proclama en el artículo 22, y sin perjuicio de que los Ayuntamientos puedan someter a autorización la prestación de dichos servicios, modifica también la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, para suprimir de la reserva de actividades o servicios esenciales que en favor de las Entidades locales se recogen en el artículo 86.3, la correspondiente a servicios funerarios, a lo que ha de añadirse que la referida autorización ha de tener carácter reglado, debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y concediéndose a todos los solicitantes que reúnan los requisitos exigidos y acrediten disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres, preceptos que delimitan las condiciones de prestación de tales servicios y también el marco de la normativa que al respecto establezcan los Ayuntamientos, en cuanto la misma ha de respetar las condiciones de objetividad y liberalización establecidas en tales preceptos, quedando proscritas previsiones que limiten o impidan el acceso en condiciones de igualdad de las empresas al mercado liberalizado que se establece».

Para acabar con estas prácticas municipales restrictivas de la competencias, años más tarde, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el impulso a la productividad modificó este artículo 22 para añadir que las «normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector» y para dotar a estas autorizaciones municipales que habilitan para la prestación de servicios funerarios de eficacia en todo el territorio

<sup>25</sup> Junto a él se aprobó el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales.

<sup>26</sup> [16-8-2020] Disponible en <https://www.cnmec.es/sites/default/files/1185690.pdf>. En el que sostuvo en relación con estos servicios que «si los servicios mortuorios se prestan por empresas en competencia en términos más favorables para los usuarios que los que ofrece el monopolista y si no se encuentra razón convincente que justifique la constitución del monopolio, debe excluirse, desde el punto de vista de la competencia, la posibilidad, que ahora concede la Ley con carácter general a los Ayuntamientos, para que lo establezcan. Y como esta posibilidad deriva de su inclusión entre los servicios esenciales que enumera el Art. 86.3 LB, se propone excluirlos de ella» (ág. 142).

<sup>27</sup> Art. 7.2 c) y d).

<sup>28</sup> RJCA\2012\607.

nacional. En desarrollo de esta modificación legal se aprobó más tarde el Real Decreto 1225/2006, de 27 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre que en su artículo 139 liberalizó expresamente el transporte de cadáveres.

Lo que no hizo el Gobierno es incluir en este Real Decreto-ley 7/1996 la recomendación que también figuraba en el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de establecer un régimen transitorio para las empresas que con carácter monopolístico prestaban estos servicios con anterioridad que les permitiera amortizar las inversiones que hubieran podido realizar confiando en el mantenimiento de esta situación. Lo que provocó un número importante de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de estos antiguos prestatarios de servicios funerarios por los perjuicios sufridos debido a esta liberalización que serían más tarde rechazadas por el Tribunal Supremo<sup>29</sup>.

La posterior aprobación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que fue transpuesta a nuestro ordenamiento por medio de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conocida como *Ley Paraguas*, plantearía la duda de si incluso podrían seguir siendo exigible estas autorizaciones, en la medida que solo se permiten estos títulos habilitantes para la prestación de servicios cuando vengan justificados por una razón imperiosa de interés general<sup>30</sup> (Paricio Rallo, 2013 :2). En todo caso el Gobierno ha incumplido completamente el mandato recogido en la Disposición Adicional séptima de Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como *Ley Omnibus*, de realizar en un plazo de seis meses un estudio y en su caso una propuesta de los cambios normativos que fueran necesarios para garantizar la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios y para eliminar las trabas existentes en la prestación de estos servicios.

Parece claro, sobre todo después de la aprobación de la conflictiva Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que se formuló en unos términos tan expeditivos a favor de la libre competencia (Baño León, 2016: 309), que la mayoría de los servicios funerarios deben dejar de estar sometidos a una autorización municipal para someterse, si fuera preciso, a una declaración responsable o a una comunicación previa<sup>31</sup>.

Por supuesto, esta liberalización de los servicios funerarios no impide que los Municipios, por sí o de forma asociada, puedan seguir prestándolos siempre que lo hagan en régimen de libre competencia, en ejercicio de su potestad de llevar a cabo una iniciativa pública en la actividad económica. Lo que llevó al Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, en su sentencia de 26 abril de 2010, a confirmar la anulación, declarada antes por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de San Sebastián, de la creación por parte del Ayuntamiento de esta ciudad de una empresa pública para la gestión y prestación de servicios funerarios porque *de facto* generaría una situación de monopolio incompatible con esta liberalización<sup>32</sup>.

Hay que tener en cuenta que esta facultad de ejercer actividades económicas por parte de Entidades locales se ha visto también considerablemente restringida por la LRSAL (García Rubio, 2015: 18 y Lence Reija, 2015: 187)<sup>33</sup>.

## 2.2. La desconcertante *desregulación* de los mercados y los mataderos municipales efectuada por la LRSAL

El mismo Real Decreto-Ley 7/1996, sin dar ninguna explicación en su exposición de motivos, sacó a los mataderos de los servicios que obligatoriamente tenían que prestar los Municipios con población superior a

<sup>29</sup> Vid. SSTs de 3, 4, 11, 12, 13 y 20 abril y de 7 mayo de 2002 (RJ 2002\3601; RJ 2002\3349; RJ 2002\3464; RJ 2002\3466; RJ 2002\3957; RJ 2002\442427 RJ 2002\4255 y RJ 2002\4425).

<sup>30</sup> Arts. 9.1 b) de la Directiva 2006/123/CE y 5 b) de la *Ley Paraguas*.

<sup>31</sup> Art. 17.

<sup>32</sup> RJCA\2012\607 (FJ 3.º).

<sup>33</sup> Le hado dado esta nueva redacción al artículo 86.1 de la LBRL: «Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial (Art. 1. Veintitres)».

20.000 habitantes<sup>34</sup>, creando una situación jurídica ciertamente paradójica. Porque los mataderos dejaban de ser servicios municipales obligatorios para estos Municipios, pero se mantenía su reserva legal a favor de las Entidades locales que podían seguir teniendo mataderos si así lo acordaban, incluso en régimen de monopolio.

La segunda oleada de liberalización de servicios públicos locales, producida también durante un Gobierno del Partido Popular esta vez presidido por el Presidente Rajoy, la llevaría a cabo la polémica LRSAL que eliminó del listado de las actividades o servicios esenciales reservados legalmente a las Entidades locales precisamente a los mataderos junto con los mercados y lonjas centrales<sup>35</sup>. Además, como se hizo en 1996 con los mataderos esta Ley saca ahora a los mercados de los servicios obligatorios, en este caso para los Municipios de más de 5.000 habitantes. No obstante, mantuvo entre las competencias municipales propias, como sucedió con los servicios funerarios, las de «Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante»<sup>36</sup>. Lo que no hizo con los mataderos que quedaron a partir de su entrada en vigor fuera del ámbito de las competencias municipales, dando lugar a un régimen jurídico asimétrico entre los mercados y los mataderos municipales.

La situación jurídica creada con los mercados municipales no puede ser más desconcertante. Lo que explica las diferentes posiciones doctrinales que se han mantenido sobre la posibilidad de que los Municipios puedan seguir prestando estos servicios. Para González Bustos (2016: 84) las modificaciones que se han introducido en 2013 no impiden a los Municipios que puedan seguir disponiendo de mercados como un servicio público. La potestad genérica que tienen los Municipios para la creación de servicios públicos, que se recoge en el renovado artículo 25.1 de la LBRL, daría cobertura suficiente al haberse mantenido a los mercados dentro del ámbito de sus competencias<sup>37</sup>. Por el contrario, para Tornos Mas (2017: 109 y 111) después de la reforma de la LRSAL ya no es posible mantener a los mercados como un servicio público municipal. Este autor afirma que la «liberalización supone en este caso que ya no debe mantenerse un mercado municipal, pero el ente local puede seguir ordenando la venta en el dominio público, de modo que de hecho puede subsistir la imagen de la existencia del mercado municipal». En coherencia con este planteamiento (Tornos Más, 2017: 111) tampoco considera posible que se pueda llevar a cabo una remunicipalización de los mercados municipales.

«ya que la liberalización de estos servicios se ha llevado a cabo con carácter general en todo el Estado mediante ley. El legislador ha querido suprimir un servicio público existente y abrir de forma total esta actividad económica al mercado. No cabe un *contrarius actus* a través de una decisión local que permitiera abrir este mercado al sector público, no en ejercicio de la iniciativa pública económica en concurrencia con las empresas privadas, lo que sí es posible, sino a través de la prestación de un servicio público con las ventajas que ello supone (actuar fuera del mercado, con un régimen jurídico especial y con fondos públicos). Un ente local no puede hoy prestar los servicios funerarios como servicio público. Tan sólo el legislador estatal podría remunicipalizar de nuevo este servicio, y lo mismo cabe decir de los mercados municipales».

Esta equiparación entre la liberalización de los servicios funerarios y los mercados no parece adecuada. En 1996 la *despublicatio* de los servicios funerarios vino acompañada de una nueva regulación de esta actividad abierta a la libre competencia que la sometía a un régimen de autorización municipal. Con los mercados, la LRSAL sólo se ha ocupado de eliminar la reserva de la actividad en favor de las Entidades locales y su anterior condición de servicio obligatorio sin introducir ninguna nueva regulación. Probablemente esta ausencia sea debida a la propia actividad de los mercados que por su naturaleza difícilmente va a ser asumida por la iniciativa privada.

Ahora bien, esta circunstancia tampoco puede justificar, sin más, que se puedan crear nuevos mercados municipales como servicios públicos sin que se cumplan los requisitos establecidos en los apartados 3 a 4

<sup>34</sup> Art. 24.

<sup>35</sup> La supresión de los mercados del listado de las actividades reservadas a las Entidades locales tiene también su origen en un informe de la desaparecida Comisión Nacional de la Competencia, titulado *Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino* de 2013. [20-8-2020] Disponible en: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1187747\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1187747_7.pdf).

<sup>36</sup> Actual art. 25.2 i) LBRL.

<sup>37</sup> Esta posición coincide con la Nota emitida por la Federación Española de Municipios y Provincias sobre *Competencia municipal sobre los mercados de abastos tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*. [20-8-2020] Disponible en: [https://www.fempclm.es/Ley-Racionalizacion-y-Sostenibilidad-de-la-Administracion-local\\_es\\_0\\_919.html](https://www.fempclm.es/Ley-Racionalizacion-y-Sostenibilidad-de-la-Administracion-local_es_0_919.html).

del nuevo artículo 25 de la LBRL que exigen la necesidad de la aprobación de una Ley específica que entre, otros aspectos, prevea «la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas».

La clave, a mi juicio, se encuentra en diferenciar entre los mercados municipales que estuviesen en servicio en el momento de la entrada en vigor de la LRSAL y los que se quieran crear con posterioridad. Ante la falta de previsión de un régimen transitorio aplicable a los mercados preexistentes se debe interpretar que las exigencias del artículo 25 de la LBRL no se pueden aplicar con carácter retroactivo. En consecuencia, podrán seguir funcionando como servicios públicos municipales siempre que la Entidad local cumpla estrictamente con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Sólo en caso de que incurran en déficit presupuestario se tendrán que plantear, entre otras posibles medidas, la supresión de esta actividad hasta recuperar el equilibrio presupuestario. Consecuentemente y con estas mismas condiciones un Municipio podrá acordar también la remunicipalización o más propiamente la reinternalización (Alemany Garcías, 2020: 26) de un mercado que se hubiese estado gestionando indirectamente antes de la LRSAL por la iniciativa privada.

La supervivencia de los mataderos municipales ha quedado mucho más comprometida tras esta Ley ya que se excluyó esta materia *a radice* de las competencias municipales. Los Municipios, por lo tanto, no pueden seguir prestando la actividad de matadero bajo la faz del servicio público, con las ventajas que ello le supone de no tener que ajustarse a las normas sobre libre competencia. Todo ello sin perjuicio de que puedan seguir ejercitando esta actividad económica en las mismas condiciones de competencia que la iniciativa privada.

Otra opción posible sería la de que por medio de una disposición legal, que previsiblemente tendría origen autonómico, se tomara la decisión de «resucitar» a los mataderos como una actividad esencial reservada a las Entidades locales. Como ha hecho precisamente Islas Baleares mediante su Decreto-ley 1/2018, de 19 de enero, de medidas urgentes para la mejora y/o la ampliación de la red de equipamientos públicos de usos educativos, sanitarios o sociales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que en su Disposición Final segunda ha declarado expresamente el servicio de matadero como un servicio de interés económico general a favor de determinados Municipios baleares<sup>38</sup>. En su exposición de motivos se justifica esta reserva porque la «eliminación de esta reserva de actividad de matadero ha supuesto una merma en los instrumentos jurídicos para tutelar con más eficacia esta actividad, teniendo en cuenta las implicaciones higiénico-sanitarias y las repercusiones que tiene directamente sobre el sector ganadero de las Islas; por ello se decide recuperar esta competencia y volver a considerarla un servicio público. Asimismo, se considera necesario calificarla como servicio de interés económico general para que pueda tener mejor acceso a las ayudas y compensaciones que necesita esta actividad»<sup>39</sup>.

El margen que queda para futuras liberalizaciones de servicios públicos económicos locales es ya más reducido. Las tres únicas actividades que siguen estando en la LBRL reservadas a las Entidades locales, abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros tienen una larga tradición como servicio público. Además, se enfrentan al *hándicap* de que suelen ser actividades deficitarias para las Haciendas locales. En el mencionado Informe del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia de 1993 se abordó la eventual liberalización de los transportes urbanos colectivos pero se descartó, recomendado en su lugar la diversificación en más de una concesión, cuando fuera factible, la explotación de las líneas y la limitación a un máximo de 10 años de su duración<sup>40</sup>.

Por otra parte, hay que destacar que el Derecho de la Unión Europea hasta el momento no ha obligado a liberalizar estas actividades que están formalmente reservadas a las Entidades locales y que, por lo tanto, pueden seguir prestando mediante la figura de los servicios públicos locales que pueden actuar incluso en régimen de monopolio (Ortega Bernardo, 2006: 95).

<sup>38</sup> En concreto, Formentera, Eivissa, Santa Eulària des Riu, Sant Josep de sa Talaia, Sant Antoni de Portmany, Sant Joan de Labritja, Maó, Ciutadella, Manacor, Felanitx, Inca y Palma.

<sup>39</sup> La extraordinaria y urgente necesidad para que la declaración se haga por Decreto-ley vendría debido «a causa de la grave crisis que está afectando a la actividad de matadero, tanto por las dificultades económicas de su mantenimiento como por la situación de las instalaciones, algunas de ellas en un lamentable estado higiénico-sanitario. Estas circunstancias pueden suponer un riesgo inminente de cierre de las instalaciones que podría afectar muy negativamente a la comercialización de carnes frescas a nuestros consumidores y suponer graves perjuicios a nuestro sector ganadero».

<sup>40</sup> Pág. 147 del Informe.

### 3. LA DISCUTIBLE CONCURRENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES CON LA INICIATIVA PRIVADA

No es infrecuente que los servicios públicos se presten en régimen de concurrencia, que no de libre competencia, con la iniciativa privada. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de la educación, la asistencia sanitaria y los servicios sociales. Se trata de servicios públicos que no tienen carácter económico y que se corresponden con derechos que están constitucionalizados como el derecho a la educación (Art. 27 CE), a la salud (Art. 43 CE) o el derecho al acceso a los servicios sociales (Art. 50 CE) y que han dado lugar a los respectivos sistemas públicos educativos, sanitarios y de servicios sociales. Nuestro ordenamiento jurídico considera que las prestaciones educativas, sanitarias y de servicios sociales privadas complementan a las propias del servicio público.

En el ámbito local los servicios públicos tampoco tienen porqué desenvolverse en una situación de monopolio, aunque sea cierto que, debido a que a veces constituyen una suerte de monopolio natural como sucede con el abastecimiento de agua o porque resultan deficitarios como la recogida y el tratamiento de residuos o el transporte urbano de viajeros, suelen prestarse sin concurrencia con la iniciativa privada.

#### 3.1. La aplicación de las normas sobre competencia a los servicios públicos locales

Durante mucho tiempo se ha discutido si las normas sobre competencia podrían ser aplicadas también a las Administraciones Públicas, siendo mucho más controvertida aún su aplicación en el ámbito de los servicios públicos que por su propia naturaleza suponen una restricción clara a la libre competencia (Malaret, 2003: 577). Precisamente en 1999 las Cortes Generales modificaron el artículo 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>41</sup> para distinguir claramente, sin perjuicio de la eventual aplicación del Derecho de la Unión Europea, entre conductas –entre las que cabría incluir a las actuaciones administrativas– que estarían excluidas de la aplicación de las normas sobre competencia por tratarse de «acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley» y aquellas «situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal», previsiones que actualmente se encuentran recogidas en los apartados 1 y 2 del también artículo 2 de la vigente Ley 15/2007, de 3 julio, que regula la Defensa de la Competencia.

De acuerdo con estos preceptos, como ha destacado claramente la doctrina administrativa (Canedo Arrillaga, 2014: 157) y ha reconocido el propio Tribunal Supremo<sup>42</sup>, no todas las actuaciones administrativas están excluidas de por sí de la aplicación de las normas sobre competencia. La clave radica en determinar si la actuación constituye una aplicación de una norma con rango de ley.

Si trasladamos esta regulación al ámbito de los servicios públicos locales la conclusión a la que se puede llegar, como ha apuntado Ortega Bernardo (2006: 87), es que la:

«caracterización de una actividad como servicio público local puede servir, y de ahí la utilidad de la declaración, para que, incluso en los casos en los que la actividad municipal sea prestada en concurrencia con los particulares –lo que ocurrirá en todos los supuestos de actividades no reservadas expresamente por ley e incluso con respecto a las declaradas reservadas legalmente, en aquellos casos en los que el monopolio que autoriza la ley, por ejemplo el artículo 86.3 LRRL, no se hubiera efectivamente implantado–, se trate de una actividad en la que la presencia del interés general exonera del estricto cumplimiento de las reglas de la competencia».

Pero hay que tener en cuenta que las restricciones que se introduzcan a la libre competencia tienen que venir justificadas por razones de interés general y que de conformidad con lo que dispone el ya citado artículo 106.2 del TFUE deben estar dirigidas a que se pueda cumplir con la misión específica que tenga asignado el concreto servicio público. En esta línea los propios órganos de defensa de la competencia están apostando por realizar un enjuiciamiento mínimo de la actividad administrativa para determinar si esta actividad encierra en realidad una práctica anticompetitiva de la Administración (González Toroba, 2009: 166-170).

<sup>41</sup> Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>42</sup> STS de 18 de julio de 2016 (RJ 2016/4367).



Es más, como ha apuntado Rebollo Puig (2019: 170) se puede plantear por parte de los empresarios o las empresas perjudicadas por las prácticas anticompetitivas de la Administración el ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil por competencia desleal al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal<sup>43</sup>.

«en tanto que su posibilidad de desplazar las reglas de la competencia –y, en especial, su financiación pública– solo es admisible en la medida necesaria para que cumplan la misión específica que tengan confiada (art. 106.2 TFUE). Lo que sobrepase esa medida necesaria es ilegítimo y, por tanto, vulnerador de normas reguladoras de la competencia».

Atendiendo a estos planteamientos no parece acertada (Lence Reija, 2015: 192) la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia de su Sala de lo contencioso-administrativo, de 29 febrero de 2012<sup>44</sup>, que desestimó el recurso que habían interpuesto unas entidades que se dedicaban a la impartición de cursos de inglés contra el acuerdo del Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC) de no incoar un expediente sancionador contra el Ayuntamiento de Ferrol por realizar presuntas prácticas restrictivas de la competencia por ofrecer cursos de inglés a niños de la población con carácter gratuito atendiendo únicamente al nivel de inglés de los alumnos. En su extenso fundamento jurídico tercero se señala, sin efectuar el más mínimo enjuiciamiento de los efectos que los cursos tienen sobre la competencia, que:

«..., si bien la educativa no es una competencia básica del municipio, se enmarca en un campo en el que la legislación abre a los Ayuntamientos opciones para implicarse en ella a fin de mejorar la calidad de la formación, que en este caso se lleva a cabo programando y desarrollando programas educativos dirigidos a los centros escolares del municipio».

A continuación, descarta que esta oferta de cursos de inglés constituya una práctica de competencia desleal ya que:

«... no se aprecia finalidad concurrencial en la actuación del Concello, puesto que su objetivo no es la captación de clientes para obtener un beneficio económico ni la intervención en un mercado competitivo en concurrencia con otros operadores, sino lograr un fin de interés general, cual promover el aprendizaje de la lengua inglesa entre escolares del municipio de Ferrol con el fin de mejorar su formación en ese aspecto. Y mucho menos cabe tachar su actuar de desleal, por el empleo de maniobras, maquinaciones, formas o medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial. Tampoco se puede afirmar que el Concello de Ferrol haya obtenido una ventaja competitiva, pues ni siquiera tenía el objetivo de entrar en competencia con nadie» (FJ 3.º).

Finalmente, hay que destacar que las normas sobre competencia también se pueden aplicar a los servicios públicos que se prestan en régimen de monopolio. Especialmente interesante es la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 enero 2001<sup>45</sup>, que, revocando la sentencia de instancia, declaró la invalidez de un precepto de la Ordenanza del Ayuntamiento de Sevilla reguladora de los Mercados de Abastos que prohibía la instalación de establecimientos que se dedicaran a la venta de alimentos en una distancia inferior a la de 200 metros de distancia del mercado por suponer una vulneración de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución.

### **3.2. El caso paradigmático de las instalaciones deportivas de uso público**

La LBRL supuso un importante impulso a la implantación de infraestructuras deportivas en nuestro país (Jiménez Soto, 2015: 5) que en los años ochenta del siglo pasado eran prácticamente inexistentes. Su artículo 25.2 m) le atribuyó a los Municipios competencias sobre «Actividades o instalaciones culturales y

<sup>43</sup> Este precepto establece que «Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». Por otra parte, de acuerdo con lo que se prevé en el artículo 3.1 de la Ley de Competencia desleal su régimen se aplica «a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado».

<sup>44</sup> JUR\2012\104636.

<sup>45</sup> RJ\2001\1726.

deportivas: ocupación del tiempo libre; turismo»<sup>46</sup> y, como se ha señalado ya, las instalaciones deportivas de uso público figuraban, y siguen figurando en la actualidad, entre los servicios municipales obligatorios de los Municipios con población superior a los 20.000 habitantes<sup>47</sup>. Lo que no hizo esta Ley es reservar esta actividad a las entidades locales, probablemente porque consideraba juiciosamente que no se debía impedir a la iniciativa privada la construcción y explotación de esta clase de instalaciones.

Debido a este mandato legal, y gracias también a la legislación autonómica y a las políticas públicas que en materia de deporte han puesto en marcha durante las últimas décadas las Comunidades Autónomas, hoy existe un razonable equipamiento deportivo en la gran mayoría de las localidades españolas.

La cuestión que se plantea en la actualidad, que ha dado lugar a una elevada conflictividad tanto en la vía civil como en la contencioso-administrativa y ante los órganos de defensa de la competencia de lo que se ha hecho eco la doctrina (Gonzalez Torroba, 2017: 169-175 y Ortega Bernardo 2006: 88-94), es si sigue teniendo sentido que las instalaciones deportivas de uso público puedan mantener la consideración de servicios públicos municipales de forma que puedan disfrutar de un régimen más beneficioso que incluya, entre otros aspectos, una financiación pública adicional también en aquellos entornos, sobre todo urbanos, en los que esta actividad puede ser asumida por la iniciativa privada en régimen de libre competencia.

Hasta el momento la jurisprudencia no ha puesto en cuestión esta situación. Puede citarse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 junio de 2006<sup>48</sup>, que confirmó la anterior del Tribunal Superior de Justicia de Valencia<sup>49</sup>, en la que se rechazó el planteamiento, que en las dos instancias se había solicitado, de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que determinase si esta actividad pudiera tener una incidencia comunitaria y que, por lo tanto, le pudiera resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 106.2 del TFUE. Se afirma en el fundamento jurídico 7.º, a mi modo de ver, de una forma un tanto simplista que:

«Es obvio que esa actividad prestacional de la Administración local en este supuesto no percuete en el mercado único de la Unión, y no se refieren a situaciones como esas los preceptos del Tratado que se dicen vulnerados. Pero es que es perfectamente compatible esa actividad de la Corporación facilitando a quienes lo deseen la práctica de actividades como el aeróbic o el fitnees e incluso el acondicionamiento físico de adultos y la puesta a disposición del público de aparatos de tonificación, musculación y trabajo cardiovascular con la que en ese mismo ámbito puedan prestar las empresas constituidas por la iniciativa privada, porque los medios y la atención pueden ser distintos y prestados de modo diferente, y dirigidos a sectores de población con necesidades y conveniencias diversas, por lo que una y otra forma de prestar la misma actividad no empece la existencia de ambas». (FJ 7.º).

Nuestro Alto Tribunal no solo pasa por alto la jurisprudencia ALTMARK, de la que se razonablemente se puede derivar que no se pueda descartar *a priori* que el mantenimiento de estas instalaciones deportivas como servicios públicos municipales pueda suponer una barrera de entrada a empresas de otros países miembros que se dedican a esta misma actividad a gran escala, es que ni siquiera se detiene en valorar si en el asunto *a quo* había una justificación suficiente del interés público que justificara las restricciones impuestas a la libre competencia en este sector.

Resulta evidente que para garantizar el acceso sin discriminación a este tipo de instalaciones con carácter general a toda la población, incluso en los centros urbanos, sigue siendo necesario que se puedan excluir su prestación de una aplicación estricta de las normas sobre competencia. Pero allí donde existe un mercado suficiente para este tipo de instalaciones deportivas el Municipio tendría que operar, si es que tiene esa intención, en régimen de libre competencia en las mismas condiciones que cualquier otro empresario del sector con las únicas excepciones que se deriven de las exigencias de interés públicos que se especifiquen al configurar la prestación (Vgr. Bonificación a determinados colectivos). Lo cierto es que la LRSAL en relación con las instalaciones deportivas no ha introducido ninguna modificación (Jiménez Soto, 2015: 14) por lo que ha tenido una escasa incidencia en esta situación, más allá de la exigencia del cumplimiento del equilibrio presupuestario.

<sup>46</sup> Actual letra I), "Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre", del artículo 25.2 LBRL.

<sup>47</sup> Art. 26.1 c) LBRL.

<sup>48</sup> RJ\2006\8317. Doctrina que reitera en la posterior STS de 29 de junio de 2009 (RJ\2009\4424).

<sup>49</sup> Sentencia de 23 mayo de 2003 (JT\2004\37).

#### 4. LIBRE CONCURRENCIA EN EL ACCESO A LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES COMO MEDIO PARA FAVORECER LA LIBRE COMPETENCIA

Existe, por último, un ámbito de los servicios públicos locales en el que se ha experimentado un importante avance por lo que se refiere a la participación de la iniciativa privada en su prestación, el que se refiere a su gestión indirecta a través de la contratación pública. Y ello con independencia de que la actividad declarada como servicio público local se preste en régimen de monopolio o en concurrencia con los particulares.

Tradicionalmente se venía defendiendo que los Municipios tenían discrecionalidad a la hora de decidir si gestionaban un servicio público de su titularidad directamente por medio de su propia organización o lo hacían de forma mediata a través de terceros. Sobre esta cuestión también ha incidido la LRSAL que le dio una nueva regulación a las formas de gestión de los servicios públicos que se recoge en el actual artículo 85.2 de la LBRL. En coherencia con la finalidad última de la reforma legal, de velar por la sostenibilidad financiera las Entidades locales, se establece ahora que los «servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente» para pasar a hacer la distinción clásica entre gestión directa (por la propia Entidad Local o a través de un Organismo autónomo local, de una Entidad pública empresarial local o de una Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública) o indirecta que se haría mediante el actual contrato de concesión de servicios regulado hoy en la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP)<sup>50</sup>.

Además, se añaden una serie de exigencias formales para la prestación de los servicios públicos de forma directa cuando no se utilizan los medios propios del Municipio en los artículos 85 bis y ter lo que ha llevado a algún sector de la doctrina a defender que hay una preferencia de la LBRL por la gestión indirecta de los servicios públicos (Esteve Pardo, 2017: 331) mientras que para otra parte de la doctrina (García Rubio, 2015: 12) la preferencia sería para su gestión directa. En todo caso, lo que parece claro es que en la actualidad los Municipios han perdido la discrecionalidad de la que disfrutaban antes a la hora de elegir las formas de gestión de sus servicios público. Sus decisiones tendrán que ajustarse –y por lo tanto motivarse en la correspondiente memoria– al concepto jurídico indeterminado que supone una gestión más sostenible y eficiente de los servicios públicos (Alemany Garcia, 2020: 5). Su interpretación y aplicación se ha visto ciertamente complicada con la novedad que se ha introducido en el artículo 30.3 de la nueva LCSP que establece con bastante rotundidad que la «prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley» que es precisamente el capítulo en el que se regula el contrato de concesión de servicios. Ni en la LBRL ni en la nueva LCSP<sup>51</sup> se contempla al contrato de servicios como una modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos probablemente porque no se le traslada al contratista el riesgo operacional de la actividad. Así se refleja con claridad en la letra a) del artículo 312 de la LCSP que prevé que, cuando el contrato conlleve prestaciones directas a favor de los ciudadanos, antes «de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio».

<sup>50</sup> En relación con la gestión indirecta la LBRL se limita a señalar que se hará «mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre». Se trata de una remisión que se encuentra desfasada. No sólo porque esta disposición ha sido ya derogada por la LCSP de 2017, sino sobre todo porque como consecuencia de la transposición del paquete de Directivas de 2014 se ha suprimido el contrato de gestión de servicio público. Esta modalidad contractual se reconduce ahora a las figuras de los contratos de concesión de servicios o de servicios en función de que haya o no una efectiva transferencia del riesgo de explotación al contratista, respectivamente. En el contrato de concesión de servicios el concesionario asume, a su riesgo y ventura, la organización y prestación del servicio público, durante el plazo establecido y con estricta sujeción a lo establecido en el contrato.

<sup>51</sup> El art. 284.1 de la LCSP establece expresamente que «La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

Con independencia del tipo de contrato administrativo que elija el Municipio para dejar en manos de la iniciativa privada la efectiva prestación del servicio público a los ciudadanos es importante destacar el papel central que juega la garantía de la libre concurrencia en el acceso a estas contrataciones (Espinosa García, 2011). Esta concurrencia permite trasladar a la prestación del servicio público ventajas tanto en relación con su eficiencia como con sus costes. Se debe velar porque la libre concurrencia se respete en todas las fases del procedimiento de contratación pública (Requisitos de solvencia, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución) para lo que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas resultan absolutamente determinantes (Ibáñez García, 2010: 2).

En esta función de control de la conformidad de la contratación pública con la libre competencia juegan un papel cada vez más importancia los órganos de defensa de la competencia, tanto la actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia<sup>52</sup> como los autonómicos<sup>53</sup> (Canedo Arrillaga, 2014: 156 y Martín Bautista, 2016b: 35). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está además legitimada para recurrir aquellas actuaciones administrativas que puedan suponer una restricción a la libre competencia<sup>54</sup>. De acuerdo con lo que dispone el artículo 132.3 de la LCSP, los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o sus homólogos autonómicos y los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación están obligados a notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o a las autoridades autonómicas de competencia según los casos «cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia».

De la relevancia que la libre concurrencia en la contratación pública tiene para los servicios públicos es una buena prueba el curioso asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), de 24 de mayo de 2017<sup>55</sup>. El Pleno del Ayuntamiento de Sevilla aprobó en 2014 una nueva Ordenanza Municipal de Limpieza Pública y Gestión de Residuos Municipales en la que se decidió, al amparo de lo dispuesto en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados<sup>56</sup> y del Decreto 73/2012, de 20 de marzo, que aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía<sup>57</sup>, cambiar el régimen de la gestión de los aceites usados en la restauración. Anteriormente cada productor se ocupaba de la gestión de estos residuos que podía contratar con terceros en régimen de libre competencia. Esta Ordenanza municipal creó un sistema de gestión integrada de los aceites usados procedentes de cocina al que obligatoriamente se tenían que incorporar todos los productores de estos residuos. Para la gestión de este sistema de gestión integrado con el que se iba a monopolizar en la ciudad Sevilla la gestión de los aceites usados se convocó una licitación que fue adjudicada a la entidad Biouniversal S. L.

La reacción de las entidades gestoras de aceites usados, que se ejerció a través de la Asociación Nacional de Gestores de Residuos de Aceites y Grasas Comestibles (GEREGRAS), no se hizo esperar. Esta Asociación recurrió, en primer lugar, los Pliegos de Condiciones Técnicas y Administrativas de la contratación del Servicio de Recogida selectiva de aceites vegetales usados municipales, domésticos, no peligrosos que habían sido aprobados antes de la aprobación de la Ordenanza Municipal. Aunque inicialmente su impugnación llevada a cabo a través del recurso especial en materia de contratación fue desestimada<sup>58</sup>, el Tribunal Superior de Justicia acabaría anulando<sup>59</sup> la adscripción obligatoria a este sistema de gestión integrada por falta de motivación, ya que no se había justificado en el expediente de contratación la mayor eficiencia y eficacia del nuevo sistema.

<sup>52</sup> Para facilitar a las entidades del sector público la elaboración de sus pliegos de forma respetuosa con la libre competencia la extinta Comisión Nacional de la Competencia aprobó en 2011 la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. [20-8-2020] Disponible en: [https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias\\_gidak/es\\_guias/adjuntos/GUIA\\_CONTRATACION\\_COMPETENCIA\\_es.pdf](https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf).

<sup>53</sup> Muy reciente es la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público*, elaborada en 2018 por la Autoridad Vasca de la Competencia. [20-8-2020] Disponible en: [https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias\\_gidak/es\\_guias/adjuntos/GUIA\\_CONTRATACION\\_COMPETENCIA\\_es.pdf](https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf).

<sup>54</sup> El art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establece que «En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

<sup>55</sup> JUR\2017\237315.

<sup>56</sup> Art. 12.5.c).

<sup>57</sup> Art. 9.

<sup>58</sup> Por medio de la Resolución del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, Resolución 17/2013, de 12 de septiembre de 2013. [20-8-2020] Disponible en: <https://www.sevilla.org/servicios/contratacion/tarcas/resoluciones/2013/resolucion-17-2013.pdf>.

<sup>59</sup> STSJ de Andalucía de 30 de junio de 2015 (JUR 2015\196019).

Simultáneamente se presentó una denuncia ante la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía contra LIPASAM, entidad mercantil de titularidad íntegra municipal que presta los servicios de limpieza pública y recogida y tratamiento de residuos en Sevilla, en relación con el procedimiento de licitación y posterior adjudicación del contrato del servicio de recogida selectiva de aceites usados municipales, domésticos, no peligrosos basándose en que esta actuación anulaba la competencia en el acceso a la gestión de los aceites usados de cocina al monopolizar esta actividad en la empresa adjudicataria del contrato de servicios. El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por medio de su Resolución, de 21 de diciembre de 2015, acordó después de realizar la correspondiente investigación la no incoación del procedimiento sancionador y el correspondiente archivo de la denuncia porque consideró que los hechos denunciados no presentaban indicios racionales de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, decisión que constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo resuelto por esta sentencia.

Para el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestima el recurso, no se produjo abuso de posición dominante porque no se había acreditado la existencia de un mercado apreciable de recogida de aceite y además no se había impedido a ninguna empresa participar en la licitación. Considera que LIPASAM está ejercitando, como ente instrumental del Ayuntamiento de Sevilla, sus competencias en materia de gestión de residuos y que, por lo tanto, no actúa como una operadora en el mercado de esta clase de estos residuos. Descarta la existencia de una situación de competencia desleal afirmando categóricamente, en su fundamento jurídico séptimo, que:

«...como ya expresó la resolución de la CDC no existen indicios de infracción de leyes, pero además dicha infracción debe llevar a la obtención de una ventaja competitiva, y como se dijo, Lipasam no compite en el mercado de la recogida de aceite por lo que no puede obtener ventajas competitivas. Tampoco se falsea la libre competencia ya que existió una licitación pública a la que pudo concurrir cualquier empresa autorizada».

Finalmente, hay que destacar que progresivamente se han ido reduciendo también las posibles restricciones que a la libre concurrencia en la contratación pública se producía por la utilización de convenios administrativos o de fórmulas *in house* (Fernández García, 2013: 97 y Martín Bautista, 2016a: 39). La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público estableció por primera vez una regulación general de los convenios administrativos<sup>60</sup> y en su artículo 47.1 *in fine* se dispone que los «convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público», para lo que obliga a que en su memoria justificativa se analice el carácter no contractual de la actividad que se va a desarrollar<sup>61</sup>. De acuerdo con este planteamiento, por poner un ejemplo, el Tribunal Supremo en su sentencia, de 27 de abril de 2006<sup>62</sup>, confirmó la anulación que había efectuado en primera instancia el Tribunal Superior de Justicia de Valencia de la asignación mediante un convenio interadministrativo de la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado de varios Ayuntamientos valencianos a una empresa mixta participada mayoritariamente por un Municipio distinto que se había realizado sin ninguna licitación pública.

Igualmente se ha producido una importante acotación del alcance de la denominada contratación directa o *in house providing*, sobre todo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>63</sup>, que actualmente se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 86 de la citada Ley de Régimen jurídico del sector público y en los artículos 32 y 33 de la LCSP.

<sup>60</sup> Capítulo IV de su Título Preliminar (Arts. 47 a 53).

<sup>61</sup> Artículo 50.1 LRJSP.

<sup>62</sup> RJ2006\4675.

<sup>63</sup> Merece destacarse, por su relevancia para el ámbito local, la sentencia de este Tribunal, de 29 de noviembre de 2012, recaída en el *Caso Econord SpA* (TJCE\2012\365) en la que se precisan las condiciones de control que tienen que ejercer los Municipios que se integran en el ente instrumental de otro Municipio para encomendarle la gestión de un servicio público, como es el de la recogida de basuras, para que no constituya un incumplimiento de la normativa de contratación pública señalando que «cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión» (párrafo 33.º).

## CONCLUSIONES

En una economía de mercado como la española integrada dentro del mercado común que representa la Unión Europea los servicios públicos de carácter económico siguen teniendo su razón de ser porque garantizan el acceso a determinadas prestaciones por parte de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad. Esta función es especialmente relevante en el ámbito local donde hay una gran heterogeneidad de Municipios.

La onda liberalizadora de las últimas décadas, que ha alcanzado a muchos de los tradicionales servicios económicos, ha tenido un menor impacto sobre los servicios públicos locales debido a su carácter deficitario (transporte urbano, recogida de basuras) y a que en ocasiones constituye un monopolio natural (abastecimiento de aguas y recogida de aguas residuales). No obstante, hay que tener en cuenta que las restricciones que se impongan a las normas de la competencia como consecuencia del establecimiento de un servicio público deben estar justificadas por las misiones específicas a las que atiende *ex artículo* 106.2 del TFUE. Además, de acuerdo con la jurisprudencia ALTMARK, el ámbito más o menos restringido que pueden tener los servicios públicos locales no es un obstáculo para que las restricciones puedan tener incidencia a nivel de la Unión Europea.

Allí donde las actividades antes reservadas a las Entidades locales por la LBRL se hayan liberalizado por completo, como ha pasado con los servicios funerarios y con los mataderos municipales y, de una forma menos intensa, con los mercados, los servicios públicos ya no tienen cabida. El único papel que pueden desempeñar los Municipios es el de ejercer una actividad económica en estos sectores en régimen de libre competencia, aunque sometida a las nuevas exigencias que ha introducido la LRSAL.

Si el servicio público local concurre con la iniciativa privada se debe velar porque la incidencia en la libre competencia sea la imprescindible para que el servicio público cumpla con sus fines.

La libre concurrencia en el acceso a los contratos públicos relacionados con la gestión indirecta de los servicios público constituye una pieza clave, y cada vez más relevante, en relación con servicios públicos locales.

Finalmente, hay que destacar el protagonismo que están llamados a desempeñar los órganos de defensa de la competencia, tanto la Comisión Nacional de la Competencia y de los Mercados como las autoridades autonómicas de competencia, en la salvaguarda de la libre competencia en aquellos ámbitos relacionados con los servicios que prestan las Entidades locales a los ciudadanos en los que participa la iniciativa privada.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANY GARCÍAS, J. (2020): “Los modos de gestión del servicio público en el ámbito local”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, págs. 1-39.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (2001): “Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal”, en *Revista de Estudios de la Administración Local (REALA)*, núm. 291, págs. 87-101. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9171>.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2016): “La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el derecho público”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 200, págs. 295-314. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.200.15>.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M. C. (2016): “La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo art. 26 LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 170, págs. 21-52.
- BOIX PALOP, A. (2014): “Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 2, págs. 37-47. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i2.10199E>.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M. (2004): “Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 6, págs. 65-80.
- CANEDO ARRILLAGA, M. (2014): “Derecho de la competencia, administración y descentralización”, en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 9, Ejemplar dedicado a: La reforma de la Administración Local, págs. 147-160.
- CARLÓN RUIZ, M. (2016): “La constitucionalización del servicio público y su evolución en clave europea: entre mutación y reforma”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 177, págs. 227-256.

- DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2004): “La gestión de servicios públicos locales”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 165, págs. 87-136.
- ESPINOSA GARCÍA, J. (2011): “Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas”, en GUILLÉN CARAMÉS, J. (coord.): *Libre competencia y estado autonómico*, págs. 197-219. Madrid: Thomson Reuters.
- ESTEVE PARDO, J. (2017): “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 202, págs. 305-336. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.11>.
- FERNÁNDEZ, T. R. (2016): “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 200, págs. 439-450. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.200.21>.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F. (2013): “Contratación administrativa y libre competencia”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 158, págs. 89-126.
- GARCÍA RUBIO, F. (2015): “La iniciativa económica local tras la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 3, págs. 9-33. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i3.10238>.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M. A. (2016): “Incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en las competencias municipales en materia de mercado de abastos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 6, págs. 79-91. DOI: <https://10.24965/reala.v0i6.10389>.
- GONZÁLEZ TORROBA, P. (2017): *Cuando el Ayuntamiento hace la Competencia. Derecho de la competencia y servicio público local*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ TORROBA, P. (2009): “Derecho de la competencia y servicio público local”, *QDL - Quaderns de dret local, Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 20, págs. 160-173.
- JIMÉNEZ SOTO, I. (2015): “Evolución y configuración de los servicios deportivos locales. Un acotamiento a propósito de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 3, págs. 59-75. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i3.10240>.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2010): “Contratos públicos y defensa de la competencia”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 1, págs. 1-3.
- LENCE REIJA, C. (2015): “La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 170, págs. 179-214.
- MALARET GARCÍA, E. (2003): “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?”, en *Revista de Estudios de la Administración Local (REALA)*, núm. 291, págs. 567-608. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9190>.
- MARTÍN BAUTISTA, M. T. (2016a): “El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (I)”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 142, págs. 30-47.
- MARTÍN BAUTISTA, M. T. (2016b): “El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (II)”, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 144, págs. 33-49.
- MONTOYA MARTÍN, E. (2010): “Algunas notas sobre la Ley de Autonomía Local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 24, págs. 144-162.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2006): “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 169, págs. 55-98.
- PARICIO RALLO, E. (2013): “Los servicios funerarios en la nueva tipología de servicios municipales”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 33, págs. 77-89.
- PAREJO ALFONSO, L. (2004): “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, págs. 51-68.
- REBOLLO PUIG, M. (2019): “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 210, págs. 139-174. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.06>.
- SALAS, J. (1990): “Régimen jurídico de las concesiones del servicio de suministro de gas por canalización”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 65, págs. 17-46.
- TORNOS MÁZ, J. (2017): “Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 7, págs. 103-114. DOI: <https://10.24965/reala.v0i7.10429>.
- VILLAR ROJAS, F. J. (2016): “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, págs. 96-106.



REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: ESTUDIOS BREVES  
Recibido: 20-09-2020  
Modificado: 02-10-0020  
Aceptado: 05-10-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10861>  
Páginas: 88-103

## El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía

### *The social agreement for the provision of Early Childcare in Andalusia*

Rafael Pizarro Nevado

Universidad de Córdoba (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1784-3680>

[rpizarro@uco.es](mailto:rpizarro@uco.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba. Es autor de numerosas publicaciones en el campo del Derecho Público, que abarcan campos tan diversos como la organización territorial del Estado, el Derecho local, el Derecho urbanístico y del medio ambiente o el procedimiento administrativo.

---

#### RESUMEN

La prestación de servicios sanitarios y sociales en Andalucía se ha visto afectada durante los últimos años por la aparición de un nuevo instrumento de gestión denominado concierto social, en el que además se reconoce una situación de privilegio a las entidades sin ánimo de lucro. Esto puede enmarcarse en una tendencia más amplia que también se manifiesta en otras Comunidades Autónomas que, aprovechando la amplia libertad concedida a los Estados por las Directivas sobre contratación pública para organizar los servicios públicos, han adaptado los modos de gestión indirecta para dar respuesta a las necesidades de servicios sanitarios y sociales. Ante las posibilidades que se le ofrecían, Andalucía ha regulado los conciertos sociales como contratos administrativos especiales. Este artículo analiza una variedad de este modo de gestión indirecta del servicio, la regulada en el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

#### PALABRAS CLAVE

Concierto social; acción concertada; contratación pública; servicios sanitarios; atención infantil temprana.

---

#### ABSTRACT

The provision of health and social services in Andalusia has been affected by the appearance of a new management instrument called social agreement, which also recognizes a privileged situation for non-profit organizations. This is part of a broader trend that is also manifested in other Autonomous Communities that, taking advantage of the wide freedom granted to the States by the Directives on public procurement to organize public services, have adapted indirect management methods to respond to the needs for health and social services. Given the possibilities that were open, Andalusia has regulated social agreements as special administrative contracts. This article analyzes a modality of this indirect public service management type, the one regulated in Decree 57/2020, of April 22, which regulates the social agreement for the provision of Early Childcare.

#### KEYWORDS

Social agreement; concerted action; public procurement; health services; early childcare.



## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO. 2. EL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA. 3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN ANDALUCÍA Y LA SINGULARIDAD DE LA ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA. 4. LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS SANITARIOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4.1. TRATAMIENTO EN LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4.2. TRATAMIENTO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 5. EL CONCIERTO SOCIAL PARA LA PRESTACIÓN DE LA ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA. 5.1. EL CONCIERTO SOCIAL COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. 5.2. PREFERENCIA CONDICIONADA DE LAS ENTIDADES DE INICIATIVA SOCIAL. 5.3. OBJETO. 5.4. ELEMENTOS SUBJETIVOS. 5.4.1. Requisitos que deben reunir las entidades que suscriban el concierto social. 5.4.2. Las prohibiciones para contratar. 5.4.3. Solvencia técnica o profesional, compromiso de adscripción de medios y solvencia económica y financiera. 5.5. CONTENIDO DEL CONCIERTO SOCIAL. 5.5.1. Reglamentación del servicio y pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas. 5.5.2. Condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social. 5.5.3. Cláusulas sociales y ambientales. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

La prestación de servicios sanitarios y sociales en Andalucía se ha visto afectada en los últimos años por la aparición de un nuevo instrumento de gestión denominado concierto social, en el que además se concede una posición preferencial a las entidades sin ánimo de lucro. Esa transformación se enmarca en una tendencia más amplia que también se manifiesta en otras Comunidades Autónomas que, aprovechando la amplia libertad reconocida a los Estados por las Directivas sobre contratación pública para organizar los servicios públicos, han adaptado los modos de gestión indirecta para atender las necesidades de los servicios sanitarios y sociales<sup>2</sup>. La profusión de regulaciones independientes justifica los análisis doctrinales para determinar los rasgos característicos y la naturaleza de la acción concertada.

Este artículo se centra en la regulación aprobada en la Comunidad Autónoma de Andalucía, tomando como hilo conductor el Decreto 57/2020, de 22 de abril, que regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana y desarrolla con retraso las previsiones de la Ley 4/2017, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía. El concierto social se configura en estas normas como un contrato administrativo especial y define el modelo andaluz de gestión del servicio público de Atención Infantil Temprana. Las conclusiones que se obtengan pueden extrapolarse fácilmente a los conciertos sociales para la prestación de los servicios sociales, regulados en el Decreto 41/2018, con los que guarda una gran similitud.

### 2. EL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA

La Atención Infantil Temprana (AIT) es el conjunto de intervenciones dirigido a la población infantil menor de seis años, a su familia y a su entorno, que tienen por objetivo dar respuesta lo más pronto posible a las necesidades transitorias o permanentes que presenta la población infantil con trastornos en su desarrollo o en riesgo de padecerlos<sup>3</sup>. Tiene como fin favorecer el óptimo desarrollo y la máxima autonomía personal de

<sup>1</sup> Universidad de Córdoba. Proyecto de investigación PGC2018-093760-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU), la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE).

<sup>2</sup> Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2019): "Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50; GARRIDO JUNCAL, A. (2017): "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55; GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> (2018): "La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52; LAZO VICTORIA, X. (2016): "La figura del «concierto social» tras las Directivas europeas de contratación pública", en el blog del *Observatorio de Contratación Pública* [Disponible en: <http://www.obcp.es/>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019]; o LÓPEZ-VEIGA BREA, J. (2017): "La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas", *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 63.

<sup>3</sup> La definición, los fines y los medios de la AIT se sustenta sobre una evidencia científica pacíficamente asumida que refleja el *Libro Blanco de Atención Temprana*, editado en el año 2000 por el Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía. Ese documento inspira las definiciones y los desarrollos legales, como se aprecia en el artículo 4 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía o el artículo 2 del Decreto 85/2016, de 26 de abril, por el que se regula la Intervención Integral de la Atención Infantil Temprana en Andalucía.

los menores con trastornos en su desarrollo o en situación de riesgo de padecerlos, tratando de minimizar y, en su caso, eliminar los efectos de una alteración o discapacidad, así como la aparición de discapacidades añadidas, facilitando la integración familiar, social y la calidad de vida del niño y niña y su familia.

El sistema de Atención Infantil Temprana en Andalucía comenzó a gestarse a partir de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que obligaba a las Administraciones andaluzas a establecer «las medidas necesarias para facilitar la completa realización personal y la integración social y educativa de todos los menores» (artículo 9) y garantizaba a los menores una especial atención sanitaria. Su artículo 10.5 otorgaba una atención preferente a los menores de las poblaciones de riesgo sociosanitario. En la misma línea la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (LSA), reconocía el derecho de los menores a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes (artículo 6.2); y la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, preveía el establecimiento de sistemas de prevención y detección de deficiencias y de atención temprana una vez diagnosticadas (artículo 11). Esta última Ley ya concebía la atención temprana como una intervención múltiple, dirigida a los menores, a la familia y a la comunidad, que comprendía la información, detección, diagnóstico, tratamiento, orientación y apoyo familiar. El artículo 11 también preveía que el sistema público de salud establecería los sistemas y protocolos de actuación necesarios para que desde la atención primaria se asegurase el asesoramiento y tratamiento necesario. Sobre esa base normativa se implantó el Programa de Apoyo Familiar en Atención Infantil Temprana<sup>4</sup>, cuya ejecución material se llevó a cabo a través de Centros de Atención Infantil Temprana municipales (por delegación) y de centros privados concertados.

La Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía supuso un paso decisivo hacia la configuración actual de este servicio público, ya que reconoció el derecho de los menores a programas de salud pública, específicos o adaptados a sus necesidades especiales (artículo 14) e incluyó entre las prestaciones de salud pública garantizadas la «atención temprana dirigida a la población infantil de 0 a 6 años afectada por trastornos en el desarrollo o con riesgo de padecerlos» (artículo 60.2). Esa prestación se reguló en el Decreto 85/2016, que estableció la Red de recursos de Atención Infantil Temprana; fijó normas detalladas sobre la atención directa a los menores, la atención sociofamiliar, la atención en el proceso de escolarización y en el proceso de integración social y comunitaria<sup>5</sup>; y configuró la organización necesaria para su funcionamiento. En particular, reguló minuciosamente el procedimiento de derivación del menor a las Unidades de Atención Infantil Temprana (UAIT), ante cualquier sospecha de trastorno del desarrollo o riesgo de padecerlo, puesto que corresponde a esas Unidades determinar la necesidad de intervención temprana en un Centro de Atención Infantil Temprana<sup>6</sup> (CAIT).

El proceso concluye, por el momento, con la promulgación de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía (LDAPDA), que reconoce la AIT como un derecho subjetivo de los menores de seis años con discapacidad que presenten o puedan presentar dichos trastornos. El alcance de ese derecho es el previsto en el artículo 17.1 LDAPDA, por lo que comprende «actuaciones de información, prevención, detección precoz, diagnóstico, tratamiento, orientación y apoyo familiar en el ámbito sanitario, educativo y de servicios sociales».

### 3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN ANDALUCÍA Y LA SINGULARIDAD DE LA ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA

Además de su configuración como un derecho subjetivo del menor afectado por trastornos en el desarrollo o con riesgo de padecerlos, la evolución de la legislación andaluza sobre atención infantil temprana

<sup>4</sup> Este Programa se reguló en el artículo 28 bis del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de Apoyo a las Familias Andaluzas, para hacer frente a los problemas que plantea dentro de la familia el nacimiento de menores con alteraciones en el desarrollo o riesgo de padecerlas.

<sup>5</sup> El modelo de AIT regulado en el capítulo II del Decreto 85/2016 es coherente con la concepción de atención integral común en la legislación española, que precisa de un conjunto de intervenciones realizadas simultáneamente desde los ámbitos educativo, sanitario y social que aseguren la prevención, la detección precoz, el diagnóstico y el tratamiento de los menores de seis años que presenten trastornos del desarrollo o riesgo de padecerlos, así como la intervención sobre su familia y entorno. Por eso en el capítulo II pueden encontrarse disposiciones sobre, por ejemplo, las medidas de apoyo necesarias en el proceso de incorporación al ámbito escolar (artículo 14) o actuaciones en el ámbito de los servicios sociales (artículo 15). Con posterioridad la LDAPDA también incorporó esa concepción, recogiendo como una de las características del modelo de AIT «la actuación coordinada de los sistemas públicos de salud, educación y servicios sociales», a la que se atribuye como finalidad la normalización, inclusión e igualdad de oportunidades.

<sup>6</sup> La intervención que necesita cada menor se plasma en un plan individualizado de intervención, que ejecuta el equipo básico de intervención con el que cuenta cada CAIT, que está formado al menos por tres profesionales con la titulación de Psicología, Logopedia y Fisioterapia.

también ha estado marcada por la singularización de los medios de gestión indirecta de este servicio, que partió de una adaptación de los instrumentos clásicos de gestión de los servicios sanitarios a las características de esta singular prestación para concluir con la configuración de un contrato especial, el concierto social.

Para entender esa singularidad hay que partir de unas consideraciones sobre la gestión de servicios sanitarios en Andalucía. Como es sabido, la elección de la forma de gestión del servicio público entra dentro de la potestad de autoorganización de los poderes públicos, a los que se reconoce una amplia libertad de configuración siempre que se respeten las exigencias derivadas de la propia configuración del servicio. En el caso de los servicios sanitarios, esos condicionantes están marcados por los principios de universalidad y equidad en los niveles de salud e igualdad efectiva en las condiciones de acceso al Sistema Sanitario Público de Andalucía, integración, eficacia, eficiencia y mejora continua en la calidad de los servicios, con un enfoque especial a la atención personal y a la confortabilidad del paciente y sus familiares, por mencionar solo algunos de los enunciados en el artículo 2 LSA.

Además, el legislador impone ciertas reglas que modulan la libertad de configuración de las Administraciones competentes. En la materia que nos ocupa, el artículo 63 LSA habilita a la Consejería de Salud para establecer acuerdos, convenios o conciertos con entidades públicas o privadas para el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra la prestación de servicios sanitarios. En su Capítulo VII regula la colaboración de la Administración sanitaria con la iniciativa privada a través de los convenios singulares de vinculación y de los conciertos sanitarios<sup>7</sup> (artículos 73 y ss. LSA). En igualdad de condiciones de eficacia, eficiencia y calidad, las entidades sin ánimo de lucro tendrán consideración preferente para la suscripción de convenios y conciertos (artículo 74.2 LSA).

De conformidad con ese marco regulador, la Administración de la Comunidad Autónoma y las corporaciones locales desarrollaron una red integrada de centros y servicios de responsabilidad y control público para la provisión de las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía (SSPA) en la que la colaboración de entidades privadas jugaba (y juega) un papel fundamental. En efecto, el SSPA incluye, junto a los servicios y prestaciones de titularidad pública, los que prestan entidades privadas que ofrecen sus servicios a la ciudadanía bajo convenio o concierto con la Administración de la Junta de Andalucía, con las Entidades Locales o con cualquiera de sus entes instrumentales (artículos 63, 73 y ss. LSA), sin merma del carácter de servicio público de la asistencia sanitaria<sup>8</sup> y garantizando en todo momento el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud.

La misma lógica explica la configuración de la Red de recursos de Atención Infantil Temprana, en los que junto a los recursos existentes en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía se insertan los Centros de Atención Infantil Temprana (CAIT), que son unidades asistenciales especializadas, con infraestructura adecuada y personal multidisciplinar, para prestar, en estrecha coordinación con el resto de recursos sanitarios, sociales y educativos, una mejor atención integral al menor, su familia y su entorno. Estos establecimientos pueden ser de titularidad pública o privada, con o sin ánimo de lucro, debiendo estar autorizados e inscritos, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente en materia de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Aunque el Decreto 85/2016 reserva a la Administración sanitaria actuaciones fundamentales en el sistema de Atención Infantil Temprana, como la iniciación del procedimiento para el acceso al CAIT, que co-

---

<sup>7</sup> La Ley andaluza replica en este punto el modelo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que regula los conciertos en su artículo 90 y los convenios en los artículos 66 y 67. Sobre la configuración de los modos de gestión de los servicios sanitarios y su evolución reciente *vid.* ABELLÁN PERPIÑÁN, J. M. (dir.) (2013): *El sistema sanitario público en España y sus comunidades autónomas: sostenibilidad y reformas*. Bilbao: Fundación BBVA; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2013): "La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública en tiempos de crisis", *DS: Derecho y Salud*, vol. 23, núm. 2; CANTERO MARTÍNEZ, J. (2018): "Mercado interno sanitario y formas de gestión de los servicios ¿una vuelta hacia lo público?", *DS: Derecho y Salud*, vol. 28, núm. extraordinario 1, dedicado a: XXVII Congreso: *Constitución y Convenio de Oviedo: aniversario de derechos*; o CRUZ FERRER, J. de la (2019): *Regulación de la sanidad: motivos, modelos y concesiones*. Madrid: Dykinson, págs. 133 y ss.

<sup>8</sup> Como explica ÁLVAREZ GONZÁLEZ, lo que caracteriza las formas de gestión indirecta a través de convenios y conciertos sanitarios es la vinculación al Sistema Nacional de Salud de servicios y prestaciones sanitarias de carácter privado. *Vid.* "La gestión indirecta...", cit., pág. 50. También, ARRATIBEL ARRONDO, J. A. (2020): "Análisis de la naturaleza jurídica de la acción concertada sanitaria de las CC.AA", *Auditoría Pública*, núm. 75, pág. 141. El convenio sanitario supone la plena integración del establecimiento privado en el sistema sanitario público, por lo que todos sus servicios se someten a un régimen sanitario, administrativo y económico sustancialmente idéntico al de los centros públicos. Las diferencias con los establecimientos públicos se reducen a la titularidad privada del hospital vinculado y a la relación laboral con su personal, por lo que se afirma que con el convenio sanitario se produce *de facto* una publicación. El concierto sanitario supone una vinculación menos intensa, limitada a determinadas prestaciones de las que realiza el centro privado, que sigue prestando en el mercado servicios no incluidos en el concierto.

responde siempre a los pediatras de Atención Primaria que detecten trastornos del desarrollo o señales de alerta de riesgo de padecerlo (artículo 18) o las relativas a la valoración de las necesidades de las personas menores en base a un diagnóstico funcional y a la derivación a los CAIT, que se atribuyen a las Unidades de Atención Infantil Temprana (artículo 13), las intervenciones de los terapeutas con los menores normalmente se han prestado a través de convenios de colaboración con entidades locales y de contratos de gestión de servicio público, en su modalidad de concierto, cuando el establecimiento era de titularidad privada<sup>9</sup>. Ese modelo de gestión en breve se verá alterado por la sustitución de los conciertos vigente por la nueva figura del concierto social, a la que se alude por primera vez en el artículo 29.2 del Decreto 85/2016 como una modalidad «diferenciada de las recogidas en la normativa de contratación del sector público». En los mismos términos se expresa el artículo 17.4 de la LDAPDA, cuando alude al concierto social como instrumento para la gestión indirecta de la «prestación del servicio de atención infantil temprana»<sup>10</sup>.

El desarrollo reglamentario del concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana se ha producido por Decreto 57/2020, de 22 de abril, que, al igual que el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales –en el que claramente se inspira el primero–, ha aprovechado el ámbito regulatorio que las Directivas sobre contratación pública deja a las autoridades estatales para desarrollar los contratos de servicios a las personas para configurar unos contratos administrativos especiales adaptados a las singularidades de este tipo de prestaciones y de los operadores del sector regulado; todo ello con el propósito de dotar al sistema de mayor calidad, estabilidad y continuidad, y primar aspectos como la atención personalizada, la implicación de la comunidad o la continuidad, entre otros, sin renunciar por ello a una gestión más eficaz y eficiente. Por ello, antes de analizar el objeto y las características del concierto social regulado en el Decreto 57/2020 resultará útil determinar los límites que impone al legislador andaluz el Derecho europeo y español en la configuración de la gestión indirecta de los servicios sanitarios para valorar si la regulación que después se analizará los respeta.

#### 4. LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS SANITARIOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la configuración que hagan las comunidades autónomas de los mecanismos de gestión indirecta de servicios públicos está condicionada por la legislación española y europea sobre contratación pública<sup>11</sup> (STC 84/2015, de 30 de abril). No obstante, esa regla se modula cuando se proyecta sobre los servicios sanitarios y sociales, en la medida en que el Derecho europeo no somete este tipo de servicios al régimen general de contratación del sector público. Por el contrario, considera que, en la medida en que constituyen actividades que satisfacen necesidades básicas de la población, la forma de organizar los servicios sanitarios y sociales entra dentro de la potestad de autoorganización de los Estados miembros, que no están limitados por la lógica de mercado.

##### 4.1. Tratamiento en las Directivas sobre contratación pública

Siguiendo las directrices marcadas por la jurisprudencia del TJUE, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, reconocen las peculiaridades de la

<sup>9</sup> En el momento de redacción de este estudio, la Atención Infantil Temprana se presta en Andalucía a través de Tres Acuerdos Marco de los que derivan 182 contratos de gestión de servicios públicos (conciertos) y de la colaboración de 23 Entidades Locales que prestan el servicio a través de una delegación de competencias de la Junta de Andalucía.

<sup>10</sup> La sustitución de los conciertos vigentes por conciertos sociales se producirá cuando se resuelva el procedimiento de contratación bajo el régimen de Concierto Social de la Prestación de la Atención Temprana en Andalucía mediante procedimiento abierto (Expediente: 77/2020). El plazo de presentación de ofertas finalizó el 14 de septiembre de 2020. El contenido de los Pliegos de Condiciones Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares será una fuente muy útil para completar el análisis del Decreto 57/2020.

<sup>11</sup> Sobre el impacto de las Directivas de contratación pública en la tipificación contractual de las formas de gestión indirecta que hace la legislación española *vid.* GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup> (2015): “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, en el blog del *Observatorio de Contratación Pública* [Disponible en: <http://www.obcp.es/>. Fecha de consulta: 1 de julio de 2019]; LÓPEZ-VEIGA BREA, “La contratación...”, *cit.*, págs. 441-463; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2018): “Impacto de las directivas de contratos y de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público sobre la contratación en el ámbito sanitario”, *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, volumen I, Cizur-Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 913-941.

gestión de servicios sanitarios y sociales. Ambas directivas parten de la premisa de que, por sus características específicas, en ocasiones los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios no son adecuados en el caso de este tipo de servicios<sup>12</sup>. De acuerdo con esa lógica, se reconoce a los Estados miembros una amplia discrecionalidad para elegir la forma de organizar y prestar dichos servicios, siempre que la regulación que adopten garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación<sup>13</sup>.

En ese contexto las Directivas ofrecen a los Estados miembros varias alternativas para la provisión de servicios sanitarios, como la posibilidad de gestión indirecta mediante fórmulas no contractuales (excluidas por ese motivo del ámbito de aplicación de la Directivas<sup>14</sup>); el establecimiento de un régimen de contratación particular para los «servicios sociales y otros servicios específicos»<sup>15</sup>, para lo cual se fija un umbral más elevado que el aplicable a otros servicios<sup>16</sup> y se impone a los Estados unas garantías procedimentales mínimas<sup>17</sup>; o la opción de reservar a determinadas organizaciones ciertos contratos sociales<sup>18</sup>.

## 4.2. Tratamiento en la Ley de Contratos del Sector Público

Como es lógico, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) también contempla las singularidades de los servicios sanitarios y sociales. Por ello, las Administraciones competentes, además de canalizarlos a través de contratos nominados, pueden recurrir a cualquiera de las alternativas que la LCSP ha previstos en desarrollo de lo expuesto en el apartado anterior.

Una primera opción es la contemplada en el artículo 11.6 LCPS, que excluye del ámbito de aplicación de esa Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas cuando esa actuación se sustente en

<sup>12</sup> Por ejemplo, el considerando 6 de la Directiva 2014/24/UE advierte que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos de su ámbito de aplicación. Y en su considerando 114 se afirma que los «servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales».

<sup>13</sup> En esa línea, en el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE se reconoce «la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios», por lo que se ofrece «a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos».

<sup>14</sup> En ese sentido, en los considerandos 54 de la Directiva 2014/23/UE y 114 de la Directiva 2014/24/UE se afirma que los Estados miembros y las autoridades públicas siguen siendo libres de prestar ellos mismos estos servicios o de organizar los servicios sociales sin asignar concesiones (Directiva 2014/23/UE) ni celebrar contratos públicos (Directiva 2014/24/UE) a través, por ejemplo, de la «simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

<sup>15</sup> La Directiva 2014/24/UE se ocupa de ello en el Capítulo I del Título III, que dedica a los regímenes particulares de contratación de los servicios enumerados en los anexos IV de la Directiva 2014/23/UE (servicios a los que se refiere su artículo 19) y XIV de la Directiva 2014/23/UE (servicios a los que se refiere su artículo 74).

<sup>16</sup> La Directiva 2014/24/UE prevé que cuando el objeto de los contratos de servicios a las personas, entre los que se incluyen ciertos servicios sociales, de salud o de educación, tengan un valor inferior a 750.000 euros carecen de interés para los prestadores de servicios de otros Estados. A partir de dicho umbral los contratos de servicios a las personas deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión (considerando 114). Por tanto, en la medida en que los contratos de gestión de ciertos servicios sanitarios no superen los 750.000 euros los Estados miembros disponen de libertad para definir los términos de sus relaciones con las entidades prestadoras, «a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos».

<sup>17</sup> Para el caso de las concesiones de ciertos servicios sanitarios, el artículo 19 de la Directiva 2014/23/UE dispone que «se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3, y en los artículos 32, 46 y 47». También refleja bien la discrecionalidad reconocida a los Estados el artículo 76 de la Directiva 2014/23/UE, que dispone que los Estados establecerán normas nacionales para la adjudicación de dichos contratos «a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos». Si respetan esos principios, el mismo precepto indica que «los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión».

Si tomamos en consideración la Directiva 2014/24/UE comprobamos que su artículo 74 regula un «régimen simplificado» de adjudicación para los contratos de ciertos servicios sanitarios. Únicamente se exige a los Estados miembros que regulen el procedimiento de contratación de estos servicios que respeten unas reglas básicas de publicidad (artículo 75) y los principios enumerados en el artículo 76.

<sup>18</sup> El artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE permite que los Estados miembros faculten a los poderes adjudicadores para reservar a las organizaciones que reúnan determinados requisitos el derecho de participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos sobre los servicios sociales, culturales y de salud enumerados en el anexo XIV [que se adjudican conforme al capítulo I del referido título III, cuando superen el umbral de 750.000 euros, según lo previsto en el artículo 4.d)] y que lleven los códigos enumerados en el propio artículo 77.

un título que no tenga naturaleza contractual. Aunque en este párrafo no se aluda a los servicios sanitarios, hay que entender que también es aplicable a estos. Es la interpretación más acorde con lo dispuesto en las Directivas de contratación pública y con lo que se afirma en la exposición de motivos de la propia LCSP<sup>19</sup>.

La regulación de instrumentos no contractuales para la prestación de servicios sociales y sanitarios corresponde a las comunidades autónomas (disposición adicional cuadragésima novena de la LCSP). Así lo hizo la Comunidad Autónoma de Aragón, antes incluso de que se aprobara la LCSP, cuando aprobó la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, y posteriormente la Comunidad Valenciana con la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario. En ambos casos los acuerdos de acción concertada se configuraron como instrumentos de carácter organizativo, que carecen por tanto de naturaleza contractual (artículo 3 de la Ley aragonesa), a través de los cuales las Administraciones competentes en cada materia organizan la prestación de servicios sociales y sanitarios sirviéndose de los recursos pertenecientes a entidades de iniciativa social<sup>20</sup>. Como responsables de la prestación del servicio público, son esas Administraciones las que establecen su financiación, determinan qué usuarios acceden a los distintos centros y servicios y controlan que las prestaciones se desarrollen de acuerdo con lo establecido en el acuerdo. Según esa lógica, la cantidad que perciben las entidades de iniciativa social retribuye como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, pero sin incluir beneficio industrial.

Como alternativa a esta opción encontramos en la LCSP soluciones para la gestión de servicios sanitarios de naturaleza contractual, que se configuran como especialidades frente al régimen ordinario de la contratación de servicios. Así, por ejemplo, el artículo 22 de la LCSP considera contratos de servicios sujetos a regulación armonizada los que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV (entre los que se encuentran ciertos servicios sanitarios) únicamente cuando su valor estimado sea igual o superior 750.000 euros, umbral muy superior al exigido para otros contratos de servicios.

Por otra parte, la disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP impone a los órganos de contratación los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV que velen por que se garanticen «la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio». Además, los criterios de adjudicación de estos contratos pueden valorar «la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos».

Por último, la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP reserva el derecho a participar en los procedimientos de licitación de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud (los que se enumeran en el Anexo IV) a determinadas organizaciones<sup>21</sup>. Lógicamente esa reserva se produce en el seno de una relación contractual y, por tanto, con «sometimiento a la LCSP de la relación negocial que ampara la prestación de los servicios a los que se refiere dicha disposición».

<sup>19</sup> En la exposición de motivos se reconoce la libertad de los poderes públicos para «prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación». Así lo han entendido también DOMÍNGUEZ MARTÍN, “Los contratos...”, cit.; y ARRATIBEL ARRONDO, “Análisis...”, cit., pág. 144.

<sup>20</sup> Esa configuración se ha confirmado con la aprobación de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana, en cuyo artículo 87.1 se dispone que «Los acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales las administraciones competentes podrán organizar la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social cuya financiación, acceso y control sean de su competencia ajustándose al procedimiento y a los requisitos que prevé esta ley y la normativa sectorial que sea aplicable». Sobre este último inciso hay que insistir en que la regulación y la aplicación de estas fórmulas no contractuales, aunque no está limitada por lo dispuesto en la LCSP, deben respetar los principios de transparencia y no discriminación.

<sup>21</sup> Para ello esas organizaciones deben cumplir las condiciones enumeradas en el artículo 77.2 de la Directiva 2014/24/UE y en la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP.

Este es el marco normativo en el que se incardina la legislación autonómica sobre la acción concertada sanitaria, que proporciona a las autoridades competentes instrumentos adaptados a las singularidades de los servicios sanitarios como el que seguidamente se analiza. Con frecuencia la regulación autonómica se produjo antes de la promulgación de la LCSP, una vez vencido el plazo de transposición de las Directivas de contratación pública. Aprovecharon el efecto directo de las Directivas para adaptar a las mismas sus leyes de sanidad y servicios sociales sin los condicionantes que podrían derivar de una legislación básica que no existía. Unas lo hicieron configurando instrumentos de naturaleza no contractual, otras –como en el caso de Navarra<sup>22</sup> o de Andalucía– regulando el concierto social como un instrumento de carácter contractual<sup>23</sup>. Seguidamente nos ocuparemos de una de las soluciones adoptadas en esta última Comunidad Autónoma, la contenida en el Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana<sup>24</sup>, para indagar sobre sus rasgos característicos y determinar su naturaleza jurídica, aspecto este último que las leyes andaluzas no terminan de precisar.

## 5. EL CONCIERTO SOCIAL PARA LA PRESTACIÓN DE LA ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA

### 5.1. El concierto social como contrato administrativo especial

En la legislación española no siempre resulta sencillo determinar la naturaleza jurídica del concierto social, puesto que el legislador puede optar entre varias configuraciones para garantizar la satisfacción de los intereses generales y los derechos de los usuarios de servicios sociales y sanitarios, y no siempre es preciso. El artículo 101.1 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (LSSA) es buen ejemplo de ello, porque define el concierto social como «el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos». La misma definición se encuentra en el artículo 1.2 del Decreto 57/2020, en este caso para los conciertos sociales para la prestación de la AIT. Como se ha visto en el apartado anterior, la vaguedad de esa fórmula podría dar cobertura tanto a soluciones de carácter organizativo como a las de naturaleza contractual.

No es más precisa la regulación contenida en los artículos 17.4 y 34.4 de la LDAPDA, en los que –siguiendo la misma fórmula que en el artículo 101.3 LSSA– se alude a los conciertos sociales para la prestación del servicio de atención infantil temprana y para los servicios sociales destinados a las personas con discapacidad como «modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público», advirtiendo que cuando se utilicen debe hacerse conforme a lo dispuesto en la LSSA (exposición de motivos y artículo 81.2 LDAPDA).

En principio, estas previsiones llevarían a concluir su naturaleza contractual; pero, dado que la LDAPDA se remite a la LSSA en cuanto respecta a los conciertos sociales, debe hacerse una última precisión. La LSSA regula el concierto social en el capítulo II de su Título IV (artículos 101 a 107), mientras que la participación de la iniciativa privada en el marco de contratación del sector público se regula en el capítulo III del mismo título. Este dato, que por sí solo puede parecer insuficiente para poner en duda la naturaleza contractual del concierto social, adquiere más relevancia si se pone en relación con otros dos preceptos. El artículo 100 de la LSSA opta por una clasificación trimembre de los modos de gestión de los servicios sociales, distinguiendo entre «gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta» (apartado primero); y el artículo 108 establece que «se podrá recurrir a la gestión indirecta», prevista en la legislación general de contratación del sector público, cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de

<sup>22</sup> Esta es la vía seguida en la Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.

<sup>23</sup> El proceso ha sido descrito por LÓPEZ-VEIGA BREA, “La contratación...”, cit., págs. 450-454. GARRIDO JUNCAL también se ocupó tempranamente de esta cuestión, destacando las dudas que planteaban algunas de las soluciones adoptadas por las comunidades autónomas. *Vid.* “Las nuevas formas...”, cit., págs. 88-91.

<sup>24</sup> No será objeto de este análisis la utilización del concierto social regulado en la Ley de Servicios Sociales de Andalucía y en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, sobre el que ya existen estudios doctrinales. *Vid.* CASTRO LÓPEZ, P. (2018): “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre”, en *Servicios de interés general y protección de los usuarios*. Madrid: Dykinson, págs. 249-295; NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2017): “La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 99, págs. 431-440; y PIZARRO NEVADO, R. (2020, en prensa): “El concierto social en la regulación andaluza de servicios sociales”, en *Estudios sobre las nuevas Leyes de Políticas Sociales e Igualdad*. Sevilla: IAAP.

prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada «no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social».

Considero, sin embargo, que esa regulación, aun no siendo esclarecedora, tampoco niega el carácter contractual del concierto social, sino que se explica porque se quiere configurar como un contrato especial, distinto a los contratos administrativos típicos que también pueden emplearse para la gestión indirecta de servicios sociales y sanitarios.

Desde luego la llamada «diferenciación» de concierto social no es razón para negar que es un auténtico contrato administrativo, puesto que estamos ante un negocio jurídico mediante el que la Administración asume determinados compromisos, fundamentalmente la asignación de fondos públicos para el sostenimiento de los centros y servicios concertados, mientras que las entidades prestadoras se comprometen a proveer determinados servicios sociales o sanitarios a los usuarios que designe la Administración y de acuerdo con las normas administrativas que los regulen. Esa estructura sinalagmática es característica de un contrato administrativo.

Así lo ha entendido también el Consejo de Gobierno, que en los Decretos 41/2018 y 57/2020, en los que los conciertos sociales se definen como contratos administrativos especiales. Esa calificación supone un cambio radical en su régimen jurídico, puesto que el concierto social va a contar con una regulación *ad hoc* fundamentada en la necesidad de «establecer condiciones especiales» para dar respuesta a las especificidades y principios informadores de los servicios sociales y de la AIT<sup>25</sup>.

Todo ello tendrá importantes repercusiones que conviene destacar. Esto supondrá ante todo que, en la medida en que los conciertos sociales vayan sustituyendo los conciertos y convenios vigentes en materia de AIT, las relaciones entre la Administración responsable del servicio y las entidades que colaboren en su prestación van a dejar de someterse en primer término a la legislación de contratos del sector público para regularse directamente por las normas propias de este contrato especial. La LCSP pasa a funcionar como una red de cobertura frente a eventuales lagunas en esa regulación especial. Como ha señalado oportunamente el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 58/2018, de 7 de febrero), la configuración del concierto social como contrato administrativo especial permitirá la aplicación supletoria de la legislación de contratos del sector público para colmar las numerosas lagunas de su régimen jurídico<sup>26</sup>, que también son habituales en la normativa de comunidades autónomas que optaron por su configuración como un instrumento no contractual y en la que no resulta tan clara esa solución. En particular habrá que prestar atención a las reglas del contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

Además, optar por esta configuración supone que la aplicación de esa regulación especial sigue unos cauces bien conocidos. Por ejemplo, el Decreto 57/2020 regula un procedimiento típicamente contractual: expediente de contratación, convocatoria de la licitación, pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, presentación de ofertas, etc.<sup>27</sup>.

## 5.2. Preferencia condicionada de las entidades de iniciativa social

La configuración como contrato especial también ha servido para articular la posición de ventaja que la LSSA y la LDAPDA concede a las entidades de iniciativa social en la adjudicación del concierto social frente a las entidades mercantiles, que es uno de los puntos más controvertidos de su régimen jurídico<sup>28</sup>. Sin duda,

<sup>25</sup> Esa justificación es asumida por la propia LSSA, en cuya exposición de motivos se indica que la especificidad del concierto social «radica en la singularidad de los servicios sociales que se prestan y que tiene amplia acogida en derecho comparado español». Por su parte, el Preámbulo del Decreto 57/2020 manifiesta que la creación de este contrato especial es «la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados», y en consecuencia le atribuye esa calificación en el artículo 1.2.

<sup>26</sup> En defecto de regulación expresa en el Decreto 57/2020 se aplicarán la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo que no se opongan a la LCSP. Por último, con carácter supletorio se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho Privado (artículo 7 del Decreto 57/2020).

<sup>27</sup> Por ese motivo encontramos en el Decreto 57/2020 y en los pliegos de condiciones administrativas particulares y de condiciones técnicas frecuentes remisiones a la LCSP en aspectos tan relevantes como la publicidad de la licitación, los conflictos de intereses de los miembros de la Mesa de Contratación, el régimen de modificación o las penalidades por demora en la ejecución (artículo 193.3 LCSP) o por cumplimiento defectuoso (artículo 192 LCSP).

<sup>28</sup> GIMENO FELIU advierte del riesgo de romper el principio de igualdad entre proveedores y de la necesidad de justificar que realmente se dan las circunstancias para ese trato «privilegiado». Recuerda que no es suficiente con ser una entidad sin ánimo de



este tipo de entidades, que actúan sin ánimo de lucro, movidas únicamente por un objetivo de solidaridad, han demostrado —especialmente en el ámbito de la AIT— que son capaces de ofrecer resultados económicos, responsabilidad institucional y una elevada calidad prestacional, lo que explica las notables singularidades que el Derecho de la UE y el español han incorporado al régimen jurídico de las entidades de iniciativa social<sup>29</sup>. Una de las más evidentes es la posición de privilegio que las leyes autonómicas de sanidad y servicios sociales conceden a estas entidades como colaboradoras de la Administración en la provisión de estos servicios<sup>30</sup>.

Pero a partir de ese rasgo común hay que diferenciar dos modelos. Sin duda, el más criticado ha sido el que solo permite establecer conciertos sociales con entidades privadas sin ánimo de lucro, a las que se concede por tanto un régimen de exclusividad. Así está previsto, por ejemplo, en la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura, en la que se establece como primer requisito para acceder al régimen de concierto ser «entidades sin ánimo de lucro constituidas y registradas como tales, que tengan asumidas estatutariamente la reinversión en sus fines sociales de cualquier posible beneficio». Es el mismo esquema sobre el que se construyen también los acuerdos de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario que regula la Ley de la Comunidad de Aragón 11/2016, de 15 de diciembre, que solo pueden celebrarse con otras entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro (artículo 2), aunque la legislación aragonesa se sirve para ello de un instrumento de naturaleza no contractual y limita la retribución que percibe la entidad concertada al reintegro de los costes de la prestación<sup>31</sup>.

El legislador andaluz ha optado por otra alternativa, que denominaremos de «preferencia condicionada». Como la gestión indirecta de servicios sociales y sanitarios en Andalucía se canaliza a través de instrumentos contractuales, se respeta la lógica de la concurrencia y se permite concurrir a la licitación tanto a entidades con ánimo de lucro como a entidades que carezcan de él. Pero, las leyes andaluzas más recientes conceden preferencia en la adjudicación a las entidades de iniciativa social frente al resto de licitadores cuando presenten ofertas equivalentes. Como ejemplo puede citarse el artículo 34.5 de la LDAPDA, al que se remite el artículo 17 de esa Ley, en el que se concede preferencia en el establecimiento de conciertos sociales a las entidades «sin ánimo de lucro, promovidas por las personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales» frente a otros sujetos en «igualdad de condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social» en las ofertas presentadas<sup>32</sup>.

Para determinar qué se considera entidad de iniciativa social hay que acudir al artículo 3 de la LSSA, que las caracteriza por la ausencia de ánimo de lucro. En su apartado séptimo se incluyen en el concepto de entidad de iniciativa social «[l]as fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro, a excepción de las entidades públicas territoriales, que realizan actividades de servicios sociales». Añade, además, que se consideran entidades de iniciativa social las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica.

---

lucro, pues el Derecho europeo exige que se trate de organizaciones vinculadas al principio de solidaridad, e insiste en que no puede pervertirse la regla de la mejor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sociales, pues es esta la única justificación admisible para este tipo de soluciones (y no las preferencias ideológicas). *Vid.* “La colaboración público-privada...”, cit., pág. 41.

<sup>29</sup> LOPES MARTINS afirma que las Directivas de contratación pública han configurado un estatuto autónomo para las entidades privadas sin ánimo de lucro, que se justificaría por la importancia estratégica que estas entidades adquieren para la UE y para las políticas de los distintos Estados. *Vid.*, “Breves nótas sobre o «novo estatuto» das instituições particulares de solidariedade social no Direito nacional e no Direito da União Europeia”, *Cooperativismo e Economia Social*, núm. 37 (2015), págs. 143-144.

<sup>30</sup> A título de ejemplo puede citarse el artículo 81 LDAPDA, que promueve la colaboración de las Administraciones públicas con la iniciativa social en el desarrollo de sus actividades, en especial con las entidades sin ánimo de lucro, promovidas por las personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales. Específicamente en relación con la prestación de los servicios contemplados en esa Ley, el apartado segundo permite acogerse a la fórmula de concierto social cuando «las Administraciones Públicas andaluzas, para atender las necesidades específicas de las personas con discapacidad que sean usuarias de sus servicios o prestaciones, necesiten contratar los servicios de entidades sin ánimo de lucro representativas de personas con discapacidad y de sus familias».

<sup>31</sup> LAZO VICTORIA ha analizado el Decreto-ley aragonés, que justifica ese trato diferenciado en el hecho de que la entidad sin ánimo de lucro solo percibe el coste de las prestaciones, sin beneficio industrial, y razona que la entidad con ánimo de lucro que legítimamente aspire a obtenerlo por su colaboración con la Administración debe someterse a un proceso de contratación en el que se garanticen publicidad y concurrencia. *Vid.* “La figura...”, cit.

<sup>32</sup> No es el único ejemplo que se encuentra en la legislación andaluza. Con un alcance aún más general el artículo 100.4 LSSA obliga a las Administraciones contratantes a dar prioridad en el establecimiento de conciertos y contratos «a las entidades de la iniciativa social, de economía social, cooperativas y pequeñas y medianas empresas» cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social. Y el artículo 101.1 LSSA concede esa prioridad a las entidades de ese tipo «cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social» en las ofertas presentadas para la gestión de los servicios previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía mediante concierto social.

Como cautela adicional podría haberse exigido, como hace alguna otra norma autonómica<sup>33</sup>, que se compruebe que sobre esas entidades no ostenten un dominio efectivo entidades que operen con ánimo de lucro.

### 5.3. Objeto

A pesar de lo expuesto, el desarrollo reglamentario necesario para la puesta en funcionamiento de este instrumento se hizo esperar hasta la aprobación del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana, en el que finalmente se han establecido los requisitos de acceso al régimen del concierto social y reglas propias para la tramitación de las ofertas, la formalización del concierto, las obligaciones de las entidades que presten el servicio concertado y de la Administración Pública que otorga el concierto, las condiciones de actuación de las entidades concertadas, la vigencia o la duración máxima del concierto y sus causas de extinción, entre otros extremos. Por las características de esta publicación analizaremos únicamente sus rasgos esenciales, los elementos subjetivos del concierto social y su contenido.

El objeto del concierto social es la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en los CAIT, dirigida a población infantil menor de seis años con trastornos del desarrollo o con riesgo de presentarlos, a la familia y su entorno, en los términos establecidos en la normativa vigente (artículo 4.1 del Decreto 57/2020). En la práctica esto supondrá la reserva por la entidad concertada de un número de sesiones anuales en cada uno de los CAIT seleccionados<sup>34</sup> a disposición de la Administración competente, que hará uso de las sesiones que precisen los menores usuarios de la Red Pública de AIT una vez sean derivados a un determinado CAIT por las Unidades de Atención Infantil Temprana. La contraprestación de la entidad titular del CAIT se calculará mensualmente en función del número de sesiones prestadas a los menores derivados. El concierto social se erige así en pieza fundamental para la prestación del servicio de AIT, que se organiza a través de un sistema dinámico de derivación del menor basado, entre otros, en los principios de atención integral y personalizada, arraigo de la persona en el entorno de atención social, universalidad y gratuidad en el acceso y responsabilidad pública (artículo 5 del Decreto 85/2016), que se desarrolla en los términos previstos en el artículo 18 de ese Decreto.

Por tanto, en el funcionamiento de este sistema cabe diferenciar dos momentos. En un primer momento se suscriben conciertos sociales suficientes para disponer de las sesiones necesarias en CAIT autorizados<sup>35</sup>, tras comprobar la capacidad y solvencia financiera y económica y técnica o profesional de la entidad licitadora y la acreditación de la calidad del CAIT donde se propone la concertación de plazas. En esta primera fase se obtiene el estatus de entidad seleccionada por la Administración sanitaria. De hecho, lo que en la práctica suscriben las entidades concertadas es un compromiso de oferta de sesiones anuales que quedan a disposición de la Administración concertante para asignarlas a los menores que las necesiten, y esta última solo se obliga a abonar el coste de las sesiones de tratamiento, apoyo y seguimiento que hayan prestado efectivamente en cada CAIT. La derivación de los menores con necesidades de AIT se produce en un momento posterior, por decisión de las Unidades de Atención Infantil Temprana tras la valoración de las necesidades de las personas menores en base a un diagnóstico funcional, de sus familias y entorno.

### 5.4. Elementos subjetivos

Los sujetos que intervienen en el concierto social para la prestación de la AIT son la Junta de Andalucía como titular y responsable del servicio y sus contrapartes, las entidades titulares de CAIT (artículo 2). En relación con estas últimas hay que identificar los requisitos para concurrir en el procedimiento de contratación, además de comentar las reglas contenidas en el Decreto sobre solvencia de las entidades licitadoras y prohibiciones para contratar.

<sup>33</sup> Véase el artículo 7 bis de la Ley 3/2003, de 10 de abril, de servicios sociales de la Región de Murcia (reformada por Ley 5/2016, de 2 de mayo)

<sup>34</sup> Podrá suscribirse un único concierto social que englobe a varios CAIT, siempre que estos tengan el mismo titular (artículo 4.2 del Decreto 57/2020).

<sup>35</sup> Con el procedimiento de contratación en curso (Expediente: 77/2020) se pretende cubrir una cantidad de 1.629.312 sesiones de atención infantil temprana anuales, que se desglosa en varios lotes por cada Provincia y con un precio unitario por sesión fijado en 28 euros. El presupuesto total del Concierto Social, a meros efectos de cobertura presupuestaria es de 91.241.472,00€ para un plazo de ejecución inicial de veinticuatro meses (45.620.736,00€ por cada anualidad del contrato).

#### **5.4.1. Requisitos que deben reunir las entidades que suscriban el concierto social**

Este es uno de los aspectos en que el concierto social muestra mayores diferencias con el régimen común de contratación pública. Ha supuesto además un aumento de los requisitos para poder colaborar con la Administración en la gestión de servicios sociales y sanitarios.

Para suscribir este tipo de contrato la entidad titular de CAIT debe cumplir los requisitos fijados en el Capítulo II del Decreto 57/2020. Como es lógico, aunque en el Decreto no se alude expresamente a ello, solo podrán celebrar este tipo de contrato las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras<sup>36</sup>, que tengan plena capacidad de obrar (artículo 65.1 LCSP). A partir de ese punto, artículo 8 del Decreto 57/2020 establece una serie de requisitos que el licitador debe acreditar al concurrir en el procedimiento de adjudicación y que, en último término, pretenden constatar que el CAIT y los servicios objeto de concierto reúnen un elevado nivel de calidad, puesto que van a convertirse en piezas del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Esos requisitos pueden sintetizarse básicamente en que el CAIT que gestiona la entidad licitadora dispone de una autorización de funcionamiento vigente<sup>37</sup> (apartado h) y de los medios y recursos necesarios para prestar los servicios concertados, que está inscrito en el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios (artículo 8.1.h), además de contar con experiencia previa (apartado a) y presencia en la zona en la que se vaya a prestar el servicio (apartado b).

Además de los requisitos indicados, el artículo 8.2 del Decreto 57/2020 habilita al órgano contratante para introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) requisitos adicionales que acrediten las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, siempre teniendo en cuenta «la naturaleza jurídica de la prestación de los Servicios de Atención Infantil Temprana a concertar». Se abre así un ámbito de discrecionalidad que lógicamente queda acotado por la finalidad señalada. Además, hay que entender que esos requisitos adicionales a los que alude el artículo 8.2 son las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social que se regulan en el artículo 9 de la misma norma y de las que nos ocuparemos en el apartado 5.5.2.

#### **5.4.2. Las prohibiciones para contratar**

Además de cumplir con lo anteriores requisitos, el licitador no puede estar incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar. En relación con este punto el artículo 11 del Decreto 57/2020 hace una doble remisión: al artículo 71 LCSP y al artículo 13.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. En ambos casos las prohibiciones para contratar se configuran como circunstancias objetivas que impiden la contratación con el sector público por quien se encuentre incurso en ellas<sup>38</sup>.

Tampoco existe en el Decreto 57/2020 reglas especiales sobre el procedimiento a seguir para apreciar la existencia de estas prohibiciones, porque el artículo 11.2 indica que el procedimiento de declaración, competencia, alcance y duración de las prohibiciones para contratar se regirá por lo establecido en la normativa de contratos del sector público.

#### **5.4.3. Solvencia técnica o profesional, compromiso de adscripción de medios y solvencia económica y financiera**

Además de satisfacer las condiciones reglamentarias para poder suscribir un concierto social y de no incurrir en ninguna prohibición para contratar, circunstancias todas ellas que tienen que ver con la capacidad del licitador para contratar con la Administración, en el procedimiento de contratación los licitadores deben acreditar que reúnen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se especifiquen en el PCAP en atención al concreto objeto del concierto. Este segundo grupo de exi-

<sup>36</sup> Para las entidades comunitarias o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE y las no comunitarias hay que estar a lo dispuesto en los artículos 67 y 68 LCSP.

<sup>37</sup> Se trata de la autorización sanitaria de instalación, funcionamiento, modificación y cierre, regulada en el Decreto 69/2008, de 26 de febrero, habiendo de figurar el Centro en el que se realice la prestación inscrito en el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios. Las condiciones materiales y funcionales que deben reunir los Centros de Atención Infantil Temprana para obtener una autorización de funcionamiento se regulan en una Orden de la Consejería de Salud de 13 de diciembre de 2016.

<sup>38</sup> Sobre esos extremos *vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2018): "Las prohibiciones de contratar", *Tratado de contratos del sector público*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1.286-1.350; o MEDINA ARNÁIZ, T., "Las prohibiciones de contratar", *Estudio Sistemático...*, cit., págs. 749-802.

gencias persigue comprobar la aptitud de los licitadores para ejecutar la prestación objeto del contrato, por lo que constituye un requisito para participar en el procedimiento y no un criterio de valoración de las ofertas.

En relación con este aspecto no son aplicables al concierto social las reglas generales de la LCSP, sino las establecidas en la legislación andaluza sobre AIT y las que puedan fijarse en los pliegos. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 57/2020, en el que se indica que las entidades licitadoras deberán acreditar que disponen de los medios y recursos materiales y personales suficientes y adecuados para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana «de acuerdo con lo previsto en el Decreto 85/2016, de 26 de abril, y la Orden de 13 de diciembre de 2016, por la que se establecen las condiciones materiales y funcionales de los Centros de Atención Infantil Temprana para su autorización». Los criterios para valorar la suficiencia y la adecuación de medios materiales y personales serán los recogidos en las normas que se citan, aunque la concreción de las condiciones exigibles en cada licitación debe realizarse en los correspondientes pliegos.

Es una regulación en exceso genérica, por lo que puede resultar ilustrativo lo que se ha establecido al respecto en el PCAP del procedimiento de contratación en curso (Expediente: 77/2020), que permite acreditar la solvencia técnica por dos vías: acreditando, al menos, tres años de experiencia en prestación de Atención Temprana, a menores de 0 a 6 años con trastornos del desarrollo, adquirida bien en el ámbito público o en el privado; o indicando el personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, habiendo de contar con, al menos, nueve años de experiencia en el cómputo total de terapeutas, con las titulaciones de Psicología, Logopedia y Fisioterapia, de actividad directa en centros de atención a menores con trastornos del desarrollo o riesgo de padecerlos.

Para acreditar la solvencia económica y financiera el PCAP ha previsto tener en cuenta el volumen anual de negocio de la persona licitadora, que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas sea al menos igual al importe de la oferta presentada, entendiendo por tal la suma de todos los lotes a los que el licitador se presente.

## **5.5. Contenido del concierto social**

### **5.5.1. Reglamentación del servicio y pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas**

Como es lógico, el contenido de cada concierto social se define a partir del objeto que en cada caso se quiere concertar, estableciendo, además de las relaciones entre la Administración concertante y la entidad adjudicataria, las condiciones de funcionamiento del servicio para los usuarios. En el caso de la AIT todo ello se plasmará en las reglas que rigen las relaciones entre el menor y su familia y la entidad que prestará el servicio.

El contenido concreto de cada concierto social, al igual que sucede con cualquier otro contrato administrativo, se articula en torno a dos piezas esenciales. En primer lugar, debe considerarse el marco reglamentario en el que Administración competente fija los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables al servicio de atención infantil temprana. Corresponde a la legislación sobre sanidad definir, por ejemplo, el contenido de las prestaciones, al igual que establecer los requisitos para adquirir la condición de beneficiario. Así se ha hecho, por ejemplo, en el Decreto 85/2016, de 26 de abril, por el que se regula la intervención integral de la Atención Infantil Temprana en Andalucía y en las disposiciones dictadas por la persona titular de la Consejería competente en materia de salud para el desarrollo y ejecución de ese Decreto<sup>39</sup>.

Lógicamente esas disposiciones se incorporan a los PCAP y a los pliegos de prescripciones técnicas particulares (PPTP) por remisión. A los mismos se incorporan además las condiciones mínimas de eficacia, calidad y rentabilidad social que sean necesarias en cada licitación para atender las necesidades que se quieran cubrir y las cláusulas sociales y ambientales, que serán comentadas en los siguientes apartados.

Como segundo elemento debe tenerse en cuenta el concierto social propiamente dicho, que como contrato administrativo incorpora al conjunto anterior el contenido de la oferta de la adjudicataria, definiendo así con mayor detalle los recíprocos derechos y obligaciones de las partes. En el caso del concierto social para la prestación de la AIT, la Administración autonómica básicamente asume la obligación de retribuir el número de sesiones efectivamente prestadas por la adjudicataria. A cambio, el titular del CAIT se compromete a mantener a disposición de la Administración durante el tiempo de duración del concierto social un número

<sup>39</sup> Como ejemplo de este tipo de disposiciones destaca la Orden de la Consejería de Salud de 13 de diciembre de 2016 por la que se regulan las condiciones materiales y funcionales que deben reunir los Centros de Atención Infantil Temprana.

de sesiones terapéuticas y de seguimiento y a proporcionar a los menores que se deriven al CAIT y a sus familias las prestaciones acordadas en los términos de la oferta del adjudicatario.

### **5.5.2. Condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social**

Otra de las razones que se han utilizado para justificar la singularidad del concierto social es que contribuye a que el servicio sanitario o social se preste con mayor calidad y rentabilidad social. Por ello no debe sorprender que el artículo 9 del Decreto 57/2020 regule las llamadas «condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social» y remita su concreción (y cómo deben acreditarse) a los PPAP y PPTP. No obstante, el órgano redactor de los pliegos está condicionado por varios límites que derivan de ese mismo precepto. El primero es de carácter general y supone que las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social deben estar vinculadas al objeto del concierto y ser proporcionadas al mismo (apartado primero). Los siguientes son específicos, afectando a cada tipo de condiciones, por lo que se exponen separadamente.

Por una parte, las condiciones de eficacia deben fijarse por referencia «a la capacidad económica y financiera, técnica o profesional de la entidad licitadora» (artículo 9.2).

Por otra parte, están las condiciones de calidad asistencial, que dan respuesta a la exigencia de calidad en materia de AIT establecida en el Decreto 85/2016. El Decreto 57/2020 conecta las condiciones de calidad asistencial en la prestación del servicio al conjunto de estándares de calidad acreditados por las entidades licitadoras en los términos señalados en la normativa vigente y el PCAP. Esta exigencia supone en la práctica que para concurrir a la licitación la entidad debe someterse a los instrumentos que ponga en marcha la Consejería competente en materia de salud para la mejora continua de la calidad de los CAIT, para lo cual se incorporan a los pliegos del concierto. Como aún no se ha producido la aprobación de los criterios de calidad de las actuaciones de Atención Infantil Temprana, la disposición transitoria primera obliga a la Administración autonómica a hacerlo en el plazo de doce meses desde su entrada en vigor y establece que hasta ese momento la exigencia de calidad se entenderá cumplida conforme a lo que puedan disponer los PCAP y PPTP. En el procedimiento de licitación en curso (Expediente 77/2020), el PCAP ha previsto la presentación de los certificados a que se refieren los artículos 93 y 94 de la LCSP, relativos al cumplimiento por la persona empresaria de las normas de garantía de la calidad. Las entidades que operan en Andalucía habitualmente se someten a los estándares de calidad que acreditan a centros y profesionales en base al Manual de Estándares de los CAIT publicado por la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía, que puede certificar su cumplimiento.

Por último, hay que aludir a las condiciones de rentabilidad social (artículo 9.4), que deben referirse «a la concreta experiencia de la entidad y sus profesionales en materia de Atención Infantil Temprana, ya sea generalista o, en su caso, específica, en servicios de acompañamiento y apoyo a las familias, así como de gestión de la continuidad y coordinación con los centros educativos y servicios sociales». Aunque este apartado no indica más, como se desprende del artículo 9.1 su determinación y acreditación se establecerán en el PCAP, debiendo estar vinculadas al objeto del concierto y ser proporcionadas al mismo.

### **5.5.3. Cláusulas sociales y ambientales**

Para concluir esta apretada síntesis del contenido del concierto debe aludirse a la incorporación de cláusulas sociales y ambientales (artículo 25 del Decreto 57/2020), aspecto este que entronca con la idea de que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino un instrumento para alcanzar otros fines generales. En el caso de las cláusulas sociales y ambientales esos fines son la estabilidad laboral, la integración social y la protección del medio ambiente<sup>40</sup>. Los contratos administrativos se convierten de ese modo en medios para dar efectividad a los valores superiores que recoge el TFUE, por lo que la regulación de este tipo de cláusulas puede encontrarse en las Directivas de contratación y en el artículo 202 LCSP<sup>41</sup>, que ha previsto que funcionen como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.

<sup>40</sup> A título de ejemplo, el preámbulo del Decreto 57/2020 señala que la Administración andaluza impulsará con las cláusulas sociales y ambientales «las oportunidades en el empleo, el trabajo digno, el cumplimiento de los derechos sociales y laborales establecidos en la normativa y en los convenios colectivos, la inclusión social, la igualdad de oportunidades y de género, la accesibilidad universal y diseño para todas las personas, la responsabilidad social de las entidades concertantes y el respeto al medio ambiente y al ciclo de vida».

<sup>41</sup> Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, págs. 92-113; o ROMEO RUIZ, A. (2018): «Las cláusulas sociales en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 191, págs. 297-325.

Cuando se configuran como condiciones especiales de ejecución del concierto social (artículo 25.3 del Decreto 57/2020) adquieren una especial relevancia, puesto que, como contempla el artículo 202.3 LCSP, los pliegos pueden establecer penalidades para el caso de incumplimiento (artículo 192.1 LCSP) o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 LCSP, lo que supone que su incumplimiento será causa de resolución del contrato. Y, aun cuando el incumplimiento de estas cláusulas no se tipifique como causa de resolución, podrá ser considerado en los pliegos como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del artículo 71.2 LCSP, por lo que puede desembocar en una prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

En concreto, en el caso del concierto social los artículos 24.2 y 25.3 del Decreto 57/2020 permiten que en los PCAP se atribuya la consideración de obligaciones esenciales a estas condiciones especiales de ejecución y, consecuentemente, su incumplimiento será causa de resolución del contrato. En el apartado tercero del mismo precepto se ha previsto que cuando los pliegos no les atribuyan la consideración de obligación esencial, su incumplimiento podrá dar lugar a la imposición de penalidades hasta un máximo del diez por ciento del importe del concierto.

También pueden introducirse criterios sociales y ambientales entre los criterios de adjudicación (artículo 25.1), siempre que estén vinculados al objeto del concierto, sean proporcionales y figuren expresamente determinados en los pliegos y en la convocatoria de licitación, en aplicación de los principios de transparencia e igualdad de trato que deben regir la contratación pública. Además, el apartado segundo obliga a que los PCAP establezcan las estipulaciones sociales y ambientales con un orden de prelación entre ellas para resolver las situaciones en que dos o más proposiciones se encuentren igualadas en base a los criterios de adjudicación establecidos.

## 6. CONCLUSIONES

La Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía, vino a transformar profundamente el servicio público de Atención Infantil Temprana, aunque el proceso no se ha cerrado hasta la aprobación del Decreto 57/2020, de 22 de abril, que completa el modelo de gestión indirecta con la regulación del concierto social que sustituirá los vigentes contratos de gestión de servicio público, en su modalidad de concierto.

Aunque las Directivas de contratación pública conceden a los Estados un amplio margen para organizar la provisión de servicios sanitarios, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha optado por una cierta continuidad en el modelo de gestión de la AIT al configurar el concierto social como un contrato administrativo especial.

La decisión puede valorarse positivamente por varias razones. El carácter contractual facilitará la transición al nuevo concierto social porque el procedimiento de adjudicación es sustancialmente el previsto en la LCSP, al que la Administración competente y los licitadores están habituados. Además, una vez extinguidos los conciertos y convenios vigentes, las relaciones que se establezcan con las entidades concertadas funcionarán sobre una lógica semejante a las de los anteriores contratos.

Su consideración como contrato especial también proporciona un sistema de integración de normas sencillo y bien conocido, permitiendo la aplicación supletoria de la legislación de contratos del sector público para colmar las inevitables lagunas del régimen jurídico del concierto social, que también son habituales en la normativa de comunidades autónomas que optaron por su configuración como un instrumento no contractual y en la que esta solución no resulta tan clara.

También merece un juicio positivo la opción por la «preferencia condicionada» a favor de las entidades sin ánimo de lucro en supuestos de igualdad de ofertas con otros licitadores frente a las regulaciones autonómica que solo permiten establecer conciertos sociales con entidades privadas sin ánimo de lucro, puesto que la regulación andaluza es más respetuosa con el principio de concurrencia y atenúa el riesgo de comprometer el principio de igualdad entre proveedores.

Las especialidades de su régimen se justifican en la medida en que contribuyen que este servicio sanitario se preste con mayor calidad y rentabilidad social. Por ello se concentran básicamente en los requisitos para contratar, en las reglas sobre solvencia técnica y profesional, y en la exigencia de ciertas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, todo ello orientado a constatar que los CAIT y los servicios objeto de concierto reúnen un elevado nivel de calidad. No cabe ignorar que estos centros van a convertirse en piezas del Sistema Sanitario Público de Andalucía, por lo que es lógico que la determinación de aspectos como los criterios de solvencia o las condiciones de calidad asistencial, entre otros, se haga por remisión a lo dispuesto en la legislación sanitaria.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN PERPIÑÁN, J. M. (dir.) (2013): *El sistema sanitario público en España y sus comunidades autónomas: sostenibilidad y reformas*. Bilbao: Fundación BBVA.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2013): “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública en tiempos de crisis”, en *DS: Derecho y Salud*, vol. 23, núm. 2, págs. 43-60.
- ARRATIBEL ARRONDO, J. A. (2020): “Análisis de la naturaleza jurídica de la acción concertada sanitaria de las CC.AA”, en *Auditoría Pública: Revista de los Organos Autónomos de Control Externo*, núm. 75, págs. 137-160.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2018): “Mercado interno sanitario y formas de gestión de los servicios ¿una vuelta hacia lo público?”, en *DS: Derecho y Salud*, vol. 28, núm. extraordinario 1, dedicado a: XXVII Congreso: Constitución y Convenio de Oviedo: aniversario de derechos, págs. 239-261.
- CASTRO LÓPEZ, M.ª DEL P. (2018): “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre”, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (dir.): *Servicios de interés general y protección de los usuarios: (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*, págs. 249-295. Madrid: Dykinson.
- CRUZ FERRER, J. DE LA (2019): *Regulación de la sanidad: motivos, modelos y concesiones*. Madrid: Dykinson.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2018): “Impacto de las directivas de contratos y de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público sobre la contratación en el ámbito sanitario”, en JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. (dir.): *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, vol. I, págs. 913-941. Cizur-Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2019): “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2017): “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, en *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, págs. 92-113. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10497>.
- GARRIDO JUNCAL, A. (2017): “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, págs. 84-100. DOI: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007>.
- GIMENO FELIÚ, J. M.ª (2015): “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, en *Blog del Observatorio de Contratación Pública*. Fecha de consulta: 1 de julio de 2019. URL: <http://www.obcp.es/>.
- GIMENO FELIÚ, J. M.ª (2018): “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, págs. 12-65.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2018): “Las prohibiciones de contratar”, en GALLEGO CÓRCOLES, I.; GAMERO CASADO, E. (coords.): *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. 2, tomo II, págs. 1.286-1.350. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LAZO VICTORIA, X. (2016): “La figura del «concierto social» tras las Directivas europeas de contratación pública”, en *Blog del Observatorio de Contratación Pública*. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019. URL: <http://www.obcp.es/>.
- LOPES MARTINS, L. (2015): “Breves nótuas sobre o «novo estatuto» das instituições particulares de solidariedade social no Direito nacional e no Direito da União Europeia”, en *Cooperativismo e Economia Social*, núm. 37, págs. 139-164.
- LÓPEZ-VEIGA BREA, J. (2017): “La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas”, en *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1 núm. 53, págs. 155-176.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2018): “Las prohibiciones de contratar”, en GIMENO FELIÚ, J. M.ª (dir.), AMOEDO-SOUTO, C. A.: *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 749-802. Cizur-Menor: Aranzadi.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2017): “La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 99, págs. 431-440. DOI: <https://doi.org/10.46735/raap.n99.49>.
- PIZARRO NEVADO, R. (2020, en prensa): “El concierto social en la regulación andaluza de servicios sociales”, en *Estudios sobre las nuevas Leyes de Políticas Sociales e Igualdad*. Sevilla: IAAP.
- ROMEO RUIZ, A. (2018): “Las cláusulas sociales en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, págs. 297-325.



REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: ESTUDIOS BREVES  
Recibido: 12-08-2020  
Modificado: 17-09-2020  
Aceptado: 18-09-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10852>  
Páginas: 104-120

## La infracción de abandono de animales domésticos en la Ley de Seguridad Ciudadana y en otras disposiciones penales y administrativas: concurrencia de normas punitivas y de ilícitos

*The domestic animals abandonment infringement in the citizen security law and other criminal and administrative provisions: punitive rules for coexistence and concurrent offences*

Carmen Martín Fernández  
Universidad de Córdoba (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0118-7746>  
d12mafec@uco.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Becaria FPU del MEC en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba. Principales líneas de investigación: Derecho Administrativo sancionador, seguridad pública y Derecho de la competencia.

---

### RESUMEN

El art. 37.16 de la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC) tipifica como infracción administrativa el abandono de animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida. En este trabajo se pone de manifiesto la inadecuada redacción del precepto (copia literal de una antigua falta del Código Penal) y se reflexiona acerca de cuál es o debe ser su bien jurídico protegido. Para finalizar, se analizan los concursos de infracciones y de normas punitivas que pueden plantearse entre este precepto de la LOPSC y otras normas que castigan el abandono de animales domésticos.

### PALABRAS CLAVE

Abandono; animales; infracción; concursos de normas; concurso de infracciones; bien jurídico protegido; seguridad ciudadana.

---

### ABSTRACT

The art. 37.16 of Organic Law 4/2015 on the Protection of Citizen Security (LOPSC), classifies the abandonment of domestic animals in conditions that could endanger their lives as an administrative offence. This paper shows the inadequate drafting of the precept (a copy of a repealed penal offence) and a reflection on what is or should be its protected legal asset. Finally, it is analysed the concurrent offences and the rules for coexistence between this precept of the LOPSC and other norms that punish the abandonment of domestic animals.

### KEYWORDS

Abandonment; animals; administrative offence; rules for coexistence; concurrent offences; protected legal asset; citizen security.



## SUMARIO

INTRODUCCIÓN: EL ART. 37.16 LOPSC. 1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA INFRACCIÓN DE ABANDONO DE ANIMALES DOMÉSTICOS DE LA LOPSC. 2. LA ACCIÓN QUE TIPIFICA ESTA INFRACCIÓN: EL ABANDONO. 2.1. EL ABANDONO ¿EN CONDICIONES EN QUE PUEDA PELIGRAR LA VIDA DEL ANIMAL? 2.2. EL ABANDONO REPROCHABLE EN VIRTUD DE LA LOPSC SOLO DEBE SER EL FÍSICO, NO EL ASISTENCIAL. 2.3. EL ABANDONO EN ESPACIOS PÚBLICOS O PRIVADOS DE USO PÚBLICO O EN CONDICIONES QUE PERMITEN AL ANIMAL ACCEDER A DICHOS ESPACIOS. 3. SU RELACIÓN CON EL DELITO DE ABANDONO DE ANIMALES DOMÉSTICOS PREVISTO EN EL ART. 337 BIS CP. 4. SU RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES DE ABANDONO DE LAS LEYES AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN ANIMAL. 5. SU RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES DE ABANDONO DE LAS ORDENANZAS DE CONVIVENCIA CIUDADANA Y DE PROTECCIÓN ANIMAL. 6. LA POSIBLE CONCURRENCIA DE NORMAS PUNITIVAS Y DE INFRACCIONES SOBRE ABANDONO DE ANIMALES DOMÉSTICOS. 6.1. DISTINCIÓN ENTRE CONCURSOS DE NORMAS PUNITIVAS Y DE ILÍCITOS. 6.2. EL ART. 37.16 LOPSC Y EL ART. 337 BIS CP. 6.3. EL ART. 37.16 LOPSC Y LAS INFRACCIONES DE ABANDONO DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA. 6.4. EL ART. 37.16 LOPSC Y LAS INFRACCIONES DE ABANDONO DE LAS ORDENANZAS DE CONVIVENCIA CIUDADANA Y DE PROTECCIÓN ANIMAL. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN: EL ART. 37.16 LOPSC

El art. 37.16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC), tipifica como infracción leve «Dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos, así como abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida».

Como puede observarse, el precepto tipifica en realidad dos infracciones: por una parte, dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos y, por otra parte, abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida. Infracciones totalmente distintas y que únicamente tienen en común su relación con los animales y –presuntamente– con la seguridad ciudadana. La primera de ellas proviene de la anterior falta del art. 631.1 CP, que castigaba con multa de quince a treinta días a los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal. Mientras que la segunda es idéntica a la antigua falta del art. 631.2 CP, que castigaba con multa de quince días a dos meses a quienes abandonasen a un animal doméstico en condiciones en que pudiera peligrar su vida o integridad.

A partir de aquí, me centraré en esta segunda infracción y en los problemas jurídicos que puede suscitar dada su inadecuada redacción.

## 1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA INFRACCIÓN DE ABANDONO DE ANIMALES DOMÉSTICOS DE LA LOPSC

Parece que, en principio, todas las infracciones que prevea una Ley de seguridad ciudadana debieran de tener como bien jurídico protegido la propia seguridad ciudadana. Como mucho, quizás podría aceptarse que el bien jurídico protegido fuera el más general orden público o, al menos, alguno de sus componentes específicos (la seguridad, salubridad o tranquilidad públicas)<sup>1</sup>. Así lo insinúa Rebollo Puig cuando, al analizar la finalidad perseguida por la LOPSC y contrastarla con la de sus predecesoras –la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, y la Ley de Orden Público de 1933–, explica que «las leyes de orden público nunca se han ocupado de toda la actividad administrativa de limitación realizada con el fin de garantizar el orden público, sino solo de una parte que, en esencia, coincide con el contenido de las posteriores leyes de seguridad ciudadana» (Rebollo Puig, 2019: 49). Por ejemplo, no se han ocupado de los problemas de salubridad pública, porque para ellos

<sup>1</sup> Esto, claro está, si es que entendemos que una ley con tal denominación en realidad pretende alcanzar un objetivo más amplio: proteger el orden público, o al menos una parte del mismo, y no solo la seguridad ciudadana. Antes de avanzar, resulta necesario aclarar qué se ha entendido tradicionalmente por orden público. Hauriou lo definió como un orden material y exterior, un estado de hecho contrario al desorden (HAURIUO, 1914: 517). Y la doctrina mayoritaria considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero dentro del cual pueden comprenderse los siguientes elementos: la seguridad, la salubridad, la tranquilidad y la moralidad públicas (REBOLLO PUIG, 2017b: 28-29).

existen ya otras leyes específicas. Tampoco los ha abordado la LOPSC, lo que fácilmente se intuye de su propio título. También han solido quedar fuera de las Leyes de orden público los aspectos relacionados con la moralidad pública, aunque Rebollo reconoce que algunas de las infracciones de la LOPSC ponen de relieve la conexión existente con este aspecto del orden público<sup>2</sup>.

En definitiva, lo que ha ocurrido es que, aunque las leyes de orden público hayan pasado a denominarse leyes de seguridad ciudadana, quizás por el recelo que la sola mención del orden público ha suscitado en gran parte de la doctrina española de un tiempo a esta parte, su contenido no es tan distinto, por lo que en muchas infracciones de la LOPSC puede comprobarse cómo no solo se protegen las personas y los bienes en sentido estricto, sino también otros elementos del orden público, como la tranquilidad o la convivencia ciudadanas, el buen funcionamiento de las instituciones y la moralidad pública. Al igual que Alarcón Sotomayor, creo que es razonable que así sea, «no ya porque la cláusula de orden público lo justifique –como defiende Rebollo–, sino, más claramente, porque lo ampara la competencia exclusiva que tiene el Estado sobre la seguridad pública» (Alarcón Sotomayor, 2019: 332). Competencia en virtud de la cual se han dictado las disposiciones de la LOPSC, salvo las relativas a las armas y explosivos.

Es por todo esto que digo por lo que, en lo que concierne a la infracción del art. 37.16 LOPSC y al bien jurídico que allí se protege, son plausibles dos interpretaciones distintas:

- Entender que el bien jurídico protegido en este precepto es la seguridad ciudadana en sentido estricto, por el peligro que para ella comporta que animales domésticos sean abandonados y puedan deambular libremente por espacios públicos sin el control de ninguna persona y devenir asilvestrados.
- Considerar que el bien jurídico protegido es la moralidad pública –como componente específico del orden público–, que puede resultar dañada cuando se produce el abandono de un animal doméstico en condiciones en que pudiera peligrar su vida.

Lo que en ningún caso parece que puede interpretarse, a pesar de la redacción del precepto, es que el bien jurídico protegido sea el bienestar o la protección animal. En primer lugar, porque es dudoso que una Ley –como la LOPSC– dictada en virtud de la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.29 CE en seguridad pública pueda entrar a proteger a los animales domésticos. En segundo lugar, porque más dudoso aún es que el Estado sea competente para legislar en favor de la protección animal<sup>3</sup>. Y, en tercer lugar, y, sobre todo, porque el CP y las leyes autonómicas de protección animal (e incluso muchas ordenanzas) ya se encargan de castigar el abandono de animales desde la perspectiva de la protección animal y de los intereses generales que resultan perjudicados con dicha conducta.

Es, por ello, que, a mi juicio, solo es posible interpretar que este precepto de la LOPSC se ha tipificado para proteger la seguridad ciudadana por los peligros que para ella entraña el abandono de animales domésticos. Ni siquiera creo que tenga mucho sentido sostener que con él se garantiza la moralidad pública, por razones que después explicaré. En cualquier caso, reconozco que la interpretación que sostengo en este trabajo es acrobática y acreedora de ciertos problemas, pues alguien incluso podría afirmar que con ella se vulnera el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad. A pesar de ello, será la postura que defienda por ser la única que, creo, garantiza una mínima coherencia.

Pero adelanto ya que lo que sí podría aceptarse es que, como muchas veces ocurre con otras infracciones de la LOPSC, en el art. 37.16 LOPSC se protege de forma colateral otro bien jurídico<sup>4</sup>. En este sentido, sí que creo que podría sostenerse que se protege la vida de los animales domésticos y la moralidad pública que resulta perturbada en caso de abandono de animales. Pero, como digo, solo de forma colateral, pues, tal y como he advertido, no es plausible considerar que sea este el bien jurídico protegido –principal y directamente– por el

<sup>2</sup> Se refiere, por ejemplo, al art. 37.5 LOPSC que tipifica «ejecutar actos de exhibición obscena» y al art. 36.11 LOPSC, relativo a la solicitud o aceptación de servicios sexuales retribuidos, en el que trasluce, dice, «cierta protección de la moralidad pública, disfavorecida, como es hoy habitual, de defensa de los menores» (REBOLLO PUIG, 2019: 76).

<sup>3</sup> Sería dudoso que pudiera el legislador estatal regular esta materia con carácter general, dada la presunta inexistencia de un título competencial que la ampare. La competencia relativa al medio ambiente no parece adecuada dada su perspectiva antropocéntrica (DOMÉNECH PASCUAL, 2004: 134-135). Aunque algunos autores defienden el recurso a la misma porque consideran que esa visión antropocéntrica del medio ambiente ya ha sido superada (PÉREZ MONGUIÓ, 2005: 221-227).

<sup>4</sup> En el caso del art. 36.23 LOPSC, por ejemplo, el bien jurídico protegido es la seguridad ciudadana, pero colateralmente resulta protegida la función policial y, a veces, incluso los derechos de los propios policías (MARTÍN FERNÁNDEZ, 2019: 577-580). Y lo mismo parece suceder con la infracción de ocupación de inmuebles del art. 37.7 LOPSC: el bien jurídico protegido vuelve a ser la seguridad ciudadana, pero colateralmente resulta protegido el patrimonio inmobiliario (PIZARRO NEVADO, 2019: 459-499).

precepto. Esto es lo que creo que debe interpretarse dada la redacción del artículo en cuestión, que tipifica como infracción el abandono de animales domésticos «en condiciones en que pueda peligrar su vida». Si lo único que se protegiera fuera la seguridad ciudadana ningún sentido tendría incluir esa condición en el precepto, sino que bastaría con que se tipificara como infracción el abandono de animales domésticos –si acaso habría que añadir «en lugares públicos», como luego explicaré–, por el peligro que puede suponer para dicho valor el hecho de que los animales domésticos abandonados se conviertan en asilvestrados y deambulen libremente por espacios públicos. De hecho, creo que otra redacción en esta dirección que apunto sería más adecuada y así lo defenderé, pero me centraré en estudiar la vigente actualmente y en tratar de realizar una interpretación correctora de la misma que la haga compatible con el que, a mi juicio, debe ser su bien jurídico protegido.

## 2. LA ACCIÓN QUE TIPIFICA ESTA INFRACCIÓN: EL ABANDONO

La conducta típica de esta infracción prevista en el art. 37.16 LOPSC coincide prácticamente con la que tipificaba la anterior falta del art. 631.2 CP: abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida (o su integridad, que añadía el precepto penal). También coincide casi por completo con la conducta tipificada como delito por el actual art. 337 bis CP<sup>5</sup>.

### 2.1. El abandono ¿en condiciones en que pueda peligrar la vida del animal?

El art. 37.16 LOPSC, en puridad, no tipifica como infracción leve cualquier tipo de abandono, sino única y exclusivamente aquel que se produce en unas condiciones tales que pueden poner en peligro la vida del animal. De igual forma hace el art. 337 bis CP y hacía el art. 631.2 CP. No obstante, y como ya he advertido antes, parece que no tiene mucho sentido que un precepto de una ley de seguridad ciudadana se preocupe por la vida o la integridad de los animales. Por eso, creo que hubiera sido más acorde a la finalidad y al ámbito de la LOPSC que la infracción hubiera consistido, simplemente, en «abandonar animales domésticos en espacios públicos». Esto último, relativo a los espacios públicos, trataré de justificarlo a continuación. Antes voy a detenerme en las razones por las que no creo necesario que el precepto exija que el abandono suponga un peligro para la vida del animal.

El abandono de animales domésticos supone un peligro para la seguridad ciudadana porque ese animal doméstico puede convertirse, como consecuencia del abandono, en un animal asilvestrado. Un animal asilvestrado es, según la RAE, un animal doméstico o domesticado que vive en las condiciones de un animal salvaje. El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico lo define como «animal de procedencia doméstica que está establecido y se mueve libremente en el medio natural y no vive ni se cría bajo tutela, manejo ni supervisión de las personas»<sup>6</sup>. Es obvio, por tanto, por qué estos animales suponen un peligro para la seguridad ciudadana: deambulan por las calles, por los espacios públicos, sin persona alguna que los controle, haciendo y deshaciendo a su antojo y puede que actuando con agresividad o provocando accidentes de tráfico. De eso es de lo que debe preocuparse una ley de seguridad ciudadana. No de si los animales se encuentran en peligro o mueren a causa de ser abandonados. Esto, por muy reprochable que sea, debe ser perseguido por otras Leyes. Precisamente por eso, el art. 337 bis CP tipifica como delito leve el abandono de animales en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad. Allí sí que tiene sentido que se salvaguarde el bienestar animal como parte de los intereses generales, pero no en una ley concreta que solo persigue garantizar la seguridad ciudadana –y si acaso algunos otros elementos del orden público–. Lo mismo ocurre con las leyes autonómicas de protección animal. Todas las CC.AA cuentan con una Ley de protección animal que tipifica como infracción el abandono de animales.

Todo esto no hace sino confirmar que la redacción de la infracción del art. 37.16 carece de sentido en una Ley de seguridad ciudadana<sup>7</sup>. Primero, porque es dudoso e incoherente que una ley estatal de segu-

<sup>5</sup> Art. 337 bis CP: «El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales».

<sup>6</sup> Disponible en versión electrónica en: <https://dej.rae.es/>.

<sup>7</sup> Precisamente por esto, el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda de modificación al art. 37.17 del Proyecto de Ley (equivalente al art. 37.16 LOPSC) para que se eliminara toda alusión al maltrato o abandono de animales domésticos, afirmando que si dichas figuras se despenalizaran deberían sancionarse «en las leyes de protección de animales, no en la de seguridad ciudadana».

ridad ciudadana pueda entrar a proteger a los animales; segundo, porque se solapa por completo con el delito leve del art. 337 bis CP; tercero, porque la finalidad que parece perseguir ya es perseguida por dicho precepto del CP y por las diecisiete leyes autonómicas de protección animal; y cuarto, porque no castiga siempre y en todo caso el abandono, sino únicamente cuando el abandono pone en peligro al animal y, para eso, ya existen, como acabo de mencionar, otras vías de protección.

## 2.2. El abandono reprochable en virtud de la LOPSC solo debe ser el físico, no el asistencial

La acción que es constitutiva de infracción se definía y se define en torno al verbo «abandonar». Según la RAE, una de las acepciones de «abandonar» es «Dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo». De ello se deduce que abandonar un animal doméstico consiste en dejar solo al animal y alejarse de él o dejar de cuidarlo. Como vemos, son dos las posibles conductas constitutivas de abandono: abandonar físicamente al animal, desprendiéndose de él, dejándolo solo en algún lugar y alejándose del mismo; o abandonar asistencialmente al animal, dejando de proporcionarle alimentación, higiene o los cuidados que requiera.

La doctrina penalista, que analizó la falta del art. 631.2 CP y que ha estudiado el actual delito del art. 337 bis CP, considera que la conducta típica consiste en «dejar desprotegido al animal, dejarlo en situación de desamparo» (Gómez Tomillo, 2015: 189; Hava García, 2011: 304; Mesías Rodríguez, 2018: 85). Y esta situación puede acontecer bien porque se ha llevado a cabo un abandono físico o bien porque se han inobservado las obligaciones que como garante se tienen respecto al animal, lo cual se conoce como abandono funcional. Por eso, la doctrina llegó a la conclusión de que el abandono podía ser activo u omisivo. Y lo mismo ha declarado la jurisprudencia<sup>8</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en la actualidad se trata de una infracción de una ley de seguridad ciudadana y, por tanto, partiendo de la interpretación sistemática y teleológica del precepto defendida en epígrafes anteriores, creo que el art. 37.16 LOPSC únicamente debe castigar el abandono físico –en lugares públicos, como explicaré en el apartado siguiente– por cuanto es el único que puede poner en peligro la seguridad ciudadana. A mi parecer, los demás tipos de abandono (abandono asistencial y abandono físico en lugares que no sean públicos) deberían ser castigados en virtud de las leyes autonómicas de protección animal y, en última instancia, por los jueces penales ex art. 337 bis CP, pues no ponen en peligro a las personas y los bienes, sino únicamente la integridad física del animal.

## 2.3. El abandono en espacios públicos o privados de uso público o en condiciones que permiten al animal acceder a dichos espacios

En el tipo penal –del art. 337 bis CP–, como se protege primariamente al animal<sup>9</sup>, lo relevante es que el abandono se produzca en condiciones tales que pongan en peligro su vida o su integridad. En las leyes administrativas de protección de los animales, que son autonómicas, el objeto de tutela son también los animales en sí mismos, así que lo esencial es que acontezca el abandono, con indiferencia de las circunstancias en que se produzca, porque cualquiera de ellos conlleva siempre una desprotección del animal y un peligro, aunque sea mínimo, para el mismo. En la LOPSC, según se ha explicado antes, también puede parecer que lo importante es que el abandono conlleve un peligro para la vida del animal, pero lo más coherente sería interpretar que el precepto únicamente pretende castigar el abandono físico que se produzca en lugares

<sup>8</sup> La SAP de A Coruña n.º 244/2017, de 29 de diciembre (JUR\2018\48077), citando la definición de «abandonar» de la RAE («dejar, desamparar a una persona o cosa»), explicó: «gramaticalmente el abandono puede entenderse tanto desde un punto de vista activo como omisivo, bastando con que la conducta cause desamparo del animal». Igual pronunciamiento contienen, entre otras muchas, la SAP de Álava n.º 82/2012, de 6 de marzo (JUR\2014\144878), la SAP de Segovia n.º 23/2007, de 5 de marzo (ARP\2007\180), la SAP de Lleida n.º 97/2008, de 6 de marzo (JUR\2008\143151), y la SAP de Granada n.º 265/2008, de 25 de abril (JUR\2009\20736), las cuales, además, explicaron: «habrá que entender que el abandono se puede producir porque se deje al animal o porque se le coloque en situación de desamparo, tanto por la acción directa de expulsarle como por la omisiva de no prestarle la menor asistencia y alimentación cuando lo necesite». Con relación al actual art. 337 bis CP, puede citarse como ejemplo la SAP de Navarra n.º 82/2018, de 10 de abril (JUR\2018\181976), que afirmó: «la acción tipificada alcanza no sólo al abandono material, sino también aquella conducta omisiva que objetivamente revela que el animal pese a no haber sido abandonado materialmente se encuentra en una situación total de abandono en su cuidado y atención».

<sup>9</sup> Pérez Monguió pone de manifiesto que el art. 631.2 CP (ya derogado y que ha dado paso tanto a la infracción del art. 37.16 LOPSC como al delito leve del art. 337 bis CP) incorporó a nuestro Código Penal los principios de bienestar animal pues su bien jurídico protegido era el animal y su integridad y no valores humanos (PÉREZ MONGUIÓ, 2005: 363).

públicos o privados de uso público o en condiciones que permitan al animal acceder a dichos lugares. Y ello porque solo este tipo de abandono pone en peligro la seguridad ciudadana. Porque, ¿qué riesgo conlleva para la seguridad ciudadana que un sujeto abandone en el interior de su casa a un perro y que el animal muera por inanición? Creo que ninguno<sup>10</sup>. Si acaso, existirían riesgos para la salud pública y, precisamente, por ello, la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, en su art. 84.20, tipifica como infracción grave el abandono de animales o de sus cadáveres que entrañen un riesgo sanitario para la sanidad animal o para la salud pública.

En mi opinión, el único abandono que debería castigar una ley de seguridad ciudadana como la actual es el que pueda originar el denominado «vagabundeo» del animal. Pérez Monguió explica que «el problema de abandono y el posterior vagabundeo, sobre todo de perros, ha llegado a ser de tal magnitud en algunos lugares que ha llegado hasta la Comisión Europea a través de la pregunta E-2218/01, de 24 de julio, en la que se hacía mención que solo en Bucarest, Rumanía, vagabundean unos 100.000 perros en jaurías» (Pérez Monguió, 2005: 338). Aunque el problema no parezca ser de tal magnitud en España, el informe anual de 2019 de la Fundación Affinity, con los datos extraídos del Estudio sobre Abandono y Adopción de Animales de Compañía del año 2018, revela que 138.000 perros y gatos fueron recogidos por entidades protectoras durante 2018. El 91 % de la calle. Estos datos sitúan a España como uno de los primeros países en la lista de abandono de perros y gatos. Se trata, por tanto, de un problema no teórico, sino real<sup>11</sup>, y de repercusiones obvias sobre la seguridad ciudadana<sup>12</sup>. Y es que, como explica Pérez Monguió, los animales abandonados «con el transcurso de los días se vuelven desconfiados y en algunos casos agresivos, provocando altercados con otros animales y con personas» (Pérez Monguió, 2005: 339). Estos altercados resultan cuantitativa y cualitativamente más graves en caso de que los animales abandonados sean potencialmente peligrosos<sup>13</sup>. Es en este tipo de abandono, por tanto, y no en otro, en el que debe centrarse el régimen sancionador de la LOPSC.

Por este motivo, creo que sería necesario modificar la letra del precepto o, al menos, realizar una interpretación correctora del mismo, en el sentido de que únicamente se sancionen en su virtud aquellos abandonos físicos que se produzcan en espacios públicos o privados de uso público o en condiciones que permitan al animal acceder a dichos espacios. Esto no resultaría ni siquiera incompatible con la literalidad del precepto, pues dichos abandonos siempre supondrán un peligro para la vida del animal. Por el contrario, las demás clases de abandonos (físicos en lugares estrictamente privados o asistenciales) no deberían ser subsumibles en el tipo del art. 37.16 LOPSC –independientemente de la interpretación que se hiciera del mismo– por no afectar a la seguridad ciudadana (ni a la moralidad pública).

### 3. SU RELACIÓN CON EL DELITO DE ABANDONO DE ANIMALES DOMÉSTICOS PREVISTO EN EL ART. 337 BIS CP

El art. 337 bis CP prevé como delito el abandono de un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad. La diferencia fundamental que existe entre este precepto penal y el art. 37.16 LOPSC radica en el bien jurídico protegido por los mismos. Según la doctrina penalista, el bien jurídico protegido por el art. 337 bis CP es «primariamente el animal y de modo secundario, los intereses generales, encarnados, en este caso, en los sentimientos de piedad que la sociedad tiene frente a las situaciones que

<sup>10</sup> Esto ni siquiera sería relevante a efectos de moralidad pública, pues la conducta no tendría trascendencia externa. Tal conducta sí que resultaría reprochable en el ámbito penal, donde el bien jurídico protegido son los propios animales domésticos y los intereses generales que se ven perjudicados con su abandono. Por eso, son numerosas las condenas a personas por abandonar animales en el interior de su vivienda. Vid., entre otras, la SAP de Barcelona n.º 343/2019, de 24 de mayo (JUR\2019\209381) y la SAP de Valencia n.º 24/2020, de 20 de enero (JUR\2020\53723).

<sup>11</sup> Y lo lleva siendo mucho tiempo (CASTRO ÁLVAREZ, 2019: 190-193). Es, por ello, que el Parlamento Europeo en su Resolución de 21 de enero de 1994, sobre el Bienestar y el Estatuto de los Animales, solicitó a los Estados miembros que aprobasen normas que previnieran el fenómeno del vagabundeo (PÉREZ MONGUIÓ, 2005: 338).

<sup>12</sup> No solo sobre la seguridad ciudadana, sino, también, sobre la sanidad e higiene públicas, la seguridad vial e incluso el medio ambiente, pues el abandono de ciertas especies que en los últimos tiempos se han adquirido como mascotas puede causar desequilibrios ambientales. Es el problema relativo a las especies invasoras. En cualquier caso, como las repercusiones del abandono sobre todos estos ámbitos son tan perniciosas, para tratar de evitarlas, tradicionalmente los Ayuntamientos vienen gestionando, directa o indirectamente, el servicio público de recogida de animales abandonados.

<sup>13</sup> Aunque si lo que se abandona es un animal potencialmente peligroso al autor del abandono se le puede sancionar bien por abandono, bien por dejar suelto un animal fiero o dañino.

suponen maltrato o peligro para los animales domésticos» (Gómez Tomillo, 2015: 191). En el art. 37.16 LOPSC, como se estudió antes, el bien jurídico protegido es –o debe ser– la seguridad ciudadana, aunque con ello también puedan resultar tutelados de forma indirecta o refleja los propios animales o la moralidad pública que podría sufrir un perjuicio con su abandono. Precisamente, por ello, como luego explicaré, creo que no puede sostenerse que el art. 337 bis CP pueda solaparse o concurrir con el art. 37.16 LOPSC, pues son dos normas punitivas, una penal y otra administrativa sancionadora, con fundamentos totalmente distintos y que, por tanto, tipifican ilícitos diferentes.

Otra diferencia que, según creo, cabrá apreciar entre los dos preceptos, y que deriva de la anterior, consiste en que el abandono perseguido por el art. 337 bis CP será el que se produzca en condiciones peligrosas para la vida o la integridad del animal, siendo indiferente que sea un abandono físico o asistencial o que se produzca en espacios públicos o privados. Por eso, los Tribunales han condenado por el delito previsto en el actual art. 337 bis CP (y por la antigua falta del art. 631.2 CP) a los sujetos responsables de abandonar asistencialmente a animales en el interior de su vivienda<sup>14</sup>, pero no a los que, aun abandonándolos, no hayan puesto con ello en peligro su vida o integridad<sup>15</sup>.

#### 4. SU RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES DE ABANDONO DE LAS LEYES AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN ANIMAL

Todas las CC.AA han aprobado una Ley propia de protección animal. Se trata de normas que suelen establecer, entre otras cosas, prohibiciones de conductas que suponen maltrato, abandono o tenencia de animales sin reunir las condiciones higiénico-sanitarias que sean necesarias para garantizar su vida y salud, así como obligaciones censales, para que la Administración pueda controlar el número de animales domésticos existentes y la identificación de sus dueños<sup>16</sup>. Pero, además de prohibir el abandono de animales domésticos, todas esas Leyes, y esto es lo que importa a nuestros efectos, lo tipifican como una infracción administrativa<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> La SAP de Barcelona n.º 343/2019, de 24 de mayo (JUR\2019\209381), confirmó la condena a la recurrente como autora criminalmente responsable del delito leve de abandono de animales domésticos del art. 337 bis CP. Y lo hizo porque constaba como hecho probado que abandonó su vivienda dejando en su interior a dos perros encerrados en el pasillo, los cuales fueron hallados en condiciones higiénicas lamentables, cubiertos de heces, desnutridos y con parásitos. La Audiencia consideró que la recurrente era criminalmente responsable por ser la propietaria de los perros y la persona que tenía la responsabilidad de atenderlos y no dejarlos en situación de abandono. De forma similar se ha pronunciado la SAP de Valencia n.º 24/2020, de 20 de enero (JUR\2020\53723).

<sup>15</sup> La SAP de Navarra n.º 213/2018, de 14 de septiembre (JUR\2018\315104), absolvió al recurrente del delito leve de abandono del art. 337 bis CP por no quedar probado que el abandono del burro hubiese puesto en peligro su vida o integridad física. Según la Audiencia Provincial, no resultó probado «que la omisión de la atención al mismo por parte del acusado constituyera un abandono que hubiese puesto en peligro su vida o integridad física». De forma parecida, la SAP de Lleida n.º 97/2008, de 6 de marzo (JUR\2008\143151), consideró que no podía condenarse a doña Dolores como autora de la falta del art. 631.2 CP por no resultar probado que con su conducta pusiera de forma objetiva en peligro la vida de los gatos que tenía en su casa, presuntamente abandonados y en condiciones poco higiénicas.

<sup>16</sup> Son normas que provienen, en su mayoría, de ordenanzas municipales anteriores, por lo que han conseguido solucionar el problema de la dejadez de muchos Ayuntamientos (MUÑOZ MACHADO, 1999: 94-99).

<sup>17</sup> El abandono está tipificado como infracción muy grave en el art. 38 b) de la Ley andaluza 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales; en el art. 28.4 d) de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de protección de los animales de compañía de Castilla y León; en el art. 25.3 c) de la Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalidad Valenciana, sobre protección de los animales de compañía; en el art. 24.3 d) de la Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales de Canarias; en el art. 29 c) de la Ley 4/2016, de 22 de julio, de protección de los animales de compañía de la Comunidad de Madrid; en el art. 38.3 d) de la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia; en el art. 26.3 e) de la Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de protección de los animales de compañía en Navarra; en el art. 27.3 b) de la Ley vasca 6/1993, de 29 de octubre, de protección de los animales; y en el art. 55.5) de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Y como infracción grave en el art. 69.5) de la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal en la Comunidad Autónoma de Aragón; en el art. 42 k) de la Ley asturiana 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales; en el art. 47.4) de la Ley cántabra 3/1992, de 18 de marzo, de protección de los animales; en el art. 25.2 b) de la Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de protección de los animales domésticos de Castilla-La Mancha; en el art. 32.3 b) de la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura; y en el art. 39 g) de la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia. Asimismo, es tipificado como infracción grave (art. 46.2 e) o muy grave (art. 46.3 a), según el abandono sea reiterado o no, masivo o individualizado, en la Ley 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano de las Islas Baleares; y como infracción grave (art. 44.3 v) o muy grave (art. 44.4 c), según si el abandono se realiza en condiciones que puedan conllevar riesgos o daños para el animal o no, en el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de protección de los animales de Cataluña.

Las distintas CC.AA han ido aprobando esas Leyes esgrimiendo competencias sobre diferentes materias<sup>18</sup>. Mayoritariamente se ha optado por fundamentar la aprobación de dichas leyes de protección animal en las competencias autonómicas en materia de agricultura y ganadería (art. 148.1.7.ª CE) y de medio ambiente (arts. 148.1.7.ª y 149.1.23.ª CE). Pero la finalidad de esas leyes no es otra que garantizar la protección y, en ciertos casos, el bienestar animal. Por este motivo, algunos Estatutos de Autonomía han incluido expresamente dentro de la competencia en agricultura y ganadería o vinculada a la misma la competencia en materia de protección y bienestar animal (es el caso de los EE.AA de Cataluña, Andalucía y Canarias)<sup>19</sup>. Lo cual es perfectamente posible pues la CE, a diferencia de la de otros países, no ha previsto expresamente una competencia estatal en materia de bienestar o protección animal<sup>20</sup>.

Precisamente, por esto, porque ya existen diecisiete leyes autonómicas de protección animal, creo que no tendría sentido alguno sostener que el objetivo del art. 37.16 LOPSC es tutelar a los animales. La diferencia principal que, por tanto, creo que debe predicarse entre ambos tipos de infracciones –del art. 37.16 LOPSC y de los tipos autonómicos– es la relativa al bien jurídico protegido: mientras que las leyes autonómicas de protección animal se encargan de proteger a los animales, la LOPSC se encarga de salvaguardar la seguridad ciudadana. Y, conforme a ello, las leyes autonómicas de protección animal deben castigar todo tipo de abandono en la medida en que pueda resultar perjudicial para la vida e integridad de los animales; mientras que la LOPSC debe ceñirse a castigar el abandono de animales domésticos con trascendencia para la seguridad ciudadana, es decir, aquel abandono físico que se produce en espacios públicos o privados de uso público o en condiciones que permiten al animal acceder a dichos lugares, el cual, además, también suele conllevar un peligro para los propios animales.

Por último, quisiera llamar la atención sobre dos similitudes que existen entre ambos ilícitos (la infracción del art. 37.16 LOPSC y las infracciones autonómicas de abandono animal). En primer lugar, que en ambos casos se trata de infracciones de peligro, por lo que ninguna de ellas requiere un resultado para entenderse consumadas: la infracción autonómica se consuma con el abandono que, de por sí, pone en peligro la integridad del animal, y la infracción de la LOPSC lo hace con el abandono en espacios públicos o privados de uso público, que, en sí mismo, conlleva un peligro para la seguridad ciudadana. No es necesario, por tanto, ni que el animal sufra daños efectivos (en el caso de la infracción autonómica) ni que las personas o bienes resulten lesionados por el vagabundeo del animal (en el supuesto de la infracción estatal)<sup>21</sup>. Y, en segundo lugar, que ambas infracciones pueden cometerse tanto con dolo como con culpa, pues así parece deducirse de los preceptos y así lo permite el art. 28.1 LRJSP. Precisamente, en esto último radica la diferencia entre estas infracciones y el delito de abandono del art. 337 bis CP, que solo admite la comisión dolosa<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en el caso de Andalucía, el Preámbulo de la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, alude a las competencias en sanidad e higiene, cultura, ocio y espectáculos. El Preámbulo de la Ley aragonesa se refiere, sin embargo, a las competencias autonómicas en ganadería, agricultura y medio ambiente. La Ley asturiana 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales, por su parte, se dictó con base en la competencia en materia de ganadería y agricultura. La Ley balear 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano, alude a las competencias autonómicas en ganadería y promoción de la adecuada utilización del ocio. Y la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia, hace referencia exclusivamente a la competencia autonómica en materia medioambiental.

<sup>19</sup> La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su art. 116.1, atribuye a la *Generalitat* la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería, la cual incluye la protección de los animales (apartado d). La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce a la Comunidad Autónoma andaluza en su art. 48.1 la competencia exclusiva en materia de agricultura, ganadería y desarrollo rural, y en su art. 48.3 la competencia exclusiva en bienestar animal. Y la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias prevé en su art. 130.1 que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería, la cual incluye la protección y el bienestar de los animales (apartado e).

<sup>20</sup> Como sí hace, por ejemplo, la Constitución alemana en su art. 74.1.20. En materia de protección animal la Federación tiene la competencia legislativa, en la medida que sea necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica (art. 72.2), teniendo los Länder la facultad de legislar sobre esta materia mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa (art. 72.1).

<sup>21</sup> Este adelantamiento de las barreras de la protección y de la punibilidad es característico del Derecho Administrativo sancionador. La mayoría de las infracciones tipificadas son de peligro y para entenderlas cometidas y castigarlas no es necesario que se cause un daño real y efectivo, sino que basta con que se lleven a cabo conductas que sean peligrosas para determinados bienes jurídicos. En este sentido, Cano Campos explica que el Derecho Administrativo sancionador castiga «ilícitos que, en sí mismos y por sí sólo considerados, tienen baja intensidad, pero cuya multiplicación, desde una perspectiva sistémica, resultaría perturbadora para el éxito de determinados modelos o políticas sectoriales de intervención de los poderes públicos» (CANO CAMPOS, 2018: 18).

<sup>22</sup> Como consecuencia de esta diferencia, y dado que el delito del art. 337 bis CP protege el mismo bien jurídico que los tipos de abandono de las leyes autonómicas de protección animal, es por lo que las conductas de abandono que se encuentran al límite entre el dolo eventual y la imprudencia, y que pueden resultar impunes penalmente si finalmente se consideran imprudentes, pueden ser

## 5. SU RELACIÓN CON LAS INFRACCIONES DE ABANDONO DE LAS ORDENANZAS DE CONVIVENCIA CIUDADANA Y DE PROTECCIÓN ANIMAL

Muchos municipios han aprobado ordenanzas de convivencia ciudadana en las que a veces han tipificado como infracción el abandono de animales domésticos. En estos casos, podría pensarse que se hace así por las graves repercusiones que dicho ilícito puede provocar sobre la seguridad y la convivencia de los ciudadanos. Pero en ocasiones lo que la ordenanza verdaderamente protege al tipificar el abandono es el bienestar animal. Los dos ejemplos los tenemos en la ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Granada<sup>23</sup>. Su art. 151 tipifica como infracción «abandonar un animal potencialmente peligroso» y «dejar suelto un animal potencialmente peligroso o no haber adoptado las medidas necesarias para evitar su huida o su pérdida». Resulta claro que el precepto persigue, en este punto, garantizar la seguridad y convivencia ciudadanas. Pero también tipifica en otro apartado como infracción «abandonar animales, cuando el abandono se realice de manera que pueda causarles daños graves» y «mantener los animales sin la alimentación necesaria o en instalaciones inadecuadas desde el punto de vista higienicosanitario, de bienestar animal y de seguridad, cuando los riesgos para los animales sean muy graves». Con la previsión de estos ilícitos claramente se persigue proteger un bien distinto, que no es otro que el bienestar o la protección animal<sup>24</sup>.

Donde queda aún más claro que la única preocupación es la protección del animal es en las ordenanzas reguladoras de la tenencia de animales que tipifican como infracción el mero abandono de animales domésticos y no establecen ninguna condición adicional que haga pensar que lo relevante sea que el abandono se produzca en la vía pública o que el animal abandonado pueda causar desórdenes públicos<sup>25</sup>. La mayoría de los municipios cuenta con una ordenanza de este tipo<sup>26</sup> (al igual que las CC.AA tienen una ley de protección animal). Y ello a pesar de que muchos de ellos también han aprobado una ordenanza reguladora de la convivencia ciudadana. Esto último parece confirmar que, en efecto, el bien jurídico protegido por los tipos de abandono de las ordenanzas reguladoras de la tenencia de animales es la protección animal y no la seguridad ciudadana, pues si no fuera así no se entiende por qué la infracción se tipifica en dichas ordenanzas y no en las de convivencia.

Sin embargo, excepcionalmente, algunas ordenanzas de protección animal tipifican ciertas infracciones con el claro objetivo de salvaguardar la seguridad ciudadana. Es el caso de la Ordenanza de Ávila sobre animales de compañía, que, aunque tipifica el abandono de animales en general (art. 81 b), también tipifica de forma específica el abandono de animales peligrosos (art. 77.1 a); lo que permite deducir que, mientras el primer precepto salvaguarda a los animales en sí mismos, el segundo trata de proteger la seguridad

---

castigadas en vía administrativa en virtud de dicha legislación autonómica. Es lo que debería ocurrir en los casos en que un sujeto deja a un animal encerrado en un vehículo al sol mientras se ausenta durante algunas horas, pues de un tiempo a esta parte la conducta se ha considerado impune penalmente por ser imprudente. Gómez Tomillo explica que dicha conducta no se ha venido considerando ni abandono ni maltrato porque ambos delitos exigen, como mínimo, dolo eventual (GÓMEZ TOMILLO, 2015: 185 y 195).

<sup>23</sup> También en la Ordenanza de seguridad y convivencia ciudadana de Murcia, que tipifica, por una parte, una infracción de abandono de animales que parece preocuparse por la propia integridad de los animales (art. 134.5) y, por otra parte, una infracción de abandono de animales potencialmente peligrosos, que, por el contrario, parece salvaguardar la seguridad ciudadana (art. 136.1 a).

<sup>24</sup> Lo mismo ocurre con la Ordenanza sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de las conductas antisociales de León, cuyo art. 23 h) tipifica como infracción grave «cualquier conducta de maltrato, menosprecio o trato degradante hacia los animales, especialmente de los de compañía» y con la Ordenanza municipal de medidas para el fomento y garantía de la convivencia ciudadana en los espacios públicos de Sevilla, que tipifica como infracción grave en su art. 40.3 b) el maltrato animal. El bien jurídico protegido en ambos preceptos parece ser el bienestar animal.

<sup>25</sup> En el caso de Barcelona resulta aún más evidente que con la tipificación del abandono como infracción en la *Ordenança sobre la protecció, la tinença i la venda d'animals* se persigue proteger el bienestar animal, pues la gravedad de la infracción varía en función del riesgo en que se coloque al animal con el abandono.

<sup>26</sup> Sin ánimo de exhaustividad, el art. 37 c) de la Ordenanza reguladora de la tenencia y protección de los animales de Madrid tipifica como infracción muy grave en su apartado 2 el abandono de cualquier animal. Lo mismo hace la Ordenanza municipal de Málaga de bienestar, protección y tenencia responsable de los animales en su art. 41.1.2. El art. 33.2 c) de la Ordenanza municipal de A Coruña para la protección y tenencia de animales tipifica como infracción grave el abandono de animales. La Ordenanza de Algeciras para la protección y tenencia de animales tipifica como infracción muy grave en su art. 59 el abandono de animales mediante remisión a la Ley andaluza de protección animal. La Ordenanza reguladora de la tenencia y protección de animales en el término municipal de Bilbao considera una infracción muy grave el abandono de un animal doméstico (art. 25.3 b). E igualmente hace la Ordenanza de Cáceres reguladora de la tenencia y circulación de animales en su art. 75.3 d). En el caso de Benalmádena, su Ordenanza de convivencia ciudadana tipifica algunas infracciones relacionadas con animales, pero la conducta concreta de abandono se tipifica como infracción muy grave en la ordenanza reguladora de protección, bienestar, tenencia responsable de animales y animales potencialmente peligrosos (art. 42.1).



ciudadana. También es el caso de las ordenanzas de Barcelona, de Benalmádena y de Cuenca<sup>27</sup>. Algunas ordenanzas reguladoras de la tenencia de animales incluso tipifican infracciones más propias de ordenanzas de convivencia ciudadana, pues tienen como objetivo, no la regulación de la tenencia de los animales y su protección, sino la conservación del espacio público y la garantía de la seguridad y la convivencia ciudadanas. Es lo que ocurre con la Ordenanza municipal sobre tenencia de animales de compañía, animales potencialmente peligrosos y sobre el servicio municipal de recogida de animales de Castellón, cuyo art. 60 A) tipifica como infracción leve en su primer apartado «no adoptar las medidas oportunas para impedir que los animales de compañía ensucien las vías o los espacios públicos». Obviamente, tiene sentido que esta infracción aparezca tipificada en una ordenanza municipal reguladora de la tenencia de animales, pero no por ello el bien jurídico protegido con la misma es necesariamente la protección animal. En este caso, como digo, es claramente la convivencia ciudadana y la higiene pública.

Lo que hay que concluir de este somero análisis de las ordenanzas municipales de convivencia ciudadana y de protección animal es que lo más importante no es en qué norma municipal se tipifica el abandono como infracción administrativa, sino la redacción del precepto concreto, que es la que determina cuál es el bien jurídico realmente protegido en cada caso. Si se tipifica, sin más, como infracción el abandono de animales domésticos, creo que habrá que concluir que el bien jurídico protegido es el bienestar o la protección animal. Pero si, por el contrario, se tipifica como infracción dejar sueltos o abandonar animales en condiciones de causar daños, entonces habrá que concluir que lo que se protege no es al animal en sí, sino la seguridad ciudadana. Precisamente por ello es por lo que definiendo que la infracción de abandono de animales domésticos del art. 37.16 LOPSC debería haberse redactado de otra forma.

## 6. LA POSIBLE CONCURRENCIA DE NORMAS PUNITIVAS Y DE INFRACCIONES SOBRE ABANDONO DE ANIMALES DOMÉSTICOS

### 6.1. Distinción entre concursos de normas punitivas y de ilícitos

La garantía *non bis in idem* prohíbe la imposición de dos castigos por un mismo hecho<sup>28</sup>. Pero, en realidad, no están prohibidos todos los casos de doble castigo. En verdad, lo que únicamente impide es que se impongan dos castigos por los mismos hechos, a la misma persona y con idéntico fundamento<sup>29</sup>. Lo refleja así el art. 31.1 LRJSP: «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Se requiere, por tanto, una triple identidad de sujeto, hecho y bien protegido por la norma.

La identidad de fundamento, explica Cano Campos, «alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones» (Cano Campos, 2001: 195). Por lo que el autor manifiesta que la aplicación de la garantía *non bis in idem* no parte del hecho en sí, sino del ilícito, es decir, del hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. De modo que lo que se impide con ella es que se castigue a un sujeto dos veces por una única vulneración del ordenamiento jurídico. Con independencia de que los castigos aplicables sean penales, administrativos o uno penal y otro administrativo. Es, por ello, que esta garantía constitucional únicamente resulta aplicable en los casos de concurrencia de normas, pero no en los de concurso de infracciones. Veamos con un poco de más detenimiento en qué se diferencian ambas categorías de concursos.

El concurso de normas punitivas se produce cuando un determinado comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras, o lo que es lo mismo, cuando dos o más normas sancio-

<sup>27</sup> La Ordenanza sobre la protección, la tenencia y la venta de animales de Barcelona tipifica como infracción, por una parte, el abandono de animales (51.2 b y 51.3 r) y, por otra parte, el abandono de animales peligrosos (art. 53.2 a); la ordenanza municipal de Benalmádena reguladora de la protección, el bienestar y la tenencia responsable de animales tipifica como infracción el abandono de animales (art. 42.1) y dejar sueltos animales peligrosos (art. 42.2); y la ordenanza municipal de medio ambiente de Cuenca tipifica como infracción en su art. 294 el abandono de animales, en su art. 312 abandonar un animal potencialmente peligroso y en su art. 313 dejar suelto a un animal potencialmente peligroso.

<sup>28</sup> La garantía *non bis in idem* no aparece consagrada expresamente en la Constitución, pero el TC la considera implícita en el art. 25.1 CE por la estrecha vinculación que guarda con el principio de legalidad punitiva y, en especial, con el de tipicidad allí consagrados (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2010a: 390-391).

<sup>29</sup> Alarcón Sotomayor explica que «La garantía *non bis in idem* impide sancionar aquello que sea igual a lo ya sancionado previamente; y “lo igual” o “lo mismo” existe cuando se da la referida triple identidad» (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2008: 41).

nadoras tipifican el mismo ilícito<sup>30</sup>. La doctrina se refiere a este concurso como aparente y no real porque «finalmente sólo una de las normas podrá aplicarse en el caso concreto» (Alarcón Sotomayor, 2008: 54). Puesto que, como digo, es en estos supuestos donde entra en juego la garantía *non bis in idem*, que exige elegir una única norma aplicable, pues dicha norma ya absorbe todo el desvalor del hecho contemplado por la otra y si se aplicaran todas las normas sancionadoras «lo que es único sería tratado y castigado como plural» (Cano Campos, 2018: 136). Para elegir la norma aplicable en cada caso, habrá que proceder de la siguiente manera:

- Si una norma es penal y otra es administrativa, prevalece la norma penal. Esta solución, según ha manifestado el TC, la impone la propia CE en su art. 25, del que se deduce la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial dada la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal (Alarcón Sotomayor 2010b: 395-396; Alarcón Sotomayor, 2008: 89-90). Por eso, si durante la tramitación de un procedimiento sancionador, la Administración sospecha que la conducta constitutiva de infracción administrativa puede ser también delito, debe suspender el procedimiento, comunicar el hecho a las autoridades judiciales y esperar la sentencia penal<sup>31</sup>. Así lo declara en el sector específico de la seguridad ciudadana el art. 45.2 LOPSC<sup>32</sup>. Si la sentencia condena el hecho, la Administración ya no puede hacer nada. Pero si la sentencia declara que el hecho no es constitutivo de delito, entonces la Administración podrá, en ciertos casos y respetando siempre la declaración de hechos probados de la sentencia penal (art. 77.4 LPAC), continuar la tramitación del procedimiento e imponer la sanción que corresponda. Esto último también lo prevé la LOPSC en su art. 45.3<sup>33</sup>.
- Si las dos normas sancionadoras son administrativas, como no existe ninguna regla en la LRJSP que establezca cuál es la prevalente con carácter general, la doctrina ha propuesto seguir las reglas del art. 8 CP (Nieto García, 2005: 517; Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, 2005: 632; Cano Campos, 2018: 138; Alarcón Sotomayor, 2008: 84-85). Lo mismo ha sugerido en ocasiones la jurisprudencia<sup>34</sup>. Algunas leyes sectoriales han establecido estas reglas expresamente. Lo ha hecho, por ejemplo, el art. 31.1 LOPSC que, en caso de concurrencia de normas administrativas sancionadoras (dos de la propia LOPSC o de la LOPSC y de otra ley diferente) ha declarado aplicables la regla de la especialidad, en su defecto, la regla de la consunción y, finalmente, la regla in dubio pro gravissima poena. Estas reglas son las mismas que recoge el art. 8 CP.

Por lo que se refiere al concurso de infracciones, puede tener lugar en varios casos. El más común es cuando con varios hechos se cometen varios ilícitos distintos (concurso real). Pero también se produce cuando una infracción es medio para cometer otra diferente (concurso medial) y cuando con un mismo hecho se cometen varios ilícitos porque se vulnera varias veces el mismo o distinto bien jurídico (concurso ideal)<sup>35</sup>. En ninguno de estos casos resulta de aplicación la garantía *non bis in idem*, pues no concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (Alarcón Sotomayor, 2010b: 374). Antes, al contrario, en todos ellos, al aplicar varias normas sancionadoras «no hay un tratamiento plural de lo que es único, sino un tratamiento plural de lo vario o desigual» (Cano Campos, 2018: 139). En ocasiones, se tratará de hechos diferentes (concurso real) y en otras ocasiones el mismo hecho lesionará o pondrá en peligro diferentes bienes jurídicos (concurso ideal

<sup>30</sup> El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el concurso de normas punitivas como la situación que acontece cuando dos normas (penales, administrativas o una penal y otra administrativa) tipifican el mismo ilícito o ilícitos similares, pero de modo que el previsto por una de ellas absorbe o consume completamente el desvalor del contemplado por la otra. Disponible en versión electrónica en: <https://dej.rae.es/>.

<sup>31</sup> Esta necesidad de suspensión del procedimiento administrativo sancionador ha sido incluso calificada en alguna ocasión como principio general del Derecho por el Tribunal Supremo (STS de 23 de enero de 2004, RJ 2004\563).

<sup>32</sup> Art. 45.2 LOPSC: «En los supuestos en que las conductas pudieran ser constitutivas de delito, el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que de otro modo ponga fin al procedimiento penal, o el Ministerio Fiscal no acuerde la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción. La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano administrativo la resolución o acuerdo que hubieran adoptado».

<sup>33</sup> Art. 45.3 LOPSC: «De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano administrativo quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial».

<sup>34</sup> Vid. entre otras, la STS de 8 de marzo de 2002 (RJ 2002\3406) y la STS de 1 de junio de 2000 (RJ 2000\7058).

<sup>35</sup> El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el concurso de infracciones como la concurrencia de dos o más ilícitos diferentes, penales, administrativos o penales y administrativos. Disponible en versión electrónica en: <https://dej.rae.es/>.

y concurso medial). En el Derecho Penal, en el caso del concurso real lo que procede es imponer los castigos que correspondan en función de los delitos cometidos (art. 73 CP); mientras que en el concurso medial y en el concurso ideal procede aplicar la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, sin que la misma pueda superar la pena que correspondería si los delitos se hubieran castigado de forma separada (art. 77 CP). Sin embargo, en el Derecho Administrativo sancionador no existe una regulación general y completa de los concursos de infracciones. El art. 29 LRSJP solo contempla la regla a aplicar en el concurso medial (imposición de la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida), pero no establece cómo proceder en caso de concurso real o ideal, por lo que podrían aplicarse analógicamente las reglas del CP, salvo que una ley sectorial dispusiera otra cosa. Por lo que respecta a la LOPSC, sí ha abordado la regulación de los concursos de infracciones, pero lo ha hecho de forma incompleta pues solo ofrece una solución para los concursos ideal y medial en su art. 31.2: «En el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra, la conducta será sancionada por aquella infracción que aplique una mayor sanción»<sup>36</sup>. Como vemos, prevé una regla parecida a la prevista en el art. 77 CP, pero no idéntica, pues, por una parte, exige aplicar la infracción que conlleve una mayor sanción en lugar de la sanción prevista para la infracción más grave; y, por otra parte, no exige que la sanción se imponga en su mitad superior. A pesar de ello, puede llegarse a la misma solución: en primer lugar, porque en casi todos los casos la infracción que conlleve una mayor sanción será la infracción más grave (al menos cuando las sanciones que se comparan son de la misma ley); y, en segundo lugar, porque a través del juicio de reprochabilidad, la Administración debe tener en cuenta como criterio de agravación de la sanción a imponer que una de las infracciones va a quedar impune (Izquierdo Carrasco, 2001: 234)<sup>37</sup>.

En cualquier caso, lo que debe tenerse en cuenta es que estas reglas aplicables a los concursos de infracciones no se basan en el principio *non bis in idem*, sino que han sido previstas por el legislador –en el CP o en normas administrativas sancionadoras– para «suavizar o dulcificar esa regla general en los casos en que la simple suma aritmética de todos los castigos procedentes entrañe un mal desproporcionado, por excesivo, a la gravedad real de la conducta infractora apreciada en su conjunto» (Alarcón Sotomayor, 2008: 30-31) y, por tanto, con fundamento en el principio de proporcionalidad.

Explicado todo lo anterior, procede analizar el art. 37.16 LOPSC y su posible concurrencia con el art. 337 bis CP y los preceptos que tipifican el abandono en las leyes autonómicas de protección animal y en las ordenanzas de convivencia ciudadana o de protección animal. En estos casos, ¿se producen concursos de normas o de infracciones? ¿Qué solución procede en cada caso? Trataré de dar respuesta en los siguientes epígrafes.

## 6.2. El art. 37.16 LOPSC y el art. 337 bis CP

Dada la literalidad del art. 37.16 LOPSC, que en este punto –como en muchos otros– lo que ha hecho ha sido reproducir la antigua falta del art. 631.2 CP, sin percatarse de que quizás una ley de seguridad ciudadana no debiera tener tal formulación (por todo lo que anteriormente he explicado), cierto sector de la doctrina considera que tanto este precepto de la LOPSC como el art. 337 bis CP protegen el mismo bien jurídico, pues ambos parecen proteger a los propios animales y su bienestar y a los intereses generales que se ven perjudicados en caso de abandono. Y, conforme a ello, afirma que se produce un concurso de normas punitivas y que resultará de aplicación una u otra en función de la gravedad de la conducta<sup>38</sup>, pues

<sup>36</sup> La LOPSC/92, a diferencia de la LOPSC actual, establecía como regla que la imposición de una pena excluía en todo caso la sanción administrativa, sin exigir que hubiera identidad de sujeto, hecho y fundamento. Su art. 32.1 era tajante al respecto: «No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos». De ese modo, se excluía la sanción administrativa no solo cuando se producía un concurso de normas penal y administrativa sancionadora sino, también, cuando se producía un concurso de delito e infracción. La LOPSC actual, por el contrario, exige la triple identidad para que una pena excluya una sanción administrativa. Y lo hace afirmando en su art. 45.1 que «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento». Esta última regla es más coherente, pues la que establecía la LOPSC/92 y todavía establecen algunas leyes sectoriales conlleva que «algunas conductas merecedoras de un castigo en vía administrativa queden parcialmente impunes por haber recaído sobre ellas una pena judicial que, sin embargo, no ha agotado todo el reproche que merecen» (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2010a: 406).

<sup>37</sup> Aunque realmente, podría sostenerse, como hace Alarcón Sotomayor, que «esas reglas especiales [aplicables a los concursos de infracciones] no suponen que no se sancione cada una de las infracciones en concurso, sino solo que se castiguen de una forma más suave por entender que así se conseguirá un castigo más proporcionado» (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2010a: 404).

<sup>38</sup> En este sentido se han pronunciado algunos penalistas, como Blanco Cordero, que cree conveniente «entender que cuando el riesgo sea leve o menos grave, la conducta debe ser considerada una infracción administrativa, y reservar exclusivamente para el delito los riesgos graves para la vida o la integridad del animal (*ultima ratio*)» (GÓMEZ TOMILLO, 2015: 190). Parece, por tanto, que Blanco

la aplicación simultánea de ambas vulneraría la garantía *non bis in idem*. Siguiendo a esta doctrina, y dada la regla de la preferencia de la vía penal, si la Administración sospechara que la conducta constitutiva de infracción administrativa también podría ser constitutiva de delito, debería suspender el procedimiento administrativo sancionador o no iniciarlo y pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial para que decidiera al respecto (art. 45.2 LOPSC), pues de lo contrario, si siguiera adelante y llegara a sancionar podría vulnerar la garantía *non bis in idem* y, con ello, un derecho fundamental del inculpado<sup>39</sup>. Solo en el caso de una sentencia absolutoria –que no declarase la inexistencia de los hechos o la falta de participación del sujeto– podría la Administración continuar o iniciar el procedimiento sancionador con posterioridad (art. 45.3 LOPSC).

Sin embargo, como vengo defendiendo, creo que podría sostenerse que el bien jurídico protegido por el art. 37.16 LOPSC es otro. A mi modo de ver, lo más correcto sería considerar que el precepto de la LOPSC, a pesar de su literalidad, salvaguarda la seguridad ciudadana –por el peligro que para ella supone el abandono de animales y su posterior vagabundeo– y que el precepto penal protege al animal y su integridad y a los intereses generales que se ven perjudicados ante su abandono. Conforme a esta tesis, ambos preceptos tipificarían ilícitos distintos, por lo que no se produciría un concurso de normas, sino un concurso de infracciones; en concreto, podría tratarse de un concurso ideal. Como consecuencia, la garantía *non bis in idem* no entraría en juego y no resultaría imposible aplicar ambos preceptos de forma simultánea para castigar al sujeto que abandona a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad y poniendo con ello en riesgo la seguridad ciudadana<sup>40</sup>. Pero quizás lo procedente sería suavizar la regla de acumulación de castigos de alguna manera. Sin embargo, el legislador no ha previsto ninguna matización a dicha regla para los supuestos en que concurra un delito y una infracción administrativa. ¿Sería posible aplicar el art. 77.2 CP o el art. 31.2 LOPSC para ello? No tengo claro que las soluciones previstas en dichos preceptos sean aplicables a un concurso de delito e infracción. Claramente la regla prevista en el art. 77.2 CP es aplicable solo a los concursos de delitos. Y seguramente la regla del art. 31.2 LOPSC solo resulte de aplicación respecto a los concursos de infracciones administrativas de la propia LOPSC (ni siquiera parece aplicable a los concursos de infracciones de la LOPSC y de otra ley, tal y como ocurre con el art. 31.1 LOPSC, que se declara aplicable a los concursos de normas de la propia LOPSC o de la LOPSC y de otra ley distinta). Pero si pudiera utilizarse la solución del art. 77.2 CP (imposición de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior), surgirían dos problemas. El primero es el de la comparación de ilícitos que son heterogéneos (delito e infracción administrativa). Aunque en este caso concreto puede solucionarse fácilmente pues parece que claramente es más grave el ilícito penal (delito leve) que el ilícito administrativo (infracción leve). El segundo problema es el relativo a la competencia para castigar, pues si finalmente puede concluirse que una de las infracciones es más grave que la otra, uno de los órganos debe abstenerse de ejercer la potestad sancionadora y remitir el expediente a aquel que es competente para aplicar la norma que prevé la infracción más grave. Como consecuencia, lo que procede en este caso es que la Administración suspenda o no incoe el procedimiento administrativo sancionador hasta que se pronuncie la autoridad judicial, pues «la jurisprudencia más reciente viene declarando que el deber de no tramitar el procedimiento administrativo sancionador nace aun cuando no se trate ni del mismo sujeto ni del mismo fundamento jurídico, con tal de que concurra el mismo hecho» (Alarcón Sotomayor, 2010b: 401). Esta aparente contradicción es justificada por la doctrina, que explica que lo que esto pone de manifiesto es que el deber de no tramitar el procedimiento sancionador no es tanto un instrumento para garantizar el *non bis in idem* material, sino para asegurar la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados por la sentencia penal en el procedimiento sancionador ulterior (Alarcón Sotomayor, 2010b: 403; Alarcón Sotomayor, 2008: 100)<sup>41</sup>.

---

Cordero considera idéntico el fundamento del art. 37.16 LOPSC y el del art. 337 bis CP. Aunque otros, como Vercher Noguera, creo que de forma equivocada, directamente sugieren que esta doble regulación constituye un error y concluyen que «la conducta controvertida debe ser de orden penal y no administrativo» (DEL MORAL GARCÍA Y ESCOBAR JIMÉNEZ, 2018: 2.107).

<sup>39</sup> Y ello porque la jurisprudencia del TC, que considera implícita la garantía *non bis in idem* en el art. 25.1 CE, «ha convertido al *non bis in idem* material (a la prohibición de doble sanción por la misma infracción) en un derecho fundamental del acusado» (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2010a: 395).

<sup>40</sup> Cano Campos pone de manifiesto que cierto sector doctrinal ha vinculado el principio *non bis in idem* al concurso de infracciones «cuando lo cierto es que dicha modalidad concursal, a diferencia del concurso de normas, nada tiene que ver con el principio en cuestión, pues cuando estamos en presencia de un concurso de infracciones no se cumplen todos los requisitos que habitualmente se exigen al *non bis in idem*: o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (concurso ideal)» (CANO CAMPOS, 2001: 193).

<sup>41</sup> Por eso, Alarcón Sotomayor afirma más adelante que «el deber de paralizar el procedimiento administrativo sancionador nace en los casos en los que exista la triple identidad y, también, en muchos otros en que no existe» (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2008: 115), pues lo que pretende garantizarse con ello no es otra cosa que la sujeción de la autoridad administrativa a los hechos declarados

Para evitar problemas, Cano Campos sugiere la siguiente solución: «admitir la imposición de las dos sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, pero de forma atenuada» (Cano Campos, 2001: 247). De este modo no habría necesidad de comparar los ilícitos para determinar el más grave ni se plantearían problemas competenciales algunos, pues cada órgano ejercería la potestad sancionadora respecto de la infracción para la que es competente. Desde luego, esta propuesta *lege ferenda* plantearía muchos menos problemas que los que surgen con la aplicación, aunque sea analógica, de la solución del art. 77.2 CP.

En definitiva, en mi opinión, el art. 37.16 LOPSC y el art. 337 bis CP tipifican ilícitos por completo distintos y, por tanto, no resulta de aplicación uno u otro precepto en función de la gravedad de la conducta, sino que el precepto de la LOPSC será aplicable cuando el abandono de un animal doméstico ponga en peligro la seguridad ciudadana y el art. 337 bis CP resultará de aplicación cuando el abandono de un animal doméstico suponga un riesgo para la vida o integridad del mismo<sup>42</sup>. Lo que ocurre es que la aplicación de un precepto no excluye la del otro (por tener fundamentos totalmente distintos), por lo que al sujeto que abandona a un animal doméstico poniendo con ello en riesgo tanto al animal como a la seguridad ciudadana se le podrán imponer ambos castigos, sin vulneración alguna de la garantía *non bis in idem*, aunque quizás habría que suavizar la regla de la acumulación de castigos en virtud del principio de proporcionalidad.

Solo si se partiera de la base de que el fundamento de ambas normas es el mismo (la protección animal, que en el caso del precepto de la LOPSC más bien sería la más amplia moralidad pública, elemento constitutivo del orden público) habría que emprender un análisis jurídico para decidir qué consecuencia punitiva procedería imponer para evitar vulneraciones del principio *non bis in idem*. En estos casos, como el concurso se produciría entre una norma penal y otra administrativa sancionadora, prevalecería la norma penal. De cualquier forma, esta concurrencia, y posible inaplicación del art. 37.16 LOPSC o del art. 337 bis CP, se solventaría si la infracción, en lugar de su redacción actual, asumiera la que propuse más arriba. Pues así resultaría indudable que el fundamento de ambas normas sería distinto.

Pues bien, llegados a este punto, y habiendo reconocido no ser partidaria de esta última tesis, sino de considerar compatibles tanto la sanción derivada del art. 37.16 LOPSC como la pena impuesta por la comisión del delito de abandono del art. 337 bis CP por proteger ambas normas bienes jurídicos diversos, he de admitir que no ocurre lo mismo con relación a las infracciones de abandono que tipifican las leyes autonómicas de protección animal. Estas normas sí que tienen el mismo fundamento que el precepto penal. Por lo que, entre estas y el art. 337 bis CP sí surge un concurso de normas punitivas y, por tanto, sí que habría que llevar a cabo la operación de análisis en cada caso concreto para determinar si la conducta es merecedora de reproche penal o de represión administrativa. Entonces sí, la Administración autonómica que pretenda castigar a un sujeto por haber abandonado a un animal en virtud de su normativa protectora de animales, si considera que el hecho es de tal gravedad que puede ser constitutivo de delito, tendrá que suspender el procedimiento administrativo sancionador y esperar a que un Juez se pronuncie al respecto. Solo si en sede penal no se aprecia delito podrá proseguir la Administración con la tramitación del procedimiento y, en su caso, sancionar al sujeto. A mi parecer, solo aquellas conductas dolosas más graves y que supongan un peligro concreto para la vida del animal deberán ser castigadas en sede penal, mientras que las demás conductas dolosas menos graves y que supongan un peligro abstracto, así como todas las imprudentes, deberán ser reprimidas en vía administrativa.

### 6.3. El art. 37.16 LOPSC y las infracciones de abandono de la normativa autonómica

Como vengo defendiendo, el fundamento del art. 37.16 LOPSC es proteger la seguridad ciudadana, mientras que el de las normas autonómicas de protección animal es el mismo que el del art. 337 bis CP, es decir, proteger a los animales en sí mismos y su bienestar. Siguiendo este planteamiento, de nuevo nos

---

probados en la sentencia penal. Un aspecto práctico muy importante y relacionado con esto es el que pone de manifiesto la autora: «en todos estos casos debe entenderse que las actuaciones penales interrumpen la prescripción de la infracción administrativa y suspenden los plazos de duración máxima del procedimiento sancionador a efectos de su caducidad» (pág. 132).

<sup>42</sup> Lo mismo ocurre con relación al art. 337 CP, que tipifica como delito el maltrato animal, pues su bien jurídico protegido es el mismo que el del art. 337 bis CP. Además, la doctrina considera que el delito de maltrato puede cometerse mediante omisión, a través del abandono que conlleva como resultado la muerte o lesiones en el animal (DEL MORAL GARCÍA Y ESCOBAR JIMÉNEZ, 2018: 2.104-2.105; GÓMEZ TOMILLO, 2015: 181 y 189; MESÍAS RODRÍGUEZ, 2018: 87). En estos casos, como el art. 37.16 LOPSC y el art. 337 CP también tienen distintos fundamentos, si el abandono provoca la muerte o lesiones en el animal (abandono constitutivo de maltrato) y además ha supuesto un peligro para la seguridad ciudadana, es posible, conforme a mi tesis, imponer al sujeto que lo llevó a cabo tanto la sanción de la LOPSC como la pena del art. 337 CP (aunque quizás proceda matizar la regla de la acumulación de castigos conforme a lo explicado con anterioridad).

encontraríamos ante dos preceptos que tipifican ilícitos distintos, por lo que no habría que aplicar la garantía *non bis in idem*, que únicamente entra en juego para evitar los casos de doble castigo cuando se produce la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Al contrario, si la conducta de abandono realizada por el sujeto encajara tanto en el art. 37.16 LOPSC como en el precepto de la ley autonómica correspondiente, se produciría un concurso de infracciones administrativas, posiblemente de carácter ideal. No existe una regla legal aplicable a estos casos (el art. 77.2 CP es aplicable a los concursos de delitos y el art. 31.2 LOPSC a los concursos de infracciones de la LOPSC) por lo que *a priori* correspondería aplicar ambos preceptos e imponer las dos sanciones administrativas. Si ello se considerase excesivo o desproporcionado, creo que una posible solución pasaría por aplicar analógicamente las reglas del art. 77.2 CP (imposición de la sanción prevista para la infracción más grave en su mitad superior). Aunque, reitero, creo que lo más adecuado sería, siguiendo a Cano Campos, que legalmente se admitiera la imposición de las dos sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, pero de forma atenuada (Cano Campos, 2001: 247), pues así se evitan los problemas derivados del ejercicio de la potestad sancionadora por órganos diferentes (en este caso, Administración estatal y Administración autonómica).

Solo si se partiera de la base de que el bien jurídico protegido por el art. 37.16 LOPSC es el mismo que el salvaguardado en los preceptos autonómicos, habría que respetar el principio *non bis in idem* y decidir la norma administrativa sancionadora aplicable. En este caso, parece que la solución la ofrece el art. 31.1 LOPSC, que, como he explicado, se declara aplicable a los concursos de normas, no solo de la propia LOPSC, sino también de la LOPSC y de otra ley distinta (con todo lo cuestionable que hay en ello). En este supuesto, quizás la mejor solución sería sancionar al sujeto en virtud de la normativa autonómica por ser la ley especial preferente a la general (art. 31.1 a LOPSC). Eso sí, solo después de haber descartado la aplicación del art. 337 bis CP, de idéntico fundamento, dada la prevalencia de la norma penal.

#### 6.4. El art. 37.16 LOPSC y las infracciones de abandono de las ordenanzas de convivencia ciudadana y de protección animal

Unos epígrafes más arriba he expuesto cómo las ordenanzas municipales, tanto de convivencia ciudadana como de protección animal, suelen tipificar como infracción tanto el abandono de animales domésticos para tratar de protegerlos, como dejarlos sueltos o abandonarlos cuando sean peligrosos o dañinos.

Llegados a este punto, lo relevante es destacar que los preceptos de dichas ordenanzas solo resultarán de aplicación en defecto de ley. Y ello porque, como explica Alarcón Sotomayor, no se trata de concursos de normas de un mismo ordenamiento, sino de relaciones entre ordenamientos jurídicos distintos, por lo que «puede entenderse que todas las normas tipificadoras que contengan las ordenanzas son, en realidad, solo de aplicación subsidiaria: solo son aplicables si la conducta no está prevista y sancionada en una norma estatal o autonómica» (Alarcón Sotomayor, 2019b: 297)<sup>43</sup>. Dicha regla se encuentra incluso positivizada en el art. 140.1 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, para aquellos casos en que el concurso de normas se produce entre los preceptos de las ordenanzas municipales y las normas sancionadoras de la LOPSC, pues el precepto establece que serán muy graves las infracciones que supongan una perturbación relevante de la convivencia ciudadana siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en la Ley de Seguridad Ciudadana<sup>44</sup>.

Como consecuencia, y dada la redacción del art. 337 bis CP, del art. 37.16 LOPSC y de los preceptos que tipifican el abandono como infracción en las leyes autonómicas de protección animal, difícilmente puede imaginarse un escenario en el que resulten aplicables las normas de ámbito municipal.

<sup>43</sup> Y ello porque la tipificación realizada mediante ordenanzas locales no puede suponer una alteración de la regulación de las leyes estatales o autonómicas que tipifiquen infracciones y prevean sus correspondientes sanciones, ni puede impedir su aplicación ni desplazarlas (REBOLLO PUIG et al., 2007: 3.745-3.749). Los autores explican que puede considerarse contraria a la ley «la norma sancionadora local que exactamente para un mismo supuesto de hecho establezca una sanción distinta a la prevista en la legislación estatal o autonómica» (pág. 3.746). Y añaden que incluso puede afirmarse que, si la ordenanza tipifica las conductas ya tipificadas en las leyes estatales y autonómicas, está desbordando la autorización de los arts. 139 a 141 de la LRBRL, pues dichos preceptos admiten la tipificación de infracciones mediante ordenanzas «en defecto de normativa sectorial específica» y habilitan a los municipios a sancionar «salvo previsión legal distinta».

<sup>44</sup> Art. 140.1 LRBRL: «(...) Serán muy graves las infracciones que supongan: a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (...)). Remisión esta última que debe entenderse realizada en la actualidad al Capítulo V de la LOPSC.

## CONCLUSIONES

Del estudio de la infracción leve relativa al abandono de animales domésticos tipificada por el art. 37.16 LOPSC se extrae como conclusión principal que la técnica legislativa consistente en transformar automáticamente antiguas faltas del Código Penal en infracciones administrativas puede conllevar el surgimiento de múltiples problemas. En este caso, para evitar tener que cuadrar el círculo, como se hace en este trabajo, lo ideal sería que el precepto se modificara de tal forma que quedase claro que el bien jurídico protegido es la seguridad ciudadana. Solo así se evitarían concursos de normas sancionadoras innecesarios y se conseguiría castigar una conducta reprochable que, de otro modo, resultaría impune. Pues si se optara por la tesis contraria y se mantuviera que este precepto protege a los animales (lo cual parece posible dada su redacción actual), los abandonos que no conlleven un riesgo o un daño para los mismos no podrán ser sancionados en su virtud. Sin embargo, seguramente esos abandonos puedan poner en peligro la seguridad ciudadana. Es, por ello que, para lograr una mayor coherencia y evitar que conductas reprochables resulten impunes, se propone la siguiente redacción para esta infracción leve de la LOPSC: «Dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos, así como abandonar animales domésticos en lugares públicos o privados de acceso público o en condiciones de acceder a dichos lugares».

Por lo demás, no puedo elevar a definitivas otras conclusiones, pues soy consciente de que planteo una interpretación acrobática y compleja. A mi parecer, en virtud del art. 37.16 LOPSC solo deben castigarse los abandonos físicos de animales domésticos en los espacios mencionados o en condiciones de acceder a ellos. Pues solo ese tipo de abandono –el que conlleva el surgimiento del vagabundeo– es el que pone en peligro la seguridad ciudadana. Conforme a dicha interpretación correctora que propongo, el abandono físico de un animal doméstico en un lugar público o en condiciones de acceder a él podría conllevar la imposición de dos castigos: una sanción administrativa de la LOPSC y, en su caso, una sanción administrativa de la legislación autonómica de protección animal o una pena ex art. 337 bis CP (aunque en la práctica quizás procedería matizar la regla de acumulación de castigos en virtud del principio de proporcionalidad). En el resto de supuestos (abandono asistencial o físico en lugares que no sean públicos), al sujeto únicamente se le podrá imponer la sanción autonómica o la pena en virtud de la garantía *non bis in idem*. La elección entre estas dos últimas dependerá, en todo caso, de la gravedad de la conducta y de si la misma es dolosa o culposa. En todos estos supuestos, seguramente también se subsumirá la conducta del sujeto infractor en el tipo de la ordenanza de convivencia ciudadana o de la ordenanza de protección animal del municipio donde se hayan producido los hechos, pero dicha norma sancionadora municipal solo será aplicable en defecto del CP, de la LOPSC y de la legislación autonómica de protección animal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2019a): "Derecho penal y derecho sancionador de la seguridad ciudadana. El proceso despenalizador", en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, págs. 301-348. Navarra: Aranzadi.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2019b): "Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?", en *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 57, págs. 281-309. DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.15>.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2010a): "El non bis in idem como principio general del Derecho Administrativo", en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, págs. 387-426. Madrid: La Ley.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2010b): "Capítulo IX: Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem", en REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMILLO, A. M.ª: *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 359-422. Valladolid: Lex Nova.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2008): *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: lustel.
- CANO CAMPOS, T. (2018): *Sanciones administrativas*. Madrid: Francis y Taylor.
- CANO CAMPOS, T. (2001): "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en Derecho Administrativo sancionador", en *Revista de Administración Pública*, núm. 156, págs. 191-249.
- CASTRO ÁLVAREZ, C. (2019): *Los animales y su estatuto jurídico: protección y utilización de los animales en el Derecho*. Navarra: Aranzadi.

- CUGAT MAURI, M. (2014): “Abandono de un perro. Comentario a la Sentencia 235/2007, de 3 de mayo, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Albacete, que condena por una falta de abandono (art. 631.2 CP)”, en *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 5, núm. 2, págs. 1-11. DOI: <https://doi.org/10.5565/rev/da.135>.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.); ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.) (2018): *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*. Granada: Comares. 4.ª ed.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2004): *Bienestar animal contra derechos fundamentales*. Barcelona: Atelier.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.) (2015): *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo IV*. Navarra: Aranzadi.
- HAURIOU, M. (1914): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. París: Sirey. 8.ª ed.
- HAVA GARCÍA, E. (2011): “La protección del bienestar animal a través del Derecho Penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 31, págs. 259-304.
- IZQUIERDO CARRASCO, M. (2001): “La determinación de la sanción administrativa”, en *Justicia Administrativa*, núm. Extra 1, págs. 207-258.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, C. (2019): “El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, págs. 559-590. Navarra: Aranzadi.
- MESÍAS RODRÍGUEZ, J. (2018): “Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español”, en *Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 9, núm. 2, págs. 66-105. DOI: <https://doi.org/10.5565/rev/da.324>.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1999): *Los animales y el Derecho*. Madrid: Civitas.
- NIETO GARCÍA, A. (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos. 4.ª ed.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.ª (2005): *Animales de compañía*. Barcelona: Bosch.
- PIZARRO NEVADO, R. (2019): “La tutela sancionadora del patrimonio privado inmobiliario en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, págs. 459-499. Navarra: Aranzadi.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.) (2005): *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra: Aranzadi. 4.ª ed.
- REBOLLO PUIG, M. (2019): “La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana”, en IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, págs. 31-170. Navarra: Aranzadi.
- REBOLLO PUIG, M. (2017a): “La policía local como título competencial”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, págs. 81-107.
- REBOLLO PUIG, M. (2017b): “La actividad administrativa de limitación”, en LÓPEZ BENÍTEZ, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coords.): *Derecho Administrativo, Tomo III: Modos y medios de la actividad administrativa*, págs. 19-46. Madrid: Tecnos.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M. (2005): “El régimen de infracciones y sanciones”, en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (dir.): *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, págs. 597-702. Madrid: Civitas.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2007): “Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. Artículos 139-141”, en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coords.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Tomo 1*, vol. 1, págs. 3.676-3.768. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L.; BUENO ARMIJO, A. M.ª (2010): *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova.





REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES  
Recibido: 18-11-2018  
Modificado: 04-07-2020  
Aceptado: 05-07-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10817>  
Páginas: 121-138

## La libertad del mandato representativo del electo frente a la disciplina de los partidos políticos. La STC 151/2017 un nuevo golpe a la estabilidad del gobierno local. Regulaciones estatal y autonómicas de los no adscritos

*The freedom of the representative mandate of the elect from the discipline of the political parties. STC 151/2017 a new blow to the stability of the local government. State and autonomic regulations of non-inscrits councillors*

Antonio Domínguez Vila  
Universidad de La Laguna (España)  
[advila@ull.edu.es](mailto:advila@ull.edu.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna (1974-78). Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. (1991). Ha sido Secretario Superior de Administración Local y Administrador General de la C. A. de Canarias. Actualmente es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de La Laguna y abogado especialista en Derecho público. Sus líneas de investigación principales son: Derecho autonómico, Derechos Fundamentales, Régimen Local, Urbanismo y Medio Ambiente, Derecho de la Energía, Derecho Procesal Administrativo.

---

### RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017 que anuló el artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General –promulgada como parte de los acuerdos entre todas las fuerzas políticas parlamentarias para luchar contra el trasfuguismo– por el que se eliminaba el valor del voto de los concejales no adscritos que participaran en la votación de mociones de censura municipales. Mediante el análisis y la discrepancia con la tesis de esta Sentencia se explica el papel constitucional de los partidos políticos en el sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, y el fraude político y constitucional producido al votante. Este trabajo también explica las distintas restricciones en las leyes autonómicas sobre los concejales no adscritos y efectúa propuestas de reforma.

### PALABRAS CLAVE

Moción de censura; concejales no adscritos; partidos políticos; sistema electoral.

---

### ABSTRACT

This paper deals with Constitutional Court Judgment 151/2017 that annulled article 197.1.a) of the Organic Law of General Electoral Regime –promulgated as part of the agreements between all the parliamentary political forces to fight against party turncoat– by which the value of the vote of the unaffiliated councillors, who participate in the vote on municipal no-confidence vote, was eliminated. The constitutional role of

political parties in the electoral system of closed and blocked lists and the political and constitutional fraud produced to the voter are studied through the analysis and discrepancy with the thesis of this Judgment. This study also explains the different restrictions in the regional laws on non-attached councillors and makes reform proposals.

## KEYWORDS

No-confidence motion; non-inscrits councillors; political parties; electoral system.

## SUMARIO

1. ANTECEDENTES. 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. ALCANCE Y EFECTOS DEL FALLO. 4. DISCREPANCIA CON LA TESIS DEL TC. MANDATO REPRESENTATIVO Y SISTEMA DE PARTIDOS. 5. PROPUESTA DE REFORMA. 6. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEJAL O CONSEJERO NO ADSCRITO. REGULACIÓN EN LA LEY BÁSICA ESTATAL Y EN LAS LEYES AUTONÓMICAS DE DESARROLLO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. ANTECEDENTES

Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 5/1983 que declaró inconstitucional el artículo 11.7<sup>1</sup> de la Ley de Elecciones Locales por introducir desigualdad ante la permanencia en el cargo entre los electos por un partido político, frente a los que lo han sido por una agrupación electoral o independiente y otorga el amparo, más tarde la STC 10/1983 que consagró a la conexión inescindible del electo en el cargo de concejal con los electores por encima del partido o lista electoral en la que concurre a las elecciones, pasando por las SsTC 20/1983, 28/1983, 167/1991, hasta la última STC 123/2017 sobre la designación y posible revocación de los senadores autonómicos por la asamblea legislativa, el Tribunal viene manteniendo, sin fisuras que la interpretación del artículo 23.2 de la Constitución Española (CE) conlleva el ejercicio igualitario y sin perturbaciones ilegítimas del cargo representativo al que se haya accedido y el mantenimiento o permanencia en el mismo, según las normas en cada caso aplicables, ya que el precepto constitucional confiere la representatividad y voluntad de permanencia en el cargo de los ciudadanos al cargo electo, no al partido político en cuyas listas se presenta.

La antedicha Ley de Elecciones locales no preveía la utilización del mecanismo de responsabilidad política y elección del Alcalde mediante la moción de censura<sup>2</sup> en el ámbito local. Fue la jurisprudencia constitucional (SsTC 5/1983, 30/1983) y el Tribunal Supremo la que validó la figura sin regulación legal hasta la Ley 5/1987 y más tarde la Ley Orgánica de Régimen Electoral General 5/1985<sup>3</sup>.

Resulta interesante, con la perspectiva del tiempo transcurrido releer las opiniones (Rebollo Puig, 1985<sup>4</sup>) críticas con la introducción de la moción de censura en el ámbito local, por la no equivalencia de la arquitectura constitucional y funcionamiento del régimen local con el sistema parlamentario ya que aleja al electorado de la decisión de elección del alcalde, en un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, y que dicha elección pudiera haber sido conforme al artículo 196.c) LOREG directamente a la lista más votada por el electorado.

<sup>1</sup> «Tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejara de pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato».

<sup>2</sup> El encaje del mecanismo parlamentario de la moción de censura, como control democrático de la mayoría de la representación del cuerpo electoral sobre la Presidencia del Gobierno, en la economía del sistema de gobierno y administración local no es fácil y en mi opinión no debería haberse implantado, pues sus consecuencias han sido muy perniciosas y favorecedoras del transfuguismo. Sobre las influencias de la Ley Fundamental de Bonn en el sistema de moción censura constructiva de la Constitución Española, véase: VIRGALA FORURIA E. (1987): "La responsabilidad política del gobierno en la república federal alemana: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 21.

<sup>3</sup> Véase MACIÁ HERNÁNDEZ, J. (2015): "Modificaciones sobrevenidas de la Corporación Local: La moción de censura. Especial análisis del supuesto abandono o expulsión del concejal del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde", en *Revista Digital CEMCI*, núm. 26.

<sup>4</sup> REBOLLO PUIG M. (1985): "La moción de censura en la administración local", en *REALA*, núm. 227, pág. 473.

Por último, la STC 151/2017 de 21 de diciembre, analiza el supuesto de la inconstitucionalidad<sup>5</sup> del artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) modificado<sup>6</sup> varias veces por mayorías parlamentarias de distinto signo que prescribe:

«Artículo 197:

1. El Alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, cuya presentación, tramitación y votación se regirá por las siguientes normas:

a) La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier Concejal cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción.

*En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.*

*Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato.*

[...]

e) La Mesa se limitará a dar lectura a la moción de censura, constatando para poder seguir con su tramitación *que en ese mismo momento se mantienen los requisitos exigidos en los tres párrafos del apartado a)*, dando la palabra, en su caso, durante un breve tiempo, si estuvieren presentes, al candidato a la Alcaldía, al Alcalde y a los Portavoces de los grupos municipales, y a someter a votación la moción de censura».

La importante Sentencia que sirve de hilo conductor al presente trabajo ha sido analizada por varios autores, destacando entre las últimas De la Torre Martínez<sup>7</sup> que no solo lleva a cabo una explicación magistral de los hechos y fundamentos de derecho de la misma, sino que culmina su trabajo con una exhaustiva bibliografía sobre el transfuguismo y los concejales no adscritos de referencia para el estudio del tema.

No obstante haber sido ya estudiado el tema, el trabajo que firmo pretende ir un poco más allá de un mero comentario a la Sentencia y, partiendo de fundamentar jurídicamente una posición contraria reconocidamente minoritaria a la tesis del TC, examinar la regulación de los electos locales no adscritos en las leyes autonómicas de desarrollo de régimen local, así como exponer algunas propuestas de reforma de la elección del alcalde que a juicio del que suscribe solucionarían el problema.

Los hechos<sup>8</sup> antecedentes de dicha STC provienen de la presentación de una moción de censura (9 de octubre de 2013) en el municipio de Tacoronte<sup>9</sup>, Tenerife, en la que cinco de los seis representantes del grupo municipal del PSOE firmantes de la misma, fueron expulsados del partido de manera provisional al iniciárseles un expediente disciplinario<sup>10</sup>, entre la firma y presentación de la moción de censura y la celebración del Pleno (22 de octubre) en el que se debatió y votó la misma<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Proveniente de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Auto de 31 de julio de 2014 de la sección segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife.

<sup>6</sup> Modificado por el artículo único 1 de la LO 8/1999. apdo. 1 a). Modificado también por artículo único 57 de la LO 2/2011. apdo. 1 e). Modificado por artículo único 57 de la LO 2/2011 y antiguo apdo. f) suprimido por el artículo único 57 de la LO 2/2011.

<sup>7</sup> DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2018): "De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)", en *REALA* núm. 9, abril, págs. 110 y ss.

<sup>8</sup> Un relato pormenorizado de las circunstancias políticas de la presentación de la moción y sus actores en FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, O. M. (2016) en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11, junio. Ref. 1289/2016.

<sup>9</sup> La redacción de este trabajo me resulta especialmente grata por ser mi pueblo de nacimiento y cuya actividad política municipal sigo de cerca.

<sup>10</sup> Por no acatar las instrucciones recibidas del partido en contra de la misma, una vez hubieron apoyado, en 2011, al candidato a la alcaldía de CC que fue elegido por mayoría absoluta (11 de junio de 2011) con los votos del PSOE, conforme los pactos post electorales firmados entre ambos partidos.

<sup>11</sup> Ha de reseñarse que el municipio de Tacoronte vivió desde la instauración de la democracia, dos grandes periodos de estabilidad política con alcaldes, primero del PSOE y después independiente en CC, que marcaron una impronta en el municipio. A la retirada del segundo, entendemos que por las causas de la pérdida de las mayorías absolutas de sus predecesores, la falta de «carisma popular» del nuevo regidor de CC y la llegada a la corporación de concejales sin antecedentes familiares de arraigo en el municipio, producto a su vez del crecimiento poblacional como ciudad dormitorio del área metropolitana, ha devenido que hasta en el actual mandato, la conformación de mayorías de gobierno y elección de alcalde haya venido siendo complicada. En el

El Alcalde cesado por la moción (CC) interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de defensa de los derechos fundamentales por vulneración del artículo 197.1.a) de la LOREG ya que la mayoría reforzada o quórum de procedibilidad que exige el mismo, debe de cumplirse tanto en el momento de presentación de la misma como en el momento en el que debate y voto en el pleno, extremo que no se cumplió. El acuerdo dimanante de la moción y nombramiento del nuevo alcalde fue suspendido por el Juzgado núm. 4 de lo contencioso-administrativo, que más tarde el 5 de febrero de 2014 dictó sentencia en sentido estimatorio, reponiéndose de manera definitiva al Alcalde cesado, por vulneración del artículo 23.2 en relación con el 197.1.a) y e) de la LOREG. Esta sentencia fue recurrida en apelación por los concejales expulsados del PSOE, fundamentando su recurso en varias presuntas irregularidades de su procedimiento de expulsión, así como en que el párrafo 3.º del apartado a) del artículo 197.1 rige solo en caso de abandono voluntario del grupo político. Conclusa la tramitación del recurso, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, plantea la cuestión de inconstitucionalidad que da origen al pronunciamiento del TC, fundamentada en que dicho precepto de la LOREG vulneraría el artículo 23.2 de la CE al privar del derecho al ejercicio pleno del cargo público a los concejales disidentes con las instrucciones de sus partidos con ocasión de las votaciones de las mociones de censura, siendo dichas medidas legales equivalentes a la privación del derecho al voto en los plenos donde esta se decide.

Con la oposición de las partes recurridas y la del Fiscal, se eleva la cuestión que es admitida por el TC en fecha 3 de febrero de 2015. El abogado del estado solicita la desestimación de la misma con fundamento en que el derecho reconocido en el artículo 23.2 de la CE, de configuración legal, debe de preservar el principio de representatividad democrática con el límite de no defraudar la voluntad popular y en este sentido, la limitación legal pretende salvaguardar la voluntad colectiva del cuerpo electoral para evitar un fraude al electorado. El Fiscal estima que conforme a la doctrina jurisprudencial del TC sobre el 23.2, la norma cuestionada no afecta al derecho al voto, sino que impone un quórum reforzado en los supuestos de separación –por cualquier causa– de un concejal de la línea ideológica del grupo político con el que concurrió a las elecciones, lo que no resulta desproporcionado.

Personada la defensa del alcalde en el proceso efectúa una precisión sobre el juicio de relevancia a la admisibilidad que el precepto en conflicto es el apartado e) del artículo 197.1, no el a) ya que el quórum reforzado donde no se mantiene es en el momento de la celebración del pleno de la moción, no antes, sin embargo, el TC mantiene la cuestión formulada en sus términos, por la conexión entre ambos apartados, siendo una consecuencia del otro.

## 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Reconoce el TC (FJ 3), que el derecho de participación política del artículo 23.2 es de configuración legal, poseyendo solo relevancia constitucional los derechos que se encuentren en el núcleo central de la función representativa, entendiendo por tales las funciones que solo pueden ejercer los titulares de un cargo público por ser expresión del carácter representativo del mismo (STC 169/2009 o 246/2012), como participar en comisiones informativas, en el Pleno y votar en los órganos de gobierno, todo ello en el marco de «la actividad de control del gobierno local». Punto esencial de tal control es la moción de censura, instrumento clave de los sistemas parlamentarios, basados en la confianza entre el gobierno y las cámaras y que en el ámbito local se configura como pieza clave del régimen institucional local, ya que es la puesta en marcha de la remoción y nueva elección del Alcalde. Pues bien, para el Tribunal el incremento reforzado de la mayoría del artículo 197.1.a) altera, para los concejales no adscritos, un derecho constitucional que forma parte del núcleo de la función representativa (FJ 4 *in fine*). Partiendo de reconocer que las limitaciones a los concejales no adscritos (figura creada para luchar contra el transfuguismo por la reforma operada por la Ley 77/2003 del art 73.3 de la LRBRL) son legítimas, advierte que con su doctrina desde la STC 10/1983, la libertad de mandato de los electos por la vinculación directa entre los representantes y los representados, no alcanza a la fidelidad política al programa, ni a las instrucciones o reglas disciplinarias del partido político por el que recabaron el voto popular (en los términos de la STC 119/1990).

---

actual mandato, la mayoría y elección de alcalde (cabeza de lista de NC) se conforma con casi todos los grupos municipales (NC, PSOE, SsP) contra la lista más votada (Cs) cuya cabeza de lista proviene, como el actual alcalde, de CC que sufre un histórico descalabro electoral.

A partir del FJ 5, el razonamiento del Tribunal va a fundamentar el fallo en la introducción (FJ 6) del principio de igualdad de la función representativa de los concejales, en idéntica medida que para los diputados prevé el art 67.2 CE, que no podrá tener restricciones que lo vulneren, aun cuando la función constitucional de ambos no es idéntica.

Reconoce el protagonismo de los partidos políticos en el sistema electoral y el trabajo político de control o gestión a través de los grupos políticos municipales, así como la racionalidad de esta forma de gobierno (los partidos como elemento sustancial de la participación política, conforme al artículo 6 CE) pero es tributario de su doctrina de la libertad del mandato como opción política de la Constitución (según su jurisprudencia reiterada) afirmando que tal libertad no debe confundirse con la fidelidad política al programa con que recaeron el voto popular ni con su vinculación o sometimiento al partido.

¿Cómo resuelve esta contradicción?, pues el TC en el FJ 7 utilizó el método de abordar la legitimidad constitucional de la discriminación y la igualdad aplicada entre concejales, por medio de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La prescripción legal, en su opinión, supera las dos primeras, por lo que entiende que la medida es idónea para el fin que persigue, así como necesaria, pero en cuanto a su proporcionalidad para el fin perseguido, acusa a la norma cuestionada de apoyarse en solo un fundamento subjetivo de la actuación de los concejales sin un fundamento objetivo preciso, constituyendo una medida restrictiva del *ius in officium* de las funciones de un cargo representativo. Lomo Casanueva<sup>12</sup> en el mismo sentido estima que «vincular el incremento de la mayoría fijada al hecho de un “tránsfuga”, supone de facto privar a los citados concejales de su *ius in officium*, o núcleo esencial de su derecho de participación política, pues su voto deja de valer lo mismo que el de otros concejales, circunstancia que constitucionalmente no resulta admisible». El único fundamento de la norma es la disolución del nexo orgánico del concejal con el partido político con el que concurrió a las elecciones, sin distinción ni valoración de las causas. Tampoco se valora en la norma, en opinión del TC, el significado de la proporción de miembros que abandonan el grupo ni, por último, el efecto directo producido por la desafección en la estabilidad democrática municipal y defraudación de la voluntad popular manifestada en las urnas. En suma, que la norma ha sido concebida, más para proteger a la figura del Alcalde que a la estabilidad de la vida municipal y respeto a la voluntad popular.

Por último, añade el TC que, además en el caso presente la expulsión de los concejales fue por desobediencia de instrucciones del partido ajenas a la vida municipal (pactos de coalición en cascada).

En consecuencia, entiende que el art. 23.2 ha sido vulnerado por la legalidad infra-constitucional y procede la declaración de la inconstitucionalidad del precepto<sup>13</sup>.

En contra de este criterio mayoritario, está el voto particular de los magistrados Conde Púmpido y Montoya Melgar para quienes ha existido una aplicación errónea del juicio de proporcionalidad que se identifica como la ponderación entre beneficios y perjuicios para el interés general, ya que el TC efectúa una denuncia de inconstitucionalidad por indiferenciación, pues el precepto cuestionado no establece diferencia en las circunstancias en las que se produce la desvinculación de la lista por la que concurrió, lo que no debe llevar el cuestionamiento de su constitucionalidad, ya que el artículo 14 CE lo que ampara es la distinción infundada, no existiendo un derecho subjetivo a desigualdad de trato normativo. Tampoco la norma reacciona solo a la disolución del vínculo político sino a la intención de apoyar una moción de censura contra el alcalde electo. Por último, frente a las afirmaciones de la sentencia que el precepto hace inviable una pluralidad de escenarios políticos ante una moción de censura, no se plantea los beneficios contra la práctica del transfuguismo que conlleva.

En el FJ 8 el TC determina defiriendo los efectos de su fallo hasta la convocatoria de un nuevo proceso de elecciones locales (2019) con el fin de dar tiempo al legislador para sustituir la norma anulada y no producir una cascada de mociones de censura en los últimos meses del mandato, extremo muy criticado por los votos particulares y que se analizará a continuación.

### 3. ALCANCE Y EFECTOS DEL FALLO

En el FJ 8 de la sentencia, el TC además de limitar la inconstitucionalidad al párrafo segundo de la letra a) del apartado 1, sin hacerlo extensivo al e), el mantenimiento de la mayoría reforzada en el momento de

<sup>12</sup> LOMO CASANUEVA, T. (2018): “Moción de censura en los entes locales: ¿el fin de las limitaciones de los concejales no adscritos o tránsfugas?”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 4, abril 2018, Sección Actualidad.

<sup>13</sup> Es de reconocer la anticipada opinión de inconstitucionalidad del precepto, en línea con la doctrina del TC, de FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, O. M., *vid.* en nota 8.

la votación, como le advirtió la defensa del alcalde, fue el verdadero elemento de la controversia jurídica, en base al artículo 39.1 de la LOTC.

Por último, en aras de la facultad que le otorga el artículo 39.1 de la LOTC, defiere la efectividad del fallo a la celebración de las próximas elecciones locales fundamentado en que:

«La anulación de la disposición cuestionada podría generar alteraciones en procedimientos de exigencia de responsabilidad política en curso por la ausencia de un régimen jurídico alternativo y respetuoso con la Constitución que cohoneste el principio de igualdad en el ejercicio de las funciones representativas y la prevención de los efectos perversos causados por el transfuguismo en los legítimos fines declarados por la norma. Por ello, *la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida hasta la convocatoria de un nuevo proceso de elecciones locales, de conformidad con lo previsto en el art. 42.3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, periodo de tiempo en el que el legislador podrá proceder, en su caso, a sustituir la norma declarada nula observando el contenido de este pronunciamiento.*».

Esta facultad ha sido contestada por varios de los votos particulares emitidos a la sentencia, en concreto el de la magistrada Trías Roca afirma que mantener siquiera sea temporalmente en el ordenamiento una norma que ha sido declarada inconstitucional, es una excepcionalidad del que se ha hecho uso de manera inadecuada ya que la sentencia no explica cuáles son los derechos, intereses, bienes o valores que tienen una relevancia constitucional tal, que llevan a modular los efectos de nulidad propios de una sentencia de inconstitucionalidad. Por el contrario, no se produce vacío normativo alguno, ni la ausencia de un régimen jurídico alternativo respetuoso con la Constitución, agravado por tratarse de una cuestión de inconstitucionalidad que obliga al Tribunal judicial *a quo* a mantener aplicado un precepto declarado inconstitucional en su sentencia (artículo 38.3 LOTC), con lo que concluye no acertado la modulación de los efectos temporales del fallo. El voto particular del magistrado Ollero Tassara, se suma a los argumentos de inconstitucionalidad, a los que añade que el precepto cuestionado activa una fórmula *intuitu personae* con carácter sancionatorio, habiendo bastado, como criterio objetivo, con que se hubiera elevado la mayoría reforzada necesaria para las mociones de censura a dos tercios o tres quintos. Asimismo, discrepa con el deferir la efectividad del fallo, por falta de justificación ya que se volvería a la situación anterior a la reforma cuestionada.

#### 4. DISCREPANCIA CON LA TESIS DEL TC. MANDATO REPRESENTATIVO Y SISTEMA DE PARTIDOS

Partiendo de estar de acuerdo con la exposición del FJ 3 de la sentencia acerca de la intangibilidad y esencialidad en las democracias del mandato representativo de los electos, (aunque no se debe dogmatizar la afirmación que su representación sea de todo el pueblo o el cuerpo electoral en su conjunto) creo que pretender ignorar que, con el actual sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, el elector opta por la fuerza política a la que se vota no por quienes la forman, el apartamiento de la lista en la que fue elegido el concejal, debería conllevar la necesaria dimisión del cargo obtenido y en esa forma debe interpretarse el artículo 23 de la CE.

Para Fernández Segado<sup>14</sup>, (1992, 137) la relevancia constitucional y centralidad en el sistema democrático de los partidos políticos se refleja en el sistema electoral, así como el protagonismo de los grupos políticos en que han de organizarse las instituciones representativas.

La doctrina del TC, que se reconoce inalterable desde los primeros pronunciamientos, está afectando al funcionamiento eficaz de la democracia representativa, desde varias perspectivas. La del sistema partidos políticos, la de la propia interpretación del mandato de la voluntad soberana del pueblo a la hora de votar, y desde el derecho a ejercer el cargo por el electo.

4.1. Desde la primera perspectiva, una interpretación conjunta del artículo 23 con el artículo 6 de la CE, que indica como principio constitucional que el ejercicio de la democracia representativa se lleva a cabo como instrumento fundamental por medio de los partidos políticos, en desarrollo del valor superior pluralismo político para conformar la voluntad popular, la reiterada doctrina del TC puede acabar con el sistema

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992): *El Sistema Constitucional Español*, pág. 137. Dykinson.

de partidos, dando la razón a los críticos de la democracia representativa, para sustituirla por plataformas, asambleas, movimientos y colectivos varios de representatividad ciudadana incierta que nos alejen de un régimen democrático y hagan ingobernable la sociedad.

Los partidos democráticos son indispensables para la existencia de la democracia representativa liberal, son el principal cauce de provisión de los órganos constitucionales y vehículo esencial de la participación política de la ciudadanía, con todos los defectos que en estos cuarenta años de democracia se han detectado, por ello nuestra Constitución, en línea con las otras de la segunda postguerra [Constitución italiana de 1947 (art. 49); Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 21); Constitución francesa de 1958 (art. 4); Constitución griega de 1975 (art. 29.1); Constitución portuguesa de 1976 (art. 117.1)] les da tal relevancia al delimitar su función.

Estamos con De Carreras<sup>15</sup> cuando expresa que en nuestro sistema democrático solo los partidos expresan el pluralismo político (de manera ordenada y con transparencia, añadimos), transforman la voluntad popular en voluntad estatal y sobre todo son los decisivos instrumentos de relación dialéctica entre la ciudadanía y el poder político con el fin de representar y gobernar la sociedad o comunidad política organizada que es el Estado, todo ello en sentido amplio.

La centralidad de los partidos se contempla por el lugar sistemático en el que se produce su constitucionalización en el Título Preliminar, un lugar que se dedica a los principios constitucionales que, por eso, merece una protección especial de la Constitución, ya que su revisión sólo podrá efectuarse por el procedimiento agravado del artículo 168.1 CE. Asimismo, paradójicamente, el TC en la STC 85/1986 expresa que la importancia que se les reconoce en el sistema constitucional implica la protección de sus funciones, en base a la existencia del sistema de partidos como base esencial del pluralismo político. Doctrina que desarrolla y compila la STC 48/2003 que los define como unas instituciones jurídico-políticas de relevancia constitucional que les viene dada por pretender un fin cualificado de interés público y de cuya aspiración se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general que hace posible la conexión entre gobernantes y gobernados, evidentemente no son unas asociaciones comunes producto del ejercicio del derecho fundamental del artículo 22 CE. Por ello y en desarrollo del artículo 6 CE poseen un régimen jurídico distinto, precisamente por su consideración de asociaciones calificadas por la relevancia constitucional de su función política (FJ 6 STC, 48/2003). Más tarde la STC 12/2008 incide en su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro.

En desarrollo del precepto constitucional y el derecho fundamental de asociación (artículo 22 CE), la Ley 6/2002 de 27 de junio considera a los partidos como parte esencial de la arquitectura constitucional y establece los derechos y deberes de los afiliados frente a las decisiones del partido en los artículos 3.2, 6, 8. En este último, especialmente establece entre las obligaciones de los militantes: *5 a) Compartir las finalidades del partido y colaborar para la consecución de las mismas y.c) Acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos del partido.*

La pertenencia a un partido político y la aceptación o deseo de figurar en una lista electoral en su nombre y representación son libres, cuando se ingresa en una asociación se aceptan sus normas internas plasmadas en sus estatutos y las decisiones de sus dirigentes democráticamente elegidos, si no se está de acuerdo con ellas, ha de conseguirse cambiarlas en el seno de la asociación por métodos también democráticos o marcharse del mismo. Como expresan Sánchez Calvache y Lomo Casanueva<sup>16</sup>, la asociación a un partido político crea, no sólo un vínculo jurídico entre los afiliados, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos. De otra forma no estaríamos ante una organización seria y de tanta responsabilidad en la que se depositan funciones constitucionales y democráticas tan relevantes.

A este respecto resulta interesante recordar el voto particular que formularan los Magistrados Sr. Latore-Segura y Sr. Díez Picazo a la STC 5/1983:

«4. Respecto a la 2.ª cuestión planteada, que consiste en determinar si se ha violado en el caso presente el principio de igualdad, principalmente porque el cese como concejal se aplica a los elegidos para tal cargo que sean miembros de partidos políticos y no a los que puedan figurar en los mismos como independientes, incluso no citando la condición de tales (art. 15.4

<sup>15</sup> DE CARRERAS SERRA, F. (2004): "Los Partidos en nuestra democracia de partidos", en *REDC*, núm. 70, págs. 102-104.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ CALVACHE, A.; LOMO CASANUEVA, T. (2017): "La moción de censura en las entidades locales", en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 18, quincena del 30 sept. al 14 oct. 2017. Ref. 2192/2017, pág. 2.192.

L. de Elecciones Locales), conviene recordar que el principio de igualdad se vulnera cuando se trata desigualmente a personas que se encuentran en situaciones iguales, pero en este caso la situación de los 2 tipos de concejales no es igual. *El que se ha presentado como miembro de un partido lo ha sido teniendo en cuenta, aparte de sus aptitudes personales, su pertenencia al partido, conociendo tanto éste como el candidato las consecuencias que ello podía acarrear en caso de que dejase de pertenecer a él;* el independiente, aunque sea propuesto por un partido y figure en sus listas, es propuesto sólo por sus aptitudes personales y tanto el partido como el candidato saben que las futuras relaciones entre ambos no afectarán a su permanencia en el cargo. Que los electores pueden desconocer si un candidato es o no independiente es un hecho que atañe a los ciudadanos y no a los concejales, que conocían perfectamente su propia situación y las condiciones de ella.»

Por otro lado, resulta paradójico que la gran mayoría de los partidos del espectro parlamentario, incluidos los nacionalistas independentistas contrarios al sistema democrático, han venido firmando varios acuerdos, convertidos en normas como la recurrida, para atajar las consecuencias indeseadas que la tesis mantenida por el TC infringe al sistema de democracia parlamentaria y el gobierno-administración local<sup>17</sup> al posibilitar que personas que se presentan en las listas cerradas y bloqueadas de un partido político puedan, una vez elegidas, abandonar la lista en la concurren ante los electores y/o desentenderse del programa o las instrucciones del partido que representan, ya que estas actitudes son las que realmente significan un fraude al elector que les dió su confianza. Estos son el Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones Locales de 7 de julio de 1998<sup>18</sup>. Este Acuerdo ha sido renovado en fecha 26 de septiembre de 2000 y posteriormente en fecha 23 de mayo de 2006<sup>19</sup>. En este último Acuerdo (Adenda II, 2006) se define a los tránsfugas en el apartado Primero:

«A los efectos del presente Acuerdo, se entiende por tránsfugas a los representantes locales que, traicionando a sus compañeros de lista y/o de grupo –manteniendo estos últimos su lealtad con la formación política que los presentó en las correspondientes elecciones locales–, o apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los órganos competentes de las formaciones políticas que los han presentado, o habiendo sido expulsados de éstas, pactan con otras fuerzas para cambiar o mantener la mayoría gobernante en una entidad local, o bien dificultan o hacen imposible a dicha mayoría el gobierno de la entidad.»

En el desarrollo legislativo de dichos pactos, se creó la figura del concejal no adscrito, para frenar el transfuguismo y evitar las coaliciones contrarias a las mayorías consecuentes de la voluntad popular que, mediante mociones de censura, alcanzaran el gobierno local y las alcaldías. Además de limitarles sus derechos económicos y políticos, entre ellos la imposibilidad de que su voto viciado cuente para alterar el nombramiento de alcalde, sin embargo aquellas loables intenciones han devenido en inútiles con la sentencia que se comenta.

Catalá i Bas<sup>20</sup> distingue entre tránsfuga y no adscrito. El primero es quién vota en contra de las directrices del partido o se aparta de su disciplina y el no adscrito es el que se aparta es expulsado o abandona el partido, precisando que no es lo mismo esto que apartarse del grupo político municipal. Introduce opiniones doctrinales sobre cuestiones no jurídicas como deslealtad con el programa electoral del partido o posturas éticas justificativas en algunos casos del transfuguismo para concluir que: «todo tránsfuga termina siendo no adscrito, pero no todo no adscrito tiene por qué ser un tránsfuga» para intentar una regulación diferenciada que no ha tenido en cuenta el TC, pero concluye en la dificultad de enjuiciar los tribunales objetivamente aquellos elementos subjetivos.

4.2. Desde la perspectiva de la propia interpretación del mandato de la voluntad soberana del pueblo a la hora de votar, esto es del ciudadano, tampoco tiene lógica democrática la tesis del TC. Ya que,

<sup>17</sup> No parece de recibo la identificación que hace el TC entre el sistema parlamentario de forma de gobierno a nivel nacional y su traslación al sistema de representación ciudadana-vecinal por el que se opta para la administración local.

<sup>18</sup> Los antecedentes políticos en MÁRQUEZ CRUZ, G. (2007): “Veinte años de democracia local en España: elecciones, producción de gobierno, moción de censura y élite política (1979-1999)” en *REP*, núm. 106 págs. 289 y ss.

<sup>19</sup> Asimismo, se prevé una Comisión de Seguimiento en el seno del Ministerio para las Administraciones Públicas, con lo está institucionalizado. Se puede ver en: [https://www.mptfp.gob.es/portal/politica-territorial/local/sistema\\_de\\_informacion\\_local\\_-SIL-/comision\\_de\\_seguimiento\\_del\\_pacto\\_antitransfuguismo/comision\\_de\\_seguimiento\\_del\\_pacto\\_antitransfuguismo.html](https://www.mptfp.gob.es/portal/politica-territorial/local/sistema_de_informacion_local_-SIL-/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguismo/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguismo.html).

<sup>20</sup> CATALÁ I BAS A. H. (2014): “¿Puede, y debe, el Derecho sancionar la deslealtad política? y la doctrina allí citada”, en *REDC*, núm. 101, págs. 43-77.



dado el sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, el elector vota a las personas que componen la lista ofrecida por el partido político en las elecciones municipales e insulares, en cierta manera y desde un punto de vista político pero protegible por el derecho, el cabeza de lista es visualizado como futuro alcalde<sup>21</sup> o presidente de cabildo, es decir se vota más pensando en la persona que al partido sobre todo en municipios<sup>22</sup>, cabildos y consejos pequeños<sup>23</sup>. Pero el elector tiene claro que no puede alterar ni los nombres y el lugar en que están situados en la lista, deposita la confianza en las personas que conforman la papeleta en la confianza legítima de la composición de la misma, sin poder alterar su orden, ni cruzar candidatos con otras candidaturas. Por lo que, como se apuntó más atrás, la confianza<sup>24</sup> en la leal interpretación de su voto, queda rota al permitirse que el concejal electo salga de las siglas por el que concurrió o no se someta a la disciplina del grupo político municipal en el que los concejales de aquel se constituyan<sup>25</sup>.

Como expresa el magistrado Conde-Púmpido, en su voto particular a la sentencia que se comenta:

«Cuando esos resultados se alteran por la circunstancia de que concejales elegidos por un grupo político y adscritos a él desde el inicio de su mandato lo abandonan por cualquier causa pero conservando el acta de concejal que obtuvieron por concurrir en las listas de un determinado grupo político y, además, –esto es lo decisivo– contribuyen a elegir un alcalde distinto del elegido por los ciudadanos o del que tenía la mayoría política resultante de las elecciones, no hay duda de que la legitimidad del gobierno local y, con ello, del propio sistema democrático se puede resentir a los ojos de los ciudadanos. Y si, como ocurre a menudo, esa circunstancia se acompaña en la práctica de acusaciones o sospechas de corrupción o de intercambio de favores, el peligro para la credibilidad de las instituciones puede ser muy alto. Las anteriores consideraciones no son meras aprensiones subjetivas de quien suscribe este Voto Particular. Son plenamente compartidas, me atrevo a afirmar, por muchos ciudadanos.».

4.3. Desde la perspectiva del concejal electo, con el precepto anulado y el quórum reforzado que exigía, no se estaba impidiendo ejercer el núcleo duro de su función representativa *ius in officium* en los términos de la jurisprudencia del TC, de participar en la actividad de control del gobierno local, en las deliberaciones del Pleno de la corporación; votar sin restricciones en los asuntos sometidos al mismo y obtener la información necesaria para poder ejercer las facultades anteriores en las comisiones informativas de que formara parte (STC 246/2012). Se argumenta de contrario que se privaba de valor a su voto en las mociones de censura lo que afectaba de lleno al núcleo esencial de su *status* representativo (Lomo Casanueva). Sin embargo, de no poder hacerle renunciar a su acta por la doctrina consolidada del TC, es el mínimo desvalor que se le puede imputar a quien, traicionando el compromiso contraído con el partido en cuyas listas se presenta, así como con los electores, propicia una moción de censura para hacer caer a un Alcalde electo. Una solución al transfuguismo podría ser la propuesta por el magistrado Ollero Tassara en su voto particular, de regularla con una mayoría reforzada superior a la absoluta.

<sup>21</sup> En este punto el TC si ha sido sensible, pues en la STC 125/2013 estableció que solo pueden ser cabezas de lista y por lo tanto candidatos a Alcalde, incluso en una moción de censura, los concejales que se mantuvieron en la que se presentó al momento de enfrentarse al electorado.

<sup>22</sup> RIERA, P.; GÓMEZ, R.; BARBERÁ, P.; MAYORAL, J. A.; MONTERO, J. R. (2016) en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 172, abril-junio, citan a JOAN BOTELLA ("La galaxia local en el sistema político español", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76), quien expresa que: «La galaxia de los municipios españoles, (como gráficamente los ha caracterizado), incluye "un mosaico variadísimo de situaciones, problemas, de realidades completamente distintas en términos políticos, económicos y sociales"».

<sup>23</sup> PÉREZ SÁNCHEZ (2019) en "El transfuguismo y la representación democrática" en la obra colectiva *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción* dirigida por RODRIGUEZ DRINCOURT, J. R. (Thomson Reuters 2019), opina por el contrario que, aún en las elecciones municipales se vota pensando en el partido político. Sin embargo, entiendo que ello solo sucede en las grandes poblaciones donde la ciudadanía se encuentra alejada y desconoce a los políticos locales.

<sup>24</sup> Para DE CARRERAS (*óp. cit.*, págs. 113 y 114): «La voluntad del Parlamento no es, por otro lado, la voluntad del pueblo sino la voluntad del partido o partidos depositarios de la confianza de una mayoría de ciudadanos». Para este autor, la teoría liberal de la representación política ha quedado modificada pues los protagonistas no son los electos, sino los grupos parlamentarios o políticos municipales, que se han convertido en los auténticos actores de la vida parlamentaria, los electos quedan vinculados por las decisiones del grupo. En consecuencia, tanto en las elecciones como en la vida parlamentaria, los partidos monopolizan la participación política. La relación de representación deja de ser representación de voluntades para transmutarse en relación de confianza que se podrá romper por cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento.

<sup>25</sup> En este mismo sentido CATALÁ I BAS A. H. *óp. cit.*, pág. 43, «La teoría clásica del mandato representativo tiene difícil encaje en la llamada democracia de partidos y con un sistema de listas cerradas y bloqueadas como el nuestro».

## 5. PROPUESTA DE REFORMA

La Constitución española, en su artículo 6 expresa con rotundidad que los partidos políticos expresan el pluralismo político que determina, como valor superior de nuestro sistema democrático parlamentario, el artículo 1.1. Siguiendo a Torres del Moral<sup>26</sup> los partidos vertebran políticamente a la sociedad, forman hombres y mujeres políticos y equipos de gobierno, protagonizan y animan las elecciones, gobiernan y controlan los gobiernos, elaboran proposiciones políticas y enumera hasta doce pilares sobre los que se ha edificado lo que denomina «democracia de partidos». No obstante reconocer que nuestra Constitución prohíbe el mandato imperativo y que los sujetos del derecho de participación democrática son los ciudadanos no los partidos, expresa este autor que se eligen personas y no partidos, pero estos como se ha visto, son instrumentos esenciales desde el punto de vista democrático y constitucional para el ejercicio de tal derecho por las personas electas.

En todo caso, partiendo de la doctrina del TC, se debe distinguir la naturaleza del mandando representativo y los mecanismos de control del sistema parlamentario en el supuesto de los integrantes de las Cortes Generales y las asambleas legislativas autonómicas, de la composición de la administración local y dentro de esta, la función constitucional de los concejales, de los alcaldes y presidentes de cabildos. Por la propia naturaleza representativa-ejecutiva del Pleno de concejales de las administraciones locales, la ejecutiva-administrativa del Alcalde y de los concejales-delegados, los representantes de la ciudadanía en las administraciones locales no son exactamente el poder legislador de las grandes opciones políticas en el marco constitucional, son administradores de la gestión de los intereses más cercanos de los vecinos, de los servicios públicos y las políticas más inmediatas de su entorno (artículos 25, 26 y 36 a 38 de la LRBRL), son y deben ser considerados gestores políticos, por ello ha chirriado siempre la trasposición mecánica de los grandes mecanismos de control de la forma de gobierno parlamentario como la moción de censura, la cuestión de confianza y el blindaje del mandato de los electos.

En el nivel local, los vecinos desean visualizar la figura del alcalde como el responsable máximo de los administradores de esas competencias de servicios públicos que son los empleados públicos locales funcionarios y laborales<sup>27</sup>, auxiliado, solo en el nivel político que no técnico, por sus concejales delegados y el resto de concejales del pleno representantes globales de las distintas sensibilidades políticas de los vecinos, como controladores de aquellos en las comisiones informativas y plenos. Como expresara Márquez Cruz<sup>28</sup>, el liderazgo local de los candidatos lleva a la *personalización* de la política local, por las redes sociales existentes en la comunidad local y las prácticas clientelares aún en el caso de trasfuguismo.

Se impone por tanto, una reforma del régimen electoral local mediante la cual el alcalde sea elegido directamente por los vecinos<sup>29-30</sup> (Una propuesta imaginativa la hacen López de la Riva Carrasco, F. y Pascual Monzó, C., 2018) en la misma lista o en lista aparte, que se establezca una segunda vuelta para su elección por los vecinos entre los dos cabezas de lista con mejores resultados y se elimine la posibilidad de moción de censura «política», produciéndose su cese solo por actuaciones tasadas ilegales administrativas o penales sentenciadas por los tribunales.

---

<sup>26</sup> TORRES DEL MORAL, A. (2018): "Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional", págs. 231 y ss., ed. Edsofer, y antes sus obras "Estado de Derecho y sistema de partidos", 1991, págs. 91 y ss. y "Principios de Derecho Constitucional Español", 2004, tomo I, pág. 432.

<sup>27</sup> Resulta necesario culminar la profesionalización de la administración local, iniciada por el Estatuto del Empleado Público, la Ley de Contratos del Sector Público y el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo de habilitados nacionales, para que los concejales delegados y alcaldes dejen de constituirse en directores ejecutivos de la gestión de las funciones y servicios públicos y se reserven a los empleados públicos técnicamente preparados.

<sup>28</sup> *Op. cit.* REP, pág. 299.

<sup>29</sup> En este sentido PORRAS RAMÍREZ, J. M. en "El Autogobierno Local en el Estado Autonómico. Premisas para una Reforma Necesaria" en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre (2005), págs. 211-238, abogaba ya en 2005 por las carencias del Pacto Local al no abordar la necesaria reforma del sistema electoral local para lograr que este nivel político-territorial encuentre el lugar que la Constitución le reservó como pilar basal del sistema democrático, definiendo su cualidad política propia, con autonomía política directamente vinculada, tanto al principio democrático. Aunque no compartimos sus conclusiones acerca de que deben ser los estatutos de autonomía y las leyes autonómicas de régimen local las que deben de ocuparse de ello. A la vista está, que las reformas estatutarias de los años 2006, empezando por el Estatuto de Cataluña y siguientes lo que han hecho es interiorizar el régimen jurídico de las administraciones locales convirtiéndolas en meros terminales administrativos del poder político autonómico, acabando de hecho, con la naturaleza bifronte de su posición constitucional. Tendría que ser una reforma constitucional en materia competencial la que atribuyera al Estado, la posibilidad de legislar y llevar a cabo políticas directamente en y con el mundo local, lo que conllevaría más cohesión a las fuerzas centrifugas del estado autonómico y potenciaría el federalismo cooperativo.

<sup>30</sup> GARCÍA GARCÍA, M. J. (2011): "La Elección Directa del Alcalde en el Régimen Local: Justificación, Alcance y Repercusiones", en *REDC*, núm. 91, enero-abril.

En este aspecto, se presentó en la XII legislatura, en el Congreso de los Diputados una proposición de ley, por el Grupo Parlamentario Popular<sup>31</sup>, para modificar el artículo 180 de la LOREG en el sentido de posibilitar la estabilidad política municipal primando las listas más votadas al otorgar la mitad más uno de los concejales a la lista que haya obtenido el 35 por ciento de los votos y se distancie en más de 5 puntos porcentuales de la siguiente candidatura, o el 30 por ciento y se distancie en 10 puntos. En caso de no darse ese supuesto se celebraría una segunda vuelta entre las candidaturas que hayan obtenido al menos el 15 por ciento de los votos válidos y a la candidatura que obtuviese más del 40 por ciento de los votos o se distanciase 7 puntos de la segunda se le adjudicaría la mitad más uno de los concejales. Por último, mantenía una barrera electoral del 5 por ciento de los votos para acceder al cargo de concejal.

Resulta interesante la propuesta, pero no resuelve la elección del alcalde, pieza clave de la estabilidad municipal y motor por liderazgo, de la eficaz prestación de los servicios públicos. En todo caso se le puede reprochar a este grupo parlamentario que no hayan aprobado dicha reforma durante la X legislatura que dispusieron de mayoría absoluta y no aprovecharon el impulso de la promulgación de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que reformó la Ley reguladora de las bases del régimen local.

## 6. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEJAL O CONSEJERO NO ADSCRITO. REGULACIÓN EN LA LEY BÁSICA ESTATAL Y EN LAS LEYES AUTONÓMICAS DE DESARROLLO

Las medidas antitransfugismo adoptadas por medio de la LOREG han venido siendo desmontadas por la constante jurisprudencia del TC sobre el artículo 23.1 de la CE como se ha visto más atrás y ha expuesto ordenadamente Pérez Sánchez<sup>32</sup>. Dicha jurisprudencia ha rehabilitado, en cierta manera, la posición institucional de los electos no adscritos. Sin embargo, la organización de la actividad política o actuación corporativa de los electos locales, desde la primera redacción del artículo 73.3 de la LRBRL es colectiva a través de los grupos políticos. Fue por medio de la reforma aprobada por la Ley 57/2003, producto del pacto anti-transfugismo, por la que se introdujo la figura del no adscrito individualizando dicha actividad.

Conforme a la normativa estatal básica vigente, los concejales no adscritos ostentan el siguiente régimen jurídico conforme el artículo 73.3 de la LRBRL:

*«Artículo 73.-*

3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan *con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.*

[...]

Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.

Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.»

La legislación autonómica canaria de desarrollo de régimen local expresa en el artículo 88 de la Ley 8/2015 para los consejeros de los cabildos y 28 de la Ley 7/2015 para los concejales:

*«Artículo 88.- Miembros no adscritos.*

1. Tendrán la consideración de miembros no adscritos los consejeros insulares que no se integren en el grupo político insular que se constituya por quienes formen parte de la candidatura electoral por la que fueron elegidos, los que abandonen su grupo de procedencia, y los que

<sup>31</sup> BOCG, Serie B, 7 de septiembre de 2018 núm. 305-1.

<sup>32</sup> PÉREZ SÁNCHEZ, G. (2019): "El transfugismo y la representación democrática" en la obra colectiva *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción* dirigida por RODRIGUEZ DRINCOURT, J. R. (Thomson Reuters).

sean expulsados de la formación política que presentó la correspondiente candidatura. Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integran decida abandonarla.

Asimismo, tendrán la consideración de miembros no adscritos los consejeros insulares que hayan concurrido a las elecciones en una agrupación, partido, federación o coalición política declarada ilegal por sentencia judicial firme.

[...]

3. Los miembros no adscritos tendrán los derechos políticos y económicos que individualmente les correspondan como consejeros insulares, *pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político*, sin que nunca puedan ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia.

4. El reglamento orgánico del cabildo insular establecerá los derechos de los consejeros insulares no adscritos respetando las siguientes normas:

a) *Tendrán derecho a integrarse en las comisiones del pleno, con voz y voto*, conforme al procedimiento que establezca el reglamento orgánico.

b) No podrán participar en la junta de portavoces, que se constituirá exclusivamente por los portavoces de los grupos políticos locales.

c) En cuanto a las asignaciones, medios económicos y materiales que se conceden a los grupos políticos, no son aplicables a los consejeros insulares no adscritos, a los que tampoco podrán asignarse otras ventajas económicas y materiales por razón de tal condición.

d) *Una vez que ostenten dicha consideración, no podrán obtener el reconocimiento de dedicación exclusiva o parcial al cabildo insular, ni ser designado para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes del cabildo insular.*

*Artículo 28.- Los concejales no adscritos.*

1. Tendrán la consideración de concejales no adscritos los que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos y los que abandonen su grupo de procedencia.

También tendrán la consideración de no adscritos los que sean expulsados de la formación política que presentó la correspondiente candidatura.

Estas previsiones no serán de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.

Asimismo, ostentarán la condición de miembros no adscritos los concejales que hayan concurrido a las elecciones en una agrupación, partido, federación o coalición política que haya sido declarada ilegal por sentencia judicial firme.

[...]

3. Los miembros no adscritos tendrán los derechos políticos y económicos que individualmente les correspondan como concejales, *pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político*, sin que en ningún caso puedan ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que disponga el reglamento orgánico.

4. El reglamento orgánico de la corporación establecerá los derechos de los concejales no adscritos, debiendo respetar las siguientes normas:

a) Podrán participar con plenitud de derechos en las comisiones informativas municipales, conforme al procedimiento que establezca el reglamento orgánico y *respetándose el principio de proporcionalidad*.

b) En cuanto a las asignaciones, medios económicos y materiales que se conceden a los grupos políticos, no serán de aplicación a los concejales no adscritos, a los que tampoco podrán asignarse otras ventajas económicas y materiales por razón de tal condición.

c) *No podrán ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva ni parcial, ni ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación.»*

Como puede observarse, las dos leyes autonómicas canarias desarrollan y restringen los derechos políticos y económicos que la ley básica no enumera, al expresar que no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, que si bien remite al reglamento

orgánico de cada entidad, desde la ley se le imponen unos límites<sup>33</sup>. Estos se concretan en que en el caso de los consejeros insulares, si bien podrán integrarse y participar en las comisiones informativas en igualdad de derechos que el resto<sup>34</sup>, no podrán:

- pertenecer a la junta de portavoces al no encontrarse encuadrados en ningún grupo político municipal,
- no obtendrán asignaciones, medios económicos y materiales,
- no podrán obtener el reconocimiento de dedicación exclusiva o parcial,
- ni ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación.

En parecido sentido se pronuncia la ley municipal para los concejales, si bien con el silencio en el caso de su posible pertenencia a la junta de portavoces, debiéndose entender que al no pertenecer a ningún grupo municipal no pueden formar parte de la misma. En consecuencia, respeta el núcleo esencial de su representación conforme la jurisprudencia del TC, pero no se le atribuye posibilidad de igualar o mejorar su condición de miembro con responsabilidades de gobierno directo o indirecto ni se le permiten retribuciones económicas adicionales a las dietas por participar en los órganos colegiados necesarios. Aunque en materia de retribuciones económicas la ley municipal no utiliza la expresión *reconocimiento de dedicación exclusiva o parcial* de la ley de cabildos, sino que va más allá cuando expresa: *No podrán ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva ni parcial*.

La regulación del estatuto del concejal no adscrito, dista de ser uniforme en las distintas leyes autonómicas de régimen local, debiendo tenerse en cuenta que la regulación de la ley básica de régimen local es un mínimo ampliable por la autonómica, siempre que no se ataque el núcleo del derecho constitucional<sup>35</sup>.

La ley catalana<sup>36</sup> en su artículo 50.7 se le equipara al resto de los concejales sin ninguna limitación ni de participación política ni económica para los no adscritos. En idéntico sentido en el artículo 134 de la Ley de la Comunidad Valenciana<sup>37</sup>. En estos casos se podría vulnerar el mandato de la LRBRL de «Los dere-

<sup>33</sup> Con la doctrina de la STC 214/1989 de 21 de diciembre, FJ 6 que puso por encima de la autonomía auto-organizativa de la administración local la legislación autonómica, el reglamento orgánico no puede desconocer el mandato legal.

<sup>34</sup> La participación con voz y voto de los no adscritos en dichas Comisiones Informativas no fue un tema pacífico, ya que hasta la STC 169/2009 (FJ 5) se cuestionaba si dicha participación entraba en el núcleo del derecho a la participación política del artículo 23.2. En dicha sentencia, que garantiza tal derecho, se resuelve también el problema consecuente del respeto a la proporcionalidad del pleno en su composición, de tal forma que con la presencia de los concejales no adscritos estos obtengan sobrerrepresentación, al permitir cualquier sistema (por ejemplo, el voto ponderado como permite el artículo 36 de la Ley 7/1999 de Aragón) que garantice tal proporcionalidad y no perjudique al grupo político que sufrió la disminución de miembros. Véase al respecto el Dictamen 81/2018, de 14 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía, de consulta facultativa sobre determinadas cuestiones atinentes a los requisitos necesarios para que un concejal pase a la situación de no adscrito y sobre los efectos que conlleva esta situación frente al ayuntamiento y frente a su Grupo municipal.

<sup>35</sup> En este mismo sentido CATALÁ I BAS, A. H., *óp. cit.*, pág. 56, en donde sintetiza en cinco puntos el criterio de la STC 9/2012 ratificado ahora en la STC 151/2017 que ha entendido que la restricción al voto operado por la LOREG afecta al derecho constitucional del 23.2.

<sup>36</sup> 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:

«50.7 Los concejales que, de conformidad con lo que establece el apartado 6, quedan en la condición de no adscritos, tienen los deberes y los derechos individuales, incluidos los de carácter material y económico, que según las leyes forman parte del estatuto de los miembros de las corporaciones locales y participan en las actividades propias del ayuntamiento de manera análoga a la del resto de concejales.»

<sup>37</sup> Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalidad, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana:

«Artículo 134 Grupos municipales:

1. Los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos municipales a los efectos de su actuación corporativa.

2. Los grupos se corresponderán con los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones cuyas listas hayan obtenido puestos en la corporación. No podrán formar grupo propio los pertenecientes a formaciones políticas que no se hayan presentado como tales ante el electorado. Nadie puede pertenecer simultáneamente a más de un grupo.

3. Los grupos se constituirán mediante escrito dirigido al presidente de la corporación, firmado por los miembros de la misma que deseen integrarlo, en el que expresen su voluntad de formar parte del mismo, su denominación, el nombre de su portavoz y de quien, en su caso, pueda sustituirlo. El escrito deberá formalizarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la constitución de la corporación y, en todo caso, antes de la convocatoria de la sesión extraordinaria del Pleno para determinar la organización y funcionamiento municipal.

4. *Pasarán a tener la condición de concejales no adscritos aquellos miembros de la corporación en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

a) No haber constituido Grupo Municipal dentro de los plazos establecidos en el párrafo anterior.

chos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia» de diversas formas en los reglamentos orgánicos o por medio de nombramientos en organismos autónomos o empresas públicas.

Siguiendo esta línea, pero con su exclusión de la Junta de Portavoces se regula en los artículos 112 y 113 de la Ley de Aragón<sup>38</sup>.

En la Ley de La Rioja<sup>39</sup>, artículos 122 y 123 se da un paso más sin llegar a el nivel de las leyes canarias y se les penaliza con la pérdida del puesto que ocupara en las comisiones para las que hubiera sido designado

b) No haberse integrado en el Grupo Municipal constituido por la formación electoral que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones.

c) Haber abandonado o haber sido expulsados mediante votación del grupo municipal. En este último supuesto deberá quedar constancia escrita del acuerdo adoptado.

d) Haber abandonado o haber sido expulsados de la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones. Esta circunstancia será comunicada por el representante general de la formación política, coalición o agrupación de electores correspondiente al secretario municipal, quien lo pondrá en conocimiento del Pleno de la corporación, para que de oficio se proceda en consecuencia.

Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el Reglamento Orgánico de cada corporación.».

<sup>38</sup> Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón:

«Artículo 112. Funcionamiento y medios.

1. Corresponde a los grupos políticos municipales designar, mediante escrito del portavoz, a aquellos de sus componentes que hayan de representarlos en todos los órganos colegiados integrados por miembros de la Corporación. Los Concejales no adscritos, al no pertenecer a ningún grupo político municipal, no tendrán portavoz.

2. Las funciones y atribuciones de los grupos políticos municipales no supondrán menoscabo de las que la legislación atribuye a los órganos municipales y a los miembros de la Corporación.

3. Cada Corporación local, de conformidad con su Reglamento orgánico y en la medida de sus posibilidades, pondrá a disposición de cada grupo medios y locales adecuados.

Artículo 113. Junta de portavoces.

1. Los portavoces de los grupos políticos, presididos por el Presidente de la Corporación, integrarán la Junta de portavoces, que tendrá las siguientes funciones:

a) Acceder a las informaciones que la presidencia les proporcione para difundirla entre los miembros de su grupo.

b) Encauzar las peticiones de los grupos en relación con su funcionamiento y con su participación en los debates corporativos, y

c) Consensuar el régimen de los debates en sesiones determinadas.

2. La Junta de portavoces tendrá siempre carácter deliberante y en sus sesiones no se adoptarán acuerdos ni resoluciones con fuerza de obligar ante terceros.».

<sup>39</sup> Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja:

«Artículo 122. Creación y composición.

1. Para hacer posible un mejor funcionamiento de los órganos de gobierno de las Corporaciones locales, los miembros de los mismos se constituirán en grupos políticos.

2. Los grupos se corresponderán con los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones cuyas listas hayan obtenido puestos en la Corporación. No podrán formar grupo propio los pertenecientes a formaciones políticas que no se hayan presentado como tales ante el electorado. Nadie puede pertenecer simultáneamente a más de un grupo.

3. El Reglamento orgánico podrá exigir un número mínimo para la constitución de grupo político, en cuyo caso deberá regularse el grupo mixto.

4. Los grupos políticos se constituirán mediante escrito dirigido al Presidente de la Corporación, firmado por los miembros de la misma que deseen integrarlo, en el que expresen su voluntad de formar parte del mismo, su denominación, el nombre de su portavoz y de quien, en su caso, pueda sustituirlo. El escrito deberá formalizarse antes del primer Pleno ordinario después de la constitución de la Corporación.

5. Los miembros de las Corporaciones locales que no se integren en un grupo en el plazo señalado o que *dejarán de pertenecer a su grupo de origen pasarán automáticamente a tener la condición de miembros no adscritos*.

6. *El miembro de la Corporación que deje de pertenecer a su grupo de origen perderá el puesto que ocupara en las comisiones para las que hubiera sido designado por dicho grupo, así como la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva*.

7. *Los concejales que abandonan el grupo formado por la candidatura por la cual se presentaron a las elecciones locales no se pueden integrar en el grupo mixto, sino que quedan como concejales no adscritos*.

8. *Los concejales que, de conformidad con lo que establece el apartado 7, quedan en la condición de no adscritos, tienen los deberes y los derechos individuales, incluidos los de carácter material y económico, que según las leyes forman parte del estatuto de los miembros de las corporaciones locales y participan en las actividades propias del Ayuntamiento de manera análoga a la del resto de concejales*.

Artículo 123. Funcionamiento y medios.

1. Corresponde a los grupos políticos municipales designar, mediante escrito del portavoz, a aquellos de sus componentes que hayan de representarles en todos los órganos colegiados integrados por miembros de la Corporación. *Los concejales no adscritos, al no pertenecer a ningún grupo político municipal, no tendrán portavoz*.

2. Las funciones y atribuciones de los grupos políticos municipales no supondrán menoscabo de las que la legislación atribuye a los órganos municipales y a los miembros de la Corporación.

por su grupo de origen, debiendo reconfigurarse su pertenencia conforme al principio de proporcionalidad, así como la imposibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva.

Más cercanos a las limitaciones de las leyes canarias están las leyes de Baleares y Madrid. En la primera de las comunidades citadas, a los no adscritos se les permite participar en las comisiones informativas, solo con voz, pero sin voto<sup>40</sup> lo que sería contrario a la jurisprudencia del TC, aunque a los expulsados de su grupo de origen contra su voluntad se les permite integrarse en el grupo mixto o formar su propio grupo si cuentan con miembros para ello.

Sobre la Ley de Madrid<sup>41</sup> se ha pronunciado el TC en la STC 246/2012 de 20 diciembre proveniente de dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas (núms. 1992-2010 y 7128-2010), planteadas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con los arts. 32.4 y 33.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, por posible vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE y ha anulado el artículo 33.3, en su anterior redacción, que señalaba que las Comisiones informativa se integraban exclusivamente por concejales designados por los distintos grupos políticos de forma proporcional a su representatividad en el Pleno (ver nueva redacción en nota 41) y el párrafo 2.º del número 4 del artículo 32 sobre los derechos de los no adscritos, es declarado constitucional debiendo ser interpretado en los términos establecidos en el fundamento jurídico séptimo de la citada Sentencia.

La dureza de la ley municipal canaria 7/2015 ha sido recientemente puesta en cuestión, mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de los apartados 1.º

3. Cada Corporación local, de conformidad con su Reglamento orgánico y en la medida de sus posibilidades, pondrá a disposición de cada grupo medios y locales adecuados.».

<sup>40</sup> Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears:

«Artículo 76. Creación y composición.

5. Los miembros de las corporaciones locales que no se integren en un grupo en el plazo señalado, o aquéllos que abandonen el grupo formado por la candidatura por la cual se presentaron a las elecciones locales, no se pueden integrar en el grupo mixto, sino que quedarán como concejales y concejalas no adscritos. *Los concejales y las concejalas excluidos contra su voluntad de su grupo de origen, se integran en el grupo mixto. También pueden acordar formar su propio grupo si así lo deciden voluntariamente cuando dispongan del número mínimo de miembros que determine el reglamento municipal.*

6. El miembro de la corporación que deja de pertenecer a su grupo de origen pierde el puesto que ocupara en las comisiones para las que ha sido designado por dicho grupo.

7. Los concejales y las concejalas no adscritos tienen los derechos y los deberes individuales, incluidos los de carácter material y económico, que según las leyes forman parte del estatuto de los miembros de las corporaciones locales, y participan en las actividades propias del ayuntamiento de manera análoga a la del resto de concejales y concejalas. *Estos concejales y concejalas serán informados y podrán asistir a las comisiones informativas y otros órganos colegiados en que estén representados los grupos políticos municipales, con voz y sin voto.».*

<sup>41</sup> Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid:

«Artículo 32. Grupos políticos.

1. Para un mejor funcionamiento del Ayuntamiento, los Concejales actuarán corporativamente mediante la constitución de grupos políticos municipales y la designación de portavoces en los términos que disponga la legislación sobre régimen local y el Reglamento orgánico municipal.

2. Ningún Concejel podrá pertenecer a más de un grupo político, debiendo integrarse necesariamente en el grupo que corresponda a la candidatura en la que resultó elegido. Si posteriormente lo abandonara y mantuviera la condición de Concejel, no podrá integrarse en ningún otro grupo político, *actuando en la Corporación como Concejel no adscrito a grupo político.*

3. La condición de Concejel no adscrito la tendrán, igualmente, los concejales que no se integren en el grupo político constituido por los concejales elegidos en la candidatura de su formación política.

4. Los Concejales que adquieran su condición con posterioridad a la sesión constitutiva de la Corporación deberán incorporarse al grupo político formado por la lista en la que hayan sido elegidos. En caso contrario, tendrán la condición de Concejales no adscritos.

*El Concejel no adscrito tendrá los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la Corporación pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político.*

Artículo 33. Comisiones informativas.

1. Las comisiones informativas son órganos municipales encargados del estudio, dictamen, investigación, informe o análogas funciones no resolutorias respecto de aquellos asuntos cuya resolución es competencia del Pleno, así como el seguimiento de la gestión del Alcalde, la Comisión de Gobierno y los Concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno.

2. Las comisiones informativas podrán ser permanentes o temporales, generales o sectoriales.

3. Las comisiones estarán integradas por los miembros de la Corporación designados por los distintos grupos políticos de forma proporcional a su representatividad en el Pleno, y por los Concejales no adscritos, sin que estos últimos tengan más representación de la que les hubiera correspondido de permanecer en el grupo de procedencia.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si la composición del Pleno no permitiera asegurar esa proporcionalidad en la designación de los miembros de la Comisión, podrá adoptarse cualquier sistema que garantice que el sistema de mayorías de la Comisión es similar al del Pleno y, entre ellos, el voto ponderado en las Comisiones.».

y 4.º del artículo 28 llevado a cabo por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de los de Santa Cruz de Tenerife<sup>42</sup>. Los demandantes argumentan que si bien el apartado 1.º del artículo 28 no diferencia la causa que ocasiona la adquisición de la condición de no adscrito, la causa de la expulsión en este caso, queda a extramuros de la dinámica municipal y por lo tanto no es susceptible de ser considerada transfuguismo, por lo que el precepto autonómico excede del básico 73.3 de la LRBRL e impide de hecho el ejercicio de las funciones públicas. Dichos argumentos son suscritos también por la demandada –la defensa del ayuntamiento– incidiendo en el diferente trato legal a los consejeros de los cabildos, en la Ley 8/2015 que permite el mantenimiento de su dedicación exclusiva, si esta fue anterior al pase a la condición de no adscrito. Los fundamentos de la duda de constitucionalidad del Juez (del art. 28.1.º y 4.º) los desarrolla el Auto (FD 5.º) dudando que el precepto cuestionado supere el juicio de proporcionalidad del canon constitucional establecido en la STC 151/2017, puesto que aquel no diferencia la circunstancia de apartamiento del grupo municipal por el que concurrieron, ni si atañe o no a la vida municipal o vulnera los fines de estabilidad municipal de la norma. Es decir, para el Auto la restricción opera desde un punto de vista subjetivo sin razón objetiva que desvele su soporte constitucional, la norma no diferencia el caso, como el presente, en que el no adscrito no haya abandonado el grupo municipal ni la candidatura que encabezaba y por la que fue elegido, cumpliendo con el canon de las SsTC 31/1993 y 185/1993, (sobre el abandono del grupo por el que fue elegido del cabeza de lista, antes de ser candidato a la alcaldía). Así, para el Juez la norma cuestionada ahora afectaría al *ius officium* en la modalidad de ejercicio del cargo de Alcalde y, por lo tanto, afecta al núcleo inherente de la función representativa protegida por el art. 23.2 CE, máxime cuando ya ha sido elegido como cabeza de la lista que concurrió a las elecciones. La norma cuestionada al no especificar las causas de la adquisición de la condición de no adscrito, desborda el soporte constitucional a los partidos políticos para luchar contra el transfuguismo, pues en este caso la medida sancionadora del partido se produce una vez alcanzada la alcaldía, sin que los afectados hayan abandonado en ningún momento el grupo municipal, partido y candidatura para, fraudulentamente, alterar el régimen de mayorías resultado del proceso electoral. El Auto entiende que la aplicación de la norma cuestionada tiene como consecuencia y finalidad, el pleno e incondicionado control del partido político sobre el voto de los concejales electos, lo que afecta al núcleo esencial del mandato representativo que une al electo con los electores (en los términos de la doctrina del TC) y desborda la proporcionalidad de la norma. Respecto al apartado 4.º del precepto (FD 7.º), al impedirle cualquier retribución a la dedicación parcial o total al cargo, les avoca a tener que renunciar a los mismos, al dificultarse sobremanera su ejercicio, por lo se entiende que se vulnera además del 23.2 de la CE, el artículo 149.1.18 de la misma al desbordar el art. 73.3 de la LRBRL, incurriendo en inconstitucionalidad mediata o indirecta, pues aquella norma básica no faculta a restringir los derechos económicos hasta el punto de suprimirlos, ya que no derivan de su condición de miembros de grupo político sino de las funciones de los cargos desempeñados.

En conclusión, que la legislación de desarrollo de la de régimen local autonómica más reciente ha intentado limitar, aunque ahora pendiente del juicio de su constitucionalidad, lo más posible los derechos de los concejales no adscritos, para intentar, de esa manera, combatir el transfuguismo en el estrecho marco que le deja la interpretación del TC del principio de representación democrática y derecho fundamental al ejercicio de funciones públicas del artículo 23.2 de la CE al que ha despojado de su consideración de un derecho constitucional de configuración legal para ensanchar en exceso su núcleo indisponible por el legislador, doctrina con la que me he manifestado en desacuerdo, intentado fundamentarlo en los propios preceptos constitucionales sobre los partidos políticos y en el sistema electoral vigente. Solo una modificación legislativa de la elección del alcalde y una mayor precisión de los derechos y deberes estatutarios de los electos, se puede evitar en el futuro, alguna de las más indeseables consecuencias del mantenimiento en su puesto y participación política de los electos que se convierten en no adscritos alterando la composición de las candidaturas que concurren al proceso electoral.

---

<sup>42</sup> Planteada mediante Auto de 2 de junio de 2020 por el magistrado-juez lltmo. Sr. D. Roi López Encinas en el recurso núm. 578/2019 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, interpuesto por el Alcalde y la primera Teniente de Alcalde del municipio de Valle Gran Rey (La Gomera), que resultaron expulsados de la formación política por la que concurrieron a las elecciones locales de 26 de mayo de 2019, una vez elegidos como concejales y nombrado uno de ellos Alcalde y la otra primera teniente de alcalde, por no acatar la orden de su partido (PSOE) de votar al candidato del partido insular Asamblea Socialista Gomera, en virtud de los pactos globales suscritos con este para cogobernar e investir al Presidente del Gobierno de Canarias y para los ayuntamientos. Los recurrentes impugnan el acuerdo del pleno del Ayuntamiento que rigen por el cual, en aplicación del mencionado artículo se les impide percibir las retribuciones por sus dedicaciones parciales vinculadas al efectivo ejercicio de sus cargos de alcalde y primer teniente de alcalde.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO MAS, M. J. (2005): “El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos”, en *RAP*, núm. 168.
- ALONSO MAS, M. J. (2018): “Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad”, en *RAP*, núm. 206. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.05>.
- CATALÀ I BAS, A. H. (2014): “Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el Derecho sancionar la deslealtad política?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto.
- CARBONELL PORRAS, E. (2005): “El «interés concreto» de los concejales «en el correcto funcionamiento de la corporación local» como título de legitimación”, en *RAP*, núm. 168, septiembre-diciembre.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2018): “De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)”, en *REALA*, núm. 9, abril. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i9.10511>.
- DE CARRERAS SERRA, F. (2004): “Los partidos en nuestra democracia de partidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24. Núm. 70.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E. (2012): “La «parlamentarización» de la forma de gobierno local: la reforma de la LOREG sobre la moción de censura y la cuestión de confianza local y su incidencia en el derecho de los concejales a ejercer un cargo público representativo”, en *RAP*, núm. 189.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992): *El Sistema Constitucional Español*, pág. 137. Madrid: Dykinson.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, O. (2016): “La moción de censura modificada por la LO 2/2011, de 28 de enero: aplicación práctica y posible inconstitucionalidad”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11. Ref. 1289/2016.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, O. (2016): “La Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias: características y preceptos inconstitucionales”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5. 533/2016.
- GARCÍA GARCÍA, M. J. (2016): “El sistema de elección del Alcalde en España: Efectos en la democracia local”, en *REALA*, núm. 16. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10388>.
- GARCÍA GARCÍA, M. J. (2011): “La Elección Directa del Alcalde en el Régimen Local: Justificación, Alcance y Repercusiones”, en *REDC*, núm. 91, enero-abril, págs. 205-258.
- LOMO CASANUEVA, T. (2018): “Moción de censura en los entes locales: ¿el fin de las limitaciones de los concejales no adscritos o tránsfugas?”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 4 (abril). Sección Actualidad.
- LÓPEZ PELLICER, J. A. (1999): “La Moción de Censura al Alcalde”, en *REALA*, núm. 247. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi247.8646>.
- LÓPEZ PELLICER, J. A. (1999): “La moción de censura y la cuestión de confianza en la Administración local (reforma e innovación en la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril)”, en *REALA*, núm. 279. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi279.9020>.
- LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F. y PASCUAL MONZÓ, C. (2018): “Una sencilla Idea para apoyar desde los Ayuntamientos el principio democrático de que el que gane, gobierne”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*. La Ley 3745/2018.
- LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F. (2018): “El Tribunal Constitucional matiza el concepto de transfuguismo, pero difiere sus efectos jurídico-prácticos al mes de junio de 2019”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, Sección Zona Local / Rincón local, enero 2018, Ref. 137/2018, pág. 137. Wolters Kluwer.
- MACÍÀ HERNANDEZ, J. (2015): “Modificaciones sobrevenidas de la Corporación Local: La Moción de censura. Especial análisis del supuesto de abandono o expulsión del Concejal del Grupo político municipal al que pertenece el Alcalde”, en *Revista Digital CEMCI*, núm. 26.
- MÁRQUEZ CRUZ, G. (2007): “Veinte años de democracia local en España: elecciones, producción de gobierno, moción de censura y élite política (1979-1999)” en *REP*, núm. 106 págs. 289 y ss.
- PEREZ SANCHEZ, G. (2019): “El transfuguismo y la representación democrática”, en RODRIGUEZ DRINCOURT, J. R. (dir.): *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción*. Thomson Reuters, 2019.
- POMED SANCHEZ, L. A. (1991): “El discutible control judicial de los motivos de la moción de censura al alcalde (Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 1990. Caso «La Fuliola»)”, en *REALA*, núm. 251. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi251.8700>.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2005): “El Autogobierno Local en el Estado Autonómico. Premisas para una Reforma Necesaria”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre, págs. 211-238.
- REBOLLO PUIG, M. (1985): “La moción de censura en la administración local”, en *REALA*, núm. 227. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi227.8429>.
- RIERA, P.; GÓMEZ, R.; BARBERÁ, P.; MAYORAL, J. A.; MONTERO, J. R. (2016): “Elecciones municipales en España: un análisis multinivel de los determinantes individuales y contextuales del voto”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 172, págs. 47-82. DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.172.02>.
- SÁNCHEZ CALVACHE, A.; LOMO CASANUEVA, T. (2017): “La moción de censura en las entidades locales”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 18, Ref. 2192/2017, pág. 2.192.

- SANTOLAYA MACHETTI, P. (1985): “Nota en torno a la posibilidad de cese de los Alcaldes mediante la aprobación de una moción de censura (comentario a cuatro recientes decisiones judiciales)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, págs. 265 y ss.
- SANZ PÉREZ Á. L. (2012): “Régimen local versus régimen electoral: la moción de censura al alcalde”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- SIMÓN YARZAI, F. (2015): “La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril.
- TORRES DEL MORAL, A. (2018): *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, págs. 231 y ss. Madrid: Ed. Edsofer.
- TORRES DEL MORAL, A. (1991): *Estado de Derecho y democracia de partidos una teoría del Estado constitucional contemporáneo*, págs. 91 y ss. Madrid: Editorial Universitas.
- TORRES DEL MORAL, A. (2004): *Principios de Derecho Constitucional Español*, Tomo I, pág. 432. Madrid: Facultad de Derecho (UCM).
- VIRGALA FORURIA, E. (1987): “La responsabilidad política del gobierno en la república federal alemana: la moción de censura constructiva y las mociones de reprobación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7. núm. 21.



REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES  
Recibido: 31-07-2020  
Modificado: 17-09-2020  
Aceptado: 18-09-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10846>  
Páginas: 139-160

## El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre la policía local)

*The exercise of functions of authority by interim civil servants  
(in relation to jurisprudence on the local police force)*

Josefa Cantero Martínez  
Universidad de Castilla-La Mancha (España)  
<https://orcid.org/0000-0001-8594-9394>  
[josefa.cantero@uclm.es](mailto:josefa.cantero@uclm.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha y presidenta de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS). Está especializada en materia de empleo público y Derecho Sanitario. Ha participado en diversas comisiones de estudio y grupos de trabajo para el desarrollo legislativo del Estatuto Básico del Empleado Público.

---

### RESUMEN

Las funciones que implican ejercicio de autoridad están expresamente reservadas a los funcionarios de carrera en el ámbito de la Administración local. La posibilidad de que puedan ser ejercidas por funcionarios interinos no está técnicamente definida en nuestro ordenamiento jurídico ni perfilada de modo adecuado, lo que crea importantes problemas prácticos y una gran inseguridad jurídica. El debate sobre esta cuestión ha vuelto a resurgir en este último año a raíz de varias sentencias que se han pronunciado sobre la naturaleza de las funciones que realizan los policías locales como «agentes de autoridad». En este trabajo se analizan las sentencias que permiten a los Ayuntamientos nombrar a policías en régimen de interinidad.

### PALABRAS CLAVE

Ejercicio de autoridad; agente de autoridad; funcionario de carrera; funcionario interino; policía local.

---

### ABSTRACT

The duties which involve the exercise of authority are expressly reserved to career civil servants in the area of Local Administrations. The possibility that the said duties can be exercised by interim civil servants is not adequately outlined nor technically defined in the Spanish legal system, which causes important practical problems and great juridical uncertainty. The controversy on this issue has risen again in the past year following several judgements ruled on the nature of the functions performed by local police officers as «agents of authority». This paper analyses the judgements which allow city Councils to appoint interim police officers.

### KEYWORDS

Exercise of power; agent of authority; career civil servant; interim civil servant; local police officer.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN: LA NUEVA JURISPRUDENCIA SOBRE EL INTERINAJE Y EL EJERCICIO DE AUTORIDAD. 1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL ESTABLECIMIENTO DE UNA RESERVA DE FUNCIONES PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO. 2. ALGUNOS PROBLEMAS GENERALES PARA ARMAR UN MODELO TEÓRICO COHERENTE. 2.1. LAS PROPIAS DEFICIENCIAS TÉCNICAS Y DESAJUSTES ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA FUNCIONARIAL Y LOCAL SOBRE RESERVA DE FUNCIONES. 2.2. NO EXISTE NINGUNA DEFINICIÓN DE LO QUE HAYA DE ENTENDERSE POR FUNCIONES QUE IMPLICAN EJERCICIO DE AUTORIDAD. 2.3. A PESAR DE ELLO, ESTE CRITERIO SE HA UTILIZADO DOGMÁTICAMENTE PARA ESTABLECER UNA DISTINCIÓN ENTRE FUNCIONARIOS Y LABORALES. 2.4. SU RAZÓN ÚLTIMA RESPONDE A LA NOTA DE LA INAMOVILIDAD, PERO NOS ABOCA A UNA IMPORTANTE INCOHERENCIA DEL SISTEMA. 2.5. EXISTEN, ADEMÁS, OTRAS INCONGRUENCIAS DEL MODELO TEÓRICO QUE HEMOS CONSTRUIDO. 3. EN ESPECIAL, EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL POLICÍA LOCAL INTERINO. 3.1. EL INICIAL AVAL JURISPRUDENCIAL DE LA STS DE 12 DE FEBRERO DE 1999. 3.2. LA RESPUESTA DADA EN LAS DISTINTAS LEGISLACIONES AUTÓNOMICAS SOBRE COORDINACIÓN DE LAS POLICÍAS LOCALES. 3.3. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: LA NUEVA INTERPRETACIÓN LITERAL REALIZADA POR LA STS DE 14 DE JUNIO DE 2019 Y LOS IMPORTANTES PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE PLANTEABA. 3.4. LA SOLUCIÓN A TRAVÉS DE UNA SENTENCIA INTERPRETATIVA E INTEGRADORA DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL (STC 106/2019, DE 19 DE SEPTIEMBRE). 3.5. OTRAS ACLARACIONES JURISPRUDENCIALES QUE DELIMITAN EL PAPEL DEL INTERINO EN LA REALIZACIÓN DE FUNCIONES DE AUTORIDAD. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN: LA NUEVA JURISPRUDENCIA SOBRE EL INTERINAJE Y EL EJERCICIO DE AUTORIDAD

El ejercicio de las funciones que implican autoridad en nuestras Administraciones públicas no está adecuadamente tratado en nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito de la función pública local está específicamente reservado a los funcionarios de carrera, pues solo ellos poseen el derecho a la inamovilidad en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, es práctica habitual –y necesaria– el nombramiento temporal de funcionarios interinos para hacer frente a necesidades puntuales de personal o para la sustitución de aquéllos. El nombramiento de policías locales en régimen de interinidad es buen ejemplo de ello, dado que estos funcionarios tienen específicamente reconocida la condición de «agentes de autoridad».

El nombramiento de policías locales interinos ha sido analizado recientemente a través de varios pronunciamientos judiciales, con soluciones no coincidentes, pero que nos permiten perfilar el encaje conceptual de esta figura, esto es, la posibilidad de que los funcionarios interinos puedan ejercer funciones de autoridad que, en principio, están reservadas exclusivamente a los funcionarios de carrera.

El primero de estos pronunciamientos ha sido dictado por el Tribunal Supremo el 14 de junio de 2019 y ha realizado una interpretación exclusivamente literal de la dicción del art. 92.3 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)*. Interpretó que las Administraciones Locales no podían nombrar policías locales interinos para ejercer funciones de autoridad tras la modificación introducida en la redacción de este precepto por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, que al establecer la reserva de funciones se refiere exclusivamente a los «funcionarios de carrera». Este pronunciamiento supuso un gran impacto en los Ayuntamientos españoles porque impedía el nombramiento como funcionarios interinos de policías locales para hacer frente a necesidades urgentes de carácter temporal. Causaba un problema grave en algunas corporaciones locales turísticas, especialmente si tenemos en cuenta las limitaciones en la tasa de reposición de efectivos que hemos tenido en estos últimos años y que se ha traducido en plantillas muy mermadas de personal<sup>1</sup>. Asimismo, aunque la sentencia se refería solo a la policía local, la misma argumentación limitativa resultaba perfectamente extrapolable a las demás funciones reservadas y, de modo especial, al colectivo de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

El segundo pronunciamiento relevante ha sido del Tribunal Constitucional, tan solo tres meses después. La STC 106/2019, de 19 de septiembre, ha permitido mitigar el desasosiego creado por aquella sentencia

<sup>1</sup> Tengamos en cuenta que recientemente se ha permitido a este colectivo anticipar en varios años su jubilación a través del *Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local*.

en los Ayuntamientos, dadas las consecuencias que la interpretación literal realizada por el Tribunal Supremo podía tener en el resto de cuerpos funcionariales. A diferencia de lo que hizo el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional realiza una interpretación integradora y armónica de la legislación básica de régimen local y de la legislación básica sobre empleo público para deducir lo que era lógico, esto es, que los policías locales pueden ser nombrados como funcionarios interinos con toda normalidad para realizar las funciones de autoridad que desempeñan los policías de carrera cuando concorra alguno de los supuestos habilitantes que prevé el art. 10.1 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* (en adelante, TREBEP).

En virtud de lo previsto en el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser la Constitución la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, los Jueces y Tribunales deben interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Por tanto, ni la figura del policía local interino está prohibida por la legislación básica estatal de régimen local ni las leyes autonómicas podrían introducir ninguna limitación al respecto, dado el carácter formal y materialmente básico que tienen los artículos 9 y 10 del TREBEP.

Con posterioridad se han dictado también otros pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que nos permiten introducir cierta lógica y soluciones prácticas en un sistema que, al menos desde el punto de vista conceptual, resulta muy difícil de recomponer. Nos han permitido clarificar que las funciones de autoridad están exclusivamente reservadas al colectivo de los funcionarios, ya sean de carrera o interinos, sin que puedan ser realizadas por otras categorías de empleados públicos, tal como sucede, por ejemplo, con el personal laboral o con el personal contratado en régimen administrativo (auxiliar de policía local en Navarra). Asimismo, una vez aceptada la posibilidad de que el funcionario interino pueda sustituir al funcionario de carrera, la Administración no puede imponerles límites ni excepcionar para ellos el ejercicio de funciones de autoridad especialmente intensas, tal como sucedería, por ejemplo, con la utilización de armas de fuego.

## **1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL ESTABLECIMIENTO DE UNA RESERVA DE FUNCIONES PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO**

En el ámbito de la Administración local, la técnica del establecimiento de una reserva de las funciones de autoridad para los funcionarios públicos ha sido mucho más explícita que en el ámbito de la legislación básica funcionarial. La redacción originaria del art. 92.2 de la LBRL de 1985 ya establecía esta técnica a favor exclusivamente del «personal sujeto al Estatuto funcionarial». Sólo ellos podían realizar las funciones que implicaran ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas otras que se reservaran a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

Con esta lógica, el art. 132 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*, que no se ha modificado en estos años, venía a establecer la misma reserva a favor de los funcionarios de carrera. Según dicho precepto, «corresponde a los funcionarios de carrera el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril» (actual art. 92.3). De hecho, algunas sentencias anulaban nombramientos de interinos por incumplir la reserva establecida para los funcionarios de carrera. Podemos traer a colación, meramente por citar algún ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 3 de febrero de 1997, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, que anuló el nombramiento como funcionario interino de un policía local en el Ayuntamiento de Granada, al entender que la reserva del art. 132 era solo para los funcionarios de carrera y no abarcaba a los funcionarios interinos. También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, anuló el nombramiento de un arquitecto interino como jefe administrativo del área de urbanismo porque, según se desprendía de la descripción de ese puesto de trabajo, se trataba de un puesto de jefatura que, al ser el superior jerárquico del personal de urbanismo, tiene atribuidas funciones que implican ejercicio de autoridad y que, en consecuencia, debían quedar reservadas a los funcionarios de carrera.

Fue el art. 9.2 de la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)*, el que vino a perfilar definitivamente y con carácter de norma básica, una reserva de funciones solo para aquella

categoría de empleados públicos que fueran «funcionarios» y que, además, conforme a lo dispuesto en el art. 57 de dicha ley, tuvieran nacionalidad española. Nótese que este precepto no se refiere exclusivamente a los funcionarios de carrera, sino que menciona genéricamente la categoría funcional. Desde ese momento, sólo los funcionarios pueden ejercer las funciones «que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».

Desde entonces, la naturaleza de las funciones a realizar es el criterio básico que se utiliza para determinar la naturaleza laboral o funcional del empleado, pues se ha entendido que el derecho a la inamovilidad en el empleo, del que sólo disfrutaban los funcionarios de carrera, es una garantía de la objetividad e imparcialidad en su desempeño.

La técnica de la reserva funcional se ha mantenido exactamente en los mismos términos en el actual Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015 (TREBEP). Este precepto tiene carácter básico en el doble sentido, formal y material, exigido por nuestra doctrina. Por un lado, se contiene en una norma de rango legal y su carácter básico se desprende de la disposición final primera de dicha norma, que especifica los títulos competenciales en los que se fundamenta la norma legal en su conjunto; por otro, es indiscutible que su contenido goza de carácter básico, pues constituye un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales (STC 236/2015 de 19 noviembre, dictada a propósito del proceso de reordenación del sector público andaluz).

## 2. ALGUNOS PROBLEMAS GENERALES PARA ARMAR UN MODELO TEÓRICO COHERENTE

Ahora bien, una vez definida la naturaleza de las funciones y clarificada la existencia de una reserva para los funcionarios, se plantea el problema de determinar si ésta se refiere exclusivamente a los funcionarios de carrera o si, por el contrario, pueden ser ejercidas también por los funcionarios interinos, toda vez que éstos tampoco disfrutaban de dicha inamovilidad. Este problema ha sido analizado y resuelto por las distintas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que antes he mencionado.

Es en este punto donde se manifiestan las incoherencias del modelo teórico sobre el cual hemos construido doctrinalmente la distinción entre los funcionarios y los laborales de la Administración. Además, son varias las dudas que surgen al respecto. ¿Qué son las funciones de autoridad? ¿Por qué determinadas funciones deben ser reservadas a funcionarios públicos? ¿A qué responde esta reserva? ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la consideración de agente de autoridad? ¿Pueden ser nombrados policías locales interinos dadas las importantes funciones de autoridad que realizan, el uso de armas y la especial formación y profesionalidad que se espera de ellos? Como veremos, no es sencillo contestar a estos interrogantes por múltiples motivos.

### 2.1. Las propias deficiencias técnicas y desajustes entre la legislación básica funcional y local sobre reserva de funciones

A la hora de reservar funciones a los funcionarios públicos, no hay una coincidencia técnica entre nuestra legislación local y nuestra legislación funcional, ni en las materias que se reservan ni en los colectivos a los que se atribuyen dichas funciones. De hecho, en la legislación básica funcional ni siquiera se mencionan de forma expresa las funciones que implican ejercicio de autoridad. El art. 9.2 del TREBEP, establece una reserva para los «**funcionarios públicos**» de las funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

Por el contrario, en la legislación local se mencionan de modo claro las funciones de autoridad y se reservan solo a los «**funcionarios de carrera**». Según la nueva redacción del art. 92.3 que la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, dio a la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, «corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales»<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007 de 12 de abril, derogó el precepto de la legislación local, tal vez con la idea de facilitar el encaje de la realidad en la norma, pues el ámbito local ha sido siempre un sector especialmente laboralizado. VERA TORRECILLAS, Rafael (2009): "Las funciones reservadas y el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas

Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función».

Del análisis de ambos preceptos se deduce una idea clara como punto de partida. Todas aquellas funciones que implican ejercer autoridad son funciones públicas reservadas al colectivo funcional. Ello supone que ni el personal laboral de la Administración ni el personal eventual pueden realizar este tipo de funciones. Ahora bien, ¿sucede lo mismo con los funcionarios interinos? ¿Se extiende la reserva a este colectivo?

## 2.2. No existe ninguna definición de lo que haya de entenderse por funciones que implican ejercicio de autoridad

Nuestras normas no contienen ninguna definición del concepto de «ejercicio de autoridad». La doctrina francesa realizó una aproximación teórica a esta materia tratando de distinguir el ámbito de la aplicación del Derecho público y del Derecho privado, que se concretó en la clásica distinción entre los funcionarios de gestión y los funcionarios de autoridad<sup>3</sup>. Los funcionarios que realizan actos de autoridad serían aquéllos que encarnan el poder público, que realizan las funciones más esenciales del Estado, funciones que implican mando y autoridad. Por ello son nombrados a través de un acto unilateral del poder público y no disfrutarían de derechos de naturaleza sindical. Los funcionarios que no realizan más que actos de pura gestión, son los denominados funcionarios de gestión, que están en la misma situación que los agentes o empleados privados. Estarían ligados a la Administración a través de un verdadero contrato; podrían declararse en huelga y formar sindicatos en la medida en que realizan actos que permiten asimilarlos a los obreros o empleados privados. Sin embargo, en la práctica era muy difícil trazar esta distinción<sup>4</sup>.

Pese a esta falta de marco teórico, la consideración de agente de autoridad tiene importantes consecuencias prácticas en los procedimientos administrativos, especialmente en los sancionadores, en la medida en que se establece una presunción de veracidad de los datos recogidos en sus informes, denuncias o atestados. Según el art. 77.5 de la Ley 30/2015, del procedimiento administrativo común, los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario. Quiere ello decir que si dichas funciones reservadas se realizan por personal laboral, prevalecerá la presunción de inocencia del interesado (entre otras muchas, la STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Sentencia 3/2008 de 21 de enero; STSJ de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección I.ª, Sentencia 165/2013 de 10 de mayo; STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 1083/2010 de 30 de septiembre). Como señala Jordano Fraga, a quien seguimos en este punto, el Estatuto Básico del Empleado Público no puede derogar la presunción de inocencia constitucionalmente establecida. Su disposición transitoria segunda puede dar validez a los contratos y a la continuidad del personal laboral en el ejercicio de funciones reservadas, pero no otorgar la condición autoridad, imparcialidad e independencia a quien no la tiene<sup>5</sup>.

También goza este colectivo de una importante protección penal, lo que no hace sino añadir un elemento más de complejidad en nuestra construcción dogmática porque puede extenderse la consideración de «autoridad» incluso a trabajadores de empresas privadas que ni siquiera tienen la consideración de emplea-

---

consideraciones sobre la reforma de los funcionarios de habilitación estatal”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, núm. 9, págs. 1.313 y 1.314. URL: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/222277>.

<sup>3</sup> BERTHÉLEMY, Henry (1912): *Traité élémentaire de Droit administratif*. Séptima edición.

<sup>4</sup> La doctrina no duda de que las tareas de control, inspección y certificación realizadas por los sujetos privados en sectores afectados por la complejidad técnica y sus riesgos son auténticas funciones de autoridad. CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, págs. 195 y 300. En un sentido similar, SAINZ MORENO, Fernando (1983): “Ejercicio privado de funciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre, págs. 1.778 y 1.779, ya advirtió que aunque la expresión «función pública» resulta difícil definirla, se utiliza para designar ciertas actividades que gozan de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos como pueden ser, por ejemplo, las funciones de dar fe con presunción de verdad, ejercer la autoridad, imponer correctivos o sanciones, etc.

<sup>5</sup> JORDANO FRAGA, Jesús (2015): “Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, pág. 160.

do público<sup>6</sup>. En este sentido, me remito a la STC 90/2018, de 6 de septiembre, que ha analizado la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con la legislación catalana sobre regulación del transporte por carretera mediante vehículos de motor, que atribuye la condición de agente de la autoridad a los empleados de las empresas operadoras de servicios de transporte público regular. Del análisis de la sentencia, la condición de autoridad ampararía a estos empleados para ejercer funciones de inspección<sup>7</sup> y vigilancia de la normativa de transporte de viajeros por carretera (en particular que los usuarios disponen de un título de viaje válido).

En este caso, el Tribunal recuerda lo que sucedió con el artículo 38.4 de la Ley 4/2006, ferroviaria, que fue declarado inconstitucional en la medida en que atribuía la condición de agentes de la autoridad a los interventores ferroviarios, a los expresos efectos de poder exigir responsabilidad por conductas punibles conforme al Código penal (STC 50/2018). Sin embargo, en el caso ahora analizado, el precepto cuestionado no atribuye a los empleados de la empresa operadora de transporte de que se trate la protección del artículo 550 del Código penal, ni define un concepto penal. Se limita a atribuir al personal concernido la condición de agente de la autoridad como título de intervención sobre los usuarios del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera, a los efectos de amparar las facultades de policía administrativa sobre ellos; esto es, no en sentido gubernativo, sino en el de vigilancia de la normativa en materia de transportes, debiendo dar cuenta de las infracciones detectadas a los órganos administrativos competentes, que serán los encargados de imponer, en su caso, las sanciones que procedan, conforme a la ley autonómica.

Esa atribución de la condición de agentes de la autoridad a los empleados de las empresas de transporte público de viajeros por carretera no comporta la asunción por ese personal (ligado con su empresa por una relación de naturaleza laboral) de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales de las administraciones públicas, funciones estas reservadas en exclusiva a los funcionarios públicos, como determina la normativa básica en la materia (art. 9.2 del TREBEP).

### 2.3. A pesar de ello, este criterio se ha utilizado dogmáticamente para establecer una distinción entre funcionarios y laborales

Este planteamiento teórico es el que se plasmó textualmente y de forma temprana en el ámbito de la Administración local en el art. 92.3 de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL). La redacción originaria del art. 92.2 de la LBRL de 1985 ya establecía la técnica de la reserva exclusiva de funciones para el «**personal sujeto al Estatuto Funcionario**». Sólo ellos podían realizar las funciones que implicaran ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas otras que se reservaran a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función. En un sentido similar, el art. 132 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril*, que no se ha modificado en estos años, venía a establecer la misma reserva a favor de los funcionarios de carrera. Según dicho precepto, «corresponde a los funcionarios de carrera el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril» (actual art. 92.3).

La correcta delimitación del debate nos lleva a plantearnos con carácter previo los criterios para la distinción de ambos colectivos, el funcionario y el laboral<sup>8</sup>. No nos vamos a detener en esta compleja cuestión, pues ello excede del objeto de este trabajo. Basta con señalar algunas ideas básicas.

<sup>6</sup> Los artículos 550 a 556 del Código Penal tipifican los llamados «atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos». Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

<sup>7</sup> Las labores de inspección se han considerado clásicamente como actos que comportan autoridad por parte del funcionario. Véase, en este sentido, a FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002): *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada. De hecho, algunos autores consideran estas excepciones contrarias a la Constitución puesto que, en tanto ésta no sea modificada, existe un núcleo inderogable por normas singulares, siendo contrario a su misma esencia que se permitan fugas del modelo sin causa ni justificación en el supuesto de ejercicio de funciones de autoridad o poderes exorbitante. JORDANO FRAGA, Jesús, *op. cit.*, págs. 152 y 153.

<sup>8</sup> Para un análisis mucho más detallado de estos intentos de trazar una distinción entre funcionarios y laborales nos remitimos, entre otros muchos, a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2001): *El empleo público. Entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial



La concreción de la reserva no resulta fácil por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que han tenido que ser interpretados y perfilados por la jurisprudencia<sup>9</sup>. Como se ha dicho, el legislador no remata la faena, pues no define ni concreta qué tipo de actividades se encuentran incluidas en dicho ámbito<sup>10</sup>.

El establecimiento de una reserva de funciones plantea algunos problemas teóricos importantes en nuestro ordenamiento porque es algo ajeno a nuestra tradición funcionarial, al menos su establecimiento en términos tan explícitos, por la simple razón de que siempre ha sido la regla general. Así lo interpretó tempranamente la STC 99/1987, de 11 de junio, al entender que, al haber optado nuestro constituyente en su art. 103.3 por un régimen estatutario funcionarial, la regla general debía ser la de ocupación de los puestos de trabajo por funcionarios y, la excepción, la del personal laboral, debiendo el legislador establecer, en todo caso, los puestos que pueden ser ocupados por éstos.

A partir de ahí, por ejemplo, el criterio relativo a la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas aporta realmente poca información. Por definición, todas las funciones que realiza la Administración se hacen para satisfacer los intereses públicos y en su defensa, ya sea del Estado, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local. Así lo establece claramente el art. 103.1 de la Constitución al señalar que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y, como veremos, a esta interpretación también ha acudido la última doctrina del Tribunal Constitucional a la que haremos referencia. En consecuencia, al menos desde una construcción teórica y doctrinal, toda la actividad que se realiza en su seno, independientemente de que la realice un laboral o un funcionario, responde a esta finalidad. Como criterio distintivo relevante podría tener poco recorrido, salvo que se quiera interpretar por relación a las funciones que tienen directamente que ver con las cuestiones relativas al control y fiscalización interna de las Administraciones, con la gestión económico-financiera y presupuestaria o con las funciones de contabilidad y tesorería.

Por lo que se refiere al ejercicio de autoridad y de potestades públicas, se intuye que debe tratarse de una categoría específica de funciones públicas, de funciones reservadas al poder público como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública y, por consiguiente, irrenunciables e indisponibles<sup>11</sup>. La autoridad hace referencia a una situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estatus existente. Las órdenes dadas por un policía local como agente de autoridad o el uso de las armas reglamentarias de fuego podrían ser un claro ejemplo de ello. La potestad ha sido también definida como una expresión de una situación de poder público, de supremacía o superioridad que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que los sujetos han de soportar. No se corresponde con ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad<sup>12</sup>.

Ello nos sitúa directamente en el plano de aquel tipo de funciones o cometidos que exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros suje-

---

Pons, Madrid y "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 5, 2013; así como a JORDANO FRAGA, Jesús, *op. cit.*

<sup>9</sup> Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de junio de 2016, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) impugna una Orden por la que se encomienda la realización de determinadas actividades de carácter material y técnico al Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, que era una agencia pública formada exclusivamente por personal laboral. Se anula dicha Orden porque las funciones encomendadas debían estar reservadas a los funcionarios al estar vinculadas de modo directo con el ejercicio de potestades administrativas, como son la investigación, protección, tutela, conservación y restauración de bienes integrantes del patrimonio histórico andaluz. Se entiende que dicha reserva ha de extenderse también a todas las actuaciones técnicas, científicas y operativas que son necesarias para la correcta ejecución de los trabajos encomendados. Entre otras, se citan en la Sentencia las funciones de evaluación, que son el presupuesto de la aprobación o de la adopción de medidas por parte de la Administración pública; la participación en la protección del patrimonio mediante la elaboración de contenidos de resoluciones o mediante la elaboración de documentaciones técnicas, que suponen participar en la formación de la voluntad del poder público de manera directa; los informes sobre cartas, desarrollo de inventarios o afecciones al patrimonio arqueológico subacuático, que indican actuaciones de la Administración sobre hechos concretos en el ejercicio de su función tutelar; el seguimiento y control desde una plataforma tecnológica, toda vez que implica funciones de detección y participación en las medidas que dan sentido a dicha actividad, etc.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge (2008): "El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139.

<sup>11</sup> SÁINZ MORENO, Fernando (1983): "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre de 1983 y "El estatuto de la función pública después de la Sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988", *Revista de Administración Pública*, núm. 117.

<sup>12</sup> CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel (1986): *Las potestades Administrativas*, Tecnos, Madrid.

tos de derecho y que por ello precisamente adquieren relevancia las notas de objetividad, imparcialidad e independencia, que son las que caracterizan al funcionario frente al laboral. Tal es el caso del ejercicio de la potestad sancionadora, de la potestad expropiatoria, de la potestad normativa e incluso de la potestad de inspección y control. Dado que el ejercicio de estas potestades se ejerce siempre a través del correspondiente procedimiento administrativo, puede concluirse que necesariamente deben reservarse a los funcionarios públicos todas las funciones relacionadas con su tramitación y especialmente con su resolución, toda vez que a través de este acto administrativo resolutorio la Administración exterioriza el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado, manifiesta su poder público, gozando además del privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva<sup>13</sup>.

Este primer acercamiento restrictivo al concepto de ejercicio de potestades públicas, sin embargo, tampoco conseguiría solucionar del todo los problemas interpretativos que plantea la redacción de esta cláusula, toda vez que resulta muy difícil poder marcar una línea divisoria entre lo que sería el ejercicio estricto de este tipo de funciones y las tareas de auxilio o colaboración a las mismas que podrían realizar otros empleados (redacción de informes, tramitación de los procedimientos, por ejemplo), pero que también pueden resultar imprescindibles para el adecuado ejercicio de aquéllas y que, en consecuencia, también podrían considerarse incluidas en esta cláusula como «participación indirecta» en el ejercicio de las potestades administrativas. Además, las notas de imparcialidad y objetividad también se exigen con todo su rigor en esta concreta fase de tramitación de los procedimientos administrativos.

#### **2.4. Su razón última responde a la nota de la inamovilidad, pero nos aboca a una importante incoherencia del sistema**

La inamovilidad en la función pública ha sido el elemento básico que nos ha permitido hacer una construcción doctrinal de las distintas categorías de empleados públicos, diferenciando a los funcionarios del personal laboral de la Administración. Acontece, no obstante, que este mismo criterio es el que también se utiliza en la actualidad para distinguir a los funcionarios de carrera de los funcionarios interinos, lo que nos aboca a una importante incoherencia teórica del modelo. Esta incongruencia es la que ha pretendido solucionar el Tribunal Supremo a través de sus pronunciamientos sobre la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan nombrar policías locales en régimen de interinidad.

En nuestro ordenamiento jurídico hemos tratado de explicar la distinción entre funcionarios y laborales a partir fundamentalmente de la nota de la «inamovilidad» en el empleo público, que introdujo por vez primera el Estatuto de Maura de 24 de julio de 1918<sup>14</sup>. Como los funcionarios no pueden ser cesados o separados del servicio de modo discrecional, disfrutan de las condiciones necesarias para ejercer sus funciones con objetividad y plena independencia del político de turno. Además de la tradición y de nuestros condicionantes históricos, la inamovilidad del funcionario, es el principal argumento que, a día de hoy, permitiría justificar la existencia de una reserva funcional e introducir cierta lógica en el modelo. La inamovilidad o permanencia en la Administración aparece configurada jurídicamente en el art. 14 del TREBEP como un derecho exclusivo de los funcionarios de carrera. A su vez, se utiliza como elemento básico para su definición legal. El art. 9 del TREBEP define al funcionario de carrera como un empleado público vinculado a la Administración por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

No disfrutan de ella el resto de empleados públicos, ni el personal laboral ni el eventual ni los funcionarios interinos. Se ha entendido que ello es una garantía de la imparcialidad, objetividad, independencia y neutralidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones. Blinda al funcionario de cualquier tipo de injerencias políticas, partidistas o de otro tipo. De esta manera, las funciones más importantes de la Administración, como son aquellas que implican ejercicio directo o indirecto de potestades públicas, salvaguarda de intereses generales, ejercicio de autoridad o, en general, cualesquiera otras en las que deba garantizarse especialmente su objetividad e imparcialidad, sólo podrían llevarlas a cabo aquellos empleados que son

<sup>13</sup> QUESADA LUMBRERAS, Javier (2011): "La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía", en la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 317, septiembre-diciembre.

<sup>14</sup> Según su base quinta, los funcionarios técnicos y auxiliares no podrán ser declarados cesantes sino en virtud de expediente gubernativo, instruido con audiencia del interesado, por faltas graves de moralidad, desobediencia o reiterada negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1918/205/A00222-00225.pdf>.

inamovibles, esto es, los funcionarios de carrera. Su ejercicio requiere de las máximas garantías de objetividad, independencia e imparcialidad que, al menos en principio, parecen mejor salvaguardadas en el ámbito funcional que en el laboral, aunque sólo sea porque la nota de la inamovilidad en el cargo sólo a ellos se les reconoce.

La inamovilidad del funcionario es la única forma de garantizar su neutralidad, su imparcialidad y su independencia frente a cualquier influencia de intereses partidistas. Este derecho permite dotar al funcionario de garantías que eviten cualquier intento de injerencia en su actuación por parte del político de turno. La objetividad e imparcialidad permiten asegurarse de que la actuación de la Administración coincide con el fin específico de la potestad atribuida por la norma, que se ejerce previa ponderación de todos los intereses en juego y de acuerdo con los criterios que la propia norma determina para la satisfacción del interés general, sin que este proceso se vea perturbado por la influencia de otros intereses personales o espurios del funcionario. La imparcialidad afecta de modo especial al ámbito subjetivo de la Administración, esto es, a sus empleados, que deben actuar con prohibición de otorgar preferencias o desfavores a determinadas personas no amparados en las normas, es decir con igualdad de trato<sup>15</sup> y evitando que el funcionario pueda tener otro criterio distinto al establecido por el legislador, como pueden ser sus intereses personales o intereses de carácter político.

Pues bien, hemos realizado una construcción doctrinal del régimen funcional a partir de la nota de la inamovilidad, toda vez que ésta es la principal garantía que existe para asegurar que el funcionario va a realizar sus funciones con objetividad e independencia, sin favoritismos ni discriminaciones, de una forma completamente desinteresada y al margen de consideraciones políticas o preferencias personales<sup>16</sup>. En este sentido, la inamovilidad supone un freno importante frente a cualquier intento de intromisión del político de turno, pues, aunque no cumpla con sus instrucciones tiene la confianza de que no puede ser cesado. La conexión entre objetividad e imparcialidad es la de la relación causa-efecto: cuando la autoridad o funcionario actúa con imparcialidad y neutralidad, el resultado será la objetividad de la actuación administrativa que predica el art. 103.1 de la Constitución<sup>17</sup>.

Sobre estas notas de objetividad, independencia e imparcialidad también se pronunció la STC 37/2002, de 14 de febrero a propósito del art. 92.2 de la LBRL en su redacción originaria. Dicho precepto fue cuestionado ante el Tribunal Constitucional por disponer que se reservarían a los funcionarios determinadas funciones públicas para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función, sin especificar qué concretas funciones revestían estos caracteres. Sin embargo, consideró el Tribunal que esta locución no había que considerarla como una pura reserva a los funcionarios públicos de funciones residuales, sino de la que, por el contrario, deriva que los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia son los que han de regir las decisiones de la Administración. Según el Tribunal, el precepto cuestionado contiene una doble afirmación. Por un lado, establece que determinadas funciones, que se detallan expresamente y son calificadas de públicas, quedan reservadas al personal funcionario; por otro, que además también habrán de ser realizadas por funcionarios aquellas funciones que les sean reservadas por la normativa que desarrolle la Ley de bases, con vistas a garantizar mejor la objetividad, imparcialidad e independencia con que deben ser ejercidas las funciones públicas. En consecuencia, no se puede afirmar que el precepto abra las puertas a que una indeterminada cantidad de funciones públicas puedan ser atendidas por personal laboral, puesto que, precisamente, lo único que asegura es todo lo contrario, esto es, que una serie de funciones citadas de forma expresa, así como otras varias que se les podrán añadir, sólo cabe que sean realizadas por personal funcionario y, por tanto, ni siquiera por vía de excepción cabe atribuirles a personal laboral.

<sup>15</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2018): *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, pág. 71.

<sup>16</sup> ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia (2011): "El principio de objetividad en el empleo público II: la objetividad como deber de los empleados públicos", *Documentación Administrativa*, núm. 289, enero-abril; GUILLÉN CARAMÉS, Javier y FUENTETAJA PASTOR, Jesús (2011): "El principio de objetividad en la función pública (un análisis desde la jurisprudencia)", en la revista *Documentación Administrativa*, núm. 289, enero-abril; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2019a), *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *op. cit.*, *el empleo público* y "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 5, 2013. <http://www.westlaw.es/wles/app/document%3Ftid%3Djurisprudencia%26docguid%3DI77871f30e0fc11e18c9301000000000%26base-guids%3DRJ201217790%26fexid%3Dflag-red-juris%26fexid%3Dflag-yellow-juris%26fexid%3Dflag-blue-juris%26fexid%3DDO-ANA-25%26fexid%3DDO-ANA-23%26srguid%3DI0ad818160000013b1889cc00df719d37>.

<sup>17</sup> MORELL OCAÑA, Luis (2001): "La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución", en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111.

Pues bien, si aplicamos este criterio y la lógica de este modelo, se explicarían también los problemas teóricos y prácticos que plantean los funcionarios interinos porque tampoco éstos disfrutaban de la inamovilidad. Estarían situados incluso en una posición más comprometida que el personal laboral fijo, pues su vínculo con la Administración es temporal y excepcional<sup>18</sup>. La inamovilidad es el criterio de distinción, no solo de los funcionarios y los laborales, sino también de los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos. Los funcionarios interinos han sido clásicamente concebidos como sustitutos de los funcionarios de carrera por razones justificadas de necesidad y urgencia, para desempeñar funciones propias de los funcionarios de carrera cuando haya plazas vacantes o para la sustitución transitoria de los titulares (art. 10 del TREBEP).

El criterio de la inamovilidad, como razón última de esta reserva, nos explica las relaciones entre los funcionarios y los laborales e incluso las relaciones con otras específicas categorías de personal, como la de los contratados administrativos que permite la legislación funcionarial de Navarra, a la que después nos referiremos. Pero la lógica del argumento «hace aguas» y no nos sirve para explicar las relaciones entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos. Es un problema de la propia configuración del modelo que no tiene fácil solución. Y este problema se ha agudizado incluso en el ámbito local a raíz de la nueva redacción que la Ley 27/2013 dio al art. 92.3 de la LBRL, que ha cambiado las referencias al «**personal sujeto a estatuto funcionarial**» por la mención explícita a los «**funcionarios de carrera**», que es el precepto que ahora ha interpretado el Tribunal Supremo. Aunque el modelo planteaba importantes incoherencias, éstas no se han evidenciado de una forma tan explícita hasta que ha surgido el problema con los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local y se ha negado la posibilidad de que éstos puedan ser nombrados con carácter interino. La cuestión teórica se ha convertido en un importante problema práctico y ha permitido sacar a la luz las importantes disfunciones e incoherencias teóricas que plantea el modelo y que realmente tienen difícil solución.

## 2.5. Existen, además, otras incongruencias del modelo teórico que hemos construido

Si la explicación dogmática sobre la distinción entre funcionarios y laborales se ha construido a partir de la nota y garantía de la inamovilidad, con buena lógica podía argumentarse que ningún otro colectivo de empleados públicos que no disfrutara de este derecho podría realizar las funciones reservadas, incluidos los interinos, que, por su propia naturaleza son figuras de carácter temporal. Es más, sería una incoherencia del sistema la existencia misma del personal interino, en la medida en que se estaría aceptando que esta categoría de empleados, que goza incluso de menor estabilidad que los laborales fijos, pueda ejercer de forma directa o indirecta potestades públicas y funciones de autoridad<sup>19</sup>.

Pero la figura del funcionario interino como sustituto temporal del funcionario de carrera no sería la única incongruencia del sistema. Hay otras incoherencias internas en este modelo funcionarial. Algunas de ellas de carácter eminentemente teórico, porque estas notas de objetividad e imparcialidad se han de predicar de igual manera –y por imperativo constitucional (art. 103.1)– a todas y cada una de las funciones y tareas que realice cualquier empleado público, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que lo une con la Administración.

La cuestión dogmática se enfrenta en este punto a una cuestión meramente pragmática y de difícil armonización. ¿Quién sustituye a los funcionarios de carrera en el ejercicio de sus funciones? Las funciones tan importantes que realizan no pueden dejar de prestarse por el hecho de que el funcionario se ausente de modo temporal de su puesto de trabajo o duren mucho tiempo los procesos selectivos.

Estos problemas se han agravado, además, en los últimos años porque hemos pretendido «administrativizar» o «publicar» el empleo público aumentando los supuestos que permiten el nombramiento de interinos, posiblemente porque esta figura resultaba más cómoda para la Administración que la contratación de personal laboral temporal. Hemos extendido el interinaje a otros supuestos nuevos, para hacer frente a un exceso o acumulación de tareas (hasta 6 meses en un año) y para la realización de programas de carácter

<sup>18</sup> Sobre los importantes problemas que está creando esta figura nos remitimos a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2019b): "La consagración del funcionario interino indefinido", *Revista de Administración Pública*, núm. 208; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2017): "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12; así como al reciente estudio realizado por FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel (2020): "La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización", *Revista de Administración Pública*, núm. 212.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge (2008): "El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139; BOLTAÍNA BOSCH, Xavier (2006): *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

temporal (que puede prorrogarse hasta cuatro años si así lo deciden las correspondientes legislaciones autonómicas que se dicten en desarrollo del TREBEP). Con ello hemos desnaturalizado la figura del interino y hemos complicado todavía más el ya complejo debate dogmático sobre esta figura, la reserva de funciones de autoridad y la inamovilidad en la Administración.

Desde otra perspectiva, habría que tener en cuenta que, hoy en día, las garantías de imparcialidad y objetividad no sólo provienen de la naturaleza del vínculo que une al empleado con la Administración, sino también y en gran medida del propio procedimiento administrativo y del régimen jurídico al que se someten los empleados públicos. En este sentido, conviene recordar que todos ellos están sometidos por igual a un estricto código de conducta y a determinados principios éticos que han de regir su actuación. Es decir, la sumisión de la toma de decisiones administrativas al procedimiento legal o reglamentariamente establecido en cada caso, así como la existencia de causas de abstención y recusación, son también elementos esenciales para garantizar las notas de objetividad e imparcialidad de la actuación administrativa. Buena prueba de ello ha sido el ejercicio de funciones inspectoras y sancionadoras por parte del personal laboral en algunos organismos reguladores y durante muchos años, sin que ello haya sido cuestionado por ningún tribunal. La *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, supuso un importante punto de inflexión en este sentido.

A pesar de estas importantes incoherencias del modelo, no nos hemos enfrentado a ellas hasta que se ha planteado el problema con los policías locales y el Tribunal Supremo ha extraído las consecuencias lógicas que se derivan del esquema teórico que hemos construido a partir de la nota de la inamovilidad y que tenía su plasmación normativa en la nueva redacción del art. 92.3 de la LBRL al restringir la reserva de funciones exclusivamente a los funcionarios de carrera e impidiendo a los interinos su ejercicio.

Cuando se ha tratado de otros colectivos de funcionarios de la Administración Local no hemos derivado las mismas consecuencias del modelo ni hemos interpretado en términos tan estrictos la reserva funcional. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el colectivo de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, que realizan las funciones de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y, de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y contabilidad, tesorería y recaudación<sup>20</sup>.

### 3. EN ESPECIAL, EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL POLICÍA LOCAL INTERINO

Como hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico hemos realizado una construcción dogmática de la distinción entre funcionarios y laborales a partir fundamentalmente de la nota de la «inamovilidad» en el empleo público. Como sólo los funcionarios de carrera disfrutaban de ella, sólo ellos pueden realizar las funciones más importantes de la Administración, como son aquéllas que tienen que ver con el ejercicio de autoridad. Este planteamiento teórico y esta lógica es la que se plasmó de forma literal en la nueva redacción que la Ley 27/2013 dio al art. 92.3 de la LBRL, que reservó estas funciones explícita y textualmente a los funcionarios de carrera. En este sentido, puede decirse que la reforma entraña la filosofía esencial del modelo y es plenamente coherente con ella, llevándola hasta sus últimas consecuencias.

Aunque el modelo planteaba importantes incoherencias, éstas no se han evidenciado de una forma tan explícita hasta que se ha planteado el problema con los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local y el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de que éstos puedan ser nombrados con carácter interino. La

---

<sup>20</sup> La necesidad de garantizar la objetividad e independencia de estos funcionarios en el ejercicio de sus funciones explica que nuestro ordenamiento haya establecido un doble sistema de reservas para garantizar que el «personal controlador» de las corporaciones locales actúa «con plena independencia». La STC 45/2017, de 27 de abril, ha despejado las dudas a este respecto al entender que el legislador estatal dispone de competencias para diseñar un sistema de controles internos destinados a asegurar la independencia y profesionalidad de los Secretarios e Interventores –los órganos de control– respecto de las corporaciones locales –las entidades controladas–. Es legítimo, por ello, que se establezcan normas que alejan del nivel local determinadas decisiones relacionadas con el reclutamiento, formación y sanción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional y que el legislador básico encomiende al Estado y a las Comunidades Autónomas las más relevantes decisiones relacionadas con aquellos aspectos para evitar que quien las tome sea la corporación local que aquellos funcionarios han de controlar. A pesar de la importancia de las funciones que realizan estos funcionarios y de que no cabe duda alguna de que se encontrarían inmersos también dentro de la reserva del art. 92 de la LBRL, no ha planteado duda alguna la posibilidad de que puedan nombrarse funcionarios interinos. Así lo acredita el *Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, que es el que regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional*, cuyos artículos 52 y 53 prevén la posibilidad de nombramientos temporales para el ejercicio de estas funciones (el nombramiento accidental y nombramiento de interino).

cuestión teórica se ha convertido en un importante problema práctico y ha permitido sacar a la luz las importantes disfunciones e incoherencias teóricas que plantea el modelo y que realmente tienen difícil solución. Su sentencia podía afectar a miles de personas que se encargan de la seguridad ciudadana, con el riesgo de que este planteamiento, además, pudiera extenderse a otros colectivos especialmente sensibles, como el de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, dificultando de modo sensible el gobierno de las Administraciones Locales.

En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los Cuerpos de Policía Local tienen a todos los efectos legales el carácter de «agentes de la autoridad»<sup>21</sup>. Así lo recoge el art. 7 de la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, y de forma explícita para este colectivo, el punto 5 de la Disposición Transitoria Cuarta del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril*. También lo ha declarado de forma expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2011, de 8 de noviembre, con motivo de la cuestión de inconstitucionalidad que se planteó frente a la legislación autonómica cántabra, que permitía soslayar el requisito de titulación en la promoción interna de este colectivo. Esta sentencia es muy importante porque nos permite aclarar la especial naturaleza de estos funcionarios públicos que, aunque son agentes de autoridad y realizan funciones de seguridad, tienen naturaleza estatutaria funcional. En dicho pronunciamiento clarificó el Tribunal que los policías locales son funcionarios públicos de la Administración municipal cuyo régimen jurídico tiene determinadas singularidades en virtud de que son «agentes de la autoridad» que desempeñan especiales funciones y ostentan específicas atribuciones al participar del ejercicio de la autoridad<sup>22</sup>.

No cabe, duda, pues, de que las funciones que desempeñan los funcionarios de estos Cuerpos quedan incluidas dentro de la reserva funcional.

El colectivo ha sido objeto de análisis por varios motivos. Por una parte, porque sus funciones de autoridad están reservadas expresamente a los «funcionarios de carrera», pues la nueva redacción dada al art. 92.3 de la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, ya no delimita el ámbito subjetivo de la reserva a favor del «**personal funcional**», como categoría comprensiva de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos. Se refiere solo a los «**funcionarios de carrera**», que aparecen legalmente configurados y definidos como empleados inamovibles, que prestan sus servicios en la Administración con carácter permanente. Ello responde a la lógica del sistema teórico que antes hemos analizado y, además, es coherente con lo que ocurre con otros colectivos que desempeñar similares funciones de seguridad pública, en los que no existe la figura del interino.

Así sucede con otros institutos armados como la Guardia Civil<sup>23</sup> y la Policía Nacional. La condición de miembros en estos otros Cuerpos se articula a través de una relación de «carácter permanente» que requiere, en todo caso, el sometimiento a un riguroso proceso formativo previo. En estos Cuerpos, las necesidades urgentes o extraordinarias de personal se suelen paliar a través de las comisiones de servicio<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Algunos autores han realizado una sutil distinción entre el funcionario que ostenta carácter de autoridad y el que se presenta como agente de autoridad. El primero tendría capacidad, bien para ordenar o ratificar un acto llevado a cabo por otros o bien para emitir una declaración o resolución vinculante. Por el contrario, el agente de autoridad necesitaría que sus actos fueran autorizados o ratificados por otros. Sus funciones se limitarían, bien a ejecutar lo decidido por la autoridad, bien a esperar a su ratificación para su validez. Para un análisis más detallado nos remitimos a CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada.

<sup>22</sup> Tras el análisis del sistema de fuentes que los regulan, concluyó que «la policía local tiene, por una parte, naturaleza de fuerza y cuerpo de seguridad (art. 2 LOFCS), integrada, por otra parte, en institutos armados de naturaleza civil (art. 52 LOFCS), regida por los principios de mérito, capacidad y antigüedad (art. 6.6 LOFCS) e integrada por funcionarios al servicio de la Administración local (arts. 130, 171.1 y 2 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local) coordinados por las Comunidades Autónomas de conformidad con la LOFCS y LBRL y con funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad (art. 92.2 LBRL), razón por la cual su desempeño se reserva exclusivamente a **personal funcional** (art. 92.2 LBRL y art. 172 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local)».

<sup>23</sup> Tanto el art. 3 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, como el art. 16 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, definen a ambos colectivos como profesionales vinculados a la Administración por una relación de servicios profesionales de carácter permanente.

<sup>24</sup> La doctrina del Tribunal Constitucional ha diferenciado los Cuerpos de la Policía Local de otros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad atendiendo a las funciones que desempeñan los mismos, lo que también determina el título competencial aplicable en cada caso. Sus funciones trascienden del mantenimiento de la seguridad pública. Desarrollan, además –y de forma predominante– funciones «de policía administrativa» en materia de salud y salubridad municipal (mercados, sanidad animal, funerarias...), medio ambiente (ruidos, vibraciones, emisiones...), protección del patrimonio (particular, público, histórico...), horarios comerciales, locales de ocio, urbanismo, etc. Realizan tareas de supervisión, control e intervención procedimental destinadas a velar por la sujeción de los particulares al Derecho en sus relaciones de convivencia, que se diferencian de forma clara de las predominantemente «de seguridad» de otros cuerpos policiales (estatales o autonómicos), en los que el ejercicio de las funciones de seguridad es lo definitivo (STC 86/2014, de 29 de mayo; STC 154/2017 de 21 diciembre y STC 175/2011, de 8 de noviembre).

Ciertamente, la especial naturaleza de las funciones de autoridad que realizan los policías locales y el uso de armas exige, al igual que en aquellos otros Cuerpos, determinadas especialidades en cuanto a su acceso, formación y régimen jurídico aplicable. Por ello se someten a un especial procedimiento selectivo que sería difícil de garantizar con el mismo rigor a través de la conformación de bolsas de trabajo para el nombramiento de interinos. Además de las pruebas teóricas, se realizan pruebas de carácter psicotécnico y entrevistas personales, exigentes pruebas físicas, reconocimientos médicos, cursos selectivos en un centro especial de formación y suelen someterse a un período de prácticas. Toda su actuación suele estar sometida a principios especiales que rigen sus relaciones con la ciudadanía y el modo en el que han de desempeñar sus funciones (principio de integridad, imparcialidad y neutralidad; principio de actuación de manera equitativa y respetando en todo momento los principios de igualdad y no discriminación; evitación de cualquier práctica abusiva, arbitraria o que entrañe violencia física o moral o que pueda comprometer el prestigio o eficacia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y de la Administración pública de la que dependan; actuación en todo momento con integridad y dignidad; sometimiento en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación, debiendo respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos; etc.).

Todos estos factores explican sobradamente las dudas que plantea el interinaje en este ámbito y la falta de regulación expresa en muchas de las legislaciones autonómicas de coordinación en materia de policías locales. Sin embargo, aunque no hayan previsto de modo expreso esta figura, es una evidencia que los municipios utilizan el nombramiento de funcionarios o funcionarias interinas para subvenir necesidades urgentes no cubiertas por la plantilla en servicio. Tal práctica ha venido avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo históricamente, pero plantea el problema de que los deberes y quehaceres del funcionario interino son correlativos a los del funcionario de carrera al que suple, sin que hasta ahora estuvieran bien perfilados los mecanismos que facilitasen la formación y la profesionalidad que es exigible, dadas las importantes funciones de autoridad que realizan y la posibilidad de utilizar las armas de fuego.

### 3.1. El inicial aval jurisprudencial de la STS de 12 de febrero de 1999

Aunque la presencia de funcionarios interinos realizando funciones de la Policía local no ha sido en modo alguno pacífica por la ausencia de un régimen jurídico claro al respecto, la cuestión fue resuelta por vía jurisprudencial a través de la famosa Sentencia del *Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª*, dictada en recurso de casación en interés de ley. El asunto se planteó frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 28 de febrero de 1998, que estimó el recurso contencioso-administrativo, promovido por la Junta de la Comunidad de Castilla-La Mancha contra los Acuerdos de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Herencia, que aprobaron las bases de la convocatoria para el nombramiento de un policía local como funcionario interino y anuló dichos actos.

Aunque la redacción originaria del art. 92.2 de la LBRL reservaba las funciones al «personal sujeto al estatuto funcional», la sentencia recurrida tuvo también en cuenta lo dispuesto en el art. 132 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril*, que volvía a hacer referencia explícita para el ejercicio de estas funciones a los «funcionarios de carrera». Efectivamente, según establecía la literalidad del precepto, «corresponde a los *funcionarios de carrera* el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como las que en su desarrollo y en orden a la clasificación de puestos, se determinen en las normas estatales sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo y descripción de puestos de trabajo-tipo». Esta reserva a los funcionarios de carrera tenía su lógica explicación porque, según la Sala castellanomanchega, esta concreta modalidad de funcionarios se caracteriza por la nota de permanencia, frente a la temporalidad del personal interino. La inamovilidad, concluía la sentencia, se configura como un requisito para el ejercicio de unas funciones que, por su entidad y trascendencia, hacen necesario su desempeño con la máxima objetividad e independencia, condiciones que hay que suponer mejor garantizadas para aquellos funcionarios que gozan de un régimen de permanencia, que los que lo ocupen de forma transitoria. El Ayuntamiento de Herencia interpuso el recurso de casación en interés de la ley contra dicha Sentencia en la medida en que imposibilitaba la selección de policías locales en régimen de interinidad.

El Tribunal Supremo entendió que, si bien en una primera lectura parece sólidamente fundada la doctrina que se expone en la sentencia recurrida, sin embargo, un examen en profundidad permite advertir que, en realidad, descansa en una interpretación literal de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 132 del TRLBRL, que dispone que corresponde a «funcionarios de carrera» el desempeño de puestos de trabajo que

tengan atribuidas funciones de autoridad. Esta interpretación ha de ceder a la que se extrae de ese mismo precepto, si se pone en relación con los demás que en ese mismo Texto Refundido regulan la situación del personal al servicio de las Entidades Locales, y con los de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 y demás disposiciones en aquel Texto, objeto de refundición o que por expresa remisión legal o estar relacionadas con el tema impugnado, resultan aplicables.

Entre los múltiples argumentos que utiliza el Tribunal para casar aquélla doctrina, afirma que la reserva de exclusividad de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, que se realiza en el art. 92.2 LBRL, lo es, en general, para el personal sujeto al estatuto funcional y que también el funcionario interino está sujeto a ese Estatuto o régimen general funcional. Tampoco las notas de imparcialidad, objetividad e independencia, a que alude la sentencia recurrida, pueden ser decisivas a efectos interpretativos, pues tales características son propias de la acción de toda la Administración, y del régimen estatutario que configura los deberes de los funcionarios públicos, según se infiere del art. 103 de la Constitución y de la regulación del régimen disciplinario y de incompatibilidad de aquéllos, que es también aplicable a los funcionarios interinos, en tanto que permanecen como tales.

Asimismo, al regular la figura del funcionario interino en el art. 128 del Texto Refundido de 1986, se prohíbe que pueda nombrarse personal interino para plazas que no se hayan incluido en la oferta de empleo público, salvo cuando se trate de vacantes producidas con posterioridad a su aprobación, pero no se establece prohibición alguna a la interinidad en la específica regulación que dedica a la policía local. Lo mismo sucede en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 2/1986, en el Título V se regula específicamente a la Policía Local y no contiene ningún precepto que establezca una prohibición relativa al desempeño como interino de funciones de esa índole.

El conjunto normativo expuesto permite concluir a la Sala que *«la interpretación contraria a la admisión de la posibilidad de selección, en régimen de interinidad, de los funcionarios de la policía local, que la sentencia impugnada extrae de la literalidad del párrafo primero del art. 132.1 TRLBRL, y de las notas de imparcialidad, objetividad e independencia propias de la función de la policía local, no debe prevalecer sobre la que se infiere del examen de ese precepto dentro del contexto normativo en que inmediatamente se integra, que únicamente está dirigida a precisar que en la Administración Local, no cabe que los puestos de trabajo que tengan atribuidas funciones que impliquen ejercicio de autoridad, como es el caso de los de la policía local, puedan ser desempeñados por personal contratado laboral, ni por personal eventual que desempeñe puestos de confianza o asesoramiento especial, que son las únicas clases de funcionarios a que alude el art. 89 LBRL, que sirve de inmediato fundamento al art. 92.2 de la misma Ley»*.

En definitiva, pues, considera el Tribunal que la sentencia recurrida incurre en grave error cuando interpreta la normativa citada en el sentido de que, cumplidos los presupuestos legales a los que, con carácter general, se supedita la posibilidad de nombramiento de funcionarios locales en régimen de interinidad, no pueda sin embargo acudir a la forma de nombramiento como interino respecto de los funcionarios de la policía local. Por lo que procede dar lugar al recurso de casación en interés de la ley, promovido por el Ayuntamiento de Herencia y fijar como doctrina legal, que **«ante las situaciones de urgente necesidad y previo cumplimiento de las previsiones legales, y con el carácter temporal implícito en su propio concepto, pueden convocarse, para ser cubiertas en régimen de interinidad, plazas de policía local»**.

De esta manera quedaban jurisprudencialmente zanjadas todas las dudas existentes sobre la posibilidad de nombrar a interinos para ejercer las funciones de policía local.

### **3.2. La respuesta dada en las distintas legislaciones autonómicas sobre coordinación de las policías locales**

En el ámbito autonómico existe una gran disparidad de regulaciones y son pocas las normas que han querido introducir algo de seguridad jurídica en esta materia estableciendo una regulación específica al respecto. Las normativas que prevén el interinaje suelen establecer importantes limitaciones en el ejercicio de las funciones. Las funciones más importantes y las que están más relacionadas con el ejercicio de autoridad, especialmente las relativas al uso de armas de fuego, se niegan a los interinos. Sin embargo, como veremos después, esta práctica legal de limitación de funciones para los interinos no tendría respaldo legal. El interino sustituye al funcionario de carrera con plenitud de funciones.

Si nos fijamos en algunas de las legislaciones autonómicas sobre coordinación de las policías locales reformadas en los últimos tiempos, vemos que la cuestión del interinaje no es en modo alguno pacífica y se aborda a través de diversos mecanismos, ya sea a través de la asociación de municipios para prestar este



servicio público, a través de la comisión de servicios o de otras fórmulas de cooperación con la policía autonómica, ya sea a través de la creación de agentes auxiliares de los policías locales. Aunque no pretendemos hacer un análisis de cada uno de los diecisiete modelos autonómicos existentes, nos vamos a detener simplemente en algunas de las últimas reformas para observar cómo se afronta esta cuestión.

Hay algunas Comunidades Autónomas, como la murciana o la castellanomanchega, que establecen una regulación muy restrictiva y llegan a prohibir de modo expreso esta figura. Así, el art. 14 de la *Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*, exige que los miembros de los Cuerpos de Policía Local sean personal funcionario de carrera del Ayuntamiento respectivo, prohibiendo expresamente la contratación de naturaleza laboral, cualquiera que fuere el tipo o duración del contrato y el nombramiento de funcionarios interinos. Exactamente con el mismo contenido se pronuncia el art. 19 de la *Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha*. La atención eventual a las necesidades de personal se canaliza, de modo similar a lo que ocurre en otras Comunidades Autónomas, a través de las asociaciones de municipios o de los convenios de colaboración entre Ayuntamientos, mediante la figura de la comisión de servicios de carácter voluntario, en cuyo caso, el convenio habrá de ser comunicado a la junta o delegados de personal de los Ayuntamientos afectados (art. 15). En estos casos se potencia de modo especial la herramienta de la comisión de servicios, que permite cubrir plazas vacantes o atender eventualmente a necesidades extraordinarias del servicio mediante la previa suscripción de convenios de colaboración.

Por el contrario, otras Comunidades, como Baleares o Cataluña, han regulado con toda normalidad esta figura, estableciendo determinadas garantías de formación, dadas las importantes funciones que realizan y, sobre todo, el uso de armas.

El art. 41 de la *Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears*, sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado la STC 106/2019 a la que después nos referiremos, exige para el nombramiento de un policía local interino haber superado la parte teórica del curso pertinente de formación básica para policía local de la Escuela Balear de Administración Pública, de acuerdo con los requisitos que se establezcan reglamentariamente, y cumplir los requisitos establecidos en los sistemas de selección, así como formar parte de una bolsa de trabajo constituida al efecto por el Ayuntamiento. En el mismo sentido, la disposición adicional cuarta de la *Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales de Cataluña*, también prevé el nombramiento de policías interinos solo para los Ayuntamientos que vean aumentada la afluencia de visitantes durante la época turística por sus especiales circunstancias. En ese caso, pueden convocar plazas de Policía en régimen de funcionario interino, por un período máximo de seis meses. Se adoptan, no obstante, determinadas cautelas y limitaciones a su actuación. Aunque lleven el uniforme reglamentario, no pueden llevar armas y tienen funciones limitadas, toda vez que no pueden instruir atestados por accidentes de circulación acaecidos dentro del núcleo urbano, ni proteger a autoridades, ni ordenar ni señalizar el tráfico. Tampoco pueden ejercer como Policía judicial. Se les exige superar unas mínimas pruebas selectivas, entre las cuales habrá, como mínimo, una prueba psicotécnica, una prueba física, una revisión médica y tendrán que seguir un curso de formación en la Escuela de Policía de Cataluña, de una duración de ciento veinte horas o de veinte días lectivos.

La mayoría de legislaciones autonómicas, sin embargo, no contiene una regulación específica del interinaje, lo que no evita que, por aplicación de las reglas generales del TREBEP, puedan nombrarse policías interinos. Todas ellas suelen prever también otras medidas alternativas para subvenir las necesidades puntuales de personal. Por ejemplo, en la *Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid*, define en su art. 36 a los policías locales como «funcionarios de carrera de los Ayuntamientos respectivos». Las necesidades temporales de personal o las eventuales situaciones especiales y extraordinarias que puedan producirse y que no requieran un aumento permanente de plantilla, suelen solucionarse a través de distintos mecanismos de colaboración entre los Ayuntamientos, incluso creando asociaciones de municipios para sumar los recursos que requiere la prestación eficaz y sostenimiento de los servicios de policía local.

Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra reconduce las necesidades temporales de personal a la figura del **Auxiliar de Policía Local** (art. 1 y art. 23), que ha sido declarada inconstitucional. La define como el personal contratado temporalmente en régimen administrativo por las Entidades Locales de Navarra que dispongan de Policía Local para el apoyo del personal de la misma por causas de absentismo, la provisión temporal de las vacantes existentes en sus respectivas plantillas orgánicas o la atención de necesidades relacionadas con la seguridad pública cuando no sea suficiente el personal fijo para hacer frente a las mismas.

Más completa es la regulación realizada en la última reforma llevada a cabo en el País Vasco. La propia exposición de motivos de la *Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco*, señala la necesidad de adoptar medidas diversas para dar respuesta jurídica a prácticas ya existentes. Reconoce el legislador que el nombramiento de funcionarios interinos para subvenir necesidades urgentes en las plantillas de los Cuerpos de Policía local es una realidad, máxime en los últimos años como consecuencia de limitaciones a la reposición de efectivos y a partir del año 2019 con el adelanto de su edad de jubilación. Prevé diversos mecanismos legales para subvenir necesidades urgentes no cubiertas por la plantilla en servicio en cada momento, desde la colaboración de la Ertzaintza o los mecanismos de cooperación intermunicipal, al nombramiento de funcionarios interinos para reforzar determinadas tareas de los cuerpos de policía como auxiliares.

Cuando se trata de nuevos nombramientos con carácter temporal, se preocupa especialmente por acotar los supuestos que los amparan con el fin, por una parte, de profesionalizar a estos funcionarios interinos y estabilizar plantillas y, por otra, de impedir la consolidación de soluciones transitorias. Para ello vincula la posibilidad de la cobertura de vacantes de la Policía local mediante nombramiento de funcionarios interinos solo al inicio del proceso de cobertura definitiva de la plaza. Por otra parte, contempla como medida excepcional y para regularizar las situaciones de hecho ya producidas, procesos de consolidación de empleo que posibiliten la cobertura en propiedad de plazas hoy cubiertas en interinidad.

Si se trata de cubrir vacantes de plantilla solo procederá el nombramiento si previamente se hubieran incluido estas vacantes en la oferta pública de empleo y se hubiera iniciado el proceso para su cobertura en propiedad o se hubiera solicitado a la Academia Vasca de Policía y Emergencias la encomienda de gestión de su selección. Dicha Academia puede formar bolsas de trabajo para el nombramiento de **funcionarios interinos como auxiliares de Policía local** o funcionarios de Policía local por quienes hayan superado cursos básicos específicos organizados por ella (art. 120). Si los Ayuntamientos no disponen de cuerpo de policía o si temporalmente tienen necesidades de personal porque sus efectivos no alcanzan a dar cobertura a la totalidad de los servicios de su competencia, pueden solicitar la asistencia de la Ertzaintza en aquellas funciones de naturaleza estrictamente policial que correspondan a los cuerpos de Policía local, así como en la ordenación y dirección de tráfico en las travesías urbanas.

En relación con ello, el nuevo artículo 117 bis, permite que los Ayuntamientos, cuando existan necesidades eventuales que así lo requieran, puedan nombrar funcionarios interinos con funciones de auxiliar de policía para complementar a la Policía local en el desempeño de las funciones comprendidas en los párrafos d) e i) del artículo 27.1 de su ley, así como la de colaborar con la Policía local en la ordenación del tráfico en casco urbano en municipios que no cuenten con agentes de movilidad<sup>25</sup>. Para el desempeño de sus funciones, los auxiliares de Policía local deberán vestir el uniforme correspondiente al Cuerpo de Policía local, sin placa-emblema, ni distintivo alguno en las hombreras, y haciendo constar su condición de auxiliar de policía visiblemente, tanto en la uniformidad como en el documento de acreditación profesional.

Semejante preocupación ha existido también en la legislación valenciana, que se ha fijado como uno de sus objetivos acabar con la inestabilidad laboral de un elevado número de agentes de Policía Local en situación de interinidad. Una situación que trae causa, por un lado, de la necesidad de atender sin demora la prestación ordinaria del servicio y, por otro, de la imposibilidad de incluir las vacantes de modo regular en las ofertas de empleo público debido a las restricciones en la tasa de reposición de efectivos recogidas en las leyes de presupuestos anuales, con especial intensidad desde el año 2010. Por ello, la reforma llevada a cabo a través de la *Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana*, afronta directamente dos situaciones coyunturales que las policías valencianas deberán encarar en un breve espacio de tiempo. En primer lugar, un proceso de consolidación de los funcionarios interinos para acabar con la precarización laboral instaurada en la última década y con la finalidad también de eliminar de forma definitiva el personal interino en las plantillas de las policías locales valencianas. Y, en segundo lugar, mitigar los efectos que puede tener en este colectivo funcional la reciente regulación de su jubilación anticipada. También en este caso se insiste en que el personal interino no podrá llevar armas de fuego, y ejercerá sus funciones en materias de policía administrativa, medio ambiente, tráfico y seguridad vial (Disposición transitoria decimosegunda).

<sup>25</sup> Dichos apartados se refieren a las funciones de policía Administrativa en lo relativo a ordenanzas, bandos y demás disposiciones y actos municipales dentro de su ámbito de competencia, así como velar por el cumplimiento de la normativa vigente en materia de medio ambiente y protección del entorno en el ámbito de las competencias locales en dichas materias. El apartado i) se refiere a la cooperación en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

### 3.3. El punto de inflexión: la nueva interpretación literal realizada por la STS de 14 de junio de 2019 y los importantes problemas prácticos que planteaba

Ante este marco jurídico tan disperso y complejo no es extraño que hayan vuelto a resurgir estas dudas sobre la posibilidad de nombrar a funcionarios interinos y, en este caso, la postura del Tribunal Supremo se ha apartado de la línea jurisprudencial que había apuntado veinte años antes.

**La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 828/2019, Recurso 922/2017**, se ha dictado ante la interposición de un recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de Santurtzi y del Gobierno Vasco, respectivamente, contra la sentencia de apelación del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había anulado el nombramiento de cuatro agentes de la Policía Local en régimen de interinidad para cubrir plazas vacantes, el Acuerdo de la Academia Vasca de Policía y Emergencias por el que se convocó un procedimiento de selección para la creación de una bolsa de agentes interinos y el Convenio de Colaboración suscrito entre el Consistorio y dicha Academia para efectuar los correspondientes nombramientos en régimen de interinidad<sup>26</sup>.

La sentencia apelada (STSJ del País Vasco de 15 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 622/2016) había anulado la sentencia de instancia al entender que, tras la reforma introducida en la redacción del art. 92.3 de la LBRL en el año 2013, se habría producido un desplazamiento de la normativa autonómica vasca que permitía el nombramiento de interinos. Había concluido que «las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, en los que se incluyen las propias de los agentes de las policías municipales, han de ser, necesariamente, ejercidas por funcionarios de carrera, no interinos».

La STS supone un importante punto de inflexión respecto de la línea jurisprudencial que apuntó la STS de 12 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, dictada en el recurso de casación en interés de la ley, en la que se estableció que, de conformidad con la normativa vigente en el momento, era conforme a derecho el nombramiento de funcionarios de la Policía Local en régimen de interinidad. En el caso que analiza veinte años después el Tribunal Supremo, los recurrentes en casación, con buen criterio, señalaban que el TREBEP no contiene limitación o prohibición al ejercicio de funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas a cargo de funcionarios interinos, sino que la reserva se circunscribe literalmente a los «funcionarios públicos», en cuyo ámbito se incluyen también los funcionarios interinos.

Así delimitado el conflicto, el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia se concreta en determinar si, dada la redacción de los artículos 3.2, 9.2 y 10 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (coincidentes con los mismos artículos del TREBEP), y del artículo 92.3 de la Ley de Bases de Régimen local en su redacción dada por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, resulta o no ajustado a derecho el nombramiento de agentes de la Policía Local en régimen de interinidad para la cobertura de plazas vacantes. Si bien es cierto que el TREBEP, a la hora de regular a los funcionarios interinos, no establece para ellos ninguna limitación o prohibición para que puedan ejercer funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas, la Sala tiene en cuenta el nuevo sistema de fuentes para el personal de la Administración Local y la remisión directa que contiene a la legislación local con preferencia sobre las demás. El art. 92.1 de dicha Ley, efectivamente, dispone que los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en la legislación básica de régimen local, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, los policías locales se someterían, con preferencia, al régimen especial previsto en la legislación básica de régimen local. Y este régimen especial vendría a limitar considerablemente el concepto de funcionario interino, al reservar las funciones que implican ejercicio de autoridad solo a los empleados que tengan la condición de funcionario de carrera.

<sup>26</sup> También en esas mismas fechas se dictó otro pronunciamiento importante sobre esta misma materia. Me refiero a la STS de 18 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, núm. 848/2019 de 18 junio, dictada a propósito del caso de la policía local de Baleares. El recurso de casación se interpuso por la Administración balear contra la sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2016 por el TSJ de las Islas Baleares, que estimaba el recurso planteado por la Asociación de Policías Interinos de Baleares frente al Decreto 28/2015, de 30 de abril, que aprobaba el reglamento marco de coordinación de su policía local. Este reglamento desarrollaba el artículo 41 de la Ley balear 4/2013, de 17 de julio, que se había aprobado unos meses antes de la Ley 17/2013 y permitía el nombramiento de los policías locales interinos. La antinomia de dicho precepto con el art. 92.3 de la LBRL fue resuelta por la Sala inaplicando el precepto legal balear. El TS anula dicha sentencia por considerar que infringe la doctrina constitucional respecto de la denominada «cláusula de prevalencia» establecida en el artículo 149.3 de la Constitución, que no puede utilizarse como criterio automático para la inaplicación de la norma legal autonómica, sino que ha de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

Planteado así el debate, la Sala analiza la naturaleza de las funciones que realizan los policías locales, que en el ejercicio de sus funciones tienen a todos los efectos legales el carácter de «agentes de autoridad» (art. 7 de la Ley Orgánica 2/1986). Dado que los policías locales realizan funciones que implican ejercicio de autoridad, estarían incluidos dentro del ámbito de la reserva funcional que, con carácter básico, establece el art. 9.2 del TREBEP, en relación con lo dispuesto en el art. 92.3 de la LBRL y el art. 132 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril*, lo que supondría un desplazamiento de la legislación vasca.

La literalidad del nuevo art. 92.3 de la LBRL incluye alguna novedad que es tenida en cuenta por la Sala, toda vez que el antiguo artículo 92.2 de la LBRL en su redacción originaria, establecía la reserva de estas funciones «exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcional», con lo que no se excluía al funcionario interino. Esta redacción del artículo 92.2 fue sustituida en el año 2013 por la redacción del artículo 92.3 que ya no se refiere al «personal sujeto al estatuto funcional», sino al «funcionario de carrera», que sería la única categoría de empleados públicos habilitada para ejercer funciones que conlleven autoridad.

A partir de la propia literalidad de la nueva redacción del art. 92.3 LBRL se deduciría la intención del legislador de conferir una «mayor restricción» a la reserva funcional, lo que justificaría el cambio de criterio respecto del sostenido en la STS de 12 de febrero de 1999, dictada en casación en interés de ley. En consecuencia, **«tras la modificación del art.92.3 LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre no resulta ajustado a derecho el nombramiento de agentes de la Policía Local en régimen de interinidad, dada la regulación especial de la norma frente al carácter general sentado en el apartado 1 con remisión al EBEP»**. En definitiva, pues, **«las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, en los que se incluyen las propias de los agentes de las Policías Municipales, han de ser, necesariamente, ejercidas por funcionarios de carrera, no interinos»**.

El problema que planteaba la interpretación tan literal del precepto no era baladí. Suponía que, no sólo no se podrían nombrar policías locales en régimen de interinidad, sino que tampoco podrían nombrarse interinos para ejercer funciones que implicaran directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas o salvaguarda de los intereses generales o para realizar funciones que requirieran una especialidad objetividad o independencia. Pensemos, por ejemplo, en lo que sucedería con el ejercicio de las funciones públicas más específicas y relevantes de la Administración local como son las de secretaría, tesorería e intervención, a las que se refiere el art. 92.bis, en la redacción dada por la misma Ley 27/2013.

La interpretación tan precisa, escueta y plana realizada por la Sala no se basaba en el «ejercicio de autoridad», sino de modo exclusivo en la literalidad de la mención «funcionario de carrera». En consecuencia, afectaba a toda la categoría de funcionarios interinos de la Administración local, para quienes se establecía un peculiar sistema de fuentes que se apartaba de las categorías elementales de empleados públicos establecidas por el legislador básico estatutario.

Como ha señalado Jiménez Asensio, aunque no lo dice la sentencia, porque no es el asunto del que se estaba conociendo, es lo que se deduce de su «línea argumental», lo que supone que la «figura del funcionario interino está, según esta doctrina jurisprudencial, tocada de muerte en el ámbito local de gobierno<sup>27</sup>». Hubiera supuesto la desaparición de la figura del funcionario interino en la Administración Local, obligando a que todos los puestos de trabajo relacionados con las funciones públicas más importantes de la Administración fueran ocupados únicamente por funcionarios de carrera. Este planteamiento implicaba gravísimos problemas prácticos. ¿Cómo resolver los problemas temporales y urgentes causados por plazas vacantes o picos temporales de trabajo? ¿Qué ocurriría con el elevadísimo número de interinos que ya se encontraban prestando servicios en la Administración local? Faltando una pata de empleados públicos, el sistema funcional, en su conjunto, quedaba por completo cojo y falto de coherencia.

### **3.4. La solución a través de una sentencia interpretativa e integradora del régimen funcional (STC 106/2019, de 19 de septiembre)**

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2019, de 19 de septiembre, ha zanjado la cuestión relativa a la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan nombrar policías locales interinos para ejercer funciones de autoridad. Para ello ha realizado una interpretación armónica y sistemática de la legislación básica de régimen local con la legislación básica funcional.

<sup>27</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2019): «Una interpretación supremamente «literal» (La STS 828/2019, sobre Policías Locales interinos: consecuencias más allá del problema analizado)», Blog *Hay Derecho*, 28 julio de 2019, disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/28/una-interpretacion-supremamente-literal-la-sts-828-2019-sobre-policias-locales-interinos-consecuencias-mas-alla-del-problema-analizado/>.

Ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad que trae causa última en el recurso interpuesto por el Sindicato Profesional de Policías Municipales de España (SPPME) contra la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llubí por la que se aprobaban las bases específicas de la convocatoria para constituir una bolsa extraordinaria de aspirantes para proveer, como funcionarios interinos, plazas vacantes de Policía Local. El asunto llegó al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad por la contradicción que se producía entre dos preceptos legales autonómicos que permitían a los Ayuntamientos crear bolsas de trabajo para el nombramiento de policías interinos y la nueva redacción del art. 92.3 de la LBRL, que literalmente reserva las funciones de autoridad a los funcionarios de carrera<sup>28</sup>.

En su análisis, el Tribunal también reconoce de forma expresa que las funciones que realizan los policías locales son funciones de autoridad; que ese conjunto normativo que prohíbe el nombramiento de funcionarios interinos para el ejercicio de las funciones de policía local, tienen el carácter material y formalmente básico (STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5) y que, en efecto, se produce una contradicción entre las normas básicas estatales sobre el régimen jurídico de la Administración local y sus empleados públicos con las dos normas autonómicas de cuya constitucionalidad se duda. Ahora bien, hace una interpretación sistemática y armónica del art. 92.3 de la LBRL para concluir que la contradicción entre esta norma estatal de contraste y las disposiciones autonómicas cuestionadas no es efectiva e insalvable por vía interpretativa.

El debate jurídico-constitucional queda planteado en los siguientes términos: si este precepto se interpreta como una reserva absoluta de determinadas funciones a los funcionarios «de carrera», con exclusión de los interinos, la norma autonómica cuestionada será inconstitucional, pues regula un procedimiento de selección de funcionarios interinos para el ejercicio de una de estas funciones reservadas, en concreto «funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad». Así ha definido las funciones de la policía local la doctrina constitucional (SSTC 175/2011, de 8 de noviembre, FJ 4, y 154/2017, de 21 de diciembre, FJ 3), y así resulta también del Derecho positivo, a la vista de las funciones que tienen legalmente asignadas (art. 53 LOFCS) y del art. 7.1 de esta ley, que dice que, en el ejercicio de dichas funciones, «tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad». Por el contrario, si el art. 92.3 LBRL se interpreta como una reserva de esas funciones públicas, entre las que encajan las de la policía local, solo a los funcionarios, sin excluir a los interinos, los preceptos autonómicos serán constitucionales.

El Tribunal Constitucional, a diferencia de la interpretación exclusivamente literal que había realizado el Tribunal Supremo en el mes de junio, adopta una perspectiva sistemática de los preceptos señalados y, de modo especial, de lo dispuesto en el art. 9.2 del actual TREBEP, que establece una reserva de funciones a los «funcionarios públicos», sin más y a diferencia de la mención explícita de los «funcionarios de carrera» que realiza el primer párrafo de dicho precepto. Es ello lo que permite que otra clase de funcionarios, los interinos, puedan ejercer esas funciones reservadas, de conformidad con el art. 10.1 TREBEP, que dice: son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna circunstancia como la existencia de plazas vacantes que no puedan cubrirse por funcionarios de carrera, la sustitución transitoria de sus titulares, la ejecución de programas de carácter temporal y el exceso o acumulación de tareas.

Todo ello le lleva a concluir que en la interpretación del art. 92 LBRL a los efectos de este proceso constitucional, debe tenerse presente que, en el seno de la LBRL, la expresión «funcionarios de carrera» se utiliza como equivalente a la de funcionario público, sin exclusión de los interinos. Así resulta del art. 89, que abre su Título VII dedicado al «Personal al servicio de las Entidades locales», y que no ha sido modificado ni por el EBEP de 2007 ni por la Ley 27/2013, que dice: «El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial». Y también de la rúbrica del Capítulo II de ese Título, en que se inserta este art. 92 es «Disposiciones comunes a los funcionarios de carrera». Ninguna de estas referencias específicas a los funcionarios «de carrera» ha sido interpretada nunca, desde la entrada en vigor de la LBRL en 1985, como una expresa prohibición de nombramiento de funcionarios interinos en la Administración local. Al contrario, esta clase de personal ha seguido existiendo. A mayor abundamiento,

<sup>28</sup> La contradicción se produce con la Disposición transitoria segunda del Decreto-ley 1/2017, de 13 de enero, del Gobierno balear, de modificación de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Illes Balears, y de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y de medidas en materia de coordinación de las policías locales de las Illes Balear; y el art. 41 de la Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Islas Baleares.

la amplitud de las funciones reservadas en este art. 92 a los «funcionarios de carrera», que incluye no solo las señaladas en el art. 9.2 TREBEP, sino en general todas aquellas que lo precisen «para la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función» (art. 92.3 in fine), implicaría que una interpretación del mismo como norma prohibitiva del nombramiento de funcionarios interinos para todas esas funciones reservadas impediría no solo el nombramiento de funcionarios interinos para los cuerpos de policía local, sino en general para cualquier cuerpo o escala de las entidades que integran la Administración local, aunque esos cuerpos no ejerzan funciones de las estrictamente reservadas a funcionarios en el art. 9.2 TREBEP.

En su argumentación, tiene en cuenta también las circunstancias en que se gestó el precepto, toda vez que la reforma de 2013 no hace ninguna reflexión al respecto en su exposición de motivos ni se introdujo ninguna enmienda parlamentaria que pudiera arrojar algo de luz sobre la intención del legislador con este cambio. Si la intención del legislador hubiera sido la de establecer esa importante restricción, entiende el Tribunal que la norma debería haber sido más clara y explícita, pues una reforma de tanta importancia y trascendencia para el funcionamiento ordinario de los entes que integran la Administración local (municipios, provincias e islas, comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios) debería haber venido precedida de informes, de un amplio debate en la tramitación parlamentaria del proyecto y del establecimiento de algún tipo de disposición de carácter transitorio para cubrir las vacantes que pudieran producirse o, en su caso, para regularizar el régimen al que quedarían sometidos los miles de policías locales que existen en nuestras Administraciones Públicas.

En definitiva, pues, la Sentencia realiza una interpretación que permite salvar la constitucionalidad de los preceptos autonómicos y, en consecuencia, considera que es ajustado a Derecho el nombramiento de policías locales en régimen de interinidad.

### **3.5. Otras aclaraciones jurisprudenciales que delimitan el papel del interino en la realización de funciones de autoridad**

La STS de 2 de marzo de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, número 294/2020, ha clarificado la posibilidad de utilización de armas de fuego por parte de policías locales interinos. Ha establecido el principio de equiparación funcional entre ambos colectivos de personal. El procedimiento trae causa en la impugnación planteada en Asturias por el Ayuntamiento de Carreño, ante las resoluciones de la Guardia Civil que no autorizaban el uso de armas a los policías locales interinos de dicho Ayuntamiento. Portar armas de fuego, como una función que implica ejercicio de autoridad, estaría reservada de forma exclusiva a los funcionarios de carrera.

El TS rectifica su jurisprudencia en virtud de la interpretación realizada por el TC. Señala que la previsión del art. 9.2 que establece una reserva de funciones a los «funcionarios públicos», se refiere e incluye tanto de los funcionarios de carrera como los interinos. Desde estas consideraciones el propio Estatuto señala la equiparación en el contenido funcional y su ejercicio entre ambas clases de funcionarios, señalando el art. 10 que los funcionarios interinos son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera y que les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera. En consecuencia y desde el punto de vista estatutario el funcionario interino, en este caso policía local interino, realiza las mismas funciones que los que sean de carrera y con las mismas facultades, en este caso en relación con el uso de armas de fuego, sin que se desprenda de dicha normativa especialidad o limitación al respecto.

El establecimiento de este principio de equiparación funcional bien avalaría la eventual reforma de aquellas legislaciones autonómicas que, como hemos señalado antes, prevén importantes limitaciones en cuanto a las funciones a desarrollar por el policía local interino.

Por otra parte, la reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional también nos ha permitido delimitar el ámbito subjetivo de la reserva, declarando inconstitucional la figura del auxiliar de policía y ratificando que el ejercicio de autoridad está reservado exclusivamente al colectivo funcional, ya sea de carrera o interino. La normativa navarra atribuye la condición de agentes de la autoridad a tales auxiliares, a pesar de que se trata de una modalidad específica que solo existe en la legislación foral navarra, que es la de personal contratado de forma temporal en régimen administrativo para desempeñar tareas de apoyo a la policía local y no a funcionarios interinos. Están sometidos a un régimen específico previsto al efecto en la normativa foral y que es diferente del que esas normas navarras prescriben para el personal sujeto al estatuto funcional.

La STC 178/2019, de 18 de diciembre, declara su inconstitucionalidad debido a la reserva de funciones que establece el art. 92.3 LBRL. Al establecer dicha reserva, el legislador contribuye a la determinación de los rasgos definitorios de los distintos tipos de personal al servicio de las administraciones públicas (STC 156/2013, de 23 de septiembre) y a las atribuciones que corresponden a cada uno de esos tipos de personal. Define así uno de los rasgos del modelo de función pública dirigido a asegurar los intereses generales, en tanto que vincula el ejercicio de funciones de autoridad con el estatuto funcional. Es trasunto de la norma general del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, que reserva «exclusivamente» y «en todo caso» a los «funcionarios públicos» «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas» (art. 9.2).

Aunque la doctrina constitucional ha admitido que la legislación administrativa sectorial pueda atribuir la condición de agente de la autoridad (STC 90/2018, de 6 de septiembre), la norma estatal es clara en el sentido de considerar funciones públicas reservadas a funcionarios aquellas que, en el ámbito local, impliquen ejercicio de autoridad y, en consecuencia, limita la condición de agente de la autoridad a los funcionarios al servicio de la administración local, entre los que, según el art. 1.2.b) de la propia Ley foral 23/2018, se encuentran los policías locales. El art. 24.2 de la Ley foral, tras enumerar las funciones de estos auxiliares, les atribuye la condición de agentes de la autoridad, con lo que no se ajusta a dicha limitación. Dado que no se trata de funcionarios públicos no es posible que se les atribuya, en el ejercicio de sus tareas de asistencia a la policía local, la condición de agente de la autoridad. Se incurre así en una contradicción insalvable por vía interpretativa determinante de la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «teniendo a los efectos anteriores la consideración de agentes de la autoridad» del art. 24.2 de la Ley foral 23/2018. En consecuencia, ni siquiera los contratados administrativos pueden realizar funciones de autoridad. Éstas están reservadas solo al colectivo funcional.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La STS de 14 de junio de 2019 ha permitido sacar a la luz los problemas teóricos y prácticos que plantea el ejercicio de autoridad por parte de los funcionarios interinos. La inamovilidad, que es un criterio básico para explicar la distinción entre los funcionarios y los laborales, introduce un importante factor de incoherencia cuando intentamos clarificar las relaciones entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos. Estas incongruencias son las que ha tratado de soslayar el legislador básico de régimen local a través de la reforma introducida por la Ley 27/2013, ocasionando importantes problemas prácticos.

La interpretación literal de la normativa local ha conducido al absurdo de prohibir de facto la figura del funcionario interino exclusivamente en el ámbito de la Administración local, rompiendo así la filosofía inspiradora del modelo. Por el contrario, el modelo permanecía inalterado para la Administración autonómica y la Administración General del Estado, puesto que en esos ámbitos no resultaba aplicable el art. 92.3 de la LBRL y, en consecuencia, no se veía afectada la figura del funcionario interino. Mientras que en el ámbito autonómico y estatal no planteaba ningún problema que los interinos realizaran funciones de autoridad, esta posibilidad se vetaba por completo para el mundo local. Para el resto de Administraciones públicas se seguiría aplicando la literalidad de los preceptos del TREBEP, cuyo art. 9 habla, en general, de «funcionarios» cuando establece la reserva funcional.

Los problemas prácticos han sido resueltos a través de la sentencia interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional, que ha permitido introducir algo de luz y sosiego en esta compleja y cambiante materia. Aunque posteriores sentencias han permitido clarificar la realización de funciones de autoridad por parte de los interinos, debería ser el legislador básico estatal de régimen local quien introdujera un cambio normativo coincidente con la legislación básica funcional, estableciendo la reserva de las funciones de autoridad para «el personal funcional» o para los «funcionarios públicos», sin concretar en la figura del funcionario de carrera. Razones de seguridad jurídica así lo exigen, especialmente en el ámbito de los Cuerpos de Policía Local. Una previsión explícita relativa a los funcionarios interinos evitaría el importante grado de dispersión normativa que existe en la actualidad en las distintas Comunidades Autónomas y que van desde aquellas que prevén de forma explícita esta posibilidad y, además, las regulan con importantes cautelas, hasta aquellas otras que no dicen nada al respecto o que de modo expreso prohíben esta figura, tal como sucede con la última legislación de coordinación de las Policías Locales de la región de Murcia o la de Castilla-La Mancha.

Desde esta perspectiva, y una vez asumido que el funcionario interino es el sustituto natural del funcionario de carrera y que está habilitado para realizar exactamente sus mismas funciones, sería razonable acotar de forma expresa la interinidad a estos supuestos, así como a los casos de plazas vacantes durante los procesos selectivos, repensando con calma el resto de supuestos que en la actualidad habilitan para el nombramiento de interinos en nuestras Administraciones Públicas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> A. (2011): “El principio de objetividad en el empleo público: la objetividad como deber de los empleados públicos”, en *Documentación Administrativa*, núm. 289, págs. 183-209, enero-abril. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10074>.
- BERTHÉLEMY, H. (1912): *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 7.<sup>a</sup> edición.
- BOLTAÏNA BOSCH, X. (2006): *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANALS I AMETLLER, D. (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*. Granada: Comares.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2001): *El empleo público. Entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2013): “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas / Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, núm. 5, págs. 82-99.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2017): “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas / Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, núm. 12, págs. 8-29.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. (1986): *Las potestades Administrativas*. Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2002): *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Comares.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2008): “El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139, págs. 475-500.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2020): “La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 212, págs. 201-230. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2011): “El principio de objetividad en la función pública (un análisis desde la jurisprudencia)”, en *Documentación Administrativa*, núm. 289, págs. 151-182, enero-abril. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10073>.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2019): “Una interpretación supremamente «literal» (La STS 828/2019, sobre Policías Locales interinos: consecuencias más allá del problema analizado)”, en *Blog Hay Derecho*, 28 julio de 2019. URL: <https://hayderecho.expansion.com/2019/07/28/una-interpretacion-supremamente-literal-la-sts-828-2019-sobre-policias-locales-interinos-consecuencias-mas-alla-del-problema-analizado/>.
- JORDANO FRAGA, J. (2015): “Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, págs. 133-168.
- MORELL OCAÑA, L. (2001): “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, págs. 347-372.
- QUESADA LUMBRETERAS, J. (2011): “La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 317, págs. 143-173, septiembre-diciembre. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi317.10098>.
- SÁINZ MORENO, F. (1988): “El estatuto de la función pública después de la Sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 117, págs. 321-366.
- SÁINZ MORENO, F. (1983): “Ejercicio privado de funciones públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, págs. 1.699-1.791, enero-diciembre.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019a): *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Tecnos.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019b): “La consagración del funcionario interino indefinido”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, págs. 223-238. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.06>.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2018): *Principios de derecho administrativo general*, pág. 71. Madrid: lustel.
- VERA TORRECILLAS, R. (2009): “Las funciones reservadas y el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas consideraciones sobre la reforma de los funcionarios de habilitación estatal”, en *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 9, págs. 1.311-1.328. URL: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/222277>.





REALA, número 14, octubre-marzo de 2020  
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES  
Recibido: 07-07-2020  
Modificado: 22-09-2020  
Aceptado: 23-09-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10825>  
Páginas: 161-179

## Mancomunidades integrales en Extremadura: estrategia, trayectoria y revisión

### *Integral municipal associations in Extremadura: strategy, trajectory and review*

Francisco Javier Durán García  
Ayuntamiento de Villafranca de los Barros (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3992-6949>  
fcojavierdg@gmail.com

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Fundamentos del Derecho, Derecho Económico y Derecho de la Empresa por la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), y funcionario de carrera como Letrado Asesor Jurídico del Ayuntamiento de Villafranca de los Barros. Su trayectoria como experto en Administración y Hacienda local viene avalada por la publicación de diferentes libros, ponencias y artículos sobre la materia, así como por la participación continuada como asesor en programas internacionales de cooperación municipal entre España y América Latina / Oriente Medio. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Letrados de Entidades Locales de España.

#### RESUMEN

La Comunidad autónoma de Extremadura es una región española con una planta local formada mayoritariamente por pequeños Municipios; una estructura local decimonónica que se enfrenta a los problemas ocasionados por el inframunicipalismo y la despoblación. Ante esta situación, el Gobierno regional desarrolló y mantiene una estrategia territorial basada en la promoción de las Mancomunidades Integrales, una fórmula asociativa de carácter voluntario entre Municipios para la prestación de servicios. En el presente artículo se estudia, por una parte, la fundamentación y la trayectoria jurídica que soporta esta estrategia regional y, por otra, las principales carencias y debilidades que tiene el modelo a nivel institucional, administrativo, de recursos humanos y financiero. Además, se plantea la necesaria revisión de la estrategia regional y se ofrece una relación de puntos para un debate que se considera inaplazable.

#### PALABRAS CLAVE

Inframunicipalismo; Mancomunidades Integrales; Extremadura; estrategia territorial; planta local.

#### ABSTRACT

The Autonomous Community of Extremadura is a Spanish region with a local level made up mostly of small municipalities; a nineteenth-century local structure that faces the problems caused by under-municipalism and depopulation. Faced with this situation, the regional government opted for a territorial strategy based on the promotion of the municipal associations called «Integral», a voluntary associative arrangement between municipalities for the provision of services. This article studies, on the one hand, the legal background behind this regional strategy and, on the other hand, the main gaps and weaknesses of this model at the institutional, administrative, human resources and financial spheres. In addition, it proposes the necessary revision of the regional strategy and offers a list of items for a urgent discussion.

#### KEYWORDS

Under-municipalism; integral municipal associations; Extremadura; territorial strategy; local level.

## SUMARIO

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DEL INFRAMUNICIPALISMO EN EXTREMADURA. 2. LA MANCOMUNIDAD COMO ESTRATEGIA. 2.1. ENTORNO JURÍDICO. 2.2. LA OPCIÓN EXTREMEÑA: MANCOMUNIDADES INTEGRALES. 3. TRAYECTORIA DE LA LEY 17/2010, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MANCOMUNIDADES Y ENTIDADES LOCALES MENORES DE EXTREMADURA. 3.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS. 3.2. EL ESPALDARAZO LEGISLATIVO. 3.3. HITOS POSTERIORES MÁS SIGNIFICATIVOS. 4. REVISIÓN: PUNTOS PARA UN DEBATE INAPLAZABLE. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DEL INFRAMUNICIPALISMO EN EXTREMADURA

Tomando como excusa el décimo aniversario de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura (LMELME)<sup>1</sup>, queremos hacer una reflexión jurídica sobre la trayectoria e impacto que ha tenido la estrategia asociativa en esta región española, especialmente en lo que se refiere a calibrar la eficacia desde su aprobación para afrontar los problemas y los retos que frecuentan en los pequeños Municipios.

Los Municipios en Extremadura, al igual que en el resto de España, son una pieza clave de la estructura territorial marcada por la vigente Constitución de 1978 (CE). Concretamente, su art. 140 determina que el modelo municipal en España se articula sobre el principio constitucional de autonomía local, además del de suficiencia financiera (art. 142 CE) y el de subsidiariedad (añadido por el derecho comunitario<sup>2</sup> y cuya incidencia en el sistema competencial local es debatida). Por tanto, se constituye un régimen de descentralización política y administrativa, donde el texto constitucional otorga a los Municipios una doble condición, primero, como unidades dependientes que forman parte de la planta organizativa del Estado –el rol tradicional– y, segundo, como entidades con autonomía y personalidad jurídica plena –la novedad–.

Nos detenemos para profundizar en el concepto de autonomía local que acuña la CE acudiendo a la definición recogida en el art. 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (CEAL)<sup>3</sup>, donde: «Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes». Con mayor precisión que nuestra Carta magna, la CEAL determina que la autonomía municipal es un derecho que va más allá del mero principio administrativo, de tal forma que los Municipios gozan de capacidad efectiva para resolver los asuntos de su competencia y para responsabilizarse de sus decisiones. El límite, comprensiblemente, lo marcan la legalidad vigente y el interés general de la vecindad.

Dicho lo anterior, a pesar del espaldarazo constitucional, la institución municipal se apoya en una planta local decimonónica donde las únicas variaciones sufridas han sido para alcanzar una mayor fragmentación. Así, es relevante tener en cuenta los datos facilitados por el INE, a saber, de los 388 Municipios existentes en Extremadura en 2019, unos 353 son Municipios que cuentan una población igual o inferior a 5.000 habitantes (el 90,97 %). Si bajamos el rango a población igual o inferior a 1.000 h., son todavía unos 217 Municipios (el 55,92 %)<sup>4</sup>. Estos datos evidencian con rotundidad que la planta local extremeña está conformada casi en su totalidad por pequeños Municipios.

El reconocimiento constitucional y el posterior desarrollo legislativo de las bases del régimen local han dotado al Municipio de un importante elenco de competencias y de fuentes de financiación cuyo ejercicio supone, en síntesis, la concreción de la autonomía municipal. Por otra parte, el avance del modelo descentralizado –con sus altos y sus bajos– y las cláusulas genéricas recogidas en la legislación del régimen local (*v. gr.*: art. 28 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –en adelante, LRBRL–, actualmente suprimido<sup>5</sup>) los Municipios no han cesado de ampliar su ámbito de actuación a través de competencias propias, impropias y complementarias, para intentar dar cobertura a las demandas ciudadanas que han ido incrementándose a la par que se consolidaba el Estado del Bienestar.

<sup>1</sup> Publicado en DOE núm. 245, de 23-12-2010, y BOE núm. 9, de 11-01-2011.

<sup>2</sup> Art. 5 del Tratado de la Unión Europea.

<sup>3</sup> Instrumento de Ratificación, de 20 de enero de 1988, de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo.

<sup>4</sup> <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=2913&L=0>, 15-01-2020.

<sup>5</sup> Se suprime por el art. 1.11 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Esta progresiva complicación del marco legal, competencial y financiero de las entidades municipales sólo ha puesto más en evidencia la incapacidad de los pequeños Municipios para ejercer su autonomía de forma plena y efectiva. Se trata de un proceso paulatino de pérdida *de facto* de autonomía, en favor del tutelaje por parte de otras administraciones (Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales y Diputaciones Forales). Actualmente, para muchos Municipios este proceso de fuga de autonomía se antoja difícilmente reversible si observamos la tendencia en las zonas rurales. Es el caso de las dos provincias extremeñas, caminando hacia la pérdida de población de forma desordenada y sin control, y manteniendo a la institución municipal con una condición de gran dependiente cuya supervivencia precisa de otras administraciones. Es, en definitiva, lo que ya hemos denominado en otras ocasiones la situación de «minoría de edad permanente» de los pequeños Municipios (Durán, 2019: 142).

Así las cosas, la estructura municipal extremeña ya era débil en 1978 pues venía de sufrir el envite del proceso migratorio ocasionado por el desarrollismo español (Cayetano, 2007: 1.275-1.310), pero el avance del Estado descentralizado se convirtió en un reto casi impracticable para la planta municipal de Extremadura; donde los pequeños Municipios –la mayoría– eran incapaces de ejercer su autonomía local en condiciones de igualdad al resto y, lo que es más importante, donde la ciudadanía rural acusaba desventaja en la recepción de servicios públicos.

## 2. LA MANCOMUNIDAD COMO ESTRATEGIA

### 2.1. Entorno jurídico

En Europa, para superar las dificultades del inframunicipalismo se han venido planteado diferentes estrategias territoriales desde las primeras décadas de la segunda mitad del s. XX, a fin de alcanzar un nivel eficiente de capacidad organizativa en la planta municipal –Para profundizar sobre esta cuestión (Durán, 2016)–. Se trata de un problema al que se han enfrentado la gran mayoría de gobiernos europeos a medida que el diseño de sus estructuras locales ha quedado obsoleto. En síntesis, siguiendo la expresión generalizada por el Prof. Heinelt atendiendo a la localización geográfica de los países pioneros en acometer estas reformas (Bayona, 2012: 232), podemos distinguir:

1. “Estrategia del Norte de Europa”, donde se defiende la fusión de pequeños Municipios, generalmente coercitiva y organizada, como mecanismo. El objetivo principal es constituir Municipios más grandes desde los puntos de vista territorial, demográfico, político y financiero, que alcancen viabilidad suficiente para prestar los servicios que demanda la ciudadanía al Municipio, al amparo de las tendencias que desarrollan el Estado del Bienestar (Heinelt, 2012: 86).
2. “Estrategia del Sur de Europa” donde se propugna por mantener la planta tradicional de pequeños Municipios y se articula la prestación de nuevos servicios a través de fórmulas asociativa de carácter voluntario.

En el caso concreto de España, la Constitución de 1978 sienta las bases propicias para que se desarrolle el pluralismo asociativo municipal (Orduña, 2009: 110). Entre las disposiciones que refrendan este propósito encontramos el art. 22 sobre el derecho de asociación (aplicación extensiva), el art. 141.3 que prevé la posibilidad de agrupaciones de Municipios diferentes a la división provincial, y el art. 152.3 que arroga a los Estatutos de Autonomía la facultad de establecer circunscripciones territoriales propias, mediante la agrupación de Municipios limítrofes. En consonancia con el mandato constitucional, la LRBRL reconoce también la posibilidad de las Comunidades Autónomas para crear en su territorio Comarcas u otras Entidades que agrupen Municipios (art. 42), así como la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas mediante los consorcios o los convenios administrativos (art. 57), y, finalmente, la capacidad para constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes (DA 5.<sup>a</sup>). Por último, hacemos mención al art. 10 CEAL por el que se reconoce a nivel europeo el derecho de los Municipios, en el ejercicio de sus competencias, de cooperar y, en el ámbito de la Ley, asociarse con otras Entidades locales para la realización de tareas de interés común.

En la legislación autonómica está también presente esta estrategia a través de agrupaciones municipales, al haber sido la elegida por varias Comunidades Autónomas como opción para configurar la organización periférica de su administración o para planificar el territorio autonómico. Esta forma de fragmentar el

territorio a través de comarcas se asume, entre otros, en los planes subregionales de ordenación del territorio de Andalucía<sup>6</sup>, en los planes de desarrollo comarcal de Galicia<sup>7</sup>, en las demarcaciones de La Rioja<sup>8</sup>, en el proceso de comarcalización en Aragón<sup>9</sup> y Asturias<sup>10</sup>, o la organización comarcal de Cataluña<sup>11</sup>.

## 2.2. La opción extremeña: Mancomunidades Integrales

Sobre la base legal expuesta anteriormente, el tipo mancomunado de asociación está contemplado entre las técnicas de cooperación interadministrativas que reconoce la Ley de Bases junto a los consorcios. Así, el art. 44 LRBRL reconoce el derecho a la asociación para ejecutar en común obras y servicios de su competencia y, además, regula sucintamente lo referente a los integrantes, personalidad y capacidad, estatutos y vida jurídica. A diferencia de la comarca –que es una estructura establecida desde la instancia autonómica– las Mancomunidades surgen de aglutinar la voluntad municipal, sin embargo en Extremadura, la puesta en marcha y la continuidad de la gran mayoría ha sido promovida e incentivada económicamente desde la propia Administración regional.

Además de la participación voluntaria, estas Entidades locales se caracterizan por estar compuestas sólo por Municipios (*v. gr.*: a diferencia de los consorcios que incorporan diferentes tipos de Administraciones); por tener una organización flexible que puede evolucionar en función de las modificaciones incorporadas en sus estatutos; y porque no precisan estar conformadas por territorios contiguos (aunque en la lógica es lo deseable para que sea eficaz). El número y alcance de los servicios que prestan es muy diverso ya que varía, siempre dentro del marco permitido por la ley, en función de la voluntad de los Municipios integrantes.

En un intento de solventar las disfunciones que conlleva el inframunicipalismo diagnosticado, el Gobierno extremeño asumió la cooperación municipal a través de la creación de estructuras intermunicipales, como estrategia territorial para la progresiva implantación de nuevos servicios en el ámbito municipal y como un intento de aplicar economías de escala en la gestión/financiación de estas demandas.

Concretamente fue en el año 2003, desde la recién creada Consejería de Desarrollo Rural<sup>12</sup> y su Dirección General de Administración Local<sup>13</sup>, cuando se promovió la estrategia de reordenar las Mancomunidades preexistentes con el fin de constituir una red de entidades supramunicipales que abarcara ordenadamente a todos los Municipios de la región, primero, al amparo de la legislación básica del Estado y, posteriormente, dotándola de su propia ley especial. En el foro político se empezó a utilizar el término de «Mancomunidad Integral» (en adelante, M. I.) para diferenciarla del tipo tradicional, en la medida que estas nuevas entidades tenían como objeto prestar conjuntamente una cartera de servicios, en gran medida, más extensa y más variada a los tradicionalmente asociados a las Mancomunidades (*v. gr.*: gestión del agua, arreglo de caminos).

Aunque abordaremos el análisis del texto legal autonómico en el siguiente epígrafe, es adecuado adelantar la definición legal que se acuña en su exposición de motivos para este nuevo tipo de Mancomunidad, según la cual:

«la Mancomunidad Integral, especie dentro del género de las Mancomunidades, como un instrumento con vocación de permanencia, a través del cual Municipios y entidades locales menores colindantes en lo territorial y que comparten una realidad económica, social y cultural, o una tradición propia común, puedan estructurar en conjunto la prestación de sus servicios, de una parte, y las políticas de desarrollo y promoción de sus poblaciones, compatibilizándolas con las singularidades y especificidades de los diferentes territorios de nuestra Comunidad Autónoma.».

<sup>6</sup> Capítulo II, Ley 1/1994, de 11 de enero, de ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>7</sup> Ley 7/1996, de 10 de julio, de desarrollo comarcal de Galicia.

<sup>8</sup> Capítulo IV, Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja.

<sup>9</sup> Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón.

<sup>10</sup> Ley 3/1986, de 15 de mayo, por la que se regula el procedimiento de creación de comarcas en el Principado de Asturias.

<sup>11</sup> Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la organización comarcal de Cataluña.

<sup>12</sup> Decreto del Presidente 15/2003, de 27 de junio, por el que se modifican la denominación y el número de las Consejerías que conforman la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

<sup>13</sup> Decreto 82/2003, de 15 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Desarrollo Rural.

En la actualidad sigue vigente esta estrategia, auspiciada por todos gobiernos regionales que se han sucedido con distinto signo político. A fin de dar a conocer la envergadura de esta red autonómica, pasamos a referir algunos datos que denotan su expansión por toda la planta local extremeña, atendiendo a los criterios legales para obtener la calificación de «Integral» y a la información recogida en el Registro de Entidades Locales<sup>14</sup>, podemos aportar la siguiente relación:

**TABLA 1. MM. INTEGRALES DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ**

| Denominación  | Municipios asociados  |
|---|---|
| M. I. de Municipios Centro  | Alange; Aljucén; Arroyo de San Serván; Calamonte; Carrascalejo, El; Don Álvaro; Mirandilla; Oliva de Mérida; San Pedro de Mérida; Trujillanos; Valverde de Mérida; Villagonzalo; Zarza, La.   |
| M. I. Cijara  | Castilblanco; Fuenlabrada de los Montes; Helechosa de los Montes; Herrera del Duque; Valdecaballeros; Villarta de los Montes.   |
| M. I. de Municipios Guadiana  | Cristina; Guareña; Manchita; Medellín; Mengabril; Santa Amalia; Valdetorres.  |
| M. de Municipios de La Serena                                       | Benquerencia de la Serena; Cabeza del Buey; Capilla; Castuera; Esparragosa de la Serena; Higuera de la Serena; Malpartida de la Serena; Monterrubio de la Serena; Peñalsordo; Quintana de la Serena; Valle de la Serena; Zalamea de la Serena; Zarza-Capilla.   |
| M. de Servicios La Serena-Vegas Altas                               | Campanario; Coronada, La; Haba, La; Magacela; Navalvillar de Pela; Orellana la Vieja; Rena; Villanueva de la Serena; Villar de Rena.  |
| M. I. Lácara-Los Baldíos  | Alburquerque; Carmonita; Codosera, La; Cordobilla de Lácara; Nava de Santiago, La; Puebla de Obando; Roca de la Sierra, La; Villar del Rey.   |
| M. I. de la Comarca de Olivenza                                     | Alconchel; Almendral; Barcarrota; Cheles; Higuera de Vargas; Olivenza; Torre de Miguel Sesmero; Táliga; Valverde de Leganés; Villanueva del Fresno.   |
| M. I. La Siberia  | Baterno; Casas de Don Pedro; Esparragosa de Lares; Garbayuela; Garlitos; Puebla de Alcocer; Risco; Sancti-Spíritus; Siruela; Talarrubias; Tamurejo.   |
| M. I. Sierra Suroeste   | Higuera la Real; Jerez de los Caballeros; Oliva de la Frontera; Salvaleón; Salvatierra de los Barros; Valencia del Mombuey; Valle de Matamoros; Valle de Santa Ana; Zahínos.  |
| Mancomunidad Turística y de Servicios de Tentudía                   | Bienvenida; Bodonal de la Sierra; Cabeza la Vaca; Calera de León; Fuente de Cantos; Fuentes de León; Monesterio; Montemolín; Segura de León.  |
| Mancomunidad «Zona de Barros»                                       | Aceuchal; Albuera, La; Almendral; Corte de Peleas; Entrín Bajo; Santa Marta; Solana de los Barros; Torre de Miguel Sesmero; Villalba de los Barros.   |
| M. I. Tierra de Barros-Río Matachel                                 | Hinojosa del Valle; Hornachos; Palomas; Puebla de la Reina; Puebla del Prior; Ribera del Fresno; Villafranca de los Barros.   |
| M. I. de Servicios Vegas Bajas                                      | Esparragalejo; Garrovilla, La; Guadiana; Lobón; Montijo; Puebla de la Calzada; Pueblonuevo del Guadiana; Talavera la Real; Torremayor; Valdelacalzada.  |
| M. de Municipios Río Bodión   | Alconera; Atalaya; Burguillos del Cerro; Calzadilla de los Barros; Feria; Fuente del Maestre; Lapa, La; Medina de las Torres; Morera, La; Parra, La; Puebla de Sancho Pérez; Santos de Maimona, Los; Valencia del Ventoso; Valverde de Burguillos; Zafra.   |
| Mancomunidad Integral de Aguas y Servicios de la Comarca de Llerena | Ahillones; Azuaga; Berlanga; Campillo de Llerena; Casas de Reina; Fuente del Arco; Granja de Torrehermosa; Higuera de Llerena; Llera; Llerena; Maguilla; Malcocinado; Peraleda del Zaucejo; Puebla del Maestre; Reina; Retamal de Llerena; Trasierra; Usagre; Valencia de las Torres; Valverde de Llerena; Villagarcía de la Torre. |
| Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Fregenal de la Sierra   | Bodonal de la Sierra; Cabeza la Vaca; Fregenal de la Sierra; Fuentes de León; Higuera la Real; Segura de León; Valverde de Burguillos.  |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Registro de Entidades Locales. <https://ssweb.seap.minhap.es/REL/frontend/inicio/index>.

<sup>14</sup> Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Registro de entidades locales. Mancomunidades en Extremadura. <https://ssweb.seap.minhap.es/REL/frontend/inicio/mancomunidades/11/all>, 13-06-2020.

**TABLA 2. MM. INTEGRALES DE LA PROVINCIA DE CÁCERES**

| Denominación                             | Municipios asociados  |
|--|---|
| M. I. Sierra de Montánchez               | Albalá; Alcuéscar; Aldea del Cano; Almoharín; Arroyomolinos; Benquerencia; Botija; Casas de Don Antonio; Montánchez; Plasenzuela; Ruanes; Salvatierra de Santiago; Santa Ana; Sierra de Fuentes; Torre de Santa María; Torremocha; Torreorgaz; Torrequemada; Valdefuentes; Valdemorales; Zarza de Montánchez.   |
| M. I. Comarca de Trujillo                | Aldea del Obispo, La; Conquista de la Sierra; Cumbre, La; Garciaz; Herguijuela; Ibahernando; Jaraicejo; Madroñera; Puerto de Santa Cruz; Robledillo de Trujillo; Santa Cruz de la Sierra; Santa Marta de Magasca; Torrecillas de la Tiesa; Trujillo.  |
| M. Tajo-Salor                            | Alcántara; Aliseda; Arroyo de la Luz; Brozas; Casar de Cáceres; Garrovillas de Alconétar; Hinojal; Malpartida de Cáceres; Mata de Alcántara; Monroy; Navas del Madroño; Piedras Albas; Santiago del Campo; Talaván; Villa del Rey.  |
| M. I. Rivera de Fresnedosa               | Acehúche; Cachorrilla; Casas de Don Gómez; Casillas de Coria; Ceclavín; Holguera; Pescueza; Portaje; Portezuelo; Riobobos; Torrejoncillo; Zarza la Mayor.   |
| M. I. Sierra de San Pedro                | Carbajo; Cedillo; Herrera de Alcántara; Herrerueta; Membrío; Salorino; San Vicente de Alcántara; Santiago de Alcántara; Valencia de Alcántara.  |
| M. I. Trasierra-Tierra de Granadilla     | Ahigal; Cabezabellosa; Cerezo; Granja, La; Guijo de Granadilla; Jarilla; Marchagaz; Mohedas de Granadilla; Oliva de Plasencia; Palomero; Pesga, La; Santa Cruz de Paniagua; Santibáñez el Bajo; Villar de Plasencia; Zarza de Granadilla.   |
| M. I. Comarca de Las Hurdes              | Caminomorisco; Casar de Palomero; Casares de las Hurdes; Ladrillar; Nuñomoral; Pinofranqueado.  |
| M. I. de Municipios de Sierra de Gata    | Acebo; Cadalso; Cilleros; Descargamaría; Eljas; Gata; Hernán-Pérez; Hoyos; Perales del Puerto; Robledillo de Gata; San Martín de Trevejo; Santibáñez el Alto; Torre de Don Miguel; Torrecilla de los Ángeles; Valverde del Fresno; Vegaviana; Villamiel; Villanueva de la Sierra; Villasbuenas de Gata.   |
| M. Valle del Ambroz                      | Abadía; Aldeanueva del Camino; Baños de Montemayor; Casas del Monte; Garganta, La; Gargantilla; Hervás; Segura de Toro.   |
| M. del Valle del Jerte                   | Barrado; Cabezuela del Valle; Cabrero; Casas del Castañar; Jerte; Navaconcejo; Piornal; Rebollar; Tornavacas; Torno, El; Valdastillas.  |
| Mancomunidad Intermunicipal de la Vera   | Aldeanueva de la Vera; Arroyomolinos de la Vera; Collado de la Vera; Cuacos de Yuste; Garganta la Olla; Gargüera; Guijo de Santa Bárbara; Jarandilla de la Vera; Jaraíz de la Vera; Losar de la Vera; Madrigal de la Vera; Pasarón de la Vera; Robledillo de la Vera; Talaveruela de la Vera; Tejeda de Tiétar; Torremenga; Valverde de la Vera; Viandar de la Vera; Villanueva de la Vera. |
| M. I. de Municipios del Valle del Alagón | Aceituna; Alagón del Río; Aldehuela de Jerte; Calzadilla; Carcaboso; Galisteo; Guijo de Coria; Guijo de Galisteo; Huélaga; Montehermoso; Morcillo; Pozuelo de Zarzón; Valdeobispo; Villa del Campo.   |
| M. de Municipios Riberos del Tajo        | Casas de Millán; Cañaverál; Malpartida de Plasencia; Mirabel; Pedroso de Acim; Serradilla; Torrejón el Rubio.   |
| M. I. de Municipios del Campo Arañuelo   | Belvís de Monroy; Berrocalejo; Bohonal de Ibor; Casas de Miravete; Casatejada; Gordo, El; Higuera; Majadas; Mesas de Ibor; Millanes; Peraleda de la Mata; Romangordo; Rosalejo; Saucedilla; Serrejón; Talayueta; Tiétar; Toril; Valdecañas de Tajo; Valdehúncar.  |
| M. I. de Villuercas-Ibores-Jara          | Aldeacentenera; Alía; Berzocana; Campillo de Deleitosa; Carrascalejo; Castañar de Ibor; Cañamero; Deleitosa; Fresnedoso de Ibor; Garvín; Guadalupe; Logrosán; Navalvillar de Ibor; Navezuelas; Peraleda de San Román; Robledollano; Valdelacasa de Tajo; Villar del Pedroso.  |
| Mancomunidad de Municipios «Zona Centro» | Abertura; Alcollarín; Campo Lugar; Escurial; Madrigalejo; Miajadas; Villamesías; Zorita.  |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Registro de Entidades Locales.  
<https://ssweb.seap.minhap.es/REL/frontend/inicio/index>.

La excepción a esta regla la encontramos en las capitales de provincia (Badajoz y Cáceres), en la capital autonómica (Mérida) y en la ciudad de Plasencia. Son también excepción, pero sólo a razón de la calificación de «Integral», los Municipios de Don Benito y Villanueva de la Serena que tienen conformada su propia Mancomunidad de servicios en común pero donde no participan otros Municipios. Finalmente, son excepción a esta estrategia los Municipios de Navalmoral de la Mata<sup>15</sup>, Almaraz<sup>16</sup> y Almendralejo<sup>17</sup>, teniendo en común el haber formado parte de una Mancomunidad Integral y, posteriormente, haber instando su salida del grupo de manera más o menos azarosa.

Singularidades aparte, según datos de 2020 del Registro de Entidades Locales, de los 388 Municipios que constan en Extremadura más del 90 % siguen estando mancomunados. Por lo tanto, la relación de entidades enumerada pone de manifiesto que la gran mayoría de los Municipios extremeños forman parte de una Mancomunidad Integral.

### 3. TRAYECTORIA DE LA LEY 17/2010, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MANCOMUNIDADES Y ENTIDADES LOCALES MENORES DE EXTREMADURA

#### 3.1. Antecedentes normativos

El empeño del Gobierno extremeño en el fenómeno asociativo municipal y la confianza hacia la institución mancomunada –en sintonía con otras Comunidades autónomas–, encuentra su embrión normativo en el Decreto 39/1989, de 9 de mayo, por el que se regula la concesión de subvenciones y ayudas para el fomento de Mancomunidades de Municipios. Este primer texto será derogado con el Decreto 58/1998, de 5 de mayo, por el que se establece un régimen de ayudas para el desarrollo institucional de las Mancomunidades de Municipios en Extremadura. En el preámbulo de ambas normas se reconoce la atención preferente que presta la Junta de Extremadura hacia los Municipios mancomunados. En un primer momento para incentivar la creación de estas asociaciones como cauce para la prestación de servicios obligatorios y ejecución de obras; y en un segundo momento para estimular su desarrollo y consolidar su posición referente en la estructura diseñada desde la administración autonómica.

Del régimen de ayudas a través de diferentes líneas de subvención, se pasó a la creación de un fondo finalista. En esta fase se suceden varios decretos, así: Decreto 56/2002, de 14 de mayo, por el que se establece un fondo de cooperación para las Mancomunidades de Municipios en Extremadura; Decreto 196/2004, de 29 de diciembre, y el Decreto 147/2005, de 5 de junio, por el que se establece un fondo de cooperación para las Mancomunidades de Municipios en Extremadura. En este grupo de normas se avanza en los objetivos marcados, concretamente, se apuesta por potenciar mediante financiación aquellas Mancomunidades que prestan mayor número de servicios, mediante gestión directa y con personal propio, incluyendo funcionarios con habilitación de carácter nacional. Un fondo específico y permanente para dotar de recursos económicos aquellas Mancomunidades que aceptan las directrices marcadas por el gobierno regional.

Un nuevo hito lo marca el Decreto 74/2008, de 25 de abril, por el que se establece un fondo de cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios de Extremadura. En esta norma, ya derogada<sup>18</sup>, aparece recogida la primera definición legal<sup>19</sup> de «Mancomunidad Integral». Además, se determinan los requisitos materiales y formales que deben reunir estas agrupaciones para, en tal caso, poder acceder a

<sup>15</sup> [https://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/provinciacaceres/raul-medina-tratará-reforzar-mancomunidad-nueva-eta-pa\\_1187079.html](https://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/provinciacaceres/raul-medina-tratará-reforzar-mancomunidad-nueva-eta-pa_1187079.html), 13-05-2020.

<sup>16</sup> <https://www.hoy.es/extremadura/201608/12/almaraz-deja-mancomunidad-campo-20160812002611-v.html>, 13-05-2020.

<sup>17</sup> <https://www.hoy.es/almendralejo/almendralejo-pagara-94000-20190315002245-ntvo.html>, 13-05-2020.

<sup>18</sup> Derogado por disposición derogatoria única del Decreto 118/2012, de 29 de junio, por el que se regulan las bases para distribución del fondo de cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios de Extremadura.

<sup>19</sup> Art. 1.3. «Se consideran Mancomunidades Integrales aquellas que determinen expresamente en sus Estatutos que asumen, entre sus fines, la gestión mancomunada de los intereses generales municipales de su territorio así como el fomento del desarrollo local del mismo; posean plantilla de personal propio al servicio de la Mancomunidad con dedicación plena a la misma y en las que, además, concurren los siguientes requisitos formales y materiales:

a) Requisitos materiales:

a.1. Que la totalidad de los términos de los Municipios que la integran se incluyan en un ámbito geográfico homogéneo y continuo.

a.2. Que la suma de las poblaciones de los Municipios integrantes de la Mancomunidad alcance una cifra de al menos 9.000 habitantes, según los datos de población aprobados por el Instituto Nacional de Estadística.

a.3. Que la Mancomunidad esté formada por un mínimo de siete Municipios que no formen parte de otra mancomunidad que solicite su declaración como integral.

financiación extraordinaria a través de las órdenes de ayudas y subvenciones que se adscriban anualmente al denominado “Fondo de cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios de Extremadura”, formado no sólo por aportaciones de los presupuestos autonómicos sino también de las dos Diputaciones provinciales que conforman la región. Obsérvese que la finalidad del fondo queda restringida y excluye aquellas Mancomunidades que no consiguen la calificación de «Integral». Aunque el decreto ha sufrido modificaciones, este fondo se crea con vocación de permanencia en los presupuestos regionales y hasta la fecha sigue vigente y adscrito a la misma finalidad<sup>20</sup>.

### 3.2. El espaldarazo legislativo

La articulación del territorio auspiciada por la Junta de Extremadura durante décadas quedó finalmente refrendada en la citada Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades locales menores de Extremadura (LMELME).

En lo que se refiere a técnica legislativa, podemos apuntar dos observaciones preliminares. La primera, la singularidad de aprobar una ley específica para dos tipos de instituciones locales sin existir un texto autonómico previo que regule el régimen local con carácter general; esta anomalía es reconocida por el legislador en la exposición de motivos<sup>21</sup> y defiende que la LMELME es un primer paso para un futuro régimen normativo singularizado para la Administración local extremeña. Peculiar forma de empezar la casa por el tejado, no obstante y transcurridos diez años, la región continúa sin texto autonómico para el régimen local. La segunda anomalía es la combinación en un mismo texto de entidades tan dispares, así, se regulan conjuntamente las Mancomunidades –entidad supramunicipal– y las entidades locales menores –entidad inframunicipal– (en adelante, EELLMM). Llamativamente, la propia exposición de motivos también reconoce esta rara técnica al afirmar que la unión de ambas materias «responde más a razones de oportunidad que de cohesión de ambos regímenes regulatorios».

Pasamos al análisis de las principales directrices de la estrategia plasmadas en esta ley, haciendo un repaso sucinto al contenido de los diez capítulos siguiendo la estructura del título I dedicado a las MM. Integrales, a saber:

#### **Capítulo I. Disposiciones generales**

Este primer bloque se articula especialmente sobre la base de tres premisas. En primer lugar, reiterar la voluntariedad en la génesis de estas entidades de carácter no territorial como expresión de un derecho asociativo de los Municipios y de las EELLMM. En segundo lugar, la naturaleza jurídica de las Mancomunidades y la singularidad que distingue las calificadas como Integrales del resto de Mancomunidades. En tercer lugar, las potestades y prerrogativas con que cuentan para el cumplimiento de sus fines. En síntesis, se trata de un pequeño texto refundido de las disposiciones básicas del régimen local para las Mancomunidades, pero destacando la necesidad de estatutos propios como marco necesario de concreción.

a.4. Que la Mancomunidad preste efectivamente, mediante gestión directa o a través de consorcio de la entidad local, al menos a la mitad de los Municipios o entidades locales menores integrados en ella, servicios en un número de áreas no inferior a cinco de las que se citan a continuación: 1. Área de sostenibilidad medioambiental, gestión de residuos sólidos urbanos y ciclo del agua; 2. Área de vigilancia, seguridad, guardería rural y policía; 3. Área de sanidad y bienestar social; 4. Área de cultura, educación y deportiva; 5. Área de desarrollo local; 6. Área de urbanismo, vivienda y ordenación del territorio; 7. Área de infraestructuras, dotaciones y equipamientos; 8. Área de participación ciudadana, igualdad, información y comunicación.

b) Requisitos formales: La calificación de Mancomunidad Integral se obtendrá mediante Resolución expresa de la Consejería competente en materia de Administración Local, previa solicitud de la entidad interesada y constatación por la Administración Autonómica del cumplimiento de los requisitos antes mencionados. Asimismo la Consejería podrá, mediante Resolución expresa, proceder a descalificar de oficio a una Mancomunidad Integral en el supuesto de que hayan cambiado las circunstancias sobre el cumplimiento de los requisitos que sirvieron para proceder a su calificación como integral o que algunos de sus Municipios formen parte de otra mancomunidad declarada integral.»

<sup>20</sup> Actualmente queda regulado en el Decreto 37/2018, de 3 de abril, por el que se regulan las bases para la distribución del Fondo de Cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios de Extremadura.

<sup>21</sup> «Finalmente, el enfoque de la ley no debe perder de vista la interesante posibilidad que representa para la Comunidad Autónoma de Extremadura disponer de una regulación específica en materia de Gobierno y Administración Local, que potencie y singularice el funcionamiento y la labor que en la región, por sus características poblacionales y geográficas, desarrollan todas las entidades locales. En esta idea, la presente ley se configura como un primer paso legislativo que aborda la cuestión, con la mirada puesta en un camino más largo que, de forma coordinada, establezca los instrumentos que permitan un régimen normativo singularizado para nuestra Administración Local.»



## **Capítulo II. Creación y Constitución**

De manera pormenorizada este capítulo estipula el procedimiento para la creación y constitución de una Mancomunidad en Extremadura. Así, enumerando de forma sumaria, se inicia con un acuerdo expresivo de la voluntad inicial de mancomunarse por cada uno de los Municipios o EELLMM interesadas (mayoría simple del Pleno y, en su caso, de la Junta Vecinal). Seguidamente se constituye una comisión promotora con los Alcaldes y Alcaldes pedáneos, que llevará a cabo los trabajos de redacción del proyecto de estatutos y el impulso de los trámites. Concluidos los trabajos de la Comisión, se constituirá una Asamblea (un representante por cada entidad local moderados por una Mesa de edad) para la aprobación provisional de los estatutos. Tras la Asamblea y en el plazo máximo de tres meses, las entidades locales interesadas deberán aprobar la creación de la nueva Mancomunidad, su incorporación a ella y la ratificación de los estatutos propuestos por la Asamblea (mayoría absoluta del número legal del Pleno y, en su caso, de la Junta Vecinal). Después del acuerdo de todas las entidades, la aprobación provisional de los estatutos se someterá a información pública por un mes desde su publicación en el Diario Oficial de Extremadura; asimismo se remitirá a las Diputaciones Provinciales interesadas y a la Consejería del ramo para su informe (con silencio positivo). Finalizado el trámite y, en su caso, resueltas las posibles alegaciones con informe de la Comisión y aprobación definitiva por la Asamblea y los órganos de gobierno de las entidades interesadas, se publicará de nuevo en el DOE y se inscribirá en los Registros de Entidades Locales, estatal y autonómico. Tras la aprobación definitiva, se convocará una Asamblea constitutiva de la Mancomunidad en el plazo de treinta días naturales, donde se procederá a la elección del Presidente, Vicepresidente o Vicepresidentes de la Mancomunidad y a la designación del resto de los miembros de la Junta de Gobierno.

## **Capítulo III. Calificación y descalificación como Integral de las Mancomunidades**

Este apartado recoge el procedimiento para obtener o perder la calificación de «Integral». Se trata de un reconocimiento para las Mancomunidades, de nueva creación o ya constituidas, que otorgará la Consejería competente siempre y cuando se acredite el cumplimiento de un conjunto de requisitos que podemos clasificarlos en dos grupos en función de su grado de concreción:

- a) Requisitos determinados reglamentariamente.
  - El sumatorio de los padrones de las entidades integrantes debe alcanzar la cifra de población estipulada reglamentariamente. Actualmente, el número está fijada en 6.000 habitantes, de conformidad con el art. 1.3.a) del Decreto 37/2018, de 3 de abril, por el que se regulan las bases para la distribución del Fondo de Cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios de Extremadura.
  - Número mínimo de miembros que no formen parte de otra Mancomunidad Integral. Conlleva una cláusula de exclusividad, no obstante se permite que una entidad local cambie de Mancomunidad Integral siempre y cuando se separe previamente de la anterior. Al igual que el criterio del padrón, el citado Decreto 37/2018 establece un mínimo de seis entidades locales.
- b) Requisitos indeterminados.
  - Contar con plantilla de personal propio con dedicación plena. Cabe apuntar que no se prevé número mínimo por lo que con un empleado se podría cubrir el requisito.
  - Ámbito geográfico continuo para los términos de todas las entidades integrantes. Existe excepciones a esta norma para el caso de las EELLMM cuyo Municipio matriz no forme parte de la Mancomunidad; para aquellos Municipios cuyo término esté dentro de otro término (entendemos que rodeado); y cuando «tengan una delimitación geográfica particular». Observamos que las excepciones son tantas que el cumplimiento de este requisito se modula de forma flexible.
  - Identidad cultural, geográfica, económica o histórica común y homogénea. No se aporta mayor concreción al respecto y, en síntesis, cabría cualquier motivación.
  - Prestar servicios de, al menos, tres áreas competenciales<sup>22</sup> para la mitad de las entidades integrantes o un número inferior siempre que aglutinen a la mitad de la población de la Mancomunidad.

<sup>22</sup> La versión vigente del art. 19.2.g) LMELME recoge las siguientes áreas: 1. Urbanismo; 2. Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; 3. Infraestructura viaria y otros equipamientos; 4. Protección civil, prevención y extinción de incendios; 5. Información y promoción turística; 6. Protección de la salubridad pública y sostenibilidad medioambiental;

A propósito de esta obligación, debemos apuntar que la técnica jurídica de conjugar los términos «servicios» y «áreas» aboca a la indeterminación conceptual, máxime cuando tampoco se ha desarrollado reglamentariamente. Al respecto, debemos insistir en el hecho de que no existe ley autonómica que regule el régimen local y que la legislación básica estatal del régimen local utiliza las expresiones «competencias», «materias» y «servicios». Haciendo una interpretación extensiva, podríamos equiparar «áreas» con «materias» aunque no coincidan en la relación enumerada.

En definitiva, este despliegue terminológico sin una norma de referencia a la que acudir para conocer el desglose de dichas áreas o la correlación servicios-áreas, plantea en la práctica una relación de servicios de encaje o alcance dudoso y, lo que es más importante, problemas de seguridad jurídica para las propias entidades mancomunadas a la hora de acordar los servicios que puedan contar para obtener la calificación de «integrales».

Si observamos el conjunto de requisitos exigidos para obtener tal calificación, observamos una preeminencia de condiciones indeterminadas que restan objetividad al proceso y dejan un amplio margen de discrecionalidad a la Administración autonómica. Este dato no es baladí si tenemos en cuenta la mejor posición que reciben aquellas Mancomunidades diferenciadas como «Integrales» y, viceversa, la pérdida de la condición como correctivo para los supuestos de incumplimiento grave de las obligaciones asumidas. Haciendo una lectura en conjunto –LMELME más la reglamentación previa y posterior– la consecuencia inmediata anexa a la obtención de la calificación es el acceso a un grupo de recursos financieros exclusivos que, por descalificación, perderán la posibilidad de conseguir.

#### **Capítulo IV. Gobierno y régimen de funcionamiento de las Mancomunidades**

El gobierno y la administración de las Mancomunidades requiere la aprobación de unos estatutos y de sus reglamentos orgánicos, pero el margen de autonomía es estrecho si atendemos a los contenidos mínimos que, en todo caso, deben recoger y que, en este capítulo se desarrollan de manera profusa. No existe ninguna previsión particular para las MM. Integrales.

En lo que se refiere a los órganos de gobierno se opta por la estructura típica de las entidades asociativas. Sobre esta base, los órganos mínimos necesarios se dividen en colegiados y unipersonales. Los primeros son la Asamblea, la Junta de Gobierno y la Comisión Especial de Cuentas<sup>23</sup>; y los segundos la Presidencia y la Vicepresidencia. Como órganos complementarios se prevé la posibilidad de crear comisiones informativas.

Por lo que se refiere a los miembros, podemos destacar dos particularidades. Por un lado, para formar parte de cualquier órgano se requiere la condición de concejal o de representante en la Junta Vecinal. Por otro, la pérdida de tal condición es causa de cese como miembro del órgano aunque permanecerán en funciones para cuestiones de administración ordinaria de la Mancomunidad hasta tanto el Municipio o entidad local menor nombren a su nuevo representante.

#### **Capítulo V. Personal al servicio de las Mancomunidades**

En síntesis, el régimen jurídico aplicable al personal al servicio de la Mancomunidad es el propio de las entidades locales que la integran sin perjuicio de las concreciones que se recojan en los estatutos y la reglamentación interna. En lo que se refiere a las funciones públicas necesarias son las propias de los habilitados nacionales, pero se contempla excepciones a dicha necesidad; por una parte, la posibilidad de agruparse con otras entidades para el mantenimiento en común del puesto –previo acuerdo expreso– y, por otra, la exención de tal obligación cuando el volumen de servicios o recursos no sea suficiente para mantener dichos puestos –mediante reconocimiento de la Comunidad Autónoma–.

Finalmente, recordemos que para el caso de las MM. Integrales, el art. 19.2.b) LMELME establece como requisito poseer plantilla de personal propio con dedicación plena.

7. Deporte y ocupación del tiempo libre; 8. Cultura; 9. Participación ciudadana en el uso de las TICs; 10. Evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata de personas en situación de riesgo de exclusión social.

<sup>23</sup> Órgano necesario en las entidades locales atendiendo a lo establecido en el art. 116 LRBRL.

## **Capítulo VI. Recursos y régimen económico**

La hacienda de estas entidades se constituye con los recursos financieros y tributarios (excluidos los impuestos) que les reconoce la Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Sobre esta base, la norma autonómica enumera las potestades y tributos que, en su caso, podrán exigir previa la correspondiente ordenanza fiscal, así como el régimen presupuestario y la posibilidad de concertar operaciones de crédito.

Cabe destacar la regulación que se prevé para las aportaciones económicas comprometidas por los miembros y, concretamente, las herramientas articuladas para el caso de su impago (art. 50). Por una parte, la Mancomunidad ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes. Por otra parte, las aportaciones vencidas, líquidas y exigibles podrán ser objeto de retención, una vez transcurrido el plazo de pago previsto en los estatutos y previo requerimiento al miembro afectado, respecto de las que tengan pendientes de percibir de la Comunidad Autónoma de Extremadura o de las Diputaciones Provinciales.

Las especificidades para las MM. Integrales en materia económica se prevén para los apoyos económicos que pueden recibir desde otras Administraciones. Al respecto, la norma autonómica expresa la posibilidad en el desarrollo reglamentario de priorizarlas en el beneficio de recursos económicos adscritos a determinados fondos que, además, podrán ser condicionados. Más concretamente, en párrafo específico, se recoge la institución del Fondo Regional de Cooperación para Mancomunidades Integrales con cuantía anual a través de la Ley de Presupuestos de Extremadura; Fondo que, tal como se indicó en los antecedentes, ya estaba creado y regulado reglamentariamente.

## **Capítulo VII. Incorporación y separación de Municipios y EELLMM**

La ley autonómica prevé la posibilidad de que otros Municipios o EELLMM puedan incorporarse al ente asociativo con posterioridad a su creación. En tal sentido, concreta el procedimiento y el contenido del acuerdo necesario para la adhesión del nuevo miembro. No obstante, como requisito específico, se exige con carácter previo a la incorporación la liquidación y el cumplimiento total de los compromisos con otras Mancomunidades a la que ya estuvieran asociados salvo que hubieran obtenido autorización expresa de sus máximos órganos de gobierno.

En materia de disociación se contempla tanto la posibilidad voluntaria como la obligatoria, requiriendo ambas acciones acuerdo previo por mayoría absoluta de la entidad promotora de la separación y el cumplimiento de los compromisos económicos. Dicho lo anterior, procede detenerse en la causa establecida para la separación obligatoria, a saber, haber «incumplido grave y reiteradamente las obligaciones establecidas en la normativa vigente o en los estatutos para con ella». Estamos ante una motivación de carácter punitivo que, sin embargo, se articula a través de conceptos jurídicos indeterminados que, a lo sumo, podrán ser concretados por vía de estatutos. A nuestro entender, la aparente gravedad de la causa legal que motivaría la separación queda atemperada por la indefinición en la redacción y, salvo que los estatutos detallen los supuestos de incumplimiento grave y de reiteración, aboca al uso residual de esta posibilidad en la práctica.

## **Capítulo VIII. Relaciones interadministrativas**

Sobre las bases del régimen local, la norma autonómica opta por los convenios de cooperación como instrumentos para las relaciones interadministrativas de las Mancomunidades, ya sean con otras Entidades locales ya sean con el resto de administraciones. Ahora bien, se restringe esta posibilidad para las MM. Integrales ya que no podrán acudir a este tipo de acuerdos cuando tengan por objeto la prestación de la mayoría de los servicios que haya asumido, o cuando afecten a su respectiva autonomía.

Fiel reflejo en la ley de la estrategia que persigue el legislador autonómico son las peculiaridades que se establecen para las MM. Integrales en su relación con la administración autonómica. Por una parte, se estipula un canal de comunicación bidireccional ya que tanto la Administración autonómica como las Mancomunidades tienen que facilitarse información, constituyendo un deber la remisión de extracto comprensivo de los actos y acuerdos adoptados por los órganos de las entidades asociativas. Por otra parte se regula la coordinación del ejercicio de las competencias de las MM. Integrales mediante planes sectoriales donde la Junta de Extremadura fijará los objetivos y prioridades de la acción pública.

En línea con lo anterior y de manera expresa, se recoge una sección dedicada a medias para el fomento y apoyo de las MM. Integrales. Concretamente se prevén acciones de especial asesoramiento; la posibilidad de concesión de ayudas autonómicas para las inversiones necesarias para el proceso de constitución y para gastos de funcionamiento; calificación como «prioritarias» las obras y servicios propuestos por las MM Integrales en los planes de inversión provinciales y autonómicos; incluso la delegación de la ejecución de obras y servicios –acompañadas de la financiación necesaria–.

### **Capítulos IX y X. Modificación de estatutos; y Disolución de Mancomunidades**

En estos capítulos se articulan las previsiones para los supuestos de modificación y disolución, con un procedimiento similar al dispuesto para la creación. No se recoge ninguna especificidad para las MM. Integrales.

Independientemente de las fallas apuntadas en materia de técnica legislativa, el Legislador autonómico plasma su estrategia de reorganización territorial priorizando el asociacionismo como medio indirecto para solventar las disfunciones del inframunicipalismo (Estrategia del Sur). Ahora bien, aunque las referencias a la voluntariedad y a la autonomía de las entidades locales son una constante y tienen su expresión en las referencias a los estatutos y reglamentos orgánicos, este mantra queda teledirigido si observamos el profuso desarrollo de muchos aspectos en la ley, lo que deja en la práctica un margen de autonomía muy estrecho. Más todavía si atendemos a la regulación de las MM. Integrales, tipología que se potencia sobremanera si tenemos en cuenta los beneficios financieros que conllevan tal calificación.

### **3.3. Hitos posteriores más significativos**

Diez años de vigencia podrían parecer un trayecto no excesivamente largo si comparamos con otras normas autonómicas. No obstante, en lo que se refiere a la materia que nos ocupa podemos destacar algunos hitos significativos en este tiempo de coexistencia con el resto del ordenamiento jurídico.

#### **a) Decreto-ley 3/2014, de 10 de junio, por el que se modifica la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura<sup>24</sup>**

Tras un cómodo periodo donde la LMELME se consideró el refrendo perfecto a toda una estrategia político-territorial abonada ideológicamente durante años y regada financieramente de manera preferente por los gobiernos extremeños, irrumpieron los efectos de la crisis financiera iniciada en 2008. La recesión económica expuso las debilidades del sobreendeudamiento de las administraciones públicas y, particularmente, de la administración local. Lo anterior llevó al escrutinio general de las estructuras administrativas –competencias y financiación– y a la consecuente puesta en marcha de diferentes programas de reforma y ajustes presupuestarios en la Administración a todos los niveles.

Las exigencias de la Unión Europea, a raíz de la coyuntura económica negativa, forzaron al Gobierno central a promulgar reformas legislativas encaminadas a conseguir la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera<sup>25</sup>. Concretamente en el ámbito local se aprobaron modificaciones en la legislación básica de régimen local mediante la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL). En dicha norma estatal se expone motivadamente la necesidad de examinar el conjunto de entidades instrumentales que configuraban el sector público local, así como la reordenación de sus órganos de gobierno y estructuras. En este sentido, destaca como objetivo esencial reducir la dimensión del sector público local, lo que implicaba la necesidad de controlar la actividad y racionalizar su organización de, entre otras, las Mancomunidades hacia la sostenibilidad (Boix, 2014: 103). Finalmente, con el propósito de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público, se establece un plazo de seis meses para el saneamiento de las entidades deficitarias so pena de disolución (Zamora, 2013: 146). En igual sentido se manifestó el Consejo de Estado, que recuerda la condición no necesaria o contingente de estas Entidades locales (2013: 43), y también el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2014: 9).

<sup>24</sup> Publicado en DOE núm. 111, de 11-06-2014, y BOE núm. 159 de 01-07-2014.

<sup>25</sup> Desde el año 2011 en cumplimiento de los compromisos adquiridos en materia financiera, anualmente se remiten al Consejo de Ministros de la Unión Europea y a la Comisión Europea un Programa Nacional de Reformas junto con el programa de estabilidad de España.

Así las cosas, la reforma de 2013 afectó directamente a las Mancomunidades a través de la disposición transitoria undécima LRSAL, restringiendo su empleabilidad y limitando su campo de acción para, entre otros objetivos, evitar situaciones de concurrencia competencial entre las distintas Administraciones Públicas, duplicidad en la prestación de servicios, o que dichos servicios fueran prestados sin tener habilitación o sin contar con recursos adecuados para ello. De manera taxativa la LRSAL orienta las competencias de estas entidades exclusivamente a la realización de obras y a la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los Municipios puedan ejercer las competencias que éstos tienen reconocidas en los arts. 25 y 26 LRBRL –una vez modificados y limitados por virtud de la misma LRSAL–.

En virtud de las limitaciones competenciales acuñadas por el Legislador estatal, el Legislador extremeño tuvo que aprobar la reforma urgente de la LMELME por vía de Decreto-ley a fin de evitar la desaparición de algunas MM. Integrales que pudieran incurrir en las circunstancias de disolución estipuladas en la citada disposición transitoria undécima. En la exposición de motivos del Decreto-ley 3/2014 el legislador autonómico –de manera velada– expresa su disconformidad con las medidas estatales; al respecto, la restricción del marco competencial a las Mancomunidades y su necesaria revisión estatutaria so pena de disolución, pone en riesgo la articulación del territorio regional a través de MM. Integrales porque:

«tras la entrada en vigor de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, los requisitos para obtener la calificación de Integral reflejados en la legislación extremeña pudieran entrar en contraposición con el régimen competencial que para las Mancomunidades de Municipios se recogen en la nueva regulación estatal, mucho más limitado que el anterior, y, en consecuencia, verse afectadas en su calificación aplicando las actuales exigencias de nuestra Ley. Y es que la determinación del número mínimo de cinco áreas, para cuya modificación no está habilitado el Consejo de Gobierno, compromete la calificación de Integral obtenida por muchas Mancomunidades y su derecho a la percepción de los créditos correspondientes al Fondo de Cooperación».

Como respuesta ante este cambio en el régimen jurídico de las Mancomunidades, y a fin de salvaguardar la estrategia regional para el territorio, el Legislador autonómico afina el objeto de estas entidades, por una parte, suprimiendo la clausula competencial genérica recogida en el art. 19.2.a) LMELME y, por otra, rebajando las exigencias recogidas en el art. 19 LMELME para ser calificadas como «Integrales». Concretamente, las Mancomunidades podrán mantener/obtener la calificación siempre que presten servicios en al menos tres áreas competenciales y que dichos servicios cubran a la mitad de sus miembros o a un número inferior que represente al menos a la mitad de la población. En definitiva, se reduce el número de áreas competenciales pasando de cinco a tres, y se introduce el criterio poblacional para flexibilizar el requisito del número mínimo de entidades receptoras de los servicios.

### **b) Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura**

Las citadas reformas impulsadas por el Gobierno de la Nación a cuenta de la crisis de 2008 –con marcado carácter restrictivo frente a planteamientos expansivos de la autonomía local– tuvieron su contrapunto en los numerosos recursos y conflictos promovidos contra la LRSAL (una de ellas desde la propia Asamblea de Extremadura y otras por un gran número de Municipios extremeños), prolongando una situación de incertidumbre a la espera de que el Tribunal Constitucional se pronunciase. La respuesta del Tribunal Constitucional fue la estimación parcial pero declarando válidas la mayoría de las reformas impugnadas y, especialmente, dejando intactos los preceptos dedicados a la reforma competencial<sup>26</sup>; en su virtud, unos interpretaron que el marco local quedaba disfuncional y, por contra, otros entendieron que las bases locales reformas eran conforme a derecho.

El Legislador extremeño se posicionó manifestando que el panorama era «confuso» y alegando razones de incomprensión hacia el modelo local redefinido por el Legislador estatal. Sobre esta base argumental se aprueba una ley regional en pro de la autonomía municipal so pretexto de los vacíos de inconstitucionalidad ocasionados en la LRBRL tras los pronunciamientos del TC a cuenta de la LRSAL. En otras palabras,

<sup>26</sup> STC 41/2016, de 3 de marzo, sobre recurso interpuesto por la Asamblea de Extremadura, BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016; STC 111/2016, de 9 de junio, sobre recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016; y STC 168/2016, de 6 de octubre, sobre recursos de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias, BOE núm. 276, de 15 de noviembre de 2016.

la Ley extremeña se aprueba como respuesta política para aquietar una supuesta contracción del margen competencial de los Municipios; ahora bien, sigue renunciando en sus planteamientos a construir un texto normativo local extremeño y, además, se olvida de cualquier referencia a las bases del régimen local. No es de extrañar que autores de la talla de CHECA GONZÁLEZ hayan rechazado la valía de esta norma de forma contundente, así: «es una ley banal, inconsistente y perfectamente prescindible, hasta el punto de que lo mejor y más oportuno habría sido, desde luego, que jamás se hubiese promulgado» (Checa, 2019: 574).

No procede aquí entrar en el análisis del contenido de esta norma, aunque si queremos hacer un apunte a propósito de una cuestión que ya hemos comentado con relación a la LMELME. Se trata de la inexactitud en la terminología jurídica relativa al régimen local en Extremadura, el legislador autonómico acuña nuevos conceptos en la redacción de la Ley 3/2019 LGAME pues se expresa en términos de «áreas» (o «materias o ámbitos», art. 15), dentro de éstas se distinguen «competencias» (art. 12) y, a su vez, éstas se concretan en «funciones o facultades» (art. 13). Quizás en el afán por desligarse de las bases del régimen local se desprendió también de la terminología y crea un nuevo vocabulario que –a nuestro entender– sólo suma confusión.

Por lo que aquí interesa, aunque el objeto de la citada ley es apuntalar el margen competencial de la institución municipal, se aprovecha para ratificar la estrategia territorial basada en MM. Integrales. En esta línea se encuadran las referencias en la Ley 3/2019 a la institución mancomunada y, especialmente, a las MM. Integrales. Sobre esta base no hay más allá de una declaración de intenciones en la exposición de motivos y de las referencias obligadas a cuestiones como la posibilidad de prestar servicios a través de entes asociativos (art. 4), o la Mancomunidad como manifestación preferente de la potestad de autoorganización (art. 9).

Nos encontramos, en definitiva, con una norma con vocación de permanencia pero que nace de un contexto claramente coyuntural, pues instituye un elenco de garantías para la autonomía local en clara respuesta a reformas puntuales impulsadas por el Ejecutivo central. A pesar de la intención, es una norma que aborda la institución municipal de forma parcial, y que defiende la autonomía municipal a la par que sigue apostando por las Diputaciones provinciales y por las Mancomunidades como prestadoras de servicios municipales. A nuestro juicio es un contrasentido pues son entidades que existen y sobreviven a causa de la debilidad municipal.

Lo antedicho no impide que ambos hitos normativos, en el 2014 y en el 2019, pongan de manifiesto la continuidad en la estrategia territorial propiciada por los diferentes Gobiernos autonómicos, pues a pesar de haber sido estrechado el margen de maniobra, se continúa apostando por la Mancomunidad Integral como pieza fundamental en la vertebración de servicios y en las relaciones con el resto de administraciones, especialmente la autonómica.

#### 4. REVISIÓN: PUNTOS PARA UN DEBATE INAPLAZABLE

La trayectoria normativa de la vertebración local en Extremadura deja una primera reflexión para el debate a cuenta de esta apuesta autonómica por el asociacionismo. A poco que analicemos el esquema de las administraciones que interaccionan en el territorio extremeño, observamos una superpoblación de entidades locales. De esta manera, la vecindad de cada Municipio está obligada a interaccionar de manera permanente no con una sino con tres o cuatro entidades locales diferentes: el Municipio, la Mancomunidad Integral, la Diputación provincial y, en su caso, la entidad local menor. Conjunto de entidades a los que se les pueden sumar otras instituciones creadas para la gestión de servicios específicos como los organismos autónomos, los consorcios, los centros integrales de desarrollo, los grupos de acción local<sup>27</sup>; amén de la administración autonómica y toda su red de institutos y empresas públicos; amén de la administración general del Estado y sus entidades. Pongamos un ejemplo, pensemos en la puesta en marcha de una PYME; de entrada, necesitará pedir licencia de actividad (Municipio), seguramente licencia de obra (que puede depender del servicio técnico de la Mancomunidad Integral o de la Diputación provincial), además de pasar por la entidad gestora del suministro de agua (que puede ser un consorcio, una empresa concesionaria, o una Mancomunidad), de tener que brear con departamentos autonómicos (informes preceptivos en cuestión de medio ambiente, patrimonio,...) o, incluso, un grupo de desarrollo rural (para poder acceder a fondos europeos).

<sup>27</sup> Los Grupos de Acción Local o Grupos de Desarrollo Rural son asociaciones sin ánimo de lucro, de ámbito comarcal, donde se integran entidades públicas (Ayuntamientos y Mancomunidades) y privadas (colectivos de jóvenes, asociaciones de mujeres, asociaciones empresariales, sindicatos, etc.) representativas del tejido socioeconómico de la comarca. (definición recogida en [www.redex.org](http://www.redex.org)).

En este contexto regional de superpoblación administrativa y, al mismo tiempo, con tendencia constante a la pérdida de población, debemos revisar –serena pero inaplazablemente– qué ventajas supone mantener una estrategia territorial basada en una red de Mancomunidades. Adelantamos que la fórmula mancomunada no ha remediado los problemas asociados al inframunicipalismo, especialmente en lo que a las carencias económicas se refiere. Al respecto exponemos las principales carencias y debilidades que, a nuestro juicio, el modelo asociativo implementado en Extremadura no ha conseguido subsanar:

a) En el ámbito institucional.

A pesar del tiempo transcurrido, las MM. Integrales siguen encontrando dificultades, organizativas y competenciales, para encajar dentro del conjunto de instituciones que conforman la comunidad política local. Así lo entendemos porque esta estrategia se apoya en una estructura administrativa adicional, paralela y con financiación derivada, de tal forma que no pocas veces interfiere con la gestión de otras Administraciones locales, como es el caso de las Diputaciones o, incluso, de los propios Municipios (Jiménez, 2012: 47). En esta circunstancia incide el hecho de que las MM. Integrales no son entidades mono-competenciales sino que están diseñadas para asumir varios servicios en un mínimo de tres áreas competenciales dentro de un extenso abanico, lo que en la práctica multiplica los puntos en común y facilita la presencia de zonas grises donde surgen dudas y se producen fricciones.

En este mismo terreno debemos encuadrar el debate –siempre recurrente, pero sin resolver– sobre la legitimidad democrática de estas entidades de segundo grado; entidades donde la ciudadanía no interviene directamente en la elección de sus órganos de gobierno, pero donde se gestionan competencias y adoptan decisiones que repercuten altamente sobre los administrados. Del mismo modo, la difícil conjugación de representación política y proporcionalidad municipal hace que, en determinadas ocasiones, se desvirtúe la composición de los órganos de gobierno de estas entidades asociativas. Ambas circunstancias favorecen el alejamiento y el desconocimiento de la ciudadanía hacia este escalón de la administración local llegando, incluso, al rechazo.

La trayectoria extremeña pone de manifiesto que muchas de estas entidades tienen problemas recurrentes de gobernabilidad. Podemos apuntar algunas apreciaciones sobre este cuestión. Por una parte, existen ediles municipales que acumulan importante poder fáctico en el ámbito de la Mancomunidad frente al Municipio (Rodríguez, 2006: 119) y, por tal motivo, aprovechan la posición para visualizar su perfil y utilizar estas entidades como lanzaderas hacia la política autonómica. Cuando las injerencias políticas –que suelen ir en paralelo a los problemas económicos– persisten en el seno de las Mancomunidades se puede llegar a la separación de alguno de sus miembros (v. gr.: Municipio de Almaraz), así como a la paralización o a la disolución de la asociación (v. gr.: Mancomunidad Tierra de Barros). Por otra parte, en determinadas ocasiones la gestión política de las Mancomunidades se confunde con la de los entes integrantes, se desdibujan los límites de las decisiones, debilitando la transparencia, dificultando las exigencias en materia de responsabilidad públicas (FDYGL, 2011: 179) y la ausencia de control directo de los ciudadanos (Chinchilla, 2014: 11). Son circunstancias frecuentes donde la mala praxis desprestigia esta vía ante la opinión pública, y con ella arrastra a la institución municipal (López, 2009: 193).

b) En el ámbito administrativo.

Las debilidades institucionales tienen su reflejo en el ámbito administrativo, de tal forma que, tanto la toma de decisiones como la gestión, no se rige exclusivamente por criterios de eficiencia sino que están influidas considerablemente por los conflictos y la rivalidad de intereses entre los diferentes integrantes. Asimismo, muchas de las decisiones requieren la ratificación en dos tiempos, a nivel de entidad municipal y a nivel de Mancomunidad, lo que ralentiza el ritmo. Esta situación ha sido calificada por el Prof. Almeida Cerredá como uno de los principales inconvenientes, porque los problemas de gobernabilidad provocan riesgo de ineficacia (Almeida, 2013: 112). Una clara manifestación de la ralentización de los procedimientos es la falta de adaptación entre las actuaciones acordadas en las políticas mancomunadas y las necesidades reales de la ciudadanía destinataria.

El riesgo de ineficiencia se comprueba a través de dos circunstancias. Por una parte, la duplicidad que en muchas ocasiones se da en cuestión de servicios que se solapan y provocan un exceso de estructuras y recursos humanos destinados a realizar tareas similares. Esta duplicidad administrativa se ha criticado ampliamente de la estrategia asociativa; en concreto, para Francia este problema se denomina «doublon» (Heinelt, 2012: 88). Por otra parte, la ineficiente gestión de recursos económicos reflejada en un aumento de gastos con origen en la expansión del Capítulo 1

(personal), los costes de transacción para dar cobertura a todas las exigencias de los Municipios y demás entidades asociadas (Arenilla, 2012: 187), y la generalizada ausencia de rendición de cuentas en tiempo y forma (Tribunal de Cuentas, 2009: 30)<sup>28</sup>. En definitiva, más burocracia.

c) En el ámbito de los recursos humanos.

Recordemos que una de las exigencias para obtener la calificación de Integral es contar con plantilla de personal propio con dedicación plena, pero también apuntamos anteriormente que no se exige número mínimo para cubrir tal condición. La realidad de las plantillas actuales muestra que estas entidades también practican la precariedad laboral pues cuentan con un alto porcentaje de trabajadores temporales. Esta inestabilidad en el empleo público se debe a que la existencia de gran parte de los servicios que prestan depende de las convocatorias de ayudas que sacan periódicamente la Comunidad autónoma o la Diputación provincial (v. gr.: entre otros, Programas de Atención a las Familias, Dinamización Deportiva De Extremadura, Oficina de Igualdad y Violencia de Género). Esta circunstancia es reconocida en el Decreto autonómico 37/2018 que regula el Fondo de Cooperación para las MM. Integrales; así, para percibir ayudas por gastos corrientes se tiene que acreditar que el personal de la plantilla esté «desempeñando de forma continuada durante al menos doce meses por la misma persona» (art. 7.3.a) y, además, «no se computará el personal de plantilla cuyos costes de personal sean financiados en más del cincuenta por ciento por la Junta de Extremadura, las Diputaciones Provinciales o cualquier otro organismo, entidad o particular no perteneciente a la Mancomunidad». En definitiva, las Mancomunidades no han contribuido a mejorar la calidad del empleo público porque repiten los vicios de otras entidades locales.

A nuestro entender, el otro flanco débil en materia de recursos humanos en la red extremeña de MM. Integrales es la figura de las gerencias de Mancomunidad. La implantación generalizada de este rol directivo forma parte de la estrategia autonómica desde sus comienzos y se inspira en la regulación de los servicios municipalizados en régimen de gestión directa con órgano especial<sup>29</sup>. Más allá de que su fundamentación es más política que jurídica, debemos plantearnos si tiene sentido mantener esta tipología de puestos. Sin entrar a valorar el buen hacer personal de quienes lo pueden ocupar, lo cierto es que es una figura de difícil encaje en una entidad asociativa de micro-municipios, máxime cuando la presencia de los funcionarios habilitados nacionales es obligada –y existe en todas las Mancomunidades desde su creación– y la dedicación de los órganos unipersonales de dirección es plena a menudo<sup>30</sup>. Bien es cierto que la financiación de estos puestos viene siendo cubierta por la Comunidad Autónoma –lo que redundaría en nuestra opinión sobre la naturaleza política de esta figura–, pero el propio hecho de tener que sufragar el gasto a través del fondo autonómico pone en evidencia la insostenibilidad con los solos recursos de la asociación<sup>31</sup>. Sobre el papel es un órgano directivo con la tarea principal de gestionar y coordinar los recursos humanos y la administración de los distintos servicios prestados desde el ente asociativo; en la práctica, es un contrapunto a las tensiones políticas que puedan existir entre los Municipios integrantes y que, en última instancia, sigue las indicaciones estratégicas de la comunidad autónoma.

d) En el ámbito financiero.

Las MM. Integrales no contribuyen a solucionar las carencias financieras que acompañan al inframunicipalismo. Hacemos nuestro este juicio dictado por el Prof. Fernando ALBI a mediados del siglo pasado, poniendo de manifiesto que:

<sup>28</sup> Según datos del Tribunal de Cuentas sólo el 55% de las Mancomunidades rindió cuentas del ejercicio presupuestario 2017, y de éstas sólo el 44% lo hizo en plazo. A pesar de lo bajo de este porcentaje, supone una mejora con relación al de años anteriores que se situaba en torno al 28%; curiosamente, sólo en la rendición de cuentas del año 2013 se alcanzó el 89% por la advertencia de disolución recogida en la recién aprobada disposición transitoria 4.ª LRSAL.

<sup>29</sup> Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Art. 71: «Los servicios municipalizados o provincializados en régimen de gestión directa con órgano especial estarán a cargo de un Consejo de Administración y de un Gerente».

<sup>30</sup> <https://www.hoy.es/v/20111031/regional/presidentes-mancomunidades-apuntan-cobrar-20111031.html>, 13-06-2020.

<sup>31</sup> La creación y generalización de las gerencias en las MM. Integrales tiene su punto de partida en el año 2004 a través de una serie de convenios de colaboración entre la Consejería de Desarrollo Rural y cada una de las Mancomunidades, redactados *ad hoc* para la contratación de un gerente. Esta dinámica de convenios se mantuvo hasta que por Decreto 6/2009, de 23 de enero, se modificaba el Decreto 74/2008, de 25 de abril, que regula el fondo de cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios en Extremadura (DOE, 29-01-2009). A partir de esta fecha, el coste del puesto de Gerente se incluye anualmente entre los gastos cubiertos por el fondo de cooperación para las mancomunidades Integrales (v. gr.: art. 5 y Anexo I de la Orden de 16-06-2009 por la que se convocan ayudas del fondo de cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios en Extremadura, DOE, 19-06-2009).



«si se trata de asociar varios Municipios pobres, la situación financiera inicial persistirá en el organismo integrador, pues la suma de varios Municipios pobres no podrá dar jamás, como resultado, un Municipio rico, siendo evidente que en el mismo volumen con que se amplíen los recursos quedarían aumentadas las necesidades y porque si se pretende amparar varias entidades deficitarias a la sombra de otra opulenta, esta última nunca aceptará, de buen grado, a los molestos advenedizos, que vendrían a acrecentar la carga tributaria de su vecindario sin beneficio alguno para el mismo» (Albi, 1966: 269-293).

En otros términos, utilizar la Mancomunidad como fórmula para reducir déficit en el mejor de los casos sólo provoca un traslado del problema puesto que la asociación nace hipotecada si sólo dispone de los recursos facilitados por los Municipios. Entonces, ¿por qué llevan funcionando casi veinte años la red de MM. Integrales auspiciada por la Junta de Extremadura? Pues porque desde el año 2003 los presupuestos autonómicos ininterrumpidamente vienen incluyendo partidas destinadas a la financiación de estas entidades asociativas. Esta dependencia permanente en materia de financiación impide valorar la viabilidad sobre datos reales, no sólo de los Municipios que la conforman sino también de la entidad mancomunada, además de provocar –no pocas veces– la congestión y la descoordinación en la gestión de la Mancomunidad (Bayona, 2012: 239).

Es cierto que la creación de una estructura mayor permitió asumir servicios que de manera individual no se podían prestar, lo que OATES denominó el «efecto zoo» (Gilbert, 2011: 41). Sin embargo se atribuyeron ventajas económicas a las Mancomunidades tales como la reducción de costes en base a la economía de escala aplicada a los servicios, o el incremento del ahorro al reducir gasto corriente, que no han sido así, pues no sólo se incrementa la nómina de personal sino también la de cargos políticos. Lo cierto es que la experiencia extremeña ha demostrado que la dinámica asociativa no ha contribuido a la reducción de las carencias económicas de los pequeños Municipios pues han aparecido nuevos gastos, no se ha mejorado la capacidad recaudatoria y, además, se ha constatado la dificultad para la rendición y la fiscalización de sus cuentas. Al generarse nuevas Entidades locales y no suprimir ninguna, el asociacionismo arrastra sin solventar los problemas del pequeño Municipio, especialmente en materia financiera pues los recursos siguen siendo limitados, los costes se incrementan; y esto acarrea mayor dependencia de otros niveles de gobierno.

En definitiva y de cara a una revisión de esta estrategia, que resulta inaplazable vistas las cifras de población, cabría reflexionar sobre qué pasará cuando los Municipios asociados tengan que soportar íntegramente el mantenimiento y los gastos adicionales de administración de la Mancomunidad y sus infraestructuras, sin contar con la ayuda financiera de otras Administraciones. Ante este hipotético escenario son dos las alternativas, bien incrementar las aportaciones de cada Municipio a la entidad común, o bien aumentar el número de miembros con el consecuente añadido de costes por la ampliación del territorio y la vecindad a cubrir (Lozano, 2005: 13). ¿Asumirían los miembros estos acuerdos? Creemos que no.

Las carencias descritas para la planta de MM. Integrales ponen de manifiesto la necesidad de repasar la estrategia territorial aplicada en Extremadura, por tanto no debemos olvidar que el objetivo principal fue y es dar solución a los problemas que acarrea el inframunicipalismo. Llegados a este punto y tras un periodo suficientemente largo, planteamos la necesidad de redefinir esta estrategia autonómica aprovechando las sinergias creadas por el asociacionismo y así dar un paso hacia la reducción de la actual planta local en Extremadura. No estamos planteando llevar a la práctica una mera teoría jurídica, sino implementar una estrategia desarrollada con éxito en el resto de países europeos (*v. gr.*: Suecia, a mediados del s. xx, la cooperación intermunicipal fue el precedente y el impulso de los procesos de fusión realizados (Moisio, 2011: 26). Sin embargo en España todavía no se ha conseguido dar el paso desde ninguna Administración. Tan solo encontramos el Informe ROCA, solicitado en el año 2000 por el Gobierno de Cataluña, donde se proponía la reordenación por fusión de la planta local tomando como base el esquema comarcal previo; esto es, generar un estrategia común para cada grupo de Municipios aprovechando la práctica existente en cooperación intermunicipal y dando uso a la cobertura que en materia de gestión e infraestructura ya existía (Roca, 2000: 20). Quedó todo en saco roto. Sin embargo desde aquí insistimos en la posibilidad y, asumiendo las palabras de Parada Vázquez y Checa González (Checa, 2012: 95), consideramos que la intermunicipalidad es un fraude salvo que sea obligatoria y se entienda como una primera fase para la fusión de Municipios.

Si llegamos a la conclusión de que el asociacionismo municipal no ha funcionado como estrategia para reordenar la planta municipal extremeña y tampoco sirve para superar los problemas del inframunicipalismo, toca revisar y poner en valor tantos esfuerzos y tantos recursos empleados durante años en promover esta

vía mancomunada. A nuestro juicio, la solución pasa por redirigir la voluntad de los Municipios asociados en las actuales MM. Integrales hacia un proceso de fusión municipal para alcanzar una administración municipal única donde se integren varios núcleos de población (llamémosle «pueblos», por ejemplo, evitando la denominación peyorativa de «Entidad Local Menor»). Un proceso que consideramos técnicamente sencillo si se aprovecha la configuración común y los recursos humanos que ya comparten; especialmente cuando la planificación de la red de Mancomunidades se ha realizado siguiendo criterios de homogeneidad, cercanía y planificación territorial.

En conclusión, si entendemos la cooperación municipal como un punto y seguido en materia de ordenación territorial, la Junta de Extremadura, previo proceso de depuración del sobredimensionado número de entidades, dispone de capacidad económica y herramientas legales suficientes para acometer un proceso de fusiones municipales y así acabar con las consecuencias negativas del inframunicipalismo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBI, F. (1966): *La crisis del Municipalismo*. Madrid: IEAL.
- ALMEIDA CERREDA, M. (2013): “La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.): *La planta del Gobierno local*, págs. 61-122. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- ARENILLA SÁEZ, M. (2012): “El pequeño Municipio: núcleo democrático vs. prestación de servicios”, en FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Documento técnico. Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*. págs. 159-220. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- BAYONA ROCA, A. (2012): “La planta municipal: análisis y propuestas para hacer más eficiente el gobierno municipal en el Estado autonómico”, en FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Documento técnico. Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, págs. 221-247. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- BOIX PALOP, A. (2014): “Objetivos y realidad de la reforma local. Insuficiencias y concreción práctica de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, en FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Anuario del Gobierno Local 2013*, págs. 89-127.
- CAYETANO ROSADO, M. (2007): “Emigración extremeña durante el desarrollismo español (1961-1975)”, en *Revista de Estudios Extremeños*, vol. 63, núm. 3, págs. 1.275-1.310. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3300097>.
- CHECA GONZÁLEZ, C. (2019): “La inconsistente y banal ley de garantía de la autonomía municipal de Extremadura”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 35, págs. 573-604. URL: <https://publicaciones.unex.es/index.php/AFD/article/view/101>. DOI: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.35.573>.
- CHECA GONZÁLEZ, C. (2012): “La reforma de la Hacienda local para mejorar su suficiencia financiera”, en *OL, Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 37, págs. 82-105.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2014): “Las mancomunidades de municipios tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, en CARRILLO DONAIRE, J. A. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coord.): *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local: El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, págs. 265-300. Madrid: Wolters Kluwer. 1.ª ed.
- DURÁN GARCÍA, F. J. (2019): “Autonomía municipal y despoblación rural en España”, en ORTEGA BURGOS, E. (dir.): *Actualidad administrativa: 2019*, págs. 131-149. Madrid: Tirant Lo Blanch. 1.ª ed.
- DURÁN GARCÍA, F. J. (2016): *La fusión de Municipios como estrategia*. Madrid: Dykinson (Monografías). 1.ª ed.
- GILBERT, G. (2011): “Más allá de las asociaciones intermunicipales hacia los Municipios de dos niveles de gobierno: el caso francés”, en INSTITUTO DE ECONOMÍA DE BARCELONA: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal 2011*, págs. 32-43. Barcelona: IEB. URL: [https://ieb.ub.edu/wp-content/uploads/2012/02/InformeFF2011\\_esp.pdf](https://ieb.ub.edu/wp-content/uploads/2012/02/InformeFF2011_esp.pdf).
- HEINELT, H. (2012): “Posibles reformas de la estructura institucional del Gobierno local en España en el seno del «Estado de las Autonomías». Perspectiva comparada a la luz de los debates y recientes reformas sobre el Gobierno local en los Estados miembros de la Unión Europea”, en FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Documento técnico. Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, págs. 68-107. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2012): “Estudio introductorio: reforma de la planta local y competencias municipales. Primeras reflexiones de urgencia sobre una propuesta”, en FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Documento técnico. Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, págs. 13-65. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- LÓPEZ ARRIBAS, C. (2009): “La reorganización territorial: Hacia unos ayuntamientos eficientes y viables. La fusión selectiva de Municipios”, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, R. (dir.): *Reformar la Administración territorial. Municipios eficientes y viables*, págs. 185-203. Oleiros: Netbiblo. 1.ª ed.

- LOZANO CRESPO, M. (2005): “Competencias y financiación local. La historia interminable de una quimera”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 8, págs. 1.301-1.315. Fecha de consulta: 14-05-2020.
- MOISIO, A. (2011): “Asociaciones municipales: la experiencia de los países nórdicos”, en INSTITUTO DE ECONOMÍA DE BARCELONA: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal 2011*, págs. 22-31. Barcelona: IEB. URL: [https://ieb.ub.edu/wp-content/uploads/2012/02/InformeFF2011\\_esp.pdf](https://ieb.ub.edu/wp-content/uploads/2012/02/InformeFF2011_esp.pdf).
- ORDUÑA PRADA, E. (2009): “El Municipio como marco relacional”, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, R. (dir.): *Reformar la Administración territorial. Municipios eficientes y viables*, págs. 99-128. Oleiros: Netbiblo. 1.ª ed.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (2007): *La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal*. Pamplona: Thomson Reuters (Cuadernos Civitas). 1.ª ed.
- ROCA I JUNYENT, M. (2000): *Informe sobre la revisió del model d'organització territorial de Catalunya*. Barcelona: Govern de la Generalitat de Catalunya. Fecha de consulta: 25-04-2020. URL: <https://www.raco.cat/index.php/TreballsSCGeografia/article/view/10429>.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, R. (2006): “El territorio local en Europa. Reestructuración de su base organizativa y posibilidades para España”, en *Xeogràfica, Revista de Xeografia, Territori e Medio Ambiente*, núm. 6, págs. 115-132. Fecha de consulta: 14-05-2020.
- ZAMORA ROSELLÓ, M. R. (2013): “La reestructuración de la planta del gobierno local y las mancomunidades de Municipios”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.): *La planta del Gobierno local*, págs. 139-150. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.



REALA, número 14, octubre-marzo de 2020  
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES  
Recibido: 20-03-2020  
Modificado: 10-07-2020  
Aceptado: 17-07-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10784>  
Páginas: 180-200

## Elementos comunes y diferencias de la respuesta regulatoria a los retos del alojamiento colaborativo y el alquiler de corta duración: un análisis de los títulos de intervención y las estrategias comunes en CC.AA y municipios

*Common elements and differences in the regulatory response to peer-to-peer accommodation and short-term rentals: an analysis of the title of intervention and the common strategies in regional and local institutions*

Andrea Kruithof Ausina  
Universitat de València (España)  
[andrea.kruithof@uv.es](mailto:andrea.kruithof@uv.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universitat de València, y ha cursado el Máster de Análisis Político por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es investigadora en la Cátedra de Economía Colaborativa y Transformación Digital de la Universitat de València, donde se especializa en plataformas digitales de alquiler turístico y su regulación.

---

### RESUMEN

La irrupción de la economía digital ha implicado grandes transformaciones para los distintos sectores económicos. Los cambios tecnológicos y la rapidez en los intercambios de información han permitido que proliferen nuevos modelos de negocio, caracterizados por una interacción más directa entre los usuarios y los «vendedores». El «fenómeno Airbnb» es una preocupación cada vez mayor en los distintos territorios del Estado, lo que ha tenido un impacto significativo en el crecimiento de la regulación específica en este campo. En el presente artículo analizamos las similitudes y divergencias regulatorias entre los distintas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, intentando resumir a grandes rasgos los elementos más característicos de la normativa en este ámbito.

### PALABRAS CLAVE

Viviendas de uso turístico; Airbnb; alojamiento colaborativo; alquiler de corta duración; regulación autonómica.

---

### ABSTRACT

The irruption of digital economy has implied great transformations for the different economic sectors. Technological changes and the promptness of information exchange has allowed for new business models to appear, characterised by a more direct interaction between users and sellers. The «Airbnb phenomenon» is a growing concern among regions within Spain, which has had a significant impact in the increasing development of specific regulation in this field. In this paper, we analyse the regulatory similarities and divergences among the regional and local approaches, trying to sum up the thrust of the legislation in this area.

### KEYWORDS

Vacation rentals; Airbnb; Peer-to-peer accommodation; short-term rentals; regional regulation.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. REGULACIÓN ESPECÍFICA. 2. LIMITACIONES URBANÍSTICAS. 2.1. TIPOLOGÍA DE EDIFICACIÓN Y UBICACIÓN DENTRO DE LAS VIVIENDAS. 2.2. COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. 2.3. UBICACIÓN GEOGRÁFICA. 3. LIMITACIONES DE LA ACTIVIDAD. 3.1. REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS. 3.2. CAPACIDAD MÁXIMA. 3.3. MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA. 3.4. TIEMPO PERMITIDO DE ALQUILER. 3.5. NORMAS DE CONVIVENCIA. 3.6. CESIÓN POR ESTANCIAS/ALQUILER POR HABITACIONES. 3.7. PERMISO DE INICIO DE ACTIVIDAD. 4. REGISTRO AUTONÓMICO DE ACTIVIDAD. ANEXO I. TABLA RESUMEN DE REGULACIONES AUTONÓMICAS Y MUNICIPALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

Los cambios tecnológicos y la rapidez en los intercambios de información han facilitado que proliferen nuevas formas de contratación y organización de la actividad económica, de modelos de negocio que hacen frente a nuevas necesidades sociales, caracterizados por una interacción más directa entre usuarios y proveedores de servicios, «abriendo la puerta a la participación activa de los particulares (peers) en la realización de transacciones económicas» (Herrero, 2017: 151).

Es el caso de la «economía de plataformas», en principio pensada para el alquiler de bienes infrautilizados pero que rápidamente se ha extendido a la práctica totalidad de los sectores productivos y ha segmentado y ocupado parte de sus mercados (Del Águila, 2016: 217-228). El raudo desarrollo de las plataformas P2P (*peer to peer* en inglés) se debe a dos factores principales: las innovaciones tecnológicas que suponen y la flexibilidad de los proveedores (Zervas *et al.*, 2017: 687).

A medida que se ha ido desplegando, la acepción de «economía colaborativa» para englobar el fenómeno de manera acrítica ha perdido progresivamente apoyo entre los expertos, con cada vez más voces críticas que hacen hincapié en la dimensión lucrativa de algunas de las actividades que aquí se incluyen, entre ellas, la del hospedaje turístico. De hecho, para Guillén «el intercambio por dinero altera la finalidad colaborativa propiamente dicha, al derivarse hacia un alquiler de vivienda o de habitación con un intermediario que en la mayoría de los casos se lleva una comisión por la prestación de dicho servicio» (Guillén, 2018: 21). Asimismo, algunos de los estudios existentes apuntan ya a la dimensión profesionalizada del fenómeno (Gil y Sequera, 2018: 15-32), alejándolo del «aprovechamiento ocasional *peer to peer* de un recurso habitacional» (Nogueira; 2018: 233).

Para el mercado inmobiliario, la aparición de la economía digital implicaba una oportunidad de revitalización. La crisis de 2008 dejaba el entonces principal motor económico de España en un estado maltrecho, con grandes stocks de viviendas vacías y con poca salida al mercado. Frente a la dificultad de sacar un rendimiento económico de las viviendas a través de la compraventa, el alquiler turístico se erguía como una alternativa para rentabilizar los bienes inmuebles. En el universo «Airbnb» ello permitía, además, la explotación de bienes sin la existencia de intermediarios y escapando a las exigencias –impositivas y técnicas– de un sector muy tasado (Guttentag, 2015: 1.192-1.217; Artigot, 2017: 189-206), dada la imprecisión regulatoria de la cesión por particulares y empresas de viviendas y alojamientos con finalidad turística, que se consideraban «arrendamiento para uso distinto al de la vivienda» y venían regidos por la Ley 20/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (Sánchez y García, 2018: 19-54).

El *boom* de la vivienda turística en viviendas particulares no ha estado exento de conflicto. Como explica Artigot, por una parte, «la interacción en el mercado entre participantes “regulados” y participantes “no regulados” ha generado conflictos desde el punto de vista del derecho de la competencia y de la regulación del mercado» (Artigot, 2017: 189). Asimismo, continúa la autora, la incorporación del «universo Airbnb» a los servicios turísticos implica un desafío doble, que se manifiesta tanto a nivel individual –molestias y pérdida de valor de las propiedades–, como a nivel agregado, a través de toda una serie de externalidades negativas (Artigot, 2018: 163). Las asociaciones de hosteleros han señalado la expansión del fenómeno como una competencia desleal, que incide de manera significativa en sus ingresos (Zervas *et al.*, 2017: 687-705), a la vez que exigen que dichas viviendas cumplan con normativas equiparables a las del alojamiento hotelero (calidad de la oferta y requisitos técnicos mínimos que los inmuebles, exigencias fiscales e impositivas, garantías para los consumidores, restricciones urbanísticas, etc.).

Por otra parte, no es baladí el impacto de las viviendas de uso turístico (VUT) y su explotación a gran escala en los modelos urbanísticos y en el propio diseño de las ciudades y en la calidad de vida de los ciuda-

danos. Si bien plataformas digitales como Airbnb se autodefinen como un servicio para «compartir hogares», algunos autores critican que han facilitado que el hospedaje turístico se instale en zonas residenciales, a través de la cooptación de inmuebles cuyo uso previsto inicial no era el turístico pero que sin embargo resulta mucho más rentable para los propietarios, agudizando, en consecuencia, problemas relativos al acceso a la vivienda –especialmente para grupos vulnerables– y a la turistificación de las ciudades (Gurran y Phibbs, 2017: 80-92).

La modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, se hace eco de estas dificultades y marcará un punto de inflexión por lo que respecta a la permisibilidad regulatoria con las viviendas turísticas. Así lo dice en su preámbulo:

«En los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos, de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación».

Dicha modificación introduce un nuevo apartado en el artículo 5 por el que se excluye de la aplicabilidad de la LAU el uso turístico de las viviendas (art.5.e), derivándolo a la normativa sectorial específica:

«La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial» (art. 5.e).

Con este nuevo redactado, el alquiler de corta duración pasaba a entenderse como una actividad económica, la cual podía verse sujeta a toda una serie de exigencias. Con ello, se abría la puerta a que las distintas Comunidades Autónomas generasen sus propios marcos de referencia normativa, aunque ya previamente algunas comunidades (entre las que se encuentra la Comunidad Valenciana) habían considerado la cuestión. La evolución de las normativas autonómicas ha pasado por distintas fases de evolución regulatoria, que se han caracterizado por una interpretación cada vez más restrictiva, en la que no solo se tienen en cuenta las reivindicaciones en el sector del turismo, sino que entran cuestiones de seguridad ciudadana, convivencia vecinal o sostenibilidad urbana, con una centralidad creciente de la «capacidad de carga de los recursos turísticos» (Nogueira, 2018: 234). Ello sin olvidar que «cualquier restricción que se establezca ha de poder ser justificada a la luz de la Directiva de Servicios con base en su oportunidad, necesidad y oportunidad» (Boix, 2018: 279). En este mismo paradigma, el papel otorgado a las entidades locales también ha ido cobrando protagonismo.

El presente documento pretende recopilar las principales características de estas regulaciones de la vivienda turística con una perspectiva autonómica y municipal, identificando los principales elementos en común y de divergencia.

## 1. REGULACIÓN ESPECÍFICA

El sector del alojamiento de corta estancia ha experimentado, como se argumentaba en el apartado anterior, grandes modificaciones en los últimos años, si bien el hospedaje turístico tiene un largo recorrido en nuestro Estado. Ello tiene consecuencias en cómo se trata la cuestión, si bien es cierto que prácticamente hay consenso a la hora de tratar las viviendas turísticas como un fenómeno novedoso –o más bien, lo es la percepción sobre lo disruptivo de su expansión– que merece un tratamiento diferenciado de otras modalidades extrahoteleras más clásicas, principalmente los apartamentos turísticos, pero también en algunos casos de las viviendas vacacionales, ello a pesar de que en todas las modalidades se ofrece un servicio básico común: el destinado a un alojamiento temporal para estancias cortas. Dicho tratamiento deriva en gran medida de la modificación de la LAU, puesto que, mientras que considera que los arrendamientos de temporada sí tienen cabida en la propia ley, para «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o

por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa» abre la posibilidad de que se regulen a través de la normativa sectorial.

La respuesta a esta ambigüedad no es unánime en la normativa sectorial; así, las comunidades autónomas han ido asociando términos que en muchos casos pueden generar confusión (Guillén, 2018: 231), y las distinciones entre conceptos dentro de la misma categoría extrahotelera varían en gran medida. En casos como el andaluz, la distinción entre apartamentos y viviendas de uso turístico se justifica considerando que se trata de una actividad menos profesionalizada (con las consiguientes consecuencias fiscales). En la regulación de otras comunidades, no obstante, nos encontramos con que se considera una categoría de apartamento turístico que debe, además, regirse por unos requerimientos concretos, como así aparece en el Decreto 230/2011, de Navarra (si bien en este caso es cierto que se encuentran muy vinculados a los de los apartamentos turísticos):

«Artículo 3. Modalidad de Vivienda Turística. Podrán adscribirse a la modalidad de Vivienda Turística los apartamentos turísticos tipo casa, villa, chalet, cueva, construcciones prefabricadas o similares de carácter fijo y los adosados o las partes independientes de un edificio que cumplan con los siguientes requisitos mínimos:

- a) Superficie útil mínima de 90 m<sup>2</sup>.
- b) Acceso independiente.
- c) Segregación vertical».

Las condiciones edificatorias o el hecho de que los inmuebles estén sometidos al régimen de propiedad horizontal son el elemento más común entre las diferentes comunidades autónomas a la hora de distinguir entre las modalidades de alojamientos extrahoteleros. Es más, uno de los requisitos más frecuentes para dicha diferenciación «se basa en que los apartamentos turísticos constituyen unidades complejas integradas en bloques o conjuntos cuya explotación se encuentra bajo un mismo titular y ofertan un número mínimo de unidades de alojamiento –determinado por la normativa autonómica–; en tanto que las viviendas de uso turístico se tratan de pisos, apartamentos o casas aisladas que no están sujetas a esas limitaciones» (del Busto *et al.*, 2019: 66). Es decir, se hace hincapié en que se trate de unidades aisladas y no conjuntos, lo cual conecta con antecedentes normativos en España, en concreto con el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, donde ya podemos encontrar la utilización del concepto de viviendas turísticas vacacionales. En este mismo texto se hacía mención a la necesidad de una «adecuada regularización administrativa de numerosos alojamientos que estando actualmente en el mercado no reúnen las circunstancias que califican a los apartamentos turísticos». Aunque el contenido dado diste ya mucho de lo que se ha ido desarrollando entorno al alojamiento colaborativo, podemos ver un claro antecedente al tipo alojativo aquí estudiado, en especial por la poca confianza que se desprende (como veremos más adelante) sobre la calidad de las instalaciones ofrecidas.

El problema de esta distinción entre unidades aisladas y no conjuntos es que puede solaparse la regulación prevista para apartamentos y para viviendas turísticas en aquellos casos en los que un mismo propietario tiene diversas propiedades en un mismo edificio. Para evitar esta posible confusión, en el decreto andaluz, también el riojano, se determina el número máximo de viviendas con uso turístico que podrán ubicarse en un mismo edificio.

Solamente Extremadura no tiene una regulación específica diferenciada; puesto que Cantabria y Murcia aprobaron sus respectivas regulaciones a finales de 2019. Ello coincide con la regulación más antigua en este ámbito, pero también con una menor trayectoria turística en la región, que ha implicado poco desarrollo reglamentario hasta la actualidad.

Desde el punto de vista conceptual, podemos encontrar algunas divergencias por lo que respecta a la nomenclatura utilizada; encontramos «vivienda vacacional» en Islas Canarias, «vivienda con finalidad turística» en Andalucía o «estancias turísticas en viviendas» en Mallorca. A pesar de que no hay una visión unánime del fenómeno, y de que prima la pluralidad de conceptos utilizados, la noción «viviendas de uso turístico» es la más frecuente en la normativa sectorial. Este término aparece por primera vez en la Ley 18/2007 de 2 de diciembre, del derecho a la vivienda de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y no resulta baladí que lo haga conectado al derecho a la vivienda, con la intención de «luchar contra la actividad empresarial y lucrativa de convertir ilegalmente las viviendas en alojamientos turísticos». De la misma manera, las distintas Comunidades Autónomas que optan por esta nomenclatura hacen énfasis en la noción de «vivienda».

## 2. LIMITACIONES URBANÍSTICAS

En este apartado, nos referimos a aquellas restricciones que actúan sobre el territorio y las características de los inmuebles, y que por tanto pueden evitar la instalación de la propia actividad turística en viviendas. Resulta de especial relevancia observar qué cuestiones se regulan directamente en la normativa vigente, cuáles prevén un desarrollo posterior y qué papel juegan los municipios en dicho desarrollo.

### 2.1. Tipología de edificación y ubicación dentro de las viviendas

Es frecuente que las comunidades autónomas establezcan características edificatorias que las viviendas de uso turístico deben cumplir, en ocasiones, como ya se comentaba en el apartado anterior, porque ello delimita categorías distintas de alojamiento turístico no hotelero. En este sentido y como se explicaba previamente, la exigencia de que se trate de «edificaciones aisladas o con accesos independientes» frente a «conjuntos complejos» es uno de los elementos que con frecuencia se les exige a las viviendas turísticas frente a otras modalidades. Asimismo, en Aragón solo pueden ser considerados como tal «aquellos inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, viviendas unifamiliares aisladas u otras pertenecientes a complejos inmobiliarios privados [...]» (art. 2, Decreto 80/2015), pero no es el único caso, encontramos disposiciones similares en Asturias («viviendas independientes ubicadas en un edificio de varias plantas sometido a régimen de propiedad horizontal», art. 12), en Madrid (pisos, estudios, apartamentos o casas frente a unidades de alojamiento complejas, art. 2), por poner algunos ejemplos. Un caso curioso es el balear, que establece la prohibición explícita de usos turísticos en viviendas con infracciones de legalidad urbanística graves o muy graves (art. 50).

Mención aparte merece el caso canario, donde se impedía el establecimiento del modelo de «viviendas vacacionales» en aquellas edificaciones ubicadas en zonas turísticas o urbanizaciones (art. 3, Decreto 113/2015), aunque hasta la fecha los tribunales han considerado esta distinción un requisito desproporcionado y por tanto no ajustado a derecho (Sentencias de 21 de marzo y 25 de mayo de 2017, Sala de Instancia del Tribunal Superior de Canarias y Sentencia n.º 25/2019, Sala 3.º, del Tribunal Supremo). Ello se deduce, principalmente, de que esta restricción se introduce como «barrera a competidores que usan canales turísticos no convencionales» (Nogueira, 240: 2018), es decir, como una protección sectorial que en ningún caso puede entenderse como «interés general».

Las exigencias no siempre vienen determinadas por los decretos y leyes en cuestión, sino que pueden implicar meras referencias, con un papel singular otorgado a los ayuntamientos en la definición de los requisitos. Es en este sentido que el Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico del País Vasco, exige como requisito la comprobación de que la vivienda en cuestión «es conforme con la normativa municipal sobre edificación, con la indicación de si consta licencia de primera utilización o cédula de habitabilidad» y «si la actividad de alojamiento turístico que se propone es conforme con el uso urbanístico previsto por la normativa municipal y cumple las condiciones específicas que en su caso sean de aplicación» (art. 8.2 a y b).

Tanto Bilbao como San Sebastián se acogen a la posibilidad de establecer requisitos y limitaciones urbanísticas, que se concretan en la ubicación permitida (1.ª planta de edificios residenciales o plantas inferiores a viviendas en Bilbao (art. 6.3.23 a); mayor o menor permisibilidad en San Sebastián en función de la división zonal de usos (arts. 13-15), e incluso el tamaño del edificio o de la vivienda (San Sebastián). De la misma forma, también plantean restricciones Palma (solo viviendas unifamiliares) o Madrid (viviendas con accesos independientes).

### 2.2. Comunidad de propietarios

Como ha sido señalado de manera reiterada por asociaciones de vecinos, la mezcla de usos en un mismo inmueble genera problemas relacionados a los hábitos, aspiraciones y horarios dispares entre turistas y residentes. La principal herramienta de que disponen los propietarios en régimen de propiedad horizontal son los estatutos de la comunidad, a partir de los cuales pueden establecer los usos permitidos y prohibidos, las limitaciones del uso de los elementos privativos, y las cuotas de participación en los gastos comunes, entre otros. La mayoría de regulaciones, anteriores al Real Decreto-Ley 7/2019, ya hacían mención a la comunidad de vecinos como actor con capacidad para limitar o prohibir la existencia de viviendas turísticas



en edificios afectados por el régimen de propiedad horizontal (y, de hecho, como veíamos en anteriores apartados, limitan –como es el caso de Aragón– la posibilidad de establecer viviendas turísticas a aquellos inmuebles afectados por el régimen de propiedad horizontal).

Así lo expresa, por ejemplo, el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias:

«Cuando se trate de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, solo podrán comercializarse como viviendas vacacionales aquellas en las que expresamente no se prohíba dicha actividad por los estatutos de la Comunidad de propietarios» (art. 12.2).

En estos casos, los propietarios o gestores de viviendas con finalidad turística deberán acreditar, junto con la declaración responsable, que esta actividad está permitida o no está expresamente prohibida por los estatutos de la comunidad de propietarios del inmueble en cuestión.

### 2.3. Ubicación geográfica

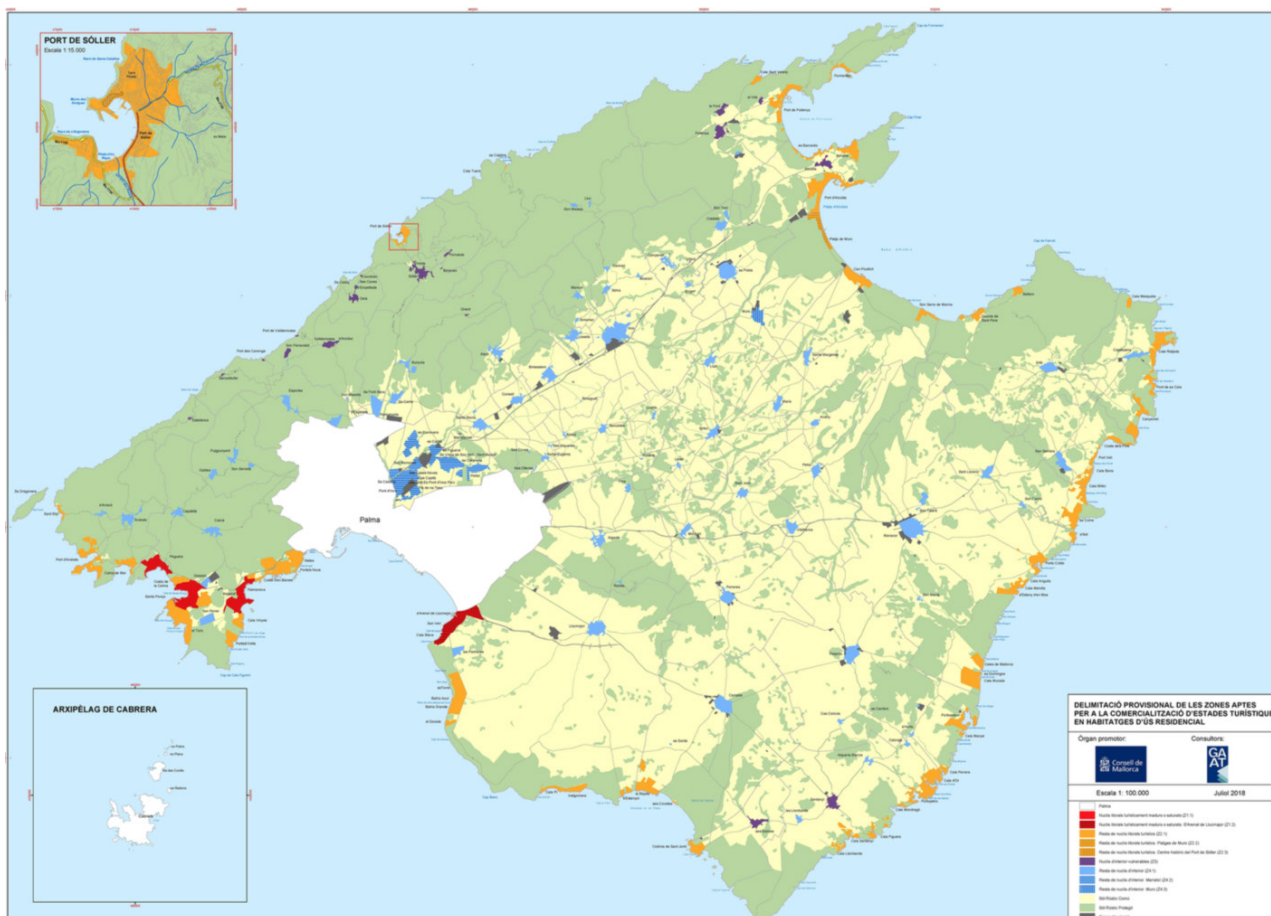
Por lo que respecta a la ubicación geográfica donde está permitido el establecimiento de esta tipología de alojamiento turístico, aproximadamente la mitad de las regiones hacen mención a algún tipo de limitación, a pesar de la oposición frontal de la CNMC, que considera carente de justificación cualquier restricción vía planeamiento urbanístico. Según la Comisión, en caso de que existiesen externalidades negativas, podrían corregirse con mecanismos más proporcionados (CNMC, 2018: 48-53).

Sin embargo, las autonomías que han establecido dichas restricciones se han ido ampliando, y entre las más interesantes destaca la previsión de espacios o zonas turísticas saturadas. Se trata de establecer situaciones posibles, relacionadas con la densidad de usos turísticos por zonas, que permitirían a las instituciones públicas restringir e incluso prohibir la concesión de nuevas licencias. En esta línea, Andalucía propone en su Ley de Turismo la identificación de espacios saturados o en peligro de estarlo para aplicar Programas de Recalificación de Destinos (art. 12.f, Ley 12/2011). También el caso valenciano es paradigmático en este sentido, reconociendo que un exceso turístico puede resultar lesivo para el buen funcionamiento urbano, inclusive el de sus servicios públicos, por lo que establece mecanismos de compensación económica para el «esfuerzo financiero de los municipios turísticos, motivado por la actividad turística, en la prestación de servicios» (art. 24.4, Ley 15/2018). Estas previsiones suelen estar vinculadas al reconocimiento de determinados derechos ciudadanos, como el derecho subjetivo a la vivienda o al descanso, (art. 5.j, Ley 15/2018), pero también puede organizarse alrededor de criterios de protección medioambiental, como se expresa en la Ley de Turismo de Aragón (art. 19.2.b).

También Castilla-La Mancha, aunque con una referencia más genérica, propone la regulación medioambiental como posible elemento de ponderación a la hora de establecer máximos en los usos del espacio (art. 4, Decreto 36/2018), y no es poco frecuente la mención a la ordenación de usos del sector, con especial atención a la planificación ya existente en la normativa municipal. Así pues, en algunos casos la normativa autonómica dispone que han de ser los municipios quienes establezcan y desarrollen los límites en este ámbito. Si bien es cierto que la división zonal y los porcentajes máximos de usos (comerciales, residenciales, industriales) no son nuevos para los ayuntamientos, ya que se contemplaban en sus Planes Generales de Ordenación, la proliferación de estancias turísticas en viviendas ha contribuido a que algunas de estas entidades locales tomen medidas más restrictivas para contrarrestar los efectos sociales y económicos de este fenómeno.

Unas pocas ciudades (principalmente Barcelona, Palma, Madrid, Bilbao y San Sebastián) y dos islas (Formentera y Mallorca) han introducido sus propios modelos o particularidades regulatorias, con diseños similares. Mallorca y Formentera se limitan a establecer números máximos para plazas turísticas, pero lo más habitual es el diseño de zonificaciones, que incluyen diferentes niveles de permisividad en función de las áreas establecidas, previo estudio del nivel de concentración e incidencia de las viviendas turísticas. Como explica Arana, dado que «la regulación de la zonificación o calificación urbanística en normas territoriales y urbanísticas de carácter general es muy escasa», los ayuntamientos tienen mucha libertad para adaptar las medidas a su municipio (Arana, 2018: 12), tomando decisiones sobre en qué zonas puede permitirse la prestación de la actividad, llegando incluso a restricciones cuantitativas (número de plazas) o moratorias en algunos municipios o barrios (Boix, 2018: 275-276).

**MAPA 1. EJEMPLO DE ZONIFICACIÓN: MALLORCA**



Fuente: CONSEJO INSULAR DE FORMENTERA (2018).

Ello suele coincidir con las zonas céntricas y más concurridas por el interés turístico y patrimonial de cada lugar, lo cual es de especial interés porque viene a demostrar el alcance distinto que un fenómeno puede tener en una misma ciudad. Así, el principio rector de estas medidas es «evitar la concentración excesiva de alojamientos turísticos a través de la distribución de los alojamientos turísticos en distintas zonas de la ciudad», como nos dice Artigot (2018: 167) para el caso de Barcelona. Como explica Román, con el PEUAT:

«se establecen una serie de áreas territoriales –denominadas Zonas Específicas– delimitadas conforme a su “sensibilidad” para acoger nuevas viviendas de uso turístico en atención a la intensidad de la oferta actual de alojamientos turísticos, la relación de plazas ofertadas respecto de la población residente, la saturación del espacio público y la morfología urbana o la especialización urbanística preponderante en la zona» (Román, 2018: 25).

Este plan, además, había previsto la reducción de plazas con el objetivo de «desturificar» las zonas más saturadas; sin embargo, esta cuestión ha sido considerada nula de pleno derecho por el Tribunal Superior de Justicia Catalán (Sentencias n.º 466, 764, 769 y 765 del TSJC, Sala de lo Contencioso Administrativo).

### 3. LIMITACIONES DE LA ACTIVIDAD

Según Herrero (2017: 153), la respuesta normativa ante el fenómeno del alojamiento «colaborativo» se ha caracterizado por su foco en la relación entre arrendadores y huéspedes, más que en el papel que puedan jugar las plataformas mediadoras. En esta línea, se han venido aprobando en las respectivas comunidades autónomas disposiciones con el objetivo de limitar y establecer condiciones de diferente tipo para la

actividad turística en viviendas. Algunos autores (Herrero, 2017: 156; Doménech, 2015: 35-66) sugieren que, dichas exigencias, establecidas con la idea de preservar un nivel de calidad mínimo en los servicios, pueden ser excesivas, dado que, herederas del marco regulador preexistente (las condiciones establecidas para establecimientos turísticos en toda su variedad), no atienden a las innovaciones aportadas por las nuevas tecnologías, principalmente por lo que respecta a la existencia de sistemas de valoración de los establecimientos, lo que permite disminuir enormemente las asimetrías informativas entre usuarios y empresarios del sector. A pesar de estas consideraciones, la regulación autonómica se vuelca en la tutela de los intereses y derechos de los usuarios (Herrero, 2017: 156) a la vez que intenta garantizar su compatibilidad con el uso residencial, lo que se traduce en requerimientos mínimos que las viviendas tienen que cumplir en el desarrollo de su actividad: salud, seguridad, la calidad en el ejercicio de las prestaciones, características mínimas de las viviendas, derechos y deberes de los usuarios, entre otros.

Aunque la práctica totalidad de las regiones desarrolla disposiciones de este tipo, el nivel de detalle en las exigencias varía enormemente. Asimismo, como nos señala Boix (2018: 279-280), las nuevas normativas no inciden tanto en cuestiones relativas a la calidad del servicio, como se identifica en la regulación cántabra, cuyo interés es, principalmente, la generación de un marco de tramitación ágil. En cambio, muchas de ellas centran su atención en la ordenación territorial de la actividad.

### 3.1. Requisitos técnicos mínimos

Dentro de esta categoría se encuentran los requisitos relacionados con las condiciones de habitabilidad, es decir, aquellos elementos que aseguren unas condiciones mínimas de calidad y de confort a los usuarios.

En este ámbito, uno de los elementos más mencionados en las distintas regulaciones es la exigencia de un tamaño mínimo, tanto de la vivienda como la de sus estancias, en condiciones que sean equiparable a las exigidas para un uso residencial. Navarra, por ejemplo, establece requerimientos específicos sobre las dimensiones exigibles –una superficie útil mínima de 90 m<sup>2</sup>– (art. 3.a, Decreto 230/2011), mientras que Islas Baleares establece que se debe disponer de como mínimo un baño por cada 4 plazas (art. 52.2, Ley 8/2012), por poner algunos ejemplos.

Además de los requisitos mencionados, otra de las características comunes entre las distintas comunidades autónomas está relacionada con los servicios y suministros mínimos que deben prestarse, entre los que se especifica con frecuencia el agua fría y caliente permanente, el suministro de gas y/o electricidad, también, en ocasiones, incluso la exigencia de climatización de las estancias que permita mantener una temperatura ambiental adecuada, o, como en Andalucía y Asturias, la obligatoriedad de ofrecer ventilación directa en las habitaciones y algún sistema de oscurecimiento de las ventanas (art. 6, Decreto 28/2016). Asimismo, también aparecen con relativa frecuencia los equipamientos y enseres exigibles, de manera que las viviendas estén suficientemente amuebladas y dotadas de los aparatos, muebles y electrodomésticos necesarios para su uso inmediato y con la finalidad de prestar un servicio acorde al número de plazas de que dispongan (art. 6, Decreto 28/2016 y art. 67.2, Decreto 159/2012, entre otros). Ello incluye no solo el mobiliario, sino también, para algunas regiones, la «cubertería, menaje, lencería y equipamientos inherentes a las mismas» (art. 13.2, Decreto 48/2016, de Asturias).

De especial relevancia es la imposición, aunque minoritaria en las normativas, de la insonorización de los apartamentos respecto de los colindantes, al igual que de toda la maquinaria, como elemento que haga más fácil la convivencia con los residentes. En el caso valenciano, el necesario aislamiento térmico y acústico viene determinado por el Decreto 92/2009, en vigor en todo lo que no se oponga a la nueva normativa (Gimeno, 2018).

Cabe remarcar que la pormenorización de estos estándares es muy variable entre regiones, y mientras que en algunos casos se opta por una mera referencia a normativa aplicable a viviendas, otras especifican con gran detalle las comodidades y elementos con los que debe contar cada inmueble. Entre los aspectos que suelen mencionarse de forma más genérica, son frecuentes las normativas sectoriales de accesibilidad y seguridad en los edificios; en segundo lugar, también pueden citarse regulaciones referentes a sanidad y medio ambiente (por ejemplo, en Madrid).

Como elemento distintivo, el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid, recoge que el inicio de la actividad turística en un inmueble estará sujeta a la comprobación de que los requisitos marcados se cumplen.

La aplicación de toda esta serie de requisitos ha sido cuestionada por algunos de los actores involucrados. De hecho, muchos de los artículos citados han sido recurridos ante los tribunales –entre ellos,

por la Abogacía del Estado—, a razón de su poca justificación y desproporcionalidad, suponiendo entonces una carga innecesaria, así como una vulneración de la libre empresa, y por tanto contrarios a la Directiva Europea 2006/123/CE y a la normativa española que la transpone. La jurisprudencia al respecto no es unánime: si bien los tribunales han considerado en varias ocasiones que dichas medidas benefician en último caso a los consumidores y son, en definitiva, garantía de la calidad del servicio (Sentencia n.º 1237/2019, del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, y Sentencia n.º 41/2017, del Tribunal Superior de Canarias, Sala de lo Contencioso), también se han considerado «excesivos» algunos de los requisitos, como la exigencia de climatización andaluza (Sentencia n.º 1400/2019, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo).

### 3.2. Capacidad máxima

Prácticamente todas las comunidades autónomas regulan la capacidad máxima que podrán alojar las viviendas. Como formulación más frecuente, ello viene determinado por lo establecido en la licencia de ocupación o la cédula de habitabilidad, mientras que en otras pocas normativas se establecen ratios por metro cuadrado. En este último caso, se encuentra la normativa de Aragón (art. 8, Decreto 80/2015).

Andalucía contempla una alternativa mixta, por la que «la capacidad máxima de éstas, vendrá limitada a lo dispuesto en la licencia de ocupación. En todo caso, cuando el uso de la vivienda sea completo no podrá ser superior a quince plazas y cuando el uso sea por habitaciones, no podrá superar las seis plazas, no pudiendo exceder en ambos tipos de cuatro plazas por habitación» (art. 5.2, Decreto 28/2016).

Independientemente de las fórmulas utilizadas, la normativa sectorial es taxativa respecto a la sobreocupación; incluso para aquellos casos (Extremadura, Cataluña, Comunidad Valenciana y Galicia) en los que se permite a los propietarios establecer sus límites, la sobrecontratación se encuentra penalizada.

### 3.3. Mantenimiento y limpieza

En esta categoría se hace referencia a cuestiones relativas al estado de conservación, mantenimiento e higiene de los inmuebles, con tal de asegurar «el adecuado estado de conservación de sus estructuras e instalaciones» (art. 6, Decreto 80/2015) que las viviendas de uso turístico se encuentran siempre en las debidas condiciones para su uso. A excepción de Extremadura, todas las regulaciones determinan requisitos en este ámbito, con una gran variación de pormenorización. Hasta cierto punto, estos requisitos «equiparan» la atención y el servicio turístico en viviendas y en alojamiento hotelero, especificando la necesidad de recoger la basura, la frecuencia de la limpieza, así como de cambio de lencería.

### 3.4. Tiempo permitido de alquiler

Como veíamos con anterioridad, la Ley de Arrendamientos Urbanos utiliza la noción de temporalidad a la hora de identificar la cesión turística de la vivienda, sin que ello se concrete en un mínimo o máximo. Las comunidades autónomas regulan de forma muy distinta el tiempo de alquiler para las viviendas turísticas. Para el caso que aquí nos ocupa, no se han incluido aquellas determinaciones cuyo objetivo es evitar la posibilidad de que, como expresa Guillén «el turista/inquilino pueda establecer de manera indirecta su residencia habitual en dicha vivienda» (Guillén, 2018: 249). Se trata de aquellas comunidades que como Aragón limitan la cesión de la vivienda por usuario, pero que no contemplan tiempos máximos de uso turístico en inmuebles residenciales. El interés de hacer esta distinción reside en bien poder identificar si las limitaciones existentes se utilizan para categorizar el uso turístico intensivo (anual) frente al que no lo es (por ejemplo, de temporada) y por tanto una actividad con mayor o menor nivel de profesionalización; bien para evitar que los inmuebles se pongan a disposición de los turistas por un tiempo superior del que se considera deseable, sin que ambas interpretaciones sean incompatibles entre sí.

Es importante tener en cuenta, como nos recuerda Boix, que:

«en un territorio turístico como los de las zonas españolas de mayor demanda, habitualmente costeras, (...) es relativamente habitual que se empleen inmuebles propios en ciertas épocas del año para su alquiler turístico, lo que quizás explica algunos de los equilibrios de las normas autonómicas de esas zonas, reticentes a fijar umbrales cuantitativos o haciéndolo en un número de días más bien elevado (60-90 días)» (Boix, 2018: 277).

En ese sentido, solo 4 comunidades autónomas establecen umbrales de alquiler máximo. A diferencia de otras regiones, Galicia y Cataluña no se limitan a establecer el tiempo máximo consecutivo que se puede alquilar a un solo usuario, sino que regulan tiempo total de «cesión de uso continuado» de las viviendas. También lo hace la ciudad de Valencia, que limita el alquiler turístico de los inmuebles a 60 días en el centro de la ciudad.

En la normativa de la Comunidad Foral de Navarra el planteamiento es muy similar, si bien el límite se fija en los tres meses (art. 2.1, Decreto 230/2011). La regulación balear, por su parte, tiene sus particularidades a la hora de especificar los usos máximos que corresponden a cada modalidad (con mayor o menor nivel de restricción). Así, la exigencia temporal se aplica únicamente para la modalidad de alquiler de vivienda principal, para la cual es obligatorio el plazo máximo de alquiler de 60 días en el periodo de un año (art. 50.20, Ley 8/2012).

En el caso de los umbrales mínimos, establecen disposiciones al respecto La Rioja, Castilla y León y Castilla la Mancha. En estos casos, la intencionalidad es más sencilla de identificar, como demuestra el nuevo redactado del artículo 66.2 introducido por el Decreto 40/2018, de 23 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja:

«No tendrá la consideración de vivienda de uso turístico, aun cuando cumpla con los requisitos del apartado anterior, la vivienda que se destine al alquiler durante un único período consecutivo igual o inferior a tres meses al año independientemente de la efectiva ocupación en ese período».

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sido muy crítica respecto al establecimiento de umbrales de mínimos o máximos, alegando su posible efecto en la oferta y el consiguiente impacto en de términos de competencia y precios (CNMC, 2018: 43). De hecho, el precepto establecido por el Decreto 79/2014, según el cual las VUT no podían contratarse por un periodo inferior a cinco días fue recurrido por la Comisión a través del Abogado general, alegando «que infringía tanto el art. 38 CE, como la Directiva de Servicios comunitaria» (Guillén, 2018: 250). La prohibición prevista fue anulada por la Sentencia n.º 302/2016, de 2 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, coincidiendo con la CNMC en que no concurría en este caso una razón imperiosa de interés general, constituyendo entonces «una restricción injustificada y un obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado entre los operadores turísticos en materia de alojamiento» (fundamento jurídico séptimo). Consecuentemente, en el decreto posterior de modificación (Decreto 29/2019) desaparece toda mención al tiempo mínimo de alquiler.

### 3.5. Normas de convivencia

Las normas de convivencia se prescriben como una garantía para la coexistencia entre pisos turísticos y viviendas y para evitar el desarrollo de actividades en las VUT que sean disruptivas para la comunidad de vecinos. Por norma general, hacen incidencia en la necesidad de respetar las convenciones de orden público e higiene, al amparo de lo establecido en el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. Estas normas suelen aparecer entre las obligaciones de las personas usuarias.

En algunos decretos se determina que el incumplimiento de dichas reglas será motivo de expulsión (art.12.2, Decreto 80/2015). Incluso, como en el caso de Asturias, para la expulsión de los infractores «podrán recabar el auxilio de las fuerzas de orden público» (art. 28.2, Decreto 48/2016).

### 3.6. Cesión por estancias/alquiler por habitaciones

Es poco habitual que se permita el alquiler por habitaciones, la mayoría de normativas señalan la necesidad de alquilar las unidades de forma integral. De hecho, tal y como establece de la Encarnación (De la Encarnación, 2016: 41) «es el primero de los requisitos que se establece por todas las Comunidades Autónomas». Ello se debe a una interpretación restrictiva del artículo 5 e) de la LAU, en el que se alude a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda». Si bien este articulado no prohíbe expresamente la cesión por habitaciones, la mayoría de normativas han optado por excluir cualquier posibilidad. Ante la ambigüedad de la LAU son plausibles interpretaciones distintas; como bien explican Sánchez y García:

«algunos entienden que el supuesto quedaría excluido de la LAU y regido por las normas del Código Civil, por no tratarse de un arrendamiento ni para uso como vivienda ni como para uso

distinto en tanto no recaer sobre una edificación; para otros sería un arrendamiento sometido a la LAU pero, dentro de esta, al régimen de los arrendamientos para uso distinto» (Sánchez y García, 2018: 160-161).

Sin embargo, las normativas más nuevas, como las de Cantabria y Murcia, sí habilitan la opción del alquiler parcial. En Andalucía, ello implica requerimientos añadidos, como vemos a continuación:

«Artículo 3.- Normas específicas sobre el alojamiento en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico.

(...)

2. En el caso de cesión por habitaciones de viviendas particulares para uso turístico, solo una persona física podrá ser titular de la actividad alojativa.

En tal supuesto, la persona ha de estar empadronada y tener su residencia efectiva en la vivienda en la que desarrolle la actividad. Dicho requisito ha de mantenerse durante todo el tiempo de desarrollo de la actividad, hasta que comunique formalmente su cese (Decreto 101/2018)».

Aunque su exclusión no necesariamente implica prohibición (como es el caso en Rioja), el planteamiento autonómico es tendencialmente restrictivo. Por su parte, «la Comisión Nacional de los Mercados y de las Competencia se muestra claramente a favor de que las Comunidades Autónomas permitan estas cesiones de uso» (De la Encarnación, 2016: 45), de forma coincidente con la postura asumida hasta el momento por la jurisprudencia. De hecho, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó parcialmente el recurso de la CNMC (Sentencia n.º 64/2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso), anulando así la prohibición de cesión por habitaciones de la vivienda de uso turístico, al considerar que dicha limitación al ejercicio de la actividad turística no se encuentra justificado por razones de interés general, ni de protección del consumidor o usuario turístico, ni su prohibición deriva del art. 5.e de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

### **3.7. Permiso de inicio de actividad**

La mayoría de comunidades autónomas permiten el establecimiento de autorizaciones y/o comunicaciones previas para el inicio de actividad, si bien muy pocas lo regulan como requisito previo. Ello implica que se da la opción a que se establezcan posteriormente, bien a través de la regulación autonómica o la municipal. La normativa catalana es pionera en el establecimiento de dichos requisitos: la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, ya «permitía a los Ayuntamientos regular el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad para la obtención del título habilitante de la actividad. Es decir, para la obtención de la licencia turística» (Artigot, 2018: 158).

De manera similar, aunque con un establecimiento posterior, comunidades como Castilla y León (art. 7.1 o Galicia, art. 42.1) contemplan la posibilidad de establecer autorizaciones, cuya responsabilidad trasladan al ámbito local y/o sectorial. Por su parte, el País Vasco (art. 8.1) e Islas Baleares (art. 23) contemplan situaciones excepcionales en las que se podrá exigir un control previo antes de establecer la actividad turística en inmuebles. Mientras que la ley balear hace una referencia a este supuesto sin más concreción, en el decreto vasco se tasan aquellas situaciones en las que deberá requerirse informe previo y vinculante, cuya tramitación corresponderá a los ayuntamientos (Decreto 101/2018).

La evolución de este supuesto en la Comunidad de Madrid merece mención aparte. Así, el decreto de 2014 preveía la posibilidad de autorizaciones o licencias. Sin embargo, esta posibilidad desaparece en el decreto de 2019, puesto que, como se admite en el preámbulo, ello puede ser incompatible con la legislación europea. Como alternativa, el nuevo decreto establece un Certificado de Idoneidad para las Viviendas de Uso Turístico (CIVUT), orientado a la comprobación previa al inicio de actividad de que los inmuebles cumplen con todos los requisitos –razonables y proporcionados, se remarca– de funcionamiento establecidos. El preámbulo añade, además, «que la voluntad que se persigue con esta regulación es ajena a los condicionantes urbanísticos con los que suele vincularse y condicionarse esta actividad. Así, este decreto de modificación enfoca las viviendas desde una perspectiva turística, no urbanística, sin perjuicio de que los municipios establezcan, si así lo consideran, ulteriores controles en el ámbito de sus respectivas competencias», dejando de nuevo abierta la puerta a la regulación local.

El planteamiento canario difiere un poco a los anteriores (pero con similares resultados), al exigir autorización si se requiere cambio del uso del suelo (art. 32, Ley 2/2012). De igual manera lo regula, la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, en su artículo 214. En este caso, como argumenta Gimeno (2018: 356), se debe discernir si «destinar una vivienda al uso turístico comporta un cambio de uso urbanístico (del residencial al terciario)» y por tanto se requiere o no una licencia. La interpretación que los tribunales hacen al respecto no es, hasta la fecha, uniforme, y podemos encontrar sentencias que se pronuncian en ambas direcciones<sup>1</sup>.

Desde la perspectiva municipal, todos los ayuntamientos que han desarrollado regulación específica –a excepción de Palma– exigen a las futuras VUT algún tipo de habilitación previa. En el caso de San Sebastián, por poner un ejemplo, es necesario que los propietarios registren una comunicación previa (art. 19.3 Ordenanza).

#### 4. REGISTRO AUTONÓMICO DE ACTIVIDAD

Todas las comunidades autónomas regulan la obligatoriedad de inscribir las viviendas turísticas en el Registro. En algunos casos, como explica Soriano (2018: 330) respecto a la Comunidad Valenciana, la necesidad de comunicar el inicio de actividad puede suponer una herramienta de control añadida, ya que como pasa en esta comunidad, las viviendas deberán ser clasificadas para poder operar, con lo que deberán cumplir con algunos de los requisitos establecidos para las distintas. Esta medida ha sido muy criticada por parte de la Comisión para la Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, que lo considera una vulneración a la libre competencia, que, además, «implica un exceso de trámites administrativos, que pueden suponer una carga excesiva y desincentivar la entrada de viviendas de turístico en el mercado de alojamiento.» (CNMC, 2018: 42). La jurisprudencia emitida al respecto (Sentencia n.º 1741/2018, de 10 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala del Contencioso-Administrativo) coincide con este juicio, insistiendo en que la inscripción en el Registro no puede ser un condicionante para la actividad turística en viviendas puesto que sería una exigencia irrazonable (Fundamento Jurídico cuarto).

Sin embargo, el registro constituye un recurso muy importante para las instituciones a la hora de conseguir información, y su escasez un reto tanto para la regulación de la economía como para su investigación (Artigot, 2018: 152).

#### CONCLUSIONES

El uso del alojamiento privado para el turismo no es un fenómeno novedoso. No obstante, la incorporación de nuevas tecnologías, con una participación cada vez más directa de los usuarios y la aparición de las plataformas como entidades mediadoras en los servicios ha revolucionado la dimensión de su incidencia, facilitando la multiplicación de la oferta turística y la afluencia masiva de nuevos usuarios. La intensidad de estos usos, así como su potencial para generar problemas y costes sociales, ha sido reconocido por las distintas instancias de justicia como elementos que facultan a las distintas regiones para desarrollar un mayor control sobre las actividades, sin que ello entre en conflicto con la libre competencia y la regulación europea al respecto.

Las reacciones normativas a este fenómeno han tendido a encontrar caminos convergentes, y, en definitiva, han seguido una trayectoria similar a la vivida en el escenario europeo, que ha pasado desde «la permisión casi completa a la regulación más estricta, pasando por su prohibición en alguna capital» (De la Encarnación, 2018: 191). Ello se ha traducido, principalmente, en exigencias en dos grandes bloques. En primer lugar, por lo que respecta a las limitaciones urbanísticas, a partir de las cuales las entidades públicas determinan en qué espacios y edificios puede habilitarse la actividad, ya sea por consideraciones medioambientales o sociales y/o de convivencia. En segundo lugar, las limitaciones de actividad, dirigidas a preservar la calidad del servicio y buscar una cierta homologación con la regulación exigida a establecimientos

---

<sup>1</sup> Así, mientras que la Sentencia n.º 513/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de abril de 2013 o la Sentencia n.º 244/2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 1 de Donostia/San Sebastián, de 5 de diciembre de 2016, tienen una postura favorable a exigir licencia, no es del mismo parecer el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 6 de Valencia, que en su Sentencia n.º 148/2016 sostiene que «del inicio de esta actividad no se deriva un cambio de uso urbanístico» (GIMENO, 2018: 357).

hoteleros, a partir de requisitos de tipo técnico (mobiliario y equipamiento, medidas de seguridad, espacios mínimos), pero también exigiendo el cumplimiento de normas de convivencia, entre otros.

Aun así, dado que el impacto de las viviendas turísticas no es homogéneo, no necesariamente debería serlo la respuesta dada desde las instituciones. Ello es más evidente en el nivel local, por lo que respecta al planeamiento urbanístico en las ciudades, con el caso concreto de las zonificaciones que distinguen áreas con mayor o menor restricción en función de la incidencia y/o saturación de oferta, identificada previamente. Como nos advierte Nogueira, la crítica a una mayor homogeneización de las distintas normativas autonómicas y locales «en el fondo es deudora de una visión que no toma en consideración que la diversidad competencial ampara una variedad de preferencias regulatorias y políticas para abordar un mismo campo o adaptarse a circunstancias diversas» (Nogueira, 2018: 236).

En esta misma línea, convendría reflexionar al respecto de si «se quiere regular la actividad de forma global, como si siempre tuviera los mismos perfiles y planteara idénticos problemas, o por el contrario si se entiende más apropiado diferenciar entre situaciones que puedan tener perfiles suficientemente diferenciados» (Boix, 2018: 276). Así, por ejemplo, la negativa a permitir la cesión por habitaciones de las viviendas, plantea dudas –ya expresadas por los tribunales y por la CNMC– por equiparlo al alquiler de un inmueble en su totalidad, sin contemplar que pueda responder a un modelo diferenciado. Asimismo, también es importante señalar la disparidad de pareceres de los distintos actores en este proceso de definición, con una CNMC especialmente beligerante en su defensa por la libre competencia, frente a los ensayos de regulación autonómica y local.

En cualquier caso, es importante remarcar que la regulación sobre viviendas turísticas se encuentra en un momento de evolución, marcado por las primeras experiencias de éxito y fracaso de la variedad de enfoques, tanto dentro como fuera de España. Por ello, será necesario vislumbrar qué cuestiones reguladas no pasan la prueba de la aplicación práctica, es decir, qué costes de implementación y seguimiento implican y cuál es su nivel de efectividad. Medidas como los umbrales máximos de alquiler turístico ya han sido cuestionadas en estos términos, no obstante, faltan todavía análisis integrales sobre la aplicación de la normativa de viviendas turísticas que permitan avanzar en su mejor regulación, y que merecen atención específica en futuras monografías.



## ANEXO I. TABLA RESUMEN DE REGULACIONES AUTONÓMICAS Y MUNICIPALES

|                            | Regulación específica   | Limitaciones urbanísticas   | Limitaciones actividad   | Inscripción                     | Regulación  |
|----------------------------|---|---|--|---------------------------------|---|
| <b>NAVARRA</b>             | Sí<br><i>Vivienda turística</i>   | Sí<br>• Tipología de edificio (art. 3).   | • Requisitos técnicos mínimos (arts. 3, 19, 27-32c).<br>• Seguridad (arts. 19, 24).<br>• Mantenimiento (arts. 19, 20).<br>• Capacidad máxima (art. 26).<br>• Exclusión de cesión parcial (art. 2.b).<br>• Tiempo de alquiler máximo (art. 2).  | Sí (art. 9)                     | Decreto foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de ordenación de los apartamentos turísticos en la comunidad foral de Navarra.  |
| <b>COMUNIDAD DE MADRID</b> | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i>   | Sí<br>• Tipología de edificio (art. 2).<br>• Comunidad de vecinos (art. 17.5, ref. Ley 49/1960).  | • Requisitos técnicos mínimos (arts. 5, 17, 18).<br>• Seguridad (arts. 5 y 17).<br>• Mantenimiento (art. 5).<br>• Capacidad máxima (art. 18.4).<br>• Exclusividad del uso turístico (art. 6).<br>• Autorización previa –certificado de idoneidad– (art. 17).<br>• Exclusión de la cesión parcial (art. 2.2).<br>• Usos de convivencia (art. 5, ref. Ley 1/1999).   | Sí (art. 11)                    | Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.<br>Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio.<br>Ley 1/1999.  |
| <b>MADRID</b>              | Plan Especial para la regulación de uso terciario en su clase de Hospedaje ( <i>PEH</i> ) | Limitaciones por distritos organizados en tres anillos concéntricos –más restrictivos cuanto más al centro– (art. 6, PEH).<br>• Tipología de vivienda: accesos independientes, tipología de uso del suelo (art. 7.6.3 PGOU, art. 7.1.4).<br>• Impacto acústico (art. 5.3.5 PGOU). | • Permiso de cambio de uso del suelo en zonas residenciales (art. 6, remite al Título 5 del PGOU).<br>• Planes Especiales de Control Urbanístico-Ambiental de Usos (art. 8, PEH).<br>• Se requiere licencia (art. 2.1.1 PGOU; acuerdo de 21 mayo CSPG).<br>• Tiempo de alquiler mínimo para considerar vivienda turística: + de 90 días al año (uso comercial según Acuerdo de 21 mayo CSPG).  | Sí                              | Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PGOU).<br>Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control Urbanístico.<br>Acuerdo de 21 de mayo de 2019 de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 (PGOUM), tema n.º 363.  |
| <b>ISLAS CANARIAS</b>      | Sí<br><i>Viviendas vacacionales</i>   | Decreto 113/2015:<br>• Comunidad de propietarios (art. 12.2, ref. a la Ley de propiedad horizontal, Decreto 113/2015).<br>• Ubicación (suelo residencial) (art. 3.2, ref. a Ley 2/2013).<br>• Normativa urbanística (ref. genérica a normativa sectorial, art. 4).                | Decreto 113/2015:<br>• Requisitos técnicos mínimos (art. 9, ref. al Decreto 117/2006, art. 10).<br>• Capacidad máxima (art. 5.1).<br>• Seguridad (ref. genérica a normativa sectorial, arts. 4 y 9) y accesibilidad (ref. genérica, art. 4).<br>Mantenimiento (art. 4, art. 8).<br>• Exclusión de la cesión parcial (art. 2.a) y 12.1).<br>• Usos de convivencia (art. 5.2.b) y c).<br>• Informe técnico turístico (art. 34, Ley 2/2012).<br>• Permiso de cambio de uso del suelo (art. 32, Ley 2/2012). | Sí (art. 12,3 Decreto 113/2015) | Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.<br>Ley de ordenación del turismo de Canarias L7/1995.<br>Decreto 117/2006, de 1 de agosto, por el que se regulan las condiciones de habitabilidad de las viviendas.<br>Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias. |

|                           | Regulación específica                   | Limitaciones urbanísticas  | Limitaciones actividad  | Inscripción                                  | Regulación   |
|---------------------------|---|--|---|--|--|
| <b>MURCIA</b>             | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i> | No   | <ul style="list-style-type: none"> <li>Requisitos técnicos mínimos (arts. 11-18) Mantenimiento (art. 10).</li> <li>Capacidad máxima (art. 14).</li> <li>Permite el alquiler por habitaciones (art. 2.b).</li> </ul> Mantenimiento (art. 10).  | Sí<br>(art. 28.3)                            | Decreto n.º 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia.   |
| <b>LA RIOJA</b>           | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i> | <ul style="list-style-type: none"> <li>Comunidad de propietarios (art. 67).</li> <li>Normativa municipal (art. 67).</li> <li>Tipología del edificio (art. 66.1).</li> </ul>            | <ul style="list-style-type: none"> <li>Capacidad (art. 66.6, introducido por el Decreto 40/2018).</li> <li>Requisitos técnicos mínimos (art. 8, art. 66, ref. también al Decreto 28/2013).</li> <li>Usos de convivencia (art. 20).</li> <li>Mantenimiento (art. 4).</li> <li>Tiempo de alquiler mínimo (art. 66.b)).</li> <li>Exclusión de la cesión parcial –no la prohíbe, pero no se considera vivienda turística– (art. 66.1).</li> <li>Efectos medioambientales (art. 3, ref. genérica a normativa sectorial).</li> <li>Exclusión de viviendas habituales (art. 66.2.a)).</li> </ul> | Sí<br>Registro de proveedores<br>(art. 10.2) | Decreto 40/2018, de 23 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.<br><br>Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de la Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de la Rioja.<br><br>Decreto 28/2013, de 13 de septiembre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas en la Comunidad Autónoma de La Rioja. |
| <b>CASTILLA-LA MANCHA</b> | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i> | Sí <ul style="list-style-type: none"> <li>Comunidad de propietarios (art. 4, 16.b)).</li> <li>Regulación medioambiental y urbanística (art. 4, ref. a normativa sectorial).</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>Exclusión de la cesión parcial (art. 2.c)).</li> <li>Exclusividad del uso (art. 3).</li> <li>Requisitos técnicos mínimos (art. 4, ref. genérica a la normativa sectorial, arts. 16.1 y 16.2).</li> <li>Capacidad máxima (art. 16.3).</li> <li>Mantenimiento (art. 16.g)).</li> <li>Seguridad (art. 16.a), ref. genérica a la normativa sectorial).</li> <li>Accesibilidad (art. 4, ref. genérica).</li> </ul>  | Sí<br>(art. 6.6)                             | Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha.   |
| <b>CATALUÑA</b>           | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i> | Decreto 159/2012: <ul style="list-style-type: none"> <li>Ordenación de usos del sector (art. 68.6).</li> <li>Estatutos de la comunidad de propietarios (art. 68.6).</li> </ul>         | Decreto 159/2012: <ul style="list-style-type: none"> <li>Exclusión de la cesión parcial (art. 66.2).</li> <li>Requerimientos técnicos mínimos (art. 67).</li> <li>Condiciones y mantenimiento (art. 67).</li> <li>Tiempo de alquiler máximo (art. 66.3).</li> <li>Usos de convivencia (art. 68.11).</li> </ul>  | Sí<br>(art. 68.8, Decreto 159/2012)          | Decret 159/2012, de 20 de novembre, d'establiments d'allotjament turístic i d'habitatges d'ús turístic.<br><br>Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya.   |

|                  | Regulación específica   | Limitaciones urbanísticas  | Limitaciones actividad   | Inscripción  | Regulación   |
|------------------|---|--|--|--|--|
| <b>BARCELONA</b> | Sí<br>Pla Especial Urbanístic 'Alotjaments Turístics.<br>*Suspendido por distintas sentencias | <ul style="list-style-type: none"> <li>Ubicación (no se pueden establecer en bajos).</li> <li>División y regulación más o menos restrictiva en función de zonas (prohibición en zona 1, antenimiento del número total en zona 2, zona 3 en función de densidad máxima de plazas y zona 4 con regulación particular) (art. 23).</li> <li>Usos del suelo –Prohibición de cambio de uso en lugares destinados a vivienda antes de 2015– (art. 9.a); uso exclusivo para el edificio entero (art. 9.b)).</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>Referencia genérica a la normativa sectorial, ordenanzas y al Decreto 159/2012 (art. 22.1.a)).</li> <li>Necesidad de licencia urbanística y autorización para casos determinados (art. 9.d).</li> <li>Imposibilidad de establecer en vivienda principal en Ciutat Vella (Disposición Adicional Primera).</li> </ul>   | Sí<br>(art. 24)  | PGOU de Barcelona.   |
| <b>ANDALUCÍA</b> | Sí<br><i>Viviendas con finalidad turística</i>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>Plan General de Turismo: Espacios turísticamente saturados (art. 12.f), Ley 12/2011). Prevé programas de Recalificación de Destinos.</li> <li>Uso del suelo (art. 3 Decreto 28/2016).</li> <li>Ubicación: solo zonas urbanas (art. 1.2.c), Decreto 28/2016).</li> </ul>   | Decreto 28/2016: <ul style="list-style-type: none"> <li>Convivencia (art. 2.5).</li> <li>Capacidad máxima (art. 5.2).</li> <li>Requerimientos técnicos mínimos (art. 2, ref. genérica a normativa sectorial, art. 6).</li> <li>Mantenimiento (art. 6.h)).</li> <li>Tiempo de alquiler máximo (art. 1.2.b)).</li> <li>Número de viviendas de un mismo propietario (art. 1.2.d)).</li> <li>Permitida cesión parcial (art. 5).</li> </ul> | Sí<br>(art. 9.3)   | Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos. Ley 12/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía.   |
| <b>ASTURIAS</b>  | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i>   | Sí<br>(Decreto 48/2016) <ul style="list-style-type: none"> <li>Tipología de edificio (art. 12).</li> <li>Posible prohibición en ordenación urbanística o comunidad de vecinos (art. 12 y 27.b)).</li> <li>Zonas turísticas saturadas (Ley 7/2001).</li> </ul>  | Decreto 48/2016: <ul style="list-style-type: none"> <li>Requerimientos técnicos mínimos (art. 13, art. 22).</li> <li>Mantenimiento (art. 13.b), art. 24).</li> <li>Convivencia y orden público (art. 16 y art. 28.e)).</li> <li>Capacidad máxima (art. 13.f).</li> <li>Ordenanzas municipales (art. 27.a).</li> <li>Permitida la cesión parcial (art. 12.1).</li> </ul>  | Sí<br>(art. 31)  | Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico. Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo.  |
| <b>ARAGÓN</b>    | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i>   | Decreto 80/2015: <ul style="list-style-type: none"> <li>Tipología de edificio (art. 2.a), art. 4.2).</li> <li>Comunidad de propietarios (art. 14.2.f).</li> <li>Número de viviendas en un mismo edificio/conjunto (art. 4.2.b).</li> <li>Zonas turísticas saturadas (art. 19, Ley de Turismo).</li> </ul>  | Decreto 80/2015. <ul style="list-style-type: none"> <li>Requerimientos técnicos mínimos (art. 2.a, art. 6, art. 7, art. 9).</li> <li>Cesión integral (art. 3).</li> <li>Seguridad (art. 6).</li> <li>Capacidad máxima (art. 8).</li> <li>Habitabilidad y mantenimiento (art. 2.a), art. 6, art. 9, art. 10).</li> <li>Higiene y orden público (art. 2.c), art. 16, art. 5 refiere a la Ley 2013, art. 22.c)).</li> </ul>               | Sí<br>(art. 14.4, art. 15, art. 28 en la Ley de Turismo) | Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón. Decreto Legislativo 1/2016, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón. |
| <b>CANTABRIA</b> | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>Comunidad de propietarios (art. 5.1.d)).</li> <li>Ubicación (suelo de uso residencial (art. 2.a)).</li> <li>Prohibición en viviendas protegidas (art. 5.1.e)).</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>Permitida la cesión compartida (art. 3.b)).</li> <li>Habitabilidad y mantenimiento (art. 6.m y n)).</li> </ul>  | Sí<br>(art. 5.2)   | Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria.   |

|                        | Regulación específica                          | Limitaciones urbanísticas   | Limitaciones actividad   | Inscripción  | Regulación   |
|------------------------|--|---|--|--|--|
| <b>CASTILLA Y LEÓN</b> | Sí<br><i>Viviendas de uso turístico</i>        | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Espacio turístico saturado (art. 56, Ley de turismo). Vinculado a problemas medioambientales.</li> </ul>   | Decreto 3/2017:<br><ul style="list-style-type: none"> <li>• Cesión integral (art.2.c)).</li> </ul> Afectado por Sentencia del TSJCyL.<br><ul style="list-style-type: none"> <li>• Requisitos técnicos mínimos (art. 2.b y e, art. 16).</li> <li>• Mantenimiento y limpieza (art. 16.g).</li> <li>• Capacidad (art. 16.3).</li> <li>• Tiempo de alquiler mínimo (art. 2.d)).</li> <li>• Abierta la posibilidad de autorización municipal (art. 7.1).</li> <li>• Normas de convivencia (art. 27.1 e)).</li> <li>• Número máximo de viviendas explotadas por un mismo titular (art. 2.2.c)).</li> </ul>   | Sí<br>(art. 6.6)   | Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León.<br><br>Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de turismo de Castilla y León.   |
| <b>EXTREMADURA</b>     | No   | No  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Requisitos técnicos mínimos (arts. 43, 44).</li> <li>• Normas de convivencia (art. 14.d)).</li> <li>• Exclusión de la cesión parcial (art. 61).</li> <li>• Seguridad, ref. genérica (art. 44).</li> <li>• Normativa medioambiental, ref. genérica (art. 44).</li> </ul>   | Sí<br>(art. 52)  | Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura.<br><br>Ley 6/2018, de 12 de julio, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura.   |
| <b>ISLAS BALEARS</b>   | Sí<br><i>Estancias turísticas en viviendas</i> | Ley 8/2012:<br><ul style="list-style-type: none"> <li>• Zonas declaradas aptas de manera expresa (art. 50.3, art. 75)).</li> <li>• Viviendas con infracciones graves/muy graves de legalidad urbanística (art. 50.4).</li> <li>• Comunidad de propietarios (art. 50.7).</li> <li>• Planes de intervención en ámbitos turísticos: densidad poblacional máxima, delimitación zonal y ratios. (art. 5.3 y 5.4).</li> <li>• Zonas turísticas saturadas o maduras (art. 77).</li> <li>• Viviendas protegidas (art. 50.8).</li> </ul> | Ley 8/2012:<br><ul style="list-style-type: none"> <li>• Tiempo máximo de alquiler (art. 50.20) (modalidad de alquiler de vivienda principal).</li> <li>• Requisitos técnicos mínimos (art. 52).</li> <li>• Sostenibilidad ambiental mínima (art. 50.5 y 50.6).</li> <li>• Imposibilidad en pisos de protección oficial/precio tasado (art. 50.8).</li> <li>• Usos de convivencia y orden público (art. 16, art. 50.12).</li> <li>• Antigüedad mínima del edificio (art. 50.17).</li> <li>• Mantenimiento y limpieza (art. 51).</li> <li>• Capacidad máxima (art. 52).</li> <li>• Exclusión de la cesión parcial (art. 50.13, art. 50.13).</li> <li>• Posibilidad de establecer autorización (art. 23).</li> <li>• Accesibilidad (ref. genérica, art. 50.6).</li> </ul> | Sí<br>(art. 23.6, art. 27 (registro por cada cada isla)) | Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears.<br><br>Llei 6/2017, de 31 de juliol, de modificació de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, relativa a la comercialització d'estades turístiques a habitatges.<br><br>Acord del Ple de Mallorca pel qual s'aprova la delimitació provisional de les zones aptes per a la comercialització d'estades turístiques en habitatges d'ús residencial a Mallorca (Exclosa Palma). |

|                   | Regulación específica  | Limitaciones urbanísticas  | Limitaciones actividad  | Inscripción   | Regulación  |
|-------------------|--|--|---|---|---|
| <b>PALMA</b>      | Sí<br><br>Pla general per a la regulació aplicable als establiments turístics i albergs juvenils a Palma                 | Art. 55 y sig. Cuadros de usos:<br><br>• Tipología de edificio: Prohibición en viviendas plurifamiliares.<br><br>• Regulación zonal de nuevas licencias (prohibición en centro histórico, excepto edificios con máximo de 20 habitaciones).<br><br>• Viviendas unifamiliares en suelo residencial.<br><br>• Medidas ambientales para nuevos proyectos.<br><br>• Índice de intensidad alojamientos turísticos por parcela (1 plaza/40 m <sup>2</sup> construidos) | No  | Sí  | Acord, aprovat pel Ple de l'Ajuntament de Palma en data 26 de juliol de 2018, de la Delimitació provisional de les zones aptes per a la comercialització de les estades turístiques en habitatges d'ús residencial al municipi de Palma (Exp. 25815). |
| <b>FORMENTERA</b> | Reglamento 1/2015 por el que se regula la comercialización de estancias turísticas en viviendas en la Isla de Formentera | • Número máximo de viviendas comercializables en una misma parcela (art. 5.2 c)).  | • Requisitos técnicos mínimos (art. 2, que remite a Ley autonómica de turismo, art. 5.2), a incluir en <b>un Plan de Calidad</b> (arts. 3-4).<br><br>Plan de calidad:<br><br>• Condiciones en función de la tipología de vivienda (art. 5).<br><br>• Dotaciones mínimas de mobiliario y utensilios (art. 4).<br><br>• Requisitos mínimos que acrediten la limpieza y el mantenimiento (art. 4). | Sí (art. 6)   | Plan de calidad para las viviendas objeto de comercialización turística para el periodo 2015-2019.  |
| <b>GALICIA</b>    | Sí<br><br><i>Viviendas de uso turístico</i>  | • Suelo residencial (art. 5.6).<br><br>• Limitación en número por edificio o sector (Ayuntamientos) (art. 5.6).<br><br>• Comunidad de vecinos (art. 41.5).<br><br>• Regulación urbanística, ref. genérica (art. 2.2).  | • Tiempo de alquiler máximo (art. 5.2).<br><br>• Cesión integral (art. 5.1).<br><br>• Requisitos técnicos mínimos (art. 39, art. 5.1).<br><br>• Normas de convivencia (art. 40.5).<br><br>• Mantenimiento (art. 39).<br><br>• Posibilidad de autorización (art. 42.1).  | Sí (art. 43)  | Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia.   |
| <b>PAÍS VASCO</b> | Sí<br><br><i>Viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico</i>                                   | Decreto 101/2018:<br><br>• Normativa municipal sobre edificación (8.2.a) y b)).<br><br>• Requisitos medioambientales (8.2.d)).<br><br>• Comunidad de vecinos (art. 19).  | Decreto 101/2018:<br><br>• Requisitos técnicos mínimos (art. 12, arts. 14-15).<br><br>• Habilitación previa en casos concretos (8.1).<br><br>• Residencia y empadronamiento para alquiler de habitaciones (art. 3).<br><br>• Capacidad máxima (art. 13).<br><br>• Mantenimiento (art. 53.11 en la Ley).<br><br>• Normas de convivencia (art. 16. en la ley, art. 24 en decreto).                | Sí (art. 23.3 en la Ley de Turismo, art. 7 en el Decreto) | Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico.<br><br>Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo.  |

|                             | Regulación específica   | Limitaciones urbanísticas   | Limitaciones actividad   | Inscripción      | Regulación   |
|-----------------------------|---|---|--|------------------|--|
| <b>BILBAO</b>               | Sí  | <ul style="list-style-type: none"> <li>Ubicación: 1.ª planta de edificios residenciales o plantas inferiores a viviendas (art. 6.3.24).</li> <li>Limitación de número de licencias turísticas en función de zona (Casco Viejo y en Bilbao La Vieja).</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>Informe urbanístico de conformidad (art. 6.3.24).</li> <li>Permitida la cesión parcial, máx. 3 places (art. 6.3.18).</li> <li>Remite a regulación sectorial (art. 6.3.24).</li> </ul>   | Sí (art. 6.3.24) | Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao.   |
| <b>SAN SEBASTIÁN</b>        | Sí<br>Ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico<br>Afectado por sentencia | <ul style="list-style-type: none"> <li>Solo plantas bajas o edificios con acceso independiente.</li> <li>División zonal de usos (PGOU, arts. 59-60) y requisitos (arts. 13-15 ordenanza):</li> <li>A: Prohibidos nuevos establecimientos.</li> <li>B: situadas por bajo de uso residencial. Viviendas de máximo 250 m<sup>2</sup>.</li> <li>B: Permiso en plantas superiores si el edificio tiene mínimo 7 plantas. Permitidos hasta 2 viviendas por cada 6 plantas adicionales. Viviendas inferiores a 350 m<sup>2</sup>.</li> </ul> | Ordenanza: <ul style="list-style-type: none"> <li>Informe urbanístico de conformidad (art. 19).</li> <li>Requisitos de equipamientos mínimos: estancia, cocina, comedor, dormitorio doble, cuarto de baño y tendedor. Tamaño mínimo: 35 m<sup>2</sup> (arts. 13-15).</li> <li>Permitida la cesión parcial, con requisito de empadronamiento y residencia habitual del propietario (art. 2).</li> <li>Impacto ambiental y acústico (BOG de 17 de octubre de 2000).</li> </ul>   | (art. 19)        | Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián.<br><br>Ordenanza reguladora de la actuación municipal frente a la contaminación acústica por ruidos y vibraciones.   |
| <b>COMUNIDAD VALENCIANA</b> | Sí  | <ul style="list-style-type: none"> <li>Planes municipales de ordenación de recursos turísticos (art. 27) / planes de intervención: Conclusiones podrán incorporarse al PGOU. Opción a delimitación zonal (ámbitos turísticos y de protección, zonas saturadas); densidades máximas de población, número de plazas, características edificatorias.</li> </ul>  | Ley 15/2018: <ul style="list-style-type: none"> <li>Mantenimiento (art. 56) y habitabilidad (art. 65).</li> <li>Sostenibilidad (art. 57).</li> <li>Referencia genérica a la normativa en seguridad, legislación laboral, seguridad, precios y fiscalidad (art. 58).</li> <li>Informe de compatibilidad urbanística (art. 65).</li> <li>Exclusión de la cesión parcial (art. 65).</li> <li>Normas de convivencia (art. 17.e) y g)).</li> </ul> Decret 92/2009: <ul style="list-style-type: none"> <li>Requisitos técnicos mínimos (Anexo I).</li> </ul> | Sí (art. 53)     | Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana.<br><br>Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana. |
| <b>VALÈNCIA</b>             | <i>Vivienda turística</i>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>Ubicación: plantas bajas o primeras plantas completas (siempre por debajo de uso residencial) (capítulo 6 PGOU).</li> <li>Usos del suelo por zonas.</li> </ul> En Ciutat Vella: <ul style="list-style-type: none"> <li>Domicilio habitual (art. 6.4.3.c.V1.1).</li> <li>60 días al año (art. 6.4.3.c.V1.2).</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>Licencia (art. 1.6 PGOU).</li> </ul>  |                  | PGOU València.<br><br>Plan Especial de Protección y Catálogo de Protecciones Ciutat Vella de València.   |

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANA GARCÍA, E. (2018): “La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias”, en *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 10, págs. 6-21. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10545>.
- ARTIGOT GOLOBARDES, M. (2017): “Retos de las Viviendas Turísticas en Barcelona: Entre el Mercado y la Regulación”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 151, págs. 189-206. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2957677>.
- ARTIGOT GOLOBARDES, M. (2018): “Implicaciones normativas de la heterogeneidad del mercado de alquiler de viviendas turísticas en Barcelona”, en DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (dir.); BOIX, A. (ed.): *La regulación del alojamiento colaborativo, viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, págs. 149-169. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- BOIX PALOP, A. (2018): “Estrategias regulatorias para la resolución de los conflictos de intereses generados por la proliferación del alojamiento de corta duración con intermediación digital”, en DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (dir.); BOIX, A. (ed.): *La regulación del alojamiento colaborativo, viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, págs. 261-293. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- CNMC (2018): *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*. Madrid: CNMC, Fecha de consulta: 06-07-2020. URL: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/2133063\\_3.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2133063_3.pdf).
- CONSEJO INSULAR DE FORMENTERA (2018): “Aprobación definitiva del estudio de detalle y escritura de reparcelación voluntaria con el fin de desarrollar la unidad de actuación denominada UA SFC-06 de Sant Francesc; TM Formentera”, en *BOLETÍN OFICIAL DE LAS ISLAS BALEARES (BOIB)*, núm. 093-28 de julio. URL: <https://www.caib.es/eboibfront/pdf/es/2018/93/1013868>.
- DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (2016): “El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, en *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm 5, págs. 30-55. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10350>.
- DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (2018): “Soluciones europeas en materia de regulación del alojamiento «colaborativo»: París y Londres”, en DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (dir.); BOIX, A. (ed.): *La regulación del alojamiento colaborativo, viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, págs. 189-209. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- DEL ÁGUILA OBRA, A. R. (2016): “Economía digital: estrategia empresarial y modelos de negocio”, en *Gaceta sindical, reflexión y debate*, núm. 27, págs. 217-228. URL: <https://www.ccoo.es/152806c7bbdfac28c2bde95f40e00c0d000001.pdf>.
- DEL BUSTO, E.; CEBALLOS MARTÍN, M. M.; PÉREZ GUERRA, R. (2019): “Marco normativo de los apartamentos y viviendas de uso turístico en España. especial mención a la Comunidad Autónoma de Madrid”, en *Journal of Tourism Analysis: Revista de Análisis Turístico*, vol. 26, núm. 1, págs. 62-92. DOI: <https://doi.org/10.1108/JTA-05-2018-0015>.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015): “Economía colaborativa y Administración local”, en *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, núm. 1, págs. 35-66. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- GIL, J.; SEQUERA, J. (2018): “Expansión de la ciudad turística y nuevas resistencias. El caso de Airbnb en Madrid”, en *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 41, págs. 15-32, DOI: <https://doi.org/10.5944/empiria.41.2018.22602>.
- GIMENO FERNÁNDEZ, C. (2018): “La regulación de las viviendas de uso turístico en la Comunidad Valenciana”, en DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (dir.); BOIX, A. (ed.): *La regulación del alojamiento colaborativo, viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, págs. 325-267. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2018): “Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿Qué viviendas se pueden arrendar?”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.); GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, págs. 231-267. Madrid: Editorial Reus.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2018): “La vivienda con un uso turístico: entre el turismo «colaborativo» y la competencia desleal, pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatoria”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.); GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, págs. 19-54. Madrid: Editorial Reus.
- GURRAN, N.; PHIBBS, P. (2017): “When Tourists Move In: How Should Urban Planners Respond to Airbnb?”, en *Journal of the American Planning Association*, vol. 83, núm. 1, págs. 80-92. DOI: <https://doi.org/10.1080/01944363.2016.1249011>.
- GUTTENTAG, D. (2015): “Airbnb: disruptive innovation and the rise of an informal tourism accommodation sector”, en *Current Issues in Tourism*, vol. 18, núm. 12, págs. 1.192-1.217. DOI: <https://doi.org/10.1080/13683500.2013.827159>.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2017): “Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, págs. 150-162.
- NOGUEIRA LOPEZ, A. (2018): “Las competencias sobre el alojamiento «colaborativo». Entre el «derecho a la ciudad», la garantía de la vivienda y la dura lex económica”, en DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (dir.); BOIX, A.

- (ed.): *La regulación del alojamiento colaborativo, viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, págs. 149-169. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2016): “Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona”, en *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 10, págs. 22-39. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10566>.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E.; GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018): “La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.); GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, págs. 19-54. Madrid: Editorial Reus.
- SORIANO ARNAZ, A. (2018): “Medidas de control y acceso al mercado del alojamiento «colaborativo»: la declaración responsable y el registro en la Comunidad Valenciana”, en DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (dir.); BOIX, A. (ed.): *La regulación del alojamiento colaborativo, viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, págs. 149-169. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- ZERVAS, G.; PROSERPIO, D.; BYERS, J. (2017): “The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of Airbnb on the Hotel Industry”, en *Journal of Marketing Research*, DOI: <https://doi.org/10.1509/jmr.15.0204>.





REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 05-06-2020  
Aceptado: 02-07-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10805>  
Páginas: 201-204

## SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: *La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado*

SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado

Milagrosa Bascón Jiménez  
Universidad de Córdoba (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0678-0282>  
[mbascon@uco.es](mailto:mbascon@uco.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en CC. Económicas (Metodología y análisis del desarrollo regional) y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología, actualmente es Profesora de Sociología de la Universidad de Córdoba. A lo largo de su trayectoria ha participado en congresos internacionales y cuenta con estancias de investigación en Portugal y Colombia. Sus líneas de investigación están relacionadas con las políticas públicas, la educación y la familia.

---

### RESUMEN

Reseña del libro de Javier SIERRA RODRÍGUEZ, *La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, 271 págs. Este libro se centra en la evaluación de la participación ciudadana a través del trámite de consulta previa y de audiencia e información pública en la elaboración de reglamentos y de proyectos de Ley en el ámbito de la Administración General del Estado. Se analizan los mecanismos y el ejercicio de la participación, confrontando las percepciones de técnicos de la administración y de los participantes.

### PALABRAS CLAVE

Participación; normas; mejora regulatoria; gobierno abierto.

---

### ABSTRACT

Review of Javier SIERRA RODRÍGUEZ, *Participation in the elaboration of norms of the General State Administration*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, 271 pp. This book focuses on the evaluation of citizen participation through the process of prior consultation and the audience and public information in the development of regulations and bills in the field of the General State Administration. The mechanisms and the exercise of participation are analyzed, confronting the perceptions of administration technicians and participants.

### KEYWORDS

Participation; law; better regulation; open government.

Nos encontramos en una época caracterizada por estar inmersos en continuos procesos de cambio que una y otra vez ponen en duda los mecanismos propios del sistema político moderno. Esta puesta en cuestión se refleja en una ciudadanía que solicita su espacio para expresar sus inquietudes y su opinión ante

los acontecimientos políticos y sociales. Como reacción a las nuevas demandas ciudadanas hay un debate abierto sobre la mejor manera de recuperar la confianza ciudadana (Villoria e Izquierdo, 2015; Llera, 2016; Valencia y Canales, 2018), y en este proceso, las administraciones públicas están abriéndose a la ciudadanía, dejando entrar a la sociedad civil en el marco de su funcionamiento y adoptando cambios para hacer más permeable y transparente su actuación.

De todos los modos de participación, el libro se centra en aquella que se produce en torno a la producción normativa cuyas atribuciones corresponden al poder ejecutivo del Estado, es decir, a la elaboración de las normas reglamentarias que puede aprobar el Gobierno y de los proyectos de Ley que posteriormente se remiten al parlamento. Tradicionalmente ha existido un trámite de audiencia en el proceso de elaboración de reglamentos, consistente en invitar a la realización de alegaciones sobre los borradores de normas a las organizaciones representativas. Tras una evolución hacia la mejora regulatoria que ha estado influenciada por la UE y por la OCDE, se ha pasado a un sistema en el cual los procedimientos de participación son más abiertos y se llevan a cabo a través de cauces online en los que cualquier ciudadano puede acceder a la información y participar, sea o no un potencial afectado por la norma<sup>1</sup>. Así, el texto nos aproxima a lo largo de sus diez capítulos y de una manera detallada a la consulta pública, previa a la existencia de un borrador de norma, y al trámite de audiencia e información pública, que se produce cuando ya se tiene un texto articulado.

Los **tres primeros capítulos** del libro establecen los objetivos y el marco jurídico, conceptual y metodológico. El autor hace alusión a las diferencias existentes en torno al concepto de participación, haciendo una distinción entre los trámites de la vieja participación –principalmente presencial y sujeta a la condición de interesado–; y la nueva participación, orientada al ciudadano y con un enfoque que minora la mediación de asociaciones representativas, y que se desarrolla de manera más ágil a través de los cauces de comunicación online. Enfrenta, de alguna manera, la administración burocrática con una administración receptiva de demandas sociales propia del siglo XXI. También, contextualiza la realidad de la producción normativa de la AGE, haciendo un recorrido por los cambios legislativos en materia de participación y la impronta del proceso hacia una *better regulation*, destacando la importancia de la actuación del ejecutivo del Estado, al que corresponde la aprobación de las normas reglamentarias y que suponen más del 90% de las que se publican anualmente.

A partir de ahí, se formula como objetivo la evaluación de la participación en estos trámites en el ámbito de la AGE, y se detalla la metodología utilizada mediante la combinación de técnicas cuantitativas y cualitativas, elaborando un censo de 694 procedimientos de participación, aplicando encuestas y desarrollando entrevistas en profundidad para obtener datos reales y percepciones de los actores implicados: particulares y organizaciones participantes (CEOE, AECC, Consejo General de la Abogacía, entre otros) y técnicos de la AGE de todos los Ministerios. Cabe destacar en este apartado la dificultad que encuentra el autor para extraer información procedente de los técnicos de la administración debido al discurso corporativo de la administración, por lo que adquiere mayor relevancia su contraste a través de la percepción de los participantes en estos procesos.

A partir del **capítulo 3** se exponen los datos obtenidos, cuantificando el número de trámites participativos y analizando críticamente su configuración. La investigación detectaba una media de cincuenta procesos participativos al mes, aunque el ritmo de celebración no es algo uniforme en el tiempo, porque en última instancia depende de los ciclos de estabilidad y dinamismo gubernamental. Además, el autor detecta una amplia asimetría entre los ministerios de *producción normativa* –que consecuentemente acaparan la mayoría de los procedimientos–, y aquellos otros ministerios que apenas tienen trámites participativos porque tampoco producen normas, o porque las tramitadas están dentro de los supuestos de excepción. Bajo la estructura ministerial vigente durante la investigación, el 43,9% de los procesos de participación correspondían al Ministerio de Pesca, Alimentación y Medioambiente y un 11,8% al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, quedando el resto de ministerios con un equivalente menor al 10% de los procesos de participación.

Entre los aspectos problemáticos detectados inicialmente, destaca la desnaturalización de la consulta previa. La lógica de este trámite es obtener contribuciones sin disponer de predeterminaciones iniciales e incluso poder optar por soluciones no regulatorias, pero sigue manteniendo la inercia de la administración a trabajar con borradores de normas antes de la celebración de la consulta, lo que tiene como consecuencia un encorsetamiento de las aportaciones. Otro aspecto problemático es la aplicación de las excepciones y

<sup>1</sup> Esta configuración se estableció con carácter general por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y específicamente en la Administración General del Estado se proyecta a través del artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (redacción otorgada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

la inseguridad que causa a los técnicos responsables de los expedientes normativos por el riesgo de litigiosidad y ante una incorrecta interpretación de los supuestos de aplicación. Este capítulo se cierra dejando constancia de la detección de cauces habituales de relación informal entre organizaciones y la AGE durante los procesos de elaboración normativa, así como de la celebración habitual de reuniones.

El **capítulo 5** ofrece un panorama de la participación en el que son las asociaciones y organizaciones las que verdaderamente ejercen la participación. Es importante señalar que el concepto de participación ciudadana en su concepción más actual (participación de la ciudadanía activa) no se contempla en estos casos. Estamos hablando de particulares y organizaciones con intereses muy concretos, con un predominio de las segundas como protagonistas de la participación. Además, los particulares no solo tienen una presencia escasa, sino que tampoco responden a un perfil corriente, porque la regla general es que se trata de profesionales o expertos relacionados con la materia. Rara vez se observa que participen ciudadanos corrientes. Las únicas excepciones se producen cuando las asociaciones u organizaciones a las que pertenecen movilizan a sus asociados para hacer alegaciones ante una norma que les resulta de especial interés o lesiva para sus intereses. Por otra parte, la presencia de expertos convocados como tales no se produce con carácter general en torno a los dos trámites de referencia, sino que se detecta ante normas muy técnicas en fases anteriores, o bien, se canaliza su participación a través de los órganos consultivos en los que puedan tener presencia.

En cualquier caso, se aprecia que existe una participación desigual que depende en su gran medida del tipo de norma sobre la que se está trabajando y el sector al que afecta. Hay más participación en normas de alcance general. Aparte, la participación es mayor si el sector cuenta con un tejido de asociaciones organizadas que conocen el funcionamiento de la administración y mantienen una interlocución constante.

Los **capítulos 6 y 7** se centran en la difusión de los procedimientos y su gestión interna. En términos generales, la difusión queda restringida a lo que obliga la Ley del Gobierno y las instrucciones del Consejo de Ministros para habilitar la participación<sup>2</sup>. Se publican los procedimientos en la web de cada ministerio, en el punto de acceso general y en el portal de transparencia, pero con presentaciones divergentes, no tan intuitivas como requieren los sistemas orientados a los ciudadanos corrientes y sin incluir todas las prestaciones que se especifican en las instrucciones aludidas (ej. buscadores de procedimientos). Según el diagnóstico, todo lo que vaya más allá de lo que exige la norma no se lleva a cabo salvo casos puntuales. Es decir, no hay una proactividad para promover el conocimiento público de estos cauces y de los procedimientos mediante herramientas sencillas como son las redes sociales o los sistemas de suscripción a alertas para avisar de la apertura de los trámites. Aparte, las comunicaciones expresas se limitan a las organizaciones representativas como tradicionalmente se ha estado haciendo antes de la configuración dada a la participación por las leyes 39 y 40/2015.

Sobre la gestión interna, se detecta la disparidad existente en cada departamento ministerial, que tiene como consecuencia que haya diferencias sustantivas en la forma de presentar y configurar el ejercicio de la participación a través de las páginas web de cada ministerio, pero también en la forma de reflejar la participación en las Memorias del Análisis de Impacto Normativo. Según el autor, esta divergencia entre ministerios es una barrera a la adopción de un modelo más orientado al ciudadano, porque precisa en primer lugar una homogeneidad y características comunes que no dificulten o confundan al ciudadano que busca estos procedimientos.

En el ámbito de la gestión interna, también se analiza la visión de los técnicos de la AGE quienes insisten en la valoración minuciosa de todas las alegaciones que llegan, expresando que la realidad de muchas de ellas impide su consideración porque están fuera del objeto de la norma, son contradictorias a la regulación europea o estatal vigente, al reparto de competencias entre niveles de administración o, simplemente, porque son presupuestariamente inviables.

El **capítulo 8** contiene la valoración del ejercicio de participación. El texto refleja la percepción diferenciada que los técnicos de la administración otorgan a la utilidad de las aportaciones. En términos de mejora de la producción de normas valoran especialmente las que formulan las organizaciones, porque suelen tener un mayor conocimiento de las materias y un carácter más técnico, mientras que las alegaciones ciudadanas –según sus percepciones– son poco aprovechables sin perjuicio de los beneficios que aporte la posibilidad de participar.

---

<sup>2</sup> Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales.

La perspectiva de las organizaciones lleva a una valoración positiva de la experiencia de participación (solo un 21,7 % se muestra insatisfecho) en unos procesos que resultan sencillos para nueve de cada diez consultados. Sin embargo, las principales críticas vienen dadas por la insuficiencia de los plazos, la falta de confirmación de la recepción de las alegaciones porque no se acusa recibo, así como por la inexistencia de retorno o de su valoración. Estas carencias producen un desincentivo a la participación y les hace dudar de su utilidad porque se trate de un cumplimiento formal de la regulación sin que exista intención alguna de escuchar a la ciudadanía.

En un extenso **capítulo 9**, se desarrollan diez líneas de mejora con veintiséis recomendaciones para el perfeccionamiento de los procesos participativos, exponiendo en paralelo buenas prácticas susceptibles de transferencia, muchas de ellas procedentes de las Comunidades Autónomas que han mostrado un amplio dinamismo en la puesta en marcha de procesos de participación (Aragón, País Vasco o Región de Murcia).

Las **conclusiones** sintetizan los resultados de la evaluación y sobre ellas sobrevuela la idea central de que estos trámites tienen un amplio potencial como herramientas de participación e implicación de la ciudadanía, pero exigen que la administración muestre una mayor proactividad para darlos a conocer, perfeccione y dote de homogeneidad a su presentación pública y simplifique su ejercicio si realmente se quieren orientarlos hacia la ciudadanía. Todo ello sin olvidar, como menciona el autor al final de las conclusiones, la necesidad de ofrecer un retorno a la participación efectuada para que «no quede desprovista de su verdadero sentido».

Tras la lectura del libro, las principales críticas que se pueden mencionar consisten en la necesidad de profundizar en una medición más precisa de la participación en estos procedimientos y en el reto de captar con mayor amplitud la percepción de los particulares participantes. Ambos aspectos derivan de las dificultades del acceso a datos de los expedientes normativos, que el autor señala en el capítulo dedicado a la metodología empleada, y que constituyen retos para futuras evaluaciones de la participación. Aparte, otra observación deriva del enfoque proclive a la participación que es adoptado en el texto, motivo por el que no se adentra especialmente en los riesgos derivados de la actuación de los lobbies y de la posible captura del regulador, si bien han sido examinados por otros autores en obras recientes como el libro de Juli Ponce titulado *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa*.

Finalmente es conveniente indicar que el libro constituye una de las acciones del Observatorio de la Participación del III Plan de Gobierno Abierto de España y que se ha desarrollado como parte del proyecto de investigación «diagnóstico y evaluación de la participación ciudadana: diseño metodológico y puesta a prueba» del INAP.

## BIBLIOGRAFÍA

- LLERA RAMO, F. (2016): *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnósticos y propuestas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- PONCE, J. (2019): *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALENCIA, A.; CANALES, J. M. (2018): *Estrategias para la calidad y la regeneración de la democracia*. Granada: Comares.
- VILLORIA MENDIETA, M.; IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. (2015): *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid: Tecnos.



REALA, número 14, octubre de 2020  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 05-06-2020  
Aceptado: 02-07-2020  
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10806>  
Páginas: 205-207

## CARBONELL, Eloísa y PIPERATA, Giuseppe (dir.), *La reforma del Gobierno Local en España e Italia*

CARBONELL, Eloísa & PIPERATA, Giuseppe (dir.),  
La reforma del Gobierno Local en España e Italia

Covadonga Isabel Ballesteros Panizo  
Universidad Francisco de Vitoria (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0990-8333>  
[c.ballesteros@ufv.es](mailto:c.ballesteros@ufv.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho. Acreditada Ayudante Doctora. En la actualidad es profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Francisco de Vitoria. Sus principales líneas de investigación son el arbitraje en el derecho administrativo, el derecho urbanístico y la economía circular.

---

### RESUMEN

Recensión del libro de Eloísa CARBONELL y Giuseppe PIPERATA (dir.), *La reforma del Gobierno Local en España e Italia*, 2019. Napoli, Editoriale Scientifica, 556 págs.

### PALABRAS CLAVE

Reforma; gobierno local; España; Italia.

---

### ABSTRACT

Book review by Eloísa CARBONELL & Giuseppe PIPERATA (dir.), *La reforma del Gobierno Local en España e Italia*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 556 pp.

### KEYWORDS

Reform; local government; Spain; Italy.

En el año 2008 el mundo entero se asomaba a una de las más profundas crisis que hasta ese momento habían acontecido. La naturaleza de la crisis, de carácter global y estructural, sacudió las bases de los sistemas económicos, políticos, institucionales y sociales de los países desarrollados. En ese contexto, los países europeos se vieron obligados a fijarse objetivos y a adoptar medidas sin precedentes para paliar los efectos de la crisis y prevenir, a su vez, que pudiese acontecer una crisis equivalente en el futuro. Entre esos propósitos destacan muy especialmente, el de alcanzar la estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas y el control del endeudamiento del sector público.

En el caso de España e Italia, países especialmente golpeados por la crisis económica, el cumplimiento de los objetivos fijados planteaba problemas añadidos de naturaleza político-institucional. Nos referimos a la desafección social y a la desconfianza de los ciudadanos en sus representantes. En efecto, la clase política se vio desacreditada por la opinión pública que reprochaba la falta de previsión de sus dirigentes, así

como el despilfarro llevado a cabo desde las Administraciones Públicas en los años precedentes a la crisis. Asimismo, el afloramiento de numerosos casos de corrupción contribuyó a agravar el problema socavando la confianza en los gobiernos locales. Estas circunstancias, además, generaron un grave problema de confianza institucional y financiera. Así, los países miembros de la UE, las entidades bancarias y de inversión y demás agentes del mercado recelaban de las políticas de España e Italia y desconfiaban de su capacidad de recuperación. Más allá de la capacidad de producción y de reacción del mercado, los recelos se referían a la capacidad para adoptar las medidas político-institucionales adecuadas, en términos de eficacia y contundencia, que recondujeran la situación. Ello obligó a los dos países mediterráneos a adoptar, unas veces de manera voluntaria y otras por mandato expreso de la UE, medidas drásticas y extraordinarias en todos los ámbitos. En lo que se refiere al ámbito local, tanto en España como en Italia se adoptaron medidas con tres objetivos principales: la reducción del déficit público, conseguir la estabilidad presupuestaria y reformar el gobierno local. En cuanto al déficit público las reformas se concretaron en España en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y en Italia, en los Decretos leyes núm. 78 del 2010 y 98 a 138 del 2011. Por lo que se refiere a la estabilidad presupuestaria, las medidas implicaron la reforma de las respectivas constituciones para consagrar con rango constitucional el principio de estabilidad presupuestaria. Así, en España, en el año 2011 se modificó el art. 135 de la Constitución Española y, en el año 2012, en Italia se reformó el art. 81 de la *Costituzione della Repubblica Italiana*. Por último, la reforma del gobierno local se concretó en España con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y en Italia con la conocida *riforma Delrio* con la Ley 56/2014, de 7 de abril, de *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*.

A esa deriva reformista en el ámbito local provocada por la crisis económica, hay que sumarle el hecho de que, en los últimos años, la autonomía local se ha visto profundamente afectada por fenómenos de tipo demográfico, social y estructural. En este sentido, es fácil apreciar cómo la expansión de las grandes ciudades sigue acrecentándose exponencialmente, provocando la absorción de los núcleos cercanos de población. Por otro lado, las circunstancias económicas y laborales han cambiado también los estilos de vida de la población. Así, cada vez es más frecuente que las personas opten por vivir en las ciudades dormitorio de los grandes núcleos urbanos en los que trabajan. Estos fenómenos han provocado el crecimiento de esos municipios cercanos a la ciudad y la paulatina desaparición de las zonas rurales existentes entre municipios.

En este contexto de cambios y de reformas provocadas por la crisis económica y transcurridos ya más de seis años desde que se adoptó la última de ellas, resulta de sumo interés dar cuenta de la obra colectiva *La reforma del gobierno local en España e Italia* dirigida por los profesores Eloísa Carbonell y Giuseppe Piperata. El momento no puede ser más oportuno, pues el paso del tiempo permite hacer una adecuada valoración jurídica sobre la eficacia de las medidas llevadas a cabo en los dos países mediterráneos. El volumen objeto de esta reseña se enmarca en el trabajo del grupo de investigación financiado por el Ministerio de Economía de España *Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea*, dirigido por la profesora Eloísa Carbonell Porras.

La obra se abre con las presentaciones de dos de los máximos exponentes en la materia: los profesores Luis Manuel Coscullela Montaner y Luciano Vandelli. Hecho este que hace vaticinar la calidad de la obra colectiva que viene a continuación y la altura académica de sus autores, todos ellos acreditados investigadores en el estudio de los regímenes locales de España e Italia. Precisamente, a la memoria del profesor Luciano Vandelli es a quien va dedicada la obra, tal y como mencionan expresamente sus directores en la introducción. Sin duda, un merecido tributo póstumo a quien dedicó buena parte de su trayectoria académica a estudiar brillante y comparativamente los regímenes locales de España e Italia.

Las contribuciones se encuentran repartidas en cuatro bloques. La obra se abre con dos estudios generales a cargo de Eloísa Carbonell Porras y Marzia de Donno que analizan las principales causas y líneas de actuación de las reformas locales operadas en España e Italia, respectivamente. La profesora Carbonell se centra en el análisis de tres aspectos fundamentales de la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: la reforma de la planta municipal (art. 13 LRRL), el esclarecimiento de las competencias locales, y la pretendida provincialización de la vida local. Se trata de un exhaustivo estudio de estos tres aspectos que pone relieve la ineficacia de la norma para la consecución de los fines por ella perseguidos. La profesora Marzia de Donno, por su parte, analiza las reformas que se llevaron a cabo en el ámbito local en Italia y, en concreto, hace un estudio sobre la eficacia de las novedades introducidas por la Ley 56/2014, de 7 de abril, de *Disposizioni sulle città metro-*

*politane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, en lo relativo al fortalecimiento del nivel municipal, y la reorganización del nivel intermedio.

En la segunda parte de la obra, se recogen los trabajos dedicados a estudiar el impacto de las reformas en el ámbito local. El bloque se abre con un estudio general de Giuseppe Piperata sobre el proceso de transformación que la reforma italiana ha provocado en el país italiano. Un interesante análisis sobre el cambio de rumbo que ha sufrido la autonomía local en Italia a propósito de las reformas llevadas a cabo, medidas que han limitado drásticamente la tendencia autonomista que se venía promoviendo legislativamente desde el año 2000. La segunda parte de la obra continúa con el trabajo de Claudia Tubertini que analiza la incidencia de las medidas europeas de racionalización y sostenibilidad sobre los derechos de los ciudadanos. Por su parte, Laura Presicce y Marcos Almedia Cerredá se centran en el estudio de las modificaciones llevadas a cabo en España en torno a la pretendida depuración de las competencias locales. Finalmente, esta segunda parte se cierra con el trabajo de Diana Santiago Iglesias que analiza el impacto en España de la reforma en el subsector societario.

El estudio de las novedades y el nuevo diseño del gobierno local que han traído las reformas a ambos países lo encontramos en las contribuciones de la tercera parte del libro. Entre esas novedades, destaca muy especialmente en el ámbito italiano, la instauración, con la Ley 56/2014, de la ciudad metropolitana, institución que ha pasado a ser una realidad tras años siendo una mera previsión en el ordenamiento jurídico local del país italiano. Del examen riguroso de esta novedad se encargan en sus trabajos Roberto Medda y Marina Caporale. A continuación, se encuentra el lector con el estudio de las reformas en materia de racionalización municipal y el impacto que estas pueden tener la autonomía local en Italia y España, a cargo de Flavio Guella y Rafael Pizarro Nevado, respectivamente.

El volumen concluye con la cuarta parte, que va dedicada a los desafíos, problemas y oportunidades de los poderes locales a partir de las últimas reformas. Lucía Alarcón Sotomayor analiza los contrastes existentes entre las ordenanzas de convivencia y la ley de seguridad ciudadana. Por su parte, la contribución de Lourdes de la Torre se refiere a la digitalización de los entes locales, incidiendo en la idea de que el futuro de los entes locales pasa por su adaptación a las nuevas tecnologías y a su capacidad para prestar servicios conectados. A continuación, el lector se encuentra con tres estudios muy distintos en sus contenidos. El trabajo de Antonio Martí del Moral es una interesante contribución sobre la ordenación del turismo por las Administraciones Públicas en Andalucía y las entidades locales. Luca Belviso, por su parte, examina algunos de los aspectos organizativos de los entes locales y se centra en la figura del Secretario de Ayuntamiento en Italia. Y el estudio de Francesco Martines analiza la actualidad y las perspectivas del regionalismo especial en Italia a partir del caso de la región de Sicilia.

La naturaleza de las reformas ha afectado directamente a numerosos aspectos de la contratación pública de los entes locales en España e Italia. De ahí que María Dolores Guerrero Muñoz, María Hernando Rydings, Alfonso Sánchez García centren sus trabajos en torno al examen de los efectos que las reformas tienen sobre ese ámbito. La primera se focaliza en las medidas de control previstas por la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. La segunda presenta el procedimiento abierto simplificado como una oportunidad para la transparencia en el ámbito local. El último analiza la compra pública agregada como solución para la eficiencia para el ámbito local en Italia. Cerrando la cuarta parte de la obra, se encuentra finalmente el estudio de María del Carmen Cámara Barroso que examina la problemática subyacente en España en torno al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los terrenos de naturaleza urbana tras su declaración de inconstitucionalidad parcial.

Como puede observarse, la obra abarca gran cantidad de materias y, el cuarto bloque se caracteriza, además, por la diversidad de sus contenidos. Sin embargo, esta circunstancia lejos de disipar el análisis logra dar al lector una panorámica completa de los retos, dificultades y posibilidades de las reformas.

En definitiva, *La reforma del gobierno local en España e Italia* es una obra rigurosa, clara y exhaustiva, indispensable para quienes quieran conocer las causas, la profundidad y los efectos de las medidas reformadoras del gobierno local llevadas a cabo en los últimos años. Un trabajo colectivo de referencia en la materia en la que el lector encontrará el análisis jurídico más completo hecho hasta el momento sobre las recientes reformas locales en España e Italia.