

Artículos

- COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad
COVID-19, public order doctrine and the softening of the legality principle
 MANUEL IZQUIERDO CARRASCO 6-30
- Transfuguismo y coaliciones electorales
Transfugism and electoral coalitions
 LUIS ENRIQUE FLORES DOMÍNGUEZ 31-55
- O relevo dos municípios no Programa de Recuperação e Resiliência em Portugal
The importance of municipalities in the Recovery and Resilience Program in Portugal
 FERNANDA PAULA OLIVEIRA 56-77
- Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina
Climate change and diachronical fundamental rights: German climate change sentence and its doctrine
 MARIO RUIZ PRIETO 78-93
- Derecho a la ciudad, obras públicas locales y participación ciudadana
Right to the City, street public works, and citizen participation
 DANIEL B. ENTRENA RUIZ 94-108

Estudios breves

- La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano
The reform of the Public Administration in the Italian National Recovery and Resilience Plan (NRRP)
 GIANFRANCO D'ALESSIO 109-122
- Cambio climático y transformaciones del derecho local
Climate change and transformations of local law
 BLANCA SORO MATEO 123-138
- La controvertida interpretación y aplicación del artículo 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local
The controversial interpretation and application of article 26.2 of the Local Regime Basis Law
 TERESA FRANCO JIMÉNEZ / MANUEL ZAFRA VÍCTOR 139-154

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- El difícil encaje de las diputaciones provinciales en el modelo de organización territorial del Estado:
 Una aproximación histórica (1812-1925)
The difficult fit of the diputaciones provinciales in the model of territorial organization of the State: A historical approach (1812-1925)
 RAFAEL J. VERA TORRECILLAS 155-173
- El nivel de puesto de trabajo y el grado personal con referencia a la función pública local de Canarias
The level of job and the personal degree with reference to the local public function of the Canary Islands
 ANTONIO MIGUEL LÓPEZ GONZÁLEZ 174-201
- La gestión de los residuos municipales al amparo del nuevo modelo de economía circular. A propósito del Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados
Municipal waste management under the new circular economy model. Regarding the Draft Law on Waste and Contaminated Soils
 JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO 202-217



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **17**
Nueva época
Abril, **2022**



ISSN: 1989-8975
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17>
<https://inap.es>
<https://reala.inap.es>

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo
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

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 100-22-013-X
Depósito legal: M-1.582-1958

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

CONSEJO CIENTÍFICO

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

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



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

Sumario / Table of contents

Artículos

COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad <i>COVID-19, public order doctrine and the softening of the legality principle</i>	
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO	6
Transfuguismo y coaliciones electorales <i>Transfugism and electoral coalitions</i>	
LUIS ENRIQUE FLORES DOMÍNGUEZ	31
O relevo dos municípios no Programa de Recuperação e Resiliência em Portugal <i>The importance of municipalities in the Recovery and Resilience Program in Portugal</i>	
FERNANDA PAULA OLIVEIRA	56
Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina <i>Climate change and diachronical fundamental rights: German climate change sentence and its doctrine</i>	
MARIO RUIZ PRIETO	78
Derecho a la ciudad, obras públicas locales y participación ciudadana <i>Right to the City, street public works, and citizen participation</i>	
DANIEL B. ENTRENA RUIZ	94

Estudios breves

La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano <i>The reform of the Public Administration in the Italian National Recovery and Resilience Plan (NRRP)</i>	
GIANFRANCO D'ALESSIO	109
Cambio climático y transformaciones del derecho local <i>Climate change and transformations of local law</i>	
BLANCA SORO MATEO	123
La controvertida interpretación y aplicación del artículo 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local <i>The controversial interpretation and application of article 26.2 of the Local Regime Basis Law</i>	
TERESA FRANCO JIMÉNEZ / MANUEL ZAFRA VÍCTOR	139

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

<p>El difícil encaje de las diputaciones provinciales en el modelo de organización territorial del Estado: Una aproximación histórica (1812-1925)</p> <p><i>The difficult fit of the diputaciones provinciales in the model of territorial organization of the State: A historical approach (1812-1925)</i></p> <p>RAFAEL J. VERA TORRECILLAS</p>	155
<p>El nivel de puesto de trabajo y el grado personal con referencia a la función pública local de Canarias</p> <p><i>The level of job and the personal degree with reference to the local public function of the Canary Islands</i></p> <p>ANTONIO MIGUEL LÓPEZ GONZÁLEZ</p>	174
<p>La gestión de los residuos municipales al amparo del nuevo modelo de economía circular. A propósito del Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados</p> <p><i>Municipal waste management under the new circular economy model. Regarding the Draft Law on Waste and Contaminated Soils</i></p> <p>JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO</p>	202

Recensiones

<p>González Ríos, Isabel, Los Entes Locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídicos-administrativos para 2030-2050</p> <p>CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ</p>	218
<p>Fuentes i Gasó, Josep Ramón, La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis</p> <p>SUSANA EVA FRANCO ESCOBAR</p>	221



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 11-03-2022
Aceptado: 01-04-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11069>
Páginas: 6-30

COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad¹

COVID-19, public order doctrine and the softening of the legality principle

Manuel Izquierdo-Carrasco

Universidad de Córdoba (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0924-3119>

manuel.izquierdo@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo. Sus principales líneas de investigación han sido la actividad administrativa de limitación en ámbitos tales como la seguridad industrial, la seguridad alimentaria, la seguridad privada, la supervisión bancaria o la protección de los consumidores, y el Derecho Administrativo Sancionador.

RESUMEN

Este estudio muestra que la clásica teoría de la policía administrativa, convenientemente acotada y constitucionalizada, ofrece una explicación satisfactoria de ciertas modulaciones en el sometimiento de la Administración al principio de legalidad que se han puesto de manifiesto en la actividad administrativa desarrollada frente al COVID-19. En particular, la validez de las cláusulas generales de apoderamiento contenidas en determinadas leyes sanitarias –que serían inadmisibles en otros sectores– y de las actuaciones *praeter legem*. Además, esta teoría aporta valiosos elementos que delimitan el alcance de estas modulaciones, tanto en su contenido como en sus destinatarios, y que parten de su fundamento: el deber jurídico de no perturbar el orden público. Por otro lado, el trabajo también explicita que la institución de la policía administrativa, complementada con la teoría del estado de necesidad, puede deslindar el espacio de legitimidad de las actuaciones administrativas *contra legem*, donde el jurista se ve en la necesidad de navegar entre el realismo jurídico y la posición radicalmente formalista del Tribunal Constitucional español, sin olvidar los graves riesgos que estas actuaciones pueden suponer para las libertades y derechos de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE

COVID-19; policía administrativa; orden público; principio de legalidad; estado de necesidad.

ABSTRACT

This paper aims to show that classic theory of «public order doctrine» –if correctly defined and constitutionalised– offers a clear explanation on why the legality principle that rules for Public Administration can be softened under certain circumstances; for instance, due to a public health crisis such as the COVID-19 pandemic. In particular, it allows to assert the lawfulness of general clauses conferring powers upon the Public Administration enshrined in sanitary laws or the lawfulness of *praeter*

¹ Proyecto de investigación PGC-2018-093760-B-I00 (M.º Ciencia, Innovación y Universidades, Fondos FEDER). Grupo de investigación SEJ-196.

legem acts. This theory is also useful to establish the extent of the said softening of the principle of legality, according to its grounds: the legal duty not to disturb public order. Moreover, this paper also shows that public order doctrine, when combined with the state of necessity, offers an explanation of the lawfulness of contra legem administrative acts. This explanation is a compromise between legal realism and the extremely formalistic case law developed by the Spanish Constitutional Court, always keeping in mind that this contra legem administrative acts pose a serious risk for civil rights.

KEYWORDS

COVID-19; public order doctrine; public order; principle of legality; state of necessity.

SUMARIO

1. HIPÓTESIS DE PARTIDA Y PLANTEAMIENTO. EL CONCEPTO DE POLICÍA ADMINISTRATIVA Y SU SINGULAR RÉGIMEN JURÍDICO. 2. LA MODULACIÓN EN LA VINCULACIÓN POSITIVA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LA TENDENCIA A RECONOCER TODOS LOS PODERES NECESARIOS. 2.1. LAS CLÁUSULAS GENERALES DE APODERAMIENTO PARA HACER FRENTE AL COVID-19. 2.2. EL USO VICIADO DE ESAS CLÁUSULAS GENERALES DE APODERAMIENTO: LA NECESIDAD DE DISTINGUIR EN FUNCIÓN DE LA AFECCIÓN DE LA MEDIDA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE SU PROPIA NATURALEZA JURÍDICA. 2.3. LAS ACTUACIONES *PRAETER LEGEM*. 2.4. LA JUSTIFICACIÓN DE ESTA SINGULARIDAD EN LA VINCULACIÓN POSITIVA Y SUS CONSECUENCIAS. 2.4.1. El deber general de no perturbar el orden público. 2.4.2. La relevancia del principio de proporcionalidad. 3. LA MODULACIÓN EN LA VINCULACIÓN NEGATIVA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ACTUACIONES *CONTRA LEGEM*, ESTADO DE NECESIDAD Y EL SEVERO LEGALISMO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.1. MUESTRAS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA *CONTRA LEGEM*. 3.1.1. Actuaciones materiales u omisiones administrativas *contra legem*. 3.1.2. Dispensas expresas *contra legem*. 3.1.3. Vicios formales en la actuación administrativa. 3.2. EL DERECHO COMO MEDIO. HAY VIDA MÁS ALLÁ DE LA LEY. EL ESTADO DE NECESIDAD. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. HIPÓTESIS DE PARTIDA Y PLANTEAMIENTO. EL CONCEPTO DE POLICÍA ADMINISTRATIVA Y SU SINGULAR RÉGIMEN JURÍDICO

Son muchos y desde muy variadas perspectivas los análisis jurídicos que cabe efectuar sobre los instrumentos y las respuestas que las Administraciones públicas han puesto en marcha para frenar la propagación del COVID-19 y, en lo posible, limitar o revertir sus efectos. Entre esos potenciales planteamientos, nuestra hipótesis de partida es que una mejor comprensión y valorización de la construcción teórica liberal sobre la siempre polémica actividad administrativa de policía² hubiera aportado algo más de luz a buena parte de esa respuesta jurídica, particularmente, una vez dejado atrás el Derecho constitucional de excepción, y hubiera centrado mejor ciertos debates teóricos de calado que se han generado durante estos años de epidemia. En fin, que esta institución, convenientemente acotada, aporta unas bases teóricas sólidas y coherentes.

Las construcciones doctrinales en torno al concepto de policía han sido muy numerosas y desde enfoques bien distintos³. Una de las más extendidas en la doctrina española –especialmente a partir de la formulación tripartita de Jordana de Pozas (1949, pp. 42 y ss.)– es aquella, de carácter meramente formal, en el que esta actividad se caracterizaría exclusivamente por su forma de actuar: a través de la imposición

² Como advierte A. Nieto, «La Policía es una cuestión recurrente que, para desesperación de los juristas liberales más radicales reaparece tercamente en el Derecho Administrativo Sancionador [en el Derecho Administrativo en general diríamos nosotros] después de haber sido expulsado de él una y cien veces» (Nieto, 2012, p. 142).

³ Sobre las diversas construcciones históricas a propósito del concepto de policía, *vid.*, entre otros muchos, Nieto (1976, in totum); Moncada Lorenzo (1959, pp. 67 y ss.); Carro (1981, pp. 291 y ss.); Rebollo Puig (1999, pp. 247 y ss.); Parejo Alfonso (1998, pp. 107 y ss.); Barcelona Llop (1988, pp. 88 y ss.). También un amplio estudio sobre la construcción jurídico-dogmática de la policía, sus presupuestos políticos, las distintas corrientes existentes (aceptación y rechazo), aunque con ampliaciones a ámbitos que nosotros consideramos excluidos en una noción estricta, en Amoedo Souto (2000, in totum). Por su parte, E. Picard expone la diversidad de definiciones sobre la policía administrativa ofrecidas por la doctrina –fundamentalmente, francesa–, clasificándolas entre aquellas que presentan similitudes (A. de Laubadère, J. Rivero, o G. Vedel) y aquellas que contienen importantes diferencias y rupturas (M. Hauriou, L. Duguit u O. Mayer) (Picard, 1984a: pp. 26-33); y ofrece su propia definición o construcción a partir de la teoría institucionalista –la policía como función disciplinaria de la institución primaria liberal–.

administrativa de limitaciones, eventualmente coactivas, a las actuaciones puramente privadas de los particulares. Por tanto, la actividad de policía se confundiría plenamente con la actividad de limitación y su ámbito material sería extensísimo, pues resultaría indiferente cuál fuera la finalidad de interés general que justificara este tipo de medidas. En ocasiones, dentro de ese amplio campo, la doctrina distingue entre policía general y policías especiales, no siempre con el mismo contenido⁴.

Ante este planteamiento, otros autores consideran más conveniente utilizar la expresión de actividad de limitación⁵, de intervención o de ordenación⁶ y, algunos de ellos, defienden que es preferible desechar definitivamente la noción de policía administrativa, a la que califican como arcaizante⁷. En este sentido, como subraya Rebollo Puig (1999, p. 250), «llamar actividad de policía a toda la actividad administrativa de limitación introduce más confusión que claridad, no sólo en los términos sino en el fondo mismo de las instituciones y principios. Un concepto amplio de policía puede ser, según el sentido que se le dé, o peligroso o simplemente inútil e inexpressivo». Sin embargo, lo que proponemos es que dentro de la actividad de limitación tiene interés distinguir una parte –la policía en sentido estricto– y reconocerle una peculiaridad esencial, que radicaría fundamentalmente en una adaptación *sui generis* al principio de legalidad⁸.

En línea con la doctrina liberal clásica, esta noción estricta de policía, junto a su particular forma de actuación, también tendría en cuenta su finalidad, que no sería otra que el mantenimiento del orden público. O con mayor propiedad, prevenir y combatir los ataques al orden público y restablecerlo cuando haya sido alterado. A este respecto, Rebollo Puig concluye que «en vez de afirmar que lo que esta actividad administrativa persigue es defender el orden público, orienta mejor decir que lo que hace es combatir los desórdenes públicos» (Rebollo Puig, 2019b: pp. 50-51)⁹. Esto es, la perspectiva negativa de la actividad administrativa de policía, sobre la que volveremos más adelante. En definitiva, los fines y los medios no pueden caminar por separado en la noción de policía. Como afirmara Otto Mayer, «la policía es la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar» (Mayer, 1982, p. 8)¹⁰.

⁴ Entre otros muchos, una exposición de la noción de policía general y policías especiales, en Vedel y Delvolvé (1992, pp. 679-683). Estos autores incluyen entre las policías especiales tanto a aquéllas que, aún persiguiendo uno de los fines de la policía general (*sûreté*, *tranquillité* y *salubrité*), están sometidas a un régimen específico, como aquellas otras que persiguen fines diversos. Négrin (1971, pp. 107 y ss.), en línea con la concepción formalista, concluye que la distinción entre las diferentes policías tiene un valor más descriptivo que jurídico, en la medida en que éstas utilizan los mismos procedimientos formales. Sobre esta distinción, *vid.* también Picard (1984b: pp. 581 y ss.). Por su parte, Cosculluela Montaner (2021, pp. 630-633), partiendo de una noción muy amplia de actividad administrativa de policía, identifica la policía especial con aquella que se orienta a proteger los intereses *domésticos* de la Administración.

⁵ Rebollo Puig (2019a: pp. 19 y ss.); Parada Vázquez (2017, pp. 287 y ss.).

⁶ Santamaría Pastor (2016, pp. 289 y ss.); Parejo, Jiménez-Blanco y Ortega (1998, pp. 481 y ss.). Por su parte, Prieto Álvarez (2005, p. 51) propone la denominación «actividad de ordenación constrictiva», que considera «más acorde con su contenido que la tradicional de policía, y más adecuada al fin que la de actividad de limitación» (Prieto Álvarez, 2005, p. 46), aunque al final centra su estudio en la «policía en sentido estricto».

⁷ Especialmente contundente, A. Merkl, quien, en su análisis crítico de la policía administrativa, concluye que «la consecuencia, impuesta por la economía del pensamiento, habría de ser la *eliminación del concepto de policía*. Esta exigencia se halla justificada porque no es posible afirmar nada de las actividades policíacas que suelen destacarse con los criterios indicados, que no sea también aplicable a otras funciones reconocidamente no policíacas» (Merkl, 2004, p. 316). O García de Enterría (2013b, 110) quien, al hilo del análisis de la caracterización de los tipos de incidencia negativa en la posición del administrado, defiende que «dada la multivocidad y cambio sucesivo de sentidos que ha tenido el término policía a través de un largo y complejo transcurso histórico, desde su origen al final de la Edad Media, no parece aconsejable convenir ahora un sentido nuevo para dicha expresión, ya suficientemente torturada (sentido, por lo demás, contrario al usual, incluso en las Leyes), lo cual, por otra parte, se revela escasamente útil...». No obstante, este mismo autor acudía a la noción de policía en otras partes de su obra, por ej., al tratar de la coacción directa y del estado de necesidad. También Santamaría Pastor (2016, p. 295) sostiene: «De ahí el peligro de contaminación semántica que entraña utilizar el concepto de policía para englobar lo que no es más que un conjunto inorgánico de actividades administrativas de limitación; un concepto que genera una tendencia a suponer la existencia de potestades interventoras donde no las hay, que legitima la creación de poderes implícitos o “naturales” donde no puede haberlos o, cuando menos, que propicia interpretaciones expansivas y ampliatorias de las potestades creadas por la ley, en perjuicio de la libertad».

⁸ E. Picard planteaba como hipótesis de la utilidad de establecer un concepto de policía administrativa la finalidad de delimitar la aplicación de un concreto régimen jurídico, siempre que verdaderamente existiera ese régimen uniforme y específico (Picard, 1984a: pp. 36-37).

⁹ En el mismo sentido, Hauriou (1933, p. 549) sostenía: «Le désordre matériel est le symptôme qui guide la police comme la fièvre este le symptôme qui guide le médecin. Et la police emploie, comme la médecine, una thérapeutique qui tend uniquement à faire disparaître les symptômes; elle n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel et même, le plus souvent, l'ordre dans la rue...».

¹⁰ En la misma línea, A. de Laubadère afirmaba que «la police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus».

Pero de poco serviría defender una noción estricta de la actividad de policía, circunscrita al mantenimiento del orden público, si, a renglón seguido, se ampliara la noción de orden público hasta abarcar cualquier interés general justificante de las limitaciones a los particulares. Por tanto, resulta imprescindible acotar también la noción de orden público. De ello nos hemos ocupado en otro sitio (2022, *in totum*), precisamente al hilo del estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional recaída en asuntos vinculados con el COVID-19, completándola con otros pronunciamientos previos y coetáneos, y poniendo de manifiesto sus contradicciones internas que tanta trascendencia han tenido, por ej., en la polémica sentencia que falla la inconstitucionalidad de la declaración del primer estado de alarma. Allí destacamos que cabe extraer una noción de orden público de la doctrina del Tribunal Constitucional que se puede sintetizar en ese estado en el que se garantiza el «normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica» –STC 148/2021– o, si se prefiere, esos «principios... que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad» –STC 46/2020–¹¹. A partir de ahí, los conceptos jurídicos indeterminados que integran esa noción deben pasar necesariamente por el tamiz de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los valores constitucionales esenciales («el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público» –STC 19/1985–). Con estos presupuestos, es obvio el carácter nuclear que la salud pública tiene para la conservación de la sociedad; su encaje en derechos fundamentales como el derecho a la vida o a la integridad física (art. 15 CE); y la conexión de ciertas circunstancias acontecidas durante este triste periodo histórico, como el colapso de los servicios públicos de salud, con un aspecto básico de la vida social¹². Por todo ello, defendemos la inclusión de la salud pública en el concepto de orden público y, por ende, la calificación como actividad administrativa de policía de toda aquella actividad administrativa que mediante la imposición de limitaciones a las actuaciones puramente privadas de los particulares¹³ ha perseguido este fin en la lucha frente al COVID-19.

Como se ha dicho, la defensa de la validez de una teoría sobre la policía administrativa que parta de los expuestos conceptos estrictos y muy acotados en sus elementos definitorios encuentra su justificación si, al

(De Laubadère, 1980, p. 529). También Dupuis, Guédon y Chrétien (2010, p. 506) defienden que la policía administrativa se caracteriza por sus finalidades –el mantenimiento del orden público–, como por los medios utilizados para alcanzar dicha finalidad.

¹¹ Poco difiere esa noción de la ofrecida por Rebollo Puig: «Es el orden por el que la sociedad subsiste». O con algo más de desarrollo: «las condiciones mínimas imprescindibles para la convivencia colectiva y para que los individuos puedan desarrollarse sin lesiones para su integridad física y sin daño para sus cosas, sin riesgos excesivos y sin miedo ni intranquilidad por los que se le puedan causar» (Rebollo Puig, 2019b: 51; 1999, pp. 247 y ss.; Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, 2007, pp. 2189 y ss.). En una línea próxima, Parejo Alfonso (1996, p. 122) defiende que por orden público «debe entenderse... el conjunto mismo de los comportamientos no regulados por el Derecho, pero considerados en la conciencia colectiva como presupuestos mínimos o indispensables para una convivencia ordenada o con normalidad». También Casino Rubio (2015, p. 93) se inclina para la consideración del orden público como «el conjunto de bienes y principios no previstos de modo específico por el ordenamiento jurídico, pero que, sin embargo, son considerados indispensables por la comunidad para asegurar una convivencia ordenada».

¹² En la misma línea, *vid.* la concepción de orden público implícita en el art. 13 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que incluiría, entre otros elementos, el libre ejercicio de los derechos y libertades, y el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y de los servicios públicos esenciales para la comunidad.

¹³ Mediante esta referencia a «actuaciones puramente privadas» se pretenden excluir todos aquellos deberes y limitaciones que la Administración puede imponer sobre la base de su potestad de reglamentación de los servicios públicos –que ha sido otro de los modos de la actividad administrativa ampliamente utilizado en la lucha frente al COVID-19–. Por tanto, a pesar de las cuestiones éticas que suscita, desde el exclusivo punto de vista de la organización del servicio público, nada cabe objetar a la aprobación de protocolos de actuación de los servicios sanitarios en esta situación de crisis sanitaria. En cuanto a su naturaleza jurídica, aunque un tanto difusa, estos protocolos constituyen verdaderas normas de funcionamiento del servicio que, por tanto, se imponen tanto a la propia organización administrativa encargada de su prestación como a los potenciales usuarios. A este respecto, especialmente polémica fue la difusión pública del Protocolo de coordinación para la atención a pacientes institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por el COVID-19, aprobado por la Dirección General Sociosanitaria –aunque se dijo que otras administraciones autonómicas habían aprobado documentos similares–. En ese protocolo se establecían una serie de criterios –más bien condiciones– para determinar si una persona moradora en una residencia de ancianos que presentara un cuadro clínico de infección respiratoria aguda compatible con infección por COVID-19 sería derivado a un hospital o no (insuficiencia respiratoria, disnea o taquipnea y fiebre; el paciente es independiente para la marcha o Índice de Barthel >60; paciente sin deterioro cognitivo o deterioro cognitivo con GDS <6; no existe comorbilidad asociada en fase avanzada). Entre los objetivos del establecimiento de estos criterios se recogían expresamente los siguientes: «Identificar los pacientes que se benefician de una derivación a centros hospitalarios por mejorar el pronóstico de supervivencia y calidad de vida a corto y largo plazo» y «contribuir a la sostenibilidad del Sistema de Salud evitando las graves consecuencias que el colapso del mismo tendría...» (Fuente del documento consultado: https://www.infolibre.es/politica/seis-documentos-demuestran-ayuso-miente-orden-no-trasladar-enfermos-residencias-hospitales_1_1183785.html).

A pesar del escándalo que generó, ante la realidad de unos recursos limitados, no hay mucha diferencia entre estos protocolos y la inclusión o no de un servicio asistencial en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud o la financiación o no con cargo a ese Sistema de un medicamento; el establecimiento de criterios para la selección de receptores de donación de órganos; o la fijación de una prioridad de vacunación para el COVID-19 por grupos de población.

final, se vincula con alguna consecuencia jurídica, esto es, con un régimen jurídico específico. Si ello no fuera así, bastaría con referirse en general a la actividad administrativa de limitación. Nuestra hipótesis es que esa especificidad se manifiesta mediante algunas modulaciones en el sometimiento de la Administración al principio de legalidad. En esa línea, Otto Mayer, partiendo de que «la policía, lo mismo que cualquier otra actividad administrativa, está sometida a las condiciones del Estado constitucional y a los principios del régimen de derecho» (Mayer, 1982, p. 9), añadía que «la idea de policía encierra una contradicción irreductible con el formalismo severo mediante el cual el régimen del derecho se propone proteger la libertad» (Mayer, 1982, p. 13)¹⁴.

A partir de ahí, en este trabajo trasladaremos tal planteamiento a la actividad administrativa frente al COVID-19 –que puede calificarse como un banco de pruebas extremo– para ver si ofrece una explicación satisfactoria de la misma. Para ello, analizaremos el alcance de esa singularidad jurídica y su potencial aplicación a lo ocurrido con base en las dos vertientes –positiva y negativa– en las que la doctrina descompone habitualmente el principio de legalidad¹⁵, y desarrollaremos su fundamento y los límites que la teoría de la policía introduce en esa modulación. Además, también estudiaremos si, en la vertiente negativa, basta esta teoría para comprender lo ocurrido o es necesario completarla con otras instituciones como la del estado de necesidad.

2. LA MODULACIÓN EN LA VINCULACIÓN POSITIVA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LA TENDENCIA A RECONOCER TODOS LOS PODERES NECESARIOS

Como es conocido, la vertiente positiva del principio de legalidad implica «la exigencia de un fundamento legal para cada una de las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su contenido» (Merkl, 2004, p. 209)¹⁶. Pues bien, siguiendo la afinada construcción de Rebollo Puig (1999, p. 257), «la peculiaridad de la policía radica sobre todo en la tendencia a reconocer a la Administración en este terreno, sólo en él y en ningún otro, todos los poderes imprescindibles –pero sólo los imprescindibles– para realizar su fin o, más exactamente, para evitar que la actividad privada de los ciudadanos perturbe el orden público; y esos poderes incluyen precisamente los de imponer limitaciones a la libertad y derechos de los ciudadanos.»

Es evidente que esta peculiaridad incide sobre esta vinculación positiva, aunque no conlleva necesariamente su excepción frontal. Esa peculiaridad origina que en este ámbito se admitan cláusulas generales de apoderamiento que no serían aceptables en otros sectores de la actuación administrativa y, en su caso, que incluso se admitan actuaciones *praeter legem*. Detengámonos en todo ello.

2.1. Las cláusulas generales de apoderamiento para hacer frente al COVID-19

Una vez finalizado el estado de alarma, la ingente actividad administrativa de policía frente a la COVID-19 ha tenido fundamentalmente como base legal los siguientes tres preceptos¹⁷:

¹⁴ Sobre esta construcción, su imbricación con el Estado liberal, su evolución en Francia, distintas posiciones doctrinales y todas las justificaciones que se aportan para intentar buscar formalmente alguna conexión con el derecho positivo, *vid.* Rebollo Puig (1999, p. 247). En la misma línea, aunque referido al ámbito del Derecho Civil y, por tanto, vinculándolo con el concepto de orden público y no con el de policía administrativa, Federico de Castro y Bravo sostiene que «la referencia al orden público ha supuesto, por sí misma, desde el momento en que naciera en el Código civil francés, abandonar la concepción del estricto legalismo y recurrir a criterios extrapositivos» (Castro y Bravo, 1982, p. 1033), «rechazando el apoyo jurídico a un resultado que repugnaría al buen sentido de lo equitativo y decente» (Castro y Bravo, 1982, p. 1034). Y en cuanto a su funcionalidad, siguiendo a Hedemann, lo califica como una «cláusula general de la ley», que actúa como «órgano respiratorio del sistema positivo... para dar flexibilidad al articulado seco y abstracto de los Códigos» (Castro y Bravo, 1982, pp. 1029-1030).

¹⁵ Entre otros, siguiendo a la doctrina alemana, García de Enterría (2013b: pp. 480 y ss.).

¹⁶ En cualquier caso, recuérdese que para Merkl «esta relación existe en cuanto en la ley se contiene, aunque sea solamente *in nuce*, la posibilidad de la acción administrativa en cuestión, sin que sea menester la referencia expresa de la ley a esta acción determinada, o que la exija obligatoriamente. La acción administrativa cumple con el requisito de legalidad cuando es posible retrotraerla lógicamente a la ley o, desde el punto de vista de la ley, ser derivada de ella» (Merkl, 2004, p. 217).

¹⁷ También ha habido medidas con otras bases legales como, por ej., la contenida en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Este precepto habilita a la Administración sanitaria del Estado para adoptar ciertos acuerdos vinculados con el abastecimiento y distribución de productos sanitarios o cualquier otro producto necesario para la protección de la salud. Cabe destacar que este precepto fue modificado por el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo. Esto es, un precepto de una ley orgánica modificado por un real decreto-ley. Bien es cierto que la doctrina, entre otros, Cobreros Mendazona (1988, pp. 342-343), había apuntado que estas medidas no afectaban a ningún derecho fundamental y que, por tanto, no comprendía el motivo por el que se habían introducido en una ley orgánica. Crítico con esta modificación por Real Decreto Ley, Santamaría Pastor (2020, p. 225, nota 15).

- El art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».
- El art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: «1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.»
- El art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública:
 - «1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.
 2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:
 - a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias. b) La intervención de medios materiales o personales. c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias. d) La suspensión del ejercicio de actividades...»

A estos hay que sumar las leyes autonómicas de salud o incluso de protección civil que contienen previsiones similares, en ocasiones, con alguna precisión adicional¹⁸. Y con otra funcionalidad –sobre la que volveremos más adelante–, la más tardía Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹⁹.

Centrándonos en las tres primeras previsiones legales estatales, todas ellas, junto con habilitaciones más o menos específicas, constituyen puras cláusulas generales de apoderamiento que serían inimaginables en otros sectores de la intervención administrativa. Esas cláusulas se limitan a fijar de manera amplia el supuesto de hecho (en la primera –la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública–, el control de las enfermedades transmisibles; y en las otras dos, el riesgo extraordinario y urgente para la salud²⁰) y a atribuir a la Administración la potestad para adoptar todas las medidas «oportunas» y «necesarias» para hacer frente a dichos supuestos de hecho, identificando, a lo sumo, algún tipo de medida posible como mero ejemplo (por ej., en la Ley General de Salud Pública, la referencia a «la suspensión del ejercicio de actividades...»)²¹.

O. Mayer, partiendo de que «la reserva constitucional exige que haya un fundamento legal para cada restricción a la propiedad o a la libertad», lo que admitía en materia de policía es «los poderes más amplios y las autorizaciones más generales» (Mayer, 1982, p. 12). Esto es, estas cláusulas generales de apoderamiento. Y añadía: «las órdenes y sobre todo las prohibiciones no son cosas que se sobreentiendan» (Mayer, 1982, p.

¹⁸ Por ej., el art. 11.b) Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón, prevé expresamente que las autoridades de protección civil podrán «Disponer el confinamiento de personas en sus domicilios o en sitios seguros o zonas de refugio». A otros efectos sobre los que volveremos, este precepto es una clara muestra de actuación administrativa no dirigida contra el perturbador del orden público y ello justifica la necesidad de una expresa previsión legal.

¹⁹ Sorprendentemente, la página web del BOE ha introducido la siguiente nota en la ficha de análisis del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: «Esta norma se entiende implícitamente derogada por la Ley 2/2021». En fin, una muestra más de la falta de técnica normativa que ha caracterizado las actuaciones normativas y de aplicación de tales normas en la lucha contra la pandemia, y la consiguiente situación de inseguridad jurídica. Un análisis muy crítico de estas actuaciones normativas, en Santamaría Pastor (2020, p. 207).

²⁰ No procede ahora analizar con detalle el presupuesto de hecho de estas leyes ordinarias, aunque debe advertirse que la literalidad en la redacción de esos arts. 26 y 54 no es idéntica. Así, mientras que en el primero (Ley General de Sanidad) los requisitos de la urgencia y la gravedad para la salud se exigen acumulativamente –y así lo ha reconocido alguna jurisprudencia–; en la Ley General de Salud Pública aparecen como una disyuntiva.

²¹ Un estudio muy crítico de la parquedad y vaguedad de la Ley Orgánica 3/1986, que incluso «provoca una cierta sensación de impotencia cuando de poner límites a su aplicación se trata», en Cierco Seira (2005, pp. 216 y ss.).

13, nota 19). Es difícil imaginar que alguna de las medidas de policía en las que se manifieste la aplicación de esas potestades –también las podrá haber que no se encuadren en la actividad de policía, pero esas no nos interesan ahora– quede fuera del ámbito de la reserva de ley contenida en el art. 53.1 CE. Además, para las más cualificadas también entraría en juego la reserva de ley orgánica del art. 81 CE. Por tanto, de entrada, estas cláusulas generales relativizan estas reservas constitucionales de Ley en tanto que suponen que las Leyes, en vez de contener una verdadera regulación de la materia, se limitan a establecer una genérica atribución de potestades en favor de la Administración²². Incluso resulta difícil defender que se respeta un mínimo de previsibilidad en cuanto a las medidas que pueden ser resultado de estas habilitaciones²³.

En la misma línea de defensa de las cláusulas generales de apoderamiento en este ámbito, E. Picard defendía que «il vaut donc mieux n'imposer à l'autorité de police qu'un seul principe général d'action, celui de l'exacte adéquation de la mesure aux circonstances propres à la fonder –et faire en sorte qu'il soit respecté au maximum–, plutôt que de poser a priori et dans l'abstraite une foule de conditions qui la gêneraient pour une action efficace et proportionnée, ou la démuniraient de tout moyen lorsqu'elle se trouverait face à des circonstances compromettant en fait l'ordre public mais non prévues par les textes» (Picard, 1984b: 552)²⁴.

A nuestro juicio, la defensa de la necesidad de estas cláusulas generales no es incompatible con la posición mantenida por algunos autores de reclamar «la mayor densidad regulatoria posible al poder conferido a la Administración», aunque siempre partiendo del presupuesto de la necesidad de preservar una «respuesta flexible», evitando que la versatilidad se convierta en improvisación, rechazando una regulación que consistiera en un *numerus clausus* –la cláusula general debe existir–, pero sí abogando por la regulación adecuada de lo que se conoce²⁵.

2.2. El uso viciado de esas cláusulas generales de apoderamiento: la necesidad de distinguir en función de la afección de la medida a los derechos fundamentales y de su propia naturaleza jurídica

Lo habitual ha sido que la Administración ha alegado todos esos preceptos conjuntamente a la hora de dictar sus medidas frente al COVID. Se trata de una práctica viciada –aunque comprensible por los motivos

²² En una posición particularmente crítica con esta realidad, Tajadura Tejada (2021, pp. 154 y ss.) afirma que se trata «de una habilitación “tan insólita” que no puede encontrar cabida en el marco de un Estado de Derecho que ha hecho un esfuerzo notable por regular el Derecho de crisis» y concluye que «a nuestro juicio es claro que la LOMESP no satisface las exigencias mínimas de la reserva de ley». En la misma línea, Javier Barnes sostiene que «tres preceptos legales no... son capaces siquiera de representar una legislación reguladora de las potestades ordinarias, en la lucha contra enfermedades infecciosas. De ahí que solo haciendo una interpretación excesivamente expansiva del principio de legalidad (y de la reserva de ley), hasta romperlo virtualmente, pudo aceptarse, con la ayuda del art. 8.6 de la LJCA, que el art. 3 de la Ley 3/1986 –y siempre y cuando se conecte con los otros dos preceptos en materia sanitaria–, podría cubrir las restricciones singulares o individuales de los derechos fundamentales en las que pueda hallar algún apoyo expreso, nunca limitaciones generalizadas» (Barnes, 2021, p. 132). Por cierto, en el mismo trabajo, este autor efectúa un interesante análisis del principio de legalidad en la lucha contra el COVID-19 en diversos Estados de nuestro entorno (Barnes, 2021, pp. 118-130).

Por su parte, el Tribunal Supremo ha sostenido que este precepto de la LOMESP, en una interpretación sistemática, «ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden determinarse siempre «ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas.» [STS n.º 719/2021, de 24 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2178)] Esta es una sentencia capital donde el Tribunal Supremo, poniendo cierto orden, delimitó el alcance de las habilitaciones contenidas en la legislación sanitaria que venimos analizando y facilitó a los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional los parámetros de control para la ratificación o no de las medidas adoptadas por la Administración.

²³ Sin entrar ahora a analizar si verdaderamente la medida tenía cabida en estas habilitaciones o si, por su formulación, resultaba incongruente o desproporcionada, verdaderamente sorprendente es lo previsto con esta base en la Disposición adicional cuarta del Decreto 55/2021, de 8 de mayo, sobre medidas de prevención y control necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (Castilla-La Mancha): «Mientras permanezcan las limitaciones de prevención y contención para la celebración de los festejos taurinos como consecuencia de la crisis sanitaria originada por el COVID-19, la edad de las reses en los festejos taurinos populares, con excepción de las que participen en los concursos con ocasión de suelta de reses y de recortes y de aquellas que vayan a ser lidiadas posteriormente, no será superior a 7 años, si fuesen machos, ni a doce años, si fuesen hembras, entendiéndose que el año de edad de las reses finaliza el último día del mes de su nacimiento.»

²⁴ Igualmente, Álvarez García sostiene que «corroborada la limitada eficacia de la “legislación de excepción” y, en general, de todos los sistemas jurídicos basados en la previsión de medidas standard,... los órganos legiferantes se limitan, a menudo, a habilitar a una determinada autoridad para que adopte las “medidas necesarias” para hacer frente a todas aquellas situaciones extraordinarias que se puedan presentar en la vida cotidiana, y ante las cuales el ordenamiento no ha previsto ningún tipo de tratamiento específico o éste es insuficiente o inadecuado» (Álvarez García, 1996, p. 143).

²⁵ Cierco Seira (2020, pp. 31, 44 y ss.).

que explicaremos—, pues no sólo difieren los supuestos de hecho (*vid. supra*), sino también el tipo de medidas que habilitan unos u otros. Particular interés tiene esto último en los siguientes dos aspectos:

a) En primer lugar, sólo la habilitación contenida en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 permite la adopción de medidas que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales de cierta entidad²⁶, con la importante consecuencia jurídica de que solo estas medidas deben someterse a la preceptiva autorización o ratificación judicial (*ex arts. 8.6 y 10.8 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*)²⁷.

A este respecto, por ej., cuando se trata de la medida de internamiento forzoso de un contagiado poca duda genera la afección a sus derechos fundamentales. No obstante, la frontera de cuándo se produce esa afección a los derechos fundamentales no siempre es clara y palmaria, en particular en todas aquellas medidas que han consistido en amplios paquetes de actuaciones de contenido muy diverso, y eso puede explicar que las Administraciones lo hayan mandado prácticamente todo a ratificación/autorización judicial. A este respecto, a pesar de la trascendencia jurídica, ni siquiera los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido criterios uniformes sobre el encuadre de una medida en uno u otro ámbito y su correspondiente papel. Así, ante paquetes de medidas en parte similares, unos Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado sobre prácticamente todas ellas y otros sólo sobre algunas. Una buena muestra de esta diver-

²⁶ A pesar de la relevancia de la cuestión y del debate jurídico que ha generado, con posiciones doctrinales enfrentadas y pronunciamientos judiciales dispares, no podemos entrar a analizar el grado de intensidad de esa afección a los derechos fundamentales que suponen esas medidas y si la adopción de algunas –al menos, en ciertas manifestaciones– no podría efectuarse sobre esta base y requeriría la declaración de algún tipo de estado excepcional. Personalmente, no compartimos las interpretaciones que sostienen que el precepto sólo permite la imposición de restricciones individualizadas. También consideramos excesivamente restrictiva, al menos en los ejemplos, la posición de J. Tajadura Tejada que mantiene que el precepto permite adoptar «medidas generales, pero sólo en el caso de que su afección del derecho sea superficial, por ejemplo: fijación de aforos, horarios de apertura o distancias de seguridad» (Tajadura Tejada, 2021, p. 152). Una posición mucho más abierta del campo de habilitación de este precepto, en Doménech Pascual (2021, pp. 355-357). No obstante, a diferencia de este último autor, con arreglo al marco normativo vigente y su coherencia interna –planteamiento que este autor critica como dogmático, intuitivo y tópic– consideramos que debería haber un límite en las medidas que este precepto habilita por mor de la regulación de la Ley Orgánica de Estado de Alarma, Excepción y Sitio. Es esa también la posición de Tajadura Tejada, aunque, como se ha dicho, con unas conclusiones excesivamente restrictivas. El problema sería determinar cuántos granos de arena forman un montón –la conocida como paradoja Sorites. A este respecto, resulta de interés la STS 788/2021, de 3 de junio, que, a propósito de un toque de queda autonómico, considera que el problema no es la intensidad, esto es, que la Ley Orgánica 3/1986 puede legitimar esa medida, sino la extensión –para toda una Comunidad Autónoma–. Y afirma: «es precisamente en este punto donde el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura». A pesar de ello, la sentencia no rechaza esta base legal, pero siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias, a la vista de las circunstancias del caso, esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales que se trate. Y añade que esas tan severas sólo pueden adoptarse cuando sean indispensables para salvaguardar la salud pública, pero no por «meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución». Esto es, una Comunidad Autónoma puede acordar un toque de queda cuando la situación esté descontrolada pero no con finalidad preventiva. Sin embargo, el toque de queda decretado en un estado de alarma, como el Real Decreto que lo declara tiene rango de ley y el control de la proporcionalidad que podría realizar el Tribunal Constitucional es más liviano, podría adoptarse con una finalidad más preventiva.

En cualquier caso, ese marco normativo es francamente inadecuado, requeriría una reforma, pero la lamentable pasividad tanto del legislador estatal como del Gobierno de la Nación han llevado a los tribunales ordinarios, tras unos momentos iniciales vacilantes y variados, a aceptarlo casi todo. J. Barnes habla incluso de una externalización del coste político de la lucha contra la epidemia hacia los jueces (Barnes, 2021, p. 115).

²⁷ La necesidad de esta autorización/ratificación en estos términos fue introducida por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. Ante la pasividad general del legislador en esta crisis, una vez que decidió hacer algo confirmó la más contraproducente de las interpretaciones que se habían formulado con respecto a la redacción originaria. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha interpuesto una cuestión de inconstitucionalidad sobre esta reforma –que, con su juego habitual en los tiempos, será resuelta por el Tribunal Constitucional cuando la presión de las medidas frente al COVID-19 haya finalizado– donde se cuestiona si ese precepto respeta los artículos 106 y 117.3 y 4 CE. No nos atrevemos a afirmar que esta previsión sea inconstitucional, pero lo que sí está claro es que desconoce la posición institucional de las Administraciones públicas y la de los jueces y tribunales –que se han convertido en cogestores de la respuesta administrativa a la epidemia–, y pone en jaque –precisamente en el ámbito menos apropiado por las circunstancias que habitualmente concurrirán (urgencia y riesgo grave para la salud)– un principio esencial en nuestro Derecho Administrativo cual es el de la autotutela administrativa y su fundamentación última –garantizar una gestión y protección eficaz de los intereses públicos que tienen confiadas las Administraciones públicas–. Cosa distinta es que se pudiera debatir, más allá de las posibles medidas cautelares en los procedimientos ordinarios, sobre la conveniencia de prever procedimientos judiciales de urgencia en los casos en los que se afecta a derechos fundamentales o analizar los motivos por los que los existentes no funcionan adecuadamente para reforzar la efectividad de la intervención judicial. A este respecto, muy destacado ha sido el papel del procedimiento judicial «référé» existente en Francia en el control de las medidas administrativas frente al COVID-19 (Santamaría Dacal, 2020, pp. 194 y ss.).

También en sentido crítico, entre otros, Baño León (2020, pp. 11-22); Muñoz Machado (2021, pp. 112 y ss.); Álvarez García (2021, pp. 116-120). Por el contrario, se muestra favorable a esta previsión, P. Lucas Murillo de la Cueva quien explica esta nueva atribución «por la dificultad de legislar que la composición de las Cortes Generales surgidas de las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019 ha revelado y, ciertamente, por la confianza en los jueces como garantes de los derechos», sostiene que «la intervención del juez supone una mayor garantía» y concluye que «el artículo 117.4 de la Constitución admite expresamente que se les encomienden por ley este tipo de cometidos» (Lucas Murillo de la Cueva, 2021, pp. 114-115).

sidad de planteamientos se puede observar entre el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJNA:2020:37A), que se pronuncia sobre la mayor parte de las medidas cuya ratificación se solicita²⁸ y que, en cualquier caso, en su parte dispositiva acuerda formalmente ratificar todas ellas; y, por otro lado, el Auto n.º 481/21 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 11 de mayo de 2021, que sólo se pronuncia sobre algunas medidas por considerar que son las únicas que presentan esa afección a los derechos fundamentales y que también son las únicas que ratifica en su parte dispositiva –aunque de las demás introduce un párrafo *obiter dicta* diciendo que son proporcionadas–. Así, por ej., deja fuera medidas consistentes en limitaciones de aforo y de horarios que el mencionado auto del TSJ de Navarra sí analiza expresamente. Además, este auto del TSJ de Castilla-La Mancha contiene en su fundamentación jurídica la siguiente reflexión que tiene interés dado el enfoque de este trabajo:

«La Sala considera que el resto de las medidas no especificadas en los apartados anteriores no precisan ratificación al no afectar a derechos fundamentales, en el sentido de que se trata de medidas a aplicar en establecimientos, instalaciones o actividades abiertas al público, sujetas a autorización administrativa ordinaria. Se trata de medidas sujetas a policía administrativa encaminadas a mantener la seguridad y el orden público mediante la acción preventiva...».

Con todas estas incertidumbres, parece que es pacífico que implican restricciones o limitaciones de derechos fundamentales las siguientes medidas de alcance general –como hemos dicho, las de carácter particular dirigidas a concretas personas (por ej., aislamientos de personas contagiadas u hospitalización forzosa de una persona enferma) plantean menos problemas en su calificación–: entre otras, los confinamientos de poblaciones o incluso de Comunidades Autónomas²⁹, la realización forzosa de pruebas sanitarias a empleados de residencias de ancianos e instituciones similares, limitación de reuniones sociales y familiares, toques de queda nocturnos o de fin de semana, o el pasaporte COVID³⁰.

Por otro lado, entendemos que no implican esas limitaciones, entre otras, las siguientes: fundamentalmente, las medidas generales de higiene y prevención exigibles a actividades y establecimiento (deberes de limpieza y desinfección –indicando, por ej., la tipología de desinfectantes que se deben utilizar–, de ventilación, de utilización de equipos y herramientas de manera personal e intransferible, limitación de uso de los ascensores, existencia de papeleras, reglas de aforo, distancia interpersonal, etc.)³¹; y parte de las medidas específicas para concretas actividades o establecimientos³², pues otras –por ej., algunas vinculadas con la limitación en el número de asistentes– sí afectan a derechos fundamentales como el de reunión.

Por otro lado, otras medidas generan más dudas, por ej., la prohibición de fumar en la vía pública o espacios al aire libre si no se podían respetar unas distancias de seguridad o el cierre de la hostelería. Con respecto a este último, nunca se ha discutido ni se ha considerado que sea una medida limitativa de derechos fundamentales la orden de cierre de un establecimiento por generar un riesgo grave e inminente para la salud pública (por ej., presencia de ratas en una pastelería). Más aún, el cierre de establecimientos está entre las medidas expresamente previstas en los preceptos de la legislación ordinaria antes expuesta. Con esa base, se podría argumentar que, siendo la medida la misma, tampoco en estos casos hay afección a derechos fundamentales³³. En la misma línea, la mencionada STC 148/2021

²⁸ Restricción de la libre entrada y salida de personas en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, cierre de los bares y otros establecimientos de restauración, limitación de aforos, limitación de horarios en ciertas actividades, limitación de las reuniones en el ámbito público y privado, limitación de horarios para la venta de alcohol, suspensión de la actividad de las sociedades gastronómicas y peñas, y medidas específicas en relación a los centros asistenciales de personas con discapacidad y centros residenciales de personas mayores.

²⁹ Aunque no nos podemos detener ahora en ello, entendemos que, dada la amplísima trascendencia extraterritorial de esta medida, la competencia corresponde al Estado o, al menos, que el Estado debe adoptar mecanismos de coordinación e intervenir en su adopción.

³⁰ Sobre el pasaporte COVID, *in extenso*, Álvarez García (2022, sin paginación).

³¹ No obstante, en algún supuesto, se puede presentar esa conexión. Por ej., el mencionado Auto n.º 481/21 del TSJ Castilla-La Mancha apreció el vínculo de la medida de higiene consistente en la prohibición del uso de agua bendecida y en la imposición del deber de que las abluciones rituales se realizarán «en casa» con el núcleo del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE) y rechazó la ratificación de lo relativo a las abluciones, aunque admitiendo que la Administración podía regular las condiciones sanitarias para llevar a cabo el rito.

³² En velatorios, entierros, ceremonias civiles, lugares de culto, hostelería, ocio, espectáculos taurinos –imposición de localidades preasignadas, permanencia en asiento y con mascarilla, reglas de apertura de puertas o venta o consumo de alimentos–, fiestas y verbenas, enseñanza, gimnasios, establecimientos comerciales, establecimientos hoteleros, transportes, centros asistenciales o sociosanitarios, etc.

³³ Cosa distinta es que se acogiera ese criterio mantenido por las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el estado de alarma de que lo cuantitativo se convierte en cualitativo y que, por ende, se concluyera esa afección a la libertad de empresa.

sostiene que «Las normas generales, ordinarias o de carácter excepcional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad (de empresa) que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos». Y añade:

«Tampoco afecta a la libertad de empresa la última de las reglas que se contienen en el artículo 10.1, relativa a los establecimientos que pueden abrir al público: “en cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en que se esté desarrollando”. Esta regla no limita o restringe, en general, la libertad de comercio, sino que determina el cierre o clausura temporal de unos establecimientos que quedarán individualizados por las condiciones y el riesgo de contagio a los que el precepto se refiere; sin que pueda calificarse de ejercicio de libertad constitucional de empresa aquella conducta que depare, por su anómalo desenvolvimiento, daños o riesgos para terceros»³⁴.

Finalmente, debemos advertir que la redacción excesivamente vaga y amplia que emplea la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en esos preceptos puede originar graves disfunciones. Un primer atisbo de ello se puede encontrar en la STS n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, rec. casación 5909/2021, de la que nos ocupamos más abajo. Se trataba de un recurso de casación por la no ratificación de la Orden de 13 de agosto de 2021, del Consejero de Sanidad de la Junta de Galicia, donde se implantaba el conocido como pasaporte COVID para la entrada en ciertos establecimientos de ocio y restauración, y que no había citado en su fundamentación el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Al respecto, la sentencia parece insinuar –aunque de manera confusa– que no sería necesaria esa invocación por cuanto la afección a los derechos fundamentales en ese caso es «liviana» y que para ese tipo de afecciones bastaría la base legal de una ley ordinaria –en otra sentencia también sobre el pasaporte COVID que expondremos más abajo se afirma expresamente que la cita de ese precepto legal era necesaria–, pero nada dice de que entonces tampoco fuera necesaria la ratificación, sino que precisamente la otorga. Este planteamiento genera importantes problemas jurídicos, pues implícitamente –aunque, como hemos criticado, la realidad ha sido caótica– se había producido una cierta equiparación entre las medidas de la Ley Orgánica 3/1986 y la necesidad de ratificación/autorización judicial. Pero esta previsión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa delimita su ámbito de aplicación por la «limitación o restricción de derechos fundamentales» y no por referencia a esa otra Ley Orgánica. Si se llevara esta línea jurisprudencial a sus consecuencias lógicas, originaría que medidas restrictivas por motivos de salud pública que se han venido adoptando por las Administraciones públicas sobre la base de la legislación ordinaria sin acudir a la autorización o ratificación judicial, a partir de ahora la requerirían, lo que significaría introducir un elemento gravemente distorsionador en nuestro ordenamiento. Además, también perdería sentido el hecho de que unas habilitaciones estuvieran en una ley ordinaria y otras en una ley orgánica.

b) En segundo lugar, la naturaleza jurídica de las medidas a las que se refieren estos preceptos. A nuestro juicio, todo apunta (la literalidad, las pinceladas de régimen jurídico que se establecen –resolución motivada, audiencia previa...–, y los ejemplos que se recogen) a que se trata básicamente de actuaciones materiales o actos administrativos –en lo que ahora nos interesa, típicas órdenes administrativas y coacción directa–³⁵. Además, esa ha sido su utilización normal desde su entrada en vigor³⁶. En esa línea, no cabe duda de que habilitan la aprobación de esa categoría especial de actos administrativos que se denomina doctrinalmente como *actos generales no normativos*³⁷, e incluso podría defenderse –aunque, como se ha

Nuevamente volvemos a la paradoja Sorites. ¿Qué ocurriría, por ej., si la Administración acordara el cierre de todos aquellos establecimientos –que pueden ser muchos– que en su aislamiento acústico hubieran utilizado una sustancia que, a la postre, hubiera devenido ser cancerígena?, pues este supuesto no encaja en el presupuesto de hecho que permite la utilización del art. 2 de la Ley Orgánica 3/1986.

³⁴ Una crítica a esta postura, en Doménech Pascual (2021, pp. 382 y ss.).

³⁵ Cierco Seira destaca el carácter ablativo, bien en la esfera personal –recortando libertades– o bien en la esfera patrimonial de parte de estas medidas (Cierco Seira, 2005, pp. 213 y ss.).

³⁶ Bien es cierto que, por ej., la Ley Orgánica 3/1986 también ha sido citada genéricamente, junto con otras habilitaciones legales, para adoptar algunas actuaciones de naturaleza jurídica ambigua (por ej., Orden SCO/1496/2003, de 4 de junio, por la que se completan las disposiciones en la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, en relación con la declaración obligatoria y urgente del Síndrome Respiratorio Agudo Severo).

³⁷ Entre otros, Cosculluela Montaner (2021, pp. 142-143).

dicho, la literalidad de los preceptos no parece que esté pensando en ello— que también permiten la aprobación de reglamentos —evidentemente, admitiendo el incumplimiento de las normas procedimentales para la aprobación de disposiciones reglamentarias³⁸—.

Si atendemos a todo el extenso muestrario de medidas frente al COVID-19 que hemos podido analizar con base en estos preceptos, hay algunas que encajan a la perfección en la categoría de los actos generales no normativos, por ej., la orden de confinamiento de un municipio o barrio³⁹. Pero otras muchas se encuentran en la, en ocasiones, difusa frontera entre ese tipo de actos administrativos y verdaderos reglamentos. En particular, nos referimos a todas aquellas amplias medidas de contenido próximo que las Comunidades Autónomas aprobaron, en las primeras semanas de mayo de 2021, ante la finalización del estado de alarma el 9 de mayo de 2021⁴⁰. A este respecto, la consideración de la naturaleza de la medida que se estaba aprobando ha sido diferente de unas Comunidades Autónomas a otras. Algunas han entendido que estaban aprobando un acto administrativo⁴¹; otras un reglamento⁴²; y otras son ambiguas al respecto⁴³.

La lógica obliga a afirmar que las cosas son lo que son con independencia de la calificación que la Administración pueda otorgarles. Pero trasladar esa regla a una construcción teórica con una importante dosis de convencionalismo como la que nos ocupa no está exento de dificultades. Recuérdese que incluso la propia jurisprudencia ha modificado en el tiempo su posición sobre la naturaleza jurídica reglamentaria o no de ciertas actuaciones administrativas (por ej., el cambio en cuanto a la naturaleza jurídica de las Relaciones de Puestos de Trabajo —*vid.*, STS de 5 de febrero de 2014, rec. 2986/2012—).

A nuestro juicio, a pesar de todas las incertidumbres, después de dos años, la balanza debería inclinarse por su calificación normativa. Su abstracción y generalidad⁴⁴; su prolongación en el tiempo —esos paque-

³⁸ En ese caso, podría encuadrarse en la figura, teorizada por Lorenz von Stein, de los reglamentos de necesidad, que no se someten a las reglas sobre el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales y sin entrar ahora en si también pueden contradecir otras normas legales. Gallego Anabitarte califica esta expresión como obsoleta (Gallego Anabitarte, 1971, pp. 39 y ss., pp. 43 y ss., 280 y ss.).

³⁹ Por ej., la Orden de 7 de mayo de 2021, de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, por la que se confina a los municipios de Bornos y Villamartín, de la provincia de Cádiz, al superar 1.000 casos de infecciones por el SARS-Cov-2 por cada 100.000 habitantes en 14 días.

⁴⁰ Con respecto a otro grupo de resoluciones autonómicas con un contenido en parte similar a las que mencionamos en texto y que se aprobaron en la primera quincena de marzo de 2020 [por ej., la Orden Foral 4/2020, de 14 de marzo, de la Consejera de Salud, por la que se adoptan medidas preventivas e instrucciones de salud pública como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19); la Orden SAN/295/2020, de 11 de marzo, por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones en relación con el COVID-19 para toda la población y el territorio de la Comunidad de Castilla y León; o la Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones de salud pública en la Comunidad Autónoma de Aragón por la situación y evolución del COVID-19], L. Salamero Teixidó sostiene que «en sentido estricto son (de) actos administrativos, pero sin duda su contenido, alcance y destinatarios los acercan sobremanera a un reglamento. De ahí que en alguna de las resoluciones judiciales que comentaremos se califiquen como norma (véase el AJCA núm. 1 de Zaragoza 13/2020, de 16 de marzo)» (Salamero Teixidó, 2020, p. 17, nota 9).

⁴¹ Una clara muestra es la Resolución de 8 de mayo de 2021, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la se acuerdan medidas en materia de salud pública en el ámbito de la Comunitat Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. No sólo la denominación formal elegida —resolución—, sino que también incluye el correspondiente pie de recurso y además no deroga sino que deja sin eficacia las resoluciones anteriores —a las que expresamente califica como actos administrativos.

⁴² Por ej., el Decreto 55/2021, de 8 de mayo, sobre medidas de prevención y control necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (Castilla-La Mancha). Dice de sí mismo que es una norma; menciona en su preámbulo expresamente que cumple con «los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, tal y como exige la Ley 39/2015» —lo que esta ley hace precisamente en el artículo destinado a los principios de buena regulación—, y evidentemente contiene una disposición derogatoria.

⁴³ Por ej., la Orden de 7 de mayo de 2021, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma. Por un lado, carece de pie de recurso y se publica en el apartado de Disposiciones Generales del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Pero, por otro, se dicta expresamente no sobre la base de la potestad reglamentaria del consejero sino sobre su competencia en «cuantas otras le atribuya la legislación vigente» [art. 26.2.m) Ley de la Administración de la Junta de Andalucía] y tampoco tiene disposiciones derogatorias o de entrada en vigor, sino que habla de surtir efectos y dejar de surtir efectos.

⁴⁴ A propósito de la distinción entre reglamentos y actos generales son muy interesantes las reflexiones que realiza Rebollo Puig. Este autor, aun partiendo de las tradicionales notas de la abstracción y la generalidad que caracterizan a la norma jurídica, destaca que, a fin de cuentas, el criterio distintivo es la abstracción, esto es, «la aplicación repetida ante una cantidad indefinida de supuestos que encajen en el presupuesto de hecho». No obstante, reconoce que se presentan casos dudosos «porque el criterio de la abstracción a veces parece más cuantitativo que cualitativo» —y es eso quizás lo que ocurre en este supuesto—. Y añade, en relación con la clásica formulación de García de Enterría —«su integración en el ordenamiento jurídico» (García de Enterría, 2013a: pp. 212 y ss.)—, que «el complemento de la integración en el ordenamiento no aporta siempre una solución porque precisamente lo que se trata de saber es si la decisión se incorpora al ordenamiento» (Rebollo Puig, 2019a: pp. 221-222).

tes autonómicos de medidas no surgen ante una situación de urgencia, pues ese elemento de la urgencia ya no existe con ese carácter general, aunque sí puedan darse situaciones de urgencia que requieran medidas específicas no previstas, y además son actualizaciones de paquetes similares aprobados con anterioridad—; el hecho de que *regulen* las medidas que se pueden aplicar por niveles de riesgo y remitan a un momento posterior y a otras autoridades la concreción de esos niveles e incluso las medidas que deban aplicarse de las previstas; que normas con rango legal de carácter sancionador y eficacia transitoria hayan incorporado el contenido expreso y material de estas medidas vía tipificación de infracciones —lo que podría abonar la interpretación de su conversión, aunque sea de manera indirecta, en verdaderos mandatos normativos⁴⁵—; o el hecho de que medidas similares (por ej., el uso de mascarillas y otras) hayan sido incorporadas al texto de leyes o decretos leyes —sobre ello volveremos inmediatamente—; son elementos que abonan esa calificación. Además, en esa misma línea se ha manifestado el Tribunal Supremo, aunque un tanto incidentalmente y ante disposiciones con contenido próximo pero distinto fundamento⁴⁶.

La vigente Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 —y con anterioridad, el implícitamente derogado Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio—, con el carácter de legislación básica en el articulado que nos interesa, ha establecido el marco legal mínimo necesario para dar soporte a buena parte de esas medidas que venimos analizando. Así, contiene previsiones relativas a centros de trabajo que se reiteran en esas medidas autonómicas, así como otras muchas previsiones mínimas relativas a multitud de actividades y establecimientos —que también se reiteran en esas medidas— (centros, servicios y establecimientos sanitarios; centros docentes; servicios sociales; establecimientos comerciales; hoteles y alojamientos turísticos, etc.), donde en todas ellas añade una coletilla relativa a «las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas [las administraciones competentes] determinen». Con este presupuesto, lo procedente desde hace tiempo es que esas administraciones competentes —en lo que nos interesa, las Comunidades Autónomas—, sobre la base de sus competencias normativas de desarrollo en materia de sanidad y a partir de las habilitaciones legales que le atribuyan la potestad reglamentaria en ese ámbito, hubieran incluido esas medidas en reglamentos administrativos, dejando de lado la habilitación de los preceptos legales que venimos analizando que entendemos que no es la correcta para ello —sí para otro tipo de medidas o sí para los momentos iniciales—. Además, ello conllevaría la necesidad de utilizar el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias y sus correspondientes garantías, lo que ayudaría a la aprobación de unos textos normativos con mayor calidad y una mejor satisfacción de los distintos intereses públicos y privados en juego.

2.3. Las actuaciones *praeter legem*

Aunque la construcción de Otto Mayer parte de la vinculación positiva a la ley y centra esa «contradicción irreductible» fundamentalmente en la admisión de las «autorizaciones más generales», esto es, de las cláusulas generales de apoderamiento, también es cierto que este autor admite en último término una actuación *praeter legem*: «no es necesario tal fundamento [legal] para rechazar directamente por la fuerza el trastorno causado al buen orden». En definitiva, la coacción directa en tales supuestos. Ese era el reducto para esa actuación *praeter legem*, pues «ninguna orden de policía puede emitirse válidamente sin fundamento legal, es decir, de otro modo que no sea por la ley o en virtud de una autorización de la ley» (Mayer, 1982, p. 38).

⁴⁵ Por ej., el Decreto-ley 21/2020, de 4 de agosto, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables en Andalucía ante el COVID-19, tipifica como infracción administrativa, entre otras muchas, «El incumplimiento por parte de los establecimientos abiertos al público o actividades públicas, de informar a los clientes o usuarios sobre el horario, el aforo del local, la distancia interpersonal y, en su caso, de la obligatoriedad del uso de mascarilla, como medidas de prevención de la COVID-19» o «El incumplimiento, por parte de los establecimientos abiertos al público, de la obligación de inhabilitar la pista de baile para este uso».

⁴⁶ La STS de 25 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:170) se enfrenta a un recurso contra el Decreto 2/2021, de 24 de enero, del Presidente de la Generalidad Valenciana, por el que se limita la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, se prorroga la medida de restricción de la entrada y la salida de personas del territorio de la Comunidad Valenciana y se limita, durante los fines de semana y los días festivos, la entrada y salida de los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes. Al hilo del análisis de la carencia sobrevenida de objeto del recurso por la pérdida de la vigencia de las medidas, la sentencia afirma que tal planteamiento debe rechazarse pues «mantener lo contrario significaría dejar a la *potestad reglamentaria* espacios sin control judicial e infringir, por tanto, el artículo 106 de la Constitución» (FJ 6.º) (la cursiva es nuestra). No obstante, debe advertirse que se trata de un Decreto dictado sobre la base de la habilitación atribuida por el Real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que el Gobierno de España declaró un nuevo estado de alarma y designó a los Presidentes de las Comunidades Autónomas como autoridades competentes delegadas.

A nuestro juicio, siendo consciente del riesgo que ello conlleva, se puede avanzar más allá y admitir unas actuaciones *praeter legem* más amplias⁴⁷. La lucha frente al COVID-19 también ha dado muestras de ello. Fue en gran medida pacífica la suspensión de las elecciones vascas y gallegas –con la afección que ello produce sobre derechos fundamentales–, sin que la legislación electoral prevea nada al respecto⁴⁸ e incluso pudiendo defenderse que es una actuación contraria a la misma. En el Decreto 7/2020, de 17 de marzo, del Lehendakari, por el que deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento Vasco del 5 de abril de 2020, debido a la crisis sanitaria derivada del COVID-19, y se determina la expedición de la nueva convocatoria, se lee lo siguiente: «Aunque la legislación electoral no contemple explícitamente el modo de proceder en caso de una imposibilidad material de continuar con el proceso electoral garantizando la participación de la ciudadanía y el derecho del sufragio, el silencio de la ley no excluye la necesidad de una regla de conducta para casos no previstos en ella, atendiendo a los principios generales contenidos en la propia legislación electoral».

Todo dependerá de hasta dónde se esté dispuesto a admitir en la interpretación del Derecho y si se aceptan incluso –como de hecho ocurre– habilitaciones implícitas. Quizás no se quiera dar formalmente ese paso, pero no encontramos una gran diferencia en cuanto a su resultado jurídico. A este respecto, compartimos las siguientes palabras de Lucas Murillo de la Cueva (2021, pp. 66-67):

«Aparte está el supuesto de que la necesidad se presente bajo la forma de una emergencia que supera todas las previsiones establecidas y su magnitud o naturaleza impongan por sí mismas una respuesta acorde al desafío o a la amenaza que representa. En tales ocasiones, que suponen una excepción dentro de la excepcionalidad, la eventual inexistencia de disposiciones normativas al respecto o su insuficiencia no exime al Estado de intervenir con la urgencia y con los medios precisos para conjurarla. Al fin y al cabo, se trata de su supervivencia o de evitar males de tal proporción que su misma amenaza lo justifica. Desde esta perspectiva, la necesidad acuciante y general, los hechos que la producen, habilitan actuaciones no previstas por el ordenamiento jurídico y, por tanto, se erigen en fuente normativa extra ordinem.»

2.4. La justificación de esta singularidad en la vinculación positiva y sus consecuencias

2.4.1. *El deber general de no perturbar el orden público*

El fundamento de esta singularidad jurídica de la actividad de policía, en la que se incluye la intervención administrativa frente al COVID-19, radica en la existencia de un deber general de no perturbar el orden público, deber general de todos los ciudadanos existente antes y con independencia de que lo recoja o concrete alguna norma. La existencia de este deber general ocupa una posición central en la construcción de Mayer: «existe hoy todavía un deber general que incumbe a los súbditos, frente a la sociedad y frente a la administración que defiende sus intereses, un deber que de antemano consideramos como existente e innato: es el deber de no perturbar el buen orden de la cosa pública, el deber de evitar cuidadosamente e impedir los trastornos que podría suscitar su propia existencia». Y precisamente, «el carácter jurídico especial de lo que nosotros ahora llamamos la policía, lo que distingue sus instituciones de todas las otras del derecho administrativo, es justamente la existencia de un deber general preexistente, deber que sólo la policía tiene que realizar y hacer valer» (Mayer, 1982, p. 11)⁴⁹. Por tanto, no hay en la construcción de Mayer un poder

⁴⁷ En esta línea se manifiesta E. Picard. Este autor, dentro de su construcción sobre la institución liberal, defiende que «il est clair qu'il n'y a pas aucune incompatibilité entre cette norme de nécessité [el orden público] et le principe de légalité. Mais il faut aller plus loin et, contre la tradition, cesser de concevoir en termes antinomiques la légalité et la nécessité: pour cela, il faut mettre en lumière la signification institutionnelle du principe de légalité en l'envisageant par rapport à l'ordre public comme proposition de droit» (Picard, 1984b: 545). Y, yendo más allá de lo que O. Mayer o el propio Hauriou defendían, añade: «tout comme il n'est besoin d'aucune loi particulière pour fonder la liberté et la rendre par principe opposable erga omnes, il n'est besoin d'aucune loi pour fonder l'ordre public en tant que proposition de droit, ni pour fonder l'exercice de sa fonction de concrétisation» (Picard, 1984b, p. 546).

⁴⁸ Distinto fue lo ocurrido en Cataluña, pues diferentes eran también las circunstancias. *Vid.* la STSJ de Cataluña, n.º 368/2021, de 1 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:3324): «En este punto, no se puede trasladar acriticamente la situación que se produjo en marzo de 2020 al caso aquí examinado, cuando los presupuestos eran sustancialmente distintos, tanto desde el punto de vista del derecho de excepción vigente en aquel momento (RD 463/2020, de 14 de marzo), como en que en aquel caso sí existía una causa de fuerza mayor, en el sentido de que se trataba de una causa que irrumpió de forma sobrevenida e imprevisible y que creó una situación de imposibilidad material y jurídica para la celebración de elecciones, que aquí no se aprecia.»

⁴⁹ Igualmente, F. Fleiner afirmaba que «el deber general de un ciudadano en materia de policía estriba en no perturbar» (Fleiner, 1933, p. 314).

natural de la Administración para imponer limitaciones a los ciudadanos con la finalidad de que no perturben el orden público; sino un deber general y natural de los ciudadanos, sin necesidad de norma alguna que lo proclame, de no perturbar el orden público, y es precisamente ese deber el que incumbe hacer valer a la policía y le confiere su carácter especial⁵⁰.

En cuanto al fundamento de este deber general, O. Mayer lo situaba en el «derecho natural» (Mayer, 1982, pp. 11 y 61); por su parte, F. Fleiner lo presentaba, más bien, como un límite inmanente a la libertad y a la propiedad⁵¹. Entre nosotros, Rebollo Puig (1989, p. 38) mantiene que el fundamento de este deber se encuentra en el principio general del Derecho según el que nunca es lícito perturbar el orden público⁵². A nuestro juicio, sin forzar la argumentación, encuentra una base constitucional en el art. 10 CE, en particular, en su referencia a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social. También puede acudir a esa idea defendida por Doménech Pascual de que los Derechos Fundamentales incluyen una obligación positiva de los poderes públicos de protegerlos (Doménech Pascual, 2006, pp. 69 y ss.)⁵³.

Lo que ocurre es que en muchos sectores de la actuación administrativa ese deber general está positivizado. Precisamente, en el que nos ocupa, así ocurre en el art. 4 –bajo el título de «Deber de cautela y protección»– de la Ley 2/2021, de 29 marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19:

«Todos los ciudadanos deberán adoptar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos de propagación de la enfermedad COVID-19, así como la propia exposición a dichos riesgos, con arreglo a lo que se establece en esta Ley. Dicho deber de cautela y protección será igualmente exigible a los titulares de cualquier actividad regulada en esta Ley.»

¿Eso significa que ese deber no existía en este campo hasta que esa ley lo estableció?, ¿es que antes de aprobarse esa ley era lícito propagar la enfermedad COVID-19?⁵⁴ Téngase en cuenta que esa Ley se refiere exclusivamente al COVID-19, ¿es que entonces ese deber no rige para el ébola?, ¿es necesario que una Ley lo recoja expresamente? Las respuestas son evidentes.

Llegados a este punto, debe insistirse en que la finalidad de la defensa de la existencia de este deber general no es la de ampliar los poderes de la Administración, sino, todo lo contrario, la de acotarlos. Como defendía Mayer (1982, p. 12), «el deber para con la policía que se supone preexistente da a esas autorizaciones [las cláusulas generales de apoderamiento] una determinación jurídica suficiente en cuanto a su alcance y a su fin».

⁵⁰ Rebollo Puig (1999, pp. 263 y ss.). En la misma línea, Fernández Farreres mantiene que «dado que el orden público... es necesario para la vida en sociedad, no sólo la Administración asume el deber de mantenerlo y preservarlo, sino que sobre todas las personas pesa el deber general de no perturbarlo o no ponerlo en peligro» (Fernández Farreres, 2020, p. 37). No hay en la doctrina francesa clásica sobre la actividad de policía o el orden público una construcción similar a este deber previo, aunque en un momento de sus razonamientos Hauriou afirma: «Pour la police, mérite d'être interdit tout ce qui provoque du désordre...» (Hauriou, 1933, p. 549).

⁵¹ «Pero una actividad ilimitada de la libertad individual y de la libertad de propiedad conduciría al *bellum omnium contra omnes*. Por esta razón, toda libertad está concedida sólo bajo la condición de que no estorbe el buen orden de la cosa pública» (Fleiner, 1933, p. 312).

⁵² Este autor recoge la siguiente exposición de Entrena Cuesta: «el fundamento de la potestad de policía es un principio general del Derecho y precisamente del Derecho Administrativo, derivado de diversas normas que integran el ordenamiento jurídico» (Entrena Cuesta, 1958-1959, citado en Rebollo Puig, 1989, p. 271). Con posterioridad, Rebollo Puig insiste: «Si no es el Derecho Natural, habrá que decir que existe un principio general del Derecho en virtud del cual, incluso antes de que se declare y concrete por normas, es ilícito poner en peligro la seguridad de los usuarios de la vía pública, la salud de los consumidores o de los ciudadanos... y otros bienes esenciales a los que tradicionalmente se aludía como orden público y a lo que todavía, aun con imprecisiones y dificultades y un cierto convencionalismo, podemos seguir llamando orden público» (Rebollo Puig, 1989, p. 271).

⁵³ En esa misma idea, precisamente a propósito del COVID-19, insiste este autor: «en nuestro Derecho, el fundamento jurídico de las medidas administrativas o judiciales limitativas de la libertad adoptadas en situaciones de vacío legal no se encuentra en un ficticio apoderamiento implícito, ni en un supuesto principio de necesidad, sino en los derechos y otras normas constitucionales que protegen los intereses, valores y bienes lesionados o amenazados por el ejercicio de esa libertad. Son estas normas las que pueden justificar e incluso exigir la actuación de los poderes públicos.» (Doménech Pascual, 2021, pp. 372 y ss.).

⁵⁴ Esta formulación legal introduce también el deber de autoprotección, aunque en términos ciertamente vagos y genéricos. En muchos ámbitos, este deber de autoprotección excedería claramente el deber general expuesto (por ej., llevar casco), pero aquí la frontera no es tan nítida pues se trataría precisamente de una medida preventiva para evitar convertirse en perturbador del orden público al contagiarse. A este respecto, Didier Truchet sostiene que la policía administrativa no puede proteger a los hombres de sí mismos, cuando su comportamiento no amenaza ninguna otra persona (Truchet, 2021, p. 306). Por tanto, para ello se necesitarían habilitaciones específicas. Esta ley es precisamente esa proclamación legal específica. Pero en este caso, insistimos, aunque es un deber de autoprotección, sí concurre esa amenaza para otras personas. Por otro lado, el precepto se separa claramente de la regla de la voluntariedad que se proclama en el art. 5.2 de la Ley General de Salud Pública: «Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública».

La primera determinación o delimitación es que, puesto que el deber general es el de no perturbar, el contenido habilitador que ofrece a las mencionadas cláusulas generales de apoderamiento es exclusivamente aquel necesario para que no se perturbe. Esto es, la Administración podrá imponer las medidas necesarias con el fin de evitar la perturbación, hacerla cesar o repararla, pero no podrá, además, exigir a los ciudadanos que colaboren en el mantenimiento de este orden⁵⁵. Lo que ocurre es que las fronteras no siempre son nítidas, en particular en la función preventiva⁵⁶. Por ej., imponer a una empresa el deber de entregar mascarillas quirúrgicas o requisarlas directamente excede claramente esa perspectiva negativa y, por ello, esta medida no puede adoptarse sobre la base de las cláusulas generales de apoderamiento que venimos analizando y precisa de habilitaciones legales específicas.

Otra muestra puede encontrarse en algunos de los deberes impuestos a los establecimientos comerciales en el art. 28 de la Orden de 7 de mayo de 2021, que establece los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía para la contención de la COVID-19 finalizado el estado de alarma:

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

d) Se deberá realizar, al menos dos veces al día, una limpieza y desinfección de las instalaciones, con especial atención a las superficies de contacto más frecuentes como pomos de puertas, mostradores, muebles, pasamanos, máquinas dispensadoras, suelos, teléfonos, perchas, carros y cestas, grifos, y otros elementos de similares características, debiendo realizarse una de las limpiezas, obligatoriamente, al finalizar el día.».

No hay duda de que lo previsto en la letra d) encaja en la perspectiva negativa expuesta. No obstante, no concurre la misma certeza con lo previsto en la letra c). Ahí no se trata de impedir que se perturbe el orden público, sino que se le está imponiendo al comerciante una colaboración positiva para su consecución, una prestación a favor de un tercero –al que tampoco se le impone el deber de uso– y en gran medida ajena a su propia actividad⁵⁷. Esto no significa que la Administración no pueda imponer limitaciones que vayan más allá de a lo que obliga el deber general, puede hacerlo, pero requerirá habilitaciones legales específicas y no serán suficientes las cláusulas generales de apoderamiento.

Esa perspectiva negativa no significa que con esas habilitaciones sólo quepa imponer prohibiciones y no órdenes administrativas, pues éstas también cabrán siempre que su fin sea combatir la perturbación al orden público (por ej., ordenar la desinfección de un establecimiento)⁵⁸.

La segunda delimitación, íntimamente relacionada con lo anterior, es que las medidas a las que habilitan estas cláusulas generales de apoderamiento sólo se pueden dirigir contra el perturbador⁵⁹, esto es, contra quien crea el riesgo o daño que se combate. Como sostenía Mayer (1982, p. 29), «la perturbación emana de aquel cuya esfera de existencia la produce. No se le imputa solamente su conducta personal. Se le reprocha también el estado peligroso de sus bienes, los daños que amenazan el buen orden a causa de su vida do-

⁵⁵ O. Mayer afirmaba: «El papel de la policía es negativo: su misión consiste en defender a la sociedad y a los individuos de los peligros que puedan amenazarlos» (Mayer, 1982, p. 6).

⁵⁶ O. Mayer ofrecía un claro ejemplo de esta perspectiva negativa, todavía vigente en el Derecho español, aunque sin vínculo con la COVID: la imposición a los dueños de hoteles, hostales y similares de declarar a la autoridad policial la llegada de cada nueva persona que reciban. No es que no se pueda imponer este deber, sino que el mismo precisa de una habilitación legislativa específica, no bastando la habilitación genérica que el prefecto tenía de dictar reglamentos de policía «para el mantenimiento de la seguridad pública» (Mayer, 1982, p. 36, nota 15).

⁵⁷ En la misma línea, la realidad que muestran ciertas declaraciones de responsables públicos autonómicos en las que con algún disimulo o sin ninguno sostienen que la finalidad de exigir el pasaporte COVID-19 para la entrada en establecimientos públicos es fomentar la vacunación. Bien es cierto que la justificación formal que ofrece la publicación en los boletines oficiales de esta medida es esencialmente otra, pues, en otro caso, difícilmente se obtendría la correspondiente autorización judicial. Ello sin entrar en su calificación como una simple desviación de poder. Insistimos, no es que no se pueda imponer esa medida con ese fin, pero la misma exigiría habilitaciones legales específicas y no las cláusulas generales que venimos analizando.

⁵⁸ O. Mayer mantenía que «resulta insuficiente explicar el poder de policía exclusivamente como un sistema de prohibiciones; se encuentra en él una multitud de órdenes. Lo que sí es cierto es que aun en las órdenes de policía hay siempre, conforme a la idea fundamental de la institución, algo, un objeto, una finalidad que las acerca a la prohibición esencialmente negativa. Sea cual fuere lo que estas órdenes impongan al individuo, nunca deberán tener otro fin que el de combatir la perturbación que emana o pudiera emanar de él. En definitiva, el resultado de cada una de las aplicaciones del poder policial no será jamás otro que éste: *que este hombre no perturbe*» (cursiva en el original) (Mayer, 1982, p. 35).

⁵⁹ Mayer (1982, pp. 28 y ss.) y Fleiner (1933, p. 323).

méstica, de su industria...; en fin, por todas las cosas de las cuales él es el centro social, y socialmente responsable». En los mismos términos se manifiesta el clásico Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955: «La intervención defensiva del orden, en cualquiera de sus aspectos, se ejercerá frente a los sujetos que lo perturbaren» (art. 3.1).

No hay en esta idea del perturbador necesariamente ningún reproche ético o sancionador, ni la exigencia de la concurrencia de una voluntad expresa ni mucho menos de culpabilidad. Perturbador es el titular de un establecimiento que no lo ventila adecuadamente, pero también el contagiado de COVID-19 o la compañía aérea que presta su servicio. Para que la Administración se dirija contra quien ejecuta legalmente sus derechos y no crea la situación de riesgo se precisará una expresa autorización legal –sin perjuicio también de otras consecuencias sobre el régimen de responsabilidad administrativa⁶⁰, pues esa actuación excede el ámbito del poder de policía basado en sus cláusulas generales habilitantes.

No obstante, concurren supuestos complejos donde el perturbador se diluye en el conjunto o es tremendamente compleja su previa distinción y, para su propia eficacia, la medida se debe adoptar frente a todo el conjunto⁶¹. Muestras de ello son el confinamiento de toda una población o la imposición indiscriminada del uso de mascarillas, a pesar de haber completado las pautas de vacunación o haber superado la enfermedad. La correcta categorización de esas medidas en el elemento que nos ocupa se complica por el contexto de incertidumbre científica⁶², tanto sobre la posibilidad o no de transmisión de la enfermedad por los vacunados como por las características de las distintas variantes del virus. Por eso, a nuestro juicio, prudente y acertado es el hecho de que ese uso indiscriminado de mascarilla haya sido recogido expresamente en una Ley.

Las dos delimitaciones expuestas tienen una consecuencia trascendental: si bien admitimos una cierta peculiaridad de la actividad policía en su relación con el principio de legalidad en su vertiente positiva, ésta única y exclusivamente está justificada en lo estrictamente necesario para evitar la perturbación del orden público y sólo frente al perturbador, pues a sólo eso obliga el deber general cuya efectividad tiene atribuida la Administración.

Finalmente, en cuanto a las actuaciones *praeter legem*, no descartamos que dada su mayor indeterminación apriorística –en las habilitaciones genéricas se parte de una cláusula existente, mientras que aquí simplemente hay un vacío–, en ocasiones, la justificación analizada en este epígrafe sea insuficiente y haya que acudir a la del estado de necesidad que desarrollaremos más abajo.

2.4.2. La relevancia del principio de proporcionalidad

Con base en las dos delimitaciones expuestas en el anterior epígrafe, se comprende la trascendencia y protagonismo que adquiere en este ámbito el principio de proporcionalidad –con su clásico triple test (adecua-

⁶⁰ Muestras de ello hay en la LOEAS (por ej., las requisas temporales o las prestaciones personales obligatorias previstas en el art. 11 para el estado de alarma), en la legislación de protección civil o en la LOPSC (por ej., el art. 7.2). En esa misma línea de excepcionalidad también se muestra el art. 3.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955: «Excepcionalmente y cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos, procederá la justa indemnización». Además, se aprecian también con claridad en este precepto las diferencias que esta actuación contra quien no incumple el deber general de no perturbar origina sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

⁶¹ Al hilo de su análisis de las potestades conferidas por la LOPSC para preservar la seguridad ciudadana, Rebollo Puig (2019b, p. 140) admite estos supuestos de afección a los no perturbadores, fundamentalmente cuando se trata de ejercer potestades de vigilancia, «con gran circunspección y con medidas de una gravedad limitada» –con respecto a este último límite cita la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2006 sobre un hipotético abatimiento de un avión con pasajeros inocentes, esto es, no perturbadores, para evitar un atentado terrorista–. También Fuentes i Gasó (2002, pp. 479-480) da cuenta de que en Alemania, aunque partiendo de la distinción entre perturbador y no perturbador, se admiten operaciones policiales, como las redadas, que afecten a los no perturbadores.

⁶² La existencia de esa incertidumbre no supone que la teoría de la policía administrativa deba arrumbarse y sustituirse por la de la gestión de riesgos, o que la noción del riesgo permitido desplace el concepto de orden público, tal y como mantiene Esteve Pardo (2014, p. 359). En otro lugar, desarrollamos una exposición crítica de este planteamiento (Izquierdo Carrasco, 2021, pp. 56-57). A nuestro juicio, la gestión de riesgos, sean de origen antrópico o no, en ámbitos de incertidumbre científica se inserta con naturalidad en la actividad administrativa de policía y en sus técnicas. Más aún, si se llevara a sus últimas consecuencias el planteamiento de Esteve Pardo ni siquiera se podría hablar aquí de gestión de riesgos pues una epidemia, en su concepción, no es un riesgo –que tiene su origen en la actividad humana, en particular, en el desarrollo tecnológico– sino un peligro que es el que tiene un origen natural. En esa línea y con expresa mención al COVID-19, este autor sostiene que «al tratarse de un peligro natural, riesgo natural, el objetivo no es una convivencia aceptable con el riesgo, sino la total erradicación de la pandemia y el restablecimiento del *orden público sanitario*» (la cursiva es nuestra) (Esteve Pardo, 2021, pp. 44 y 46). Esto es, incluso en esta concepción doctrinal, parece que el ámbito que nos ocupa formaría parte del último reducto de pervivencia de la policía administrativa.

ción, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁶³—, pues, a fin de cuentas, se convierte —y la realidad ha dado muestras sobradas de ello— en el verdadero elemento de control judicial de la actividad administrativa.

No podemos detenernos a analizar el juego que el principio de proporcionalidad ha tenido en los autos y sentencias dictados en las distintas instancias judiciales a propósito de las medidas adoptadas frente al COVID-19, pero, al menos, interesa dejar apuntado el debate sobre si, dada la incertidumbre científica que ha rodeado y todavía rodeada al COVID-19, los tribunales deben mostrar una cierta deferencia hacia las decisiones administrativas⁶⁴. Esa deferencia estuvo clara en el control de constitucionalidad de las medidas contenidas en el real decreto del estado de alarma, lo que además es lógico dadas las limitaciones del control de proporcionalidad sobre las normas con rango de ley. En esta línea, la STC 183/2021, de 27 de octubre, aunque centrándose en la excepcionalidad y no en el hecho de que fuera una norma con rango de Ley, afirma: «el juicio de proporcionalidad a las medidas previstas para el estado de alarma al que se refiere el art. 1.2. LOAES, habrá de realizarse de manera prudencial y con una inevitable modulación, pues en casos como el presente no estamos en un supuesto de funcionamiento ordinario del estado de derecho, sino en una situación de crisis, propiciada en el caso de autos por la propagación de una pandemia con evolución y resultado incierto, al tiempo en que tuvo vigencia el estado de alarma» (FJ 3.º)⁶⁵.

Por su parte, frente a las concretas medidas, aunque no han sido infrecuentes los pronunciamientos judiciales que las han considerado desproporcionadas, también ha habido una cierta línea de deferencia hacia las Administraciones públicas. Buena muestra de ello es la STS núm. 1595/2020, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4044), que razona lo siguiente: «Por último, como ha señalado reiteradamente la doctrina de este Tribunal Supremo, el control que se efectúa a través del recurso contencioso-administrativo es un control de la legalidad y no es un control de oportunidad que alcance a los aspectos técnicos que sustentan dicha oportunidad, y ello tiene, si cabe, más sentido aún en una situación en la que, todos los medios disponibles y las medidas deben quedar orientadas, prioritariamente, al control de la pandemia. Por ello, el examen de una medida concreta no se puede aislar del conjunto «extraordinariamente complejo de situaciones e intereses que debían ser acompasados, sin que se haya acreditado en modo alguno la presencia de un sesgo discriminatorio en las medidas adoptadas. No existe, por tanto, ninguna vulneración del principio de igualdad garantizado por el art. 14 de la CE» (FJ 5.º).

3. LA MODULACIÓN EN LA VINCULACIÓN NEGATIVA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ACTUACIONES CONTRA LEGEM, ESTADO DE NECESIDAD Y EL SEVERO LEGALISMO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Adentrarse en el intento de justificación y acotamiento de unas actuaciones administrativas contrarias a la ley supone no sólo un tremendo riesgo para la libertad de las personas, sino un planteamiento cuyo incierto resultado podría considerarse contrario al art. 103 CE —aunque, téngase en cuenta que el precepto no sólo habla de ley sino también de Derecho, que es mucho más, y además le impone servir a los intereses generales—. Somos conscientes de los terribles abusos de poder que el binomio actividad administrativa de policía y orden público ha justificado, y ni los compartimos ni pretendemos ofrecerles cobertura jurídica. En estos dos años de lucha contra el COVID-19 también han existido esos abusos *contra legem*⁶⁶. Pero la

⁶³ Al hilo de este triple test, puede plantearse el debate de si la viabilidad o efectividad en el control administrativo de la medida puede introducirse como elemento a la hora de enjuiciar su proporcionalidad. Algo de ello puede encontrarse en la STS 1595/2020, de 25 de noviembre (recurso n.º 111/2020). Se trataba de un recurso de la federación española de pesca deportiva por no haberse incluido este deporte entre las actividades no restringidas. Entre otras cosas, a la hora de rechazar el recurso, la sentencia tuvo en cuenta que dadas las características abiertas de los espacios en que se practican, «no parece especialmente factible, en las difíciles circunstancias de la pandemia, un control adecuado de la observancia de las medidas de prevención, precisamente por las restricciones de movilidad, que también afectan a la disponibilidad ordinaria de los medios personales y materiales de control de que disponen las Administraciones».

⁶⁴ Sobre esta cuestión, aunque centrado en el estado de alarma, *vid.* Velasco Caballero (2020, pp. 97 y ss.). Este autor, en un interesante análisis, afirma que «el posible margen de opción gubernamental para adoptar medidas de alarma (con sacrificio de derechos fundamentales) sólo es jurídicamente asumible si la incertidumbre científica está organizativa y procedimentalmente minimizada».

⁶⁵ A este respecto, son muy interesantes las reflexiones que Xiol Ríos realiza sobre este tema en su voto particular a la STC 148/2021, de 14 de julio, en sus apartados 24 a 27. El magistrado trae a colación el principio de precaución, advierte que el juicio de proporcionalidad ha de tener un alcance limitado y que, «en concreto, por lo que se refiere al juicio de adecuación y al de necesidad solo puede efectuarse en sentido negativo».

⁶⁶ Especialmente significativo el desalojo policial en la Catedral de Granada durante el estado de alarma. Sobre ello, Izquierdo Carrasco (2020b).

realidad es variada y tozuda, e igualmente nos ha ofrecido muestras de actuaciones *contra legem* que el sentido común –permítannos, en estas líneas iniciales, acudir a esta expresión tan vaga– admite. Expondremos a continuación algunas muestras de ello y seguidamente intentaremos ofrecer un soporte teórico para su admisión.

3.1. Muestras de actividad administrativa *contra legem*

3.1.1. Actuaciones materiales u omisiones administrativas *contra legem*

Una muestra de actuaciones materiales *contra legem* se encuentra en las actividades de desinfección realizadas por las Fuerzas Armadas prácticamente desde el momento en el que se declara el estado de alarma. Parte de esas actuaciones materiales supusieron una conculcación de lo previsto con carácter general en el Real Decreto 830/2010, de 25 de junio, por el que se establece la normativa reguladora de la capacitación para realizar tratamientos con biocidas. Hubo que esperar a que transcurrieran unas semanas para que la Orden SND/351/2020, de 16 de abril, por la que se autoriza a las Unidades NBQ de las Fuerzas Armadas y a la Unidad Militar de Emergencias a utilizar biocidas autorizados, otorgara la base normativa necesaria para dicha actuación, dados los poderes atribuidos por el real decreto del estado de alarma a este Ministro⁶⁷.

¿Se puede defender que esa actuación material de las Fuerzas Armadas contraria a un real decreto es ilícita?, ¿que para actuar en esas tareas de desinfección las Fuerzas Armadas tenían que haber esperado a obtener la correspondiente habilitación normativa? Basta recordar las palabras del comisario del gobierno Romieu en sus conclusiones sobre el affaire société immobilière de Saint-Just, juzgado por el Tribunal de conflictos francés el 2 de diciembre de 1902: «Quand la maison brûle on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers»

En otras ocasiones, no se ha tratado de una actuación material, sino de una omisión deliberada frente a comportamientos ilícitos contrarios a la normativa reguladora del sector y donde la norma no establece margen de discrecionalidad alguno. Muestra de ello son las flexibilidades regulatorias en el cartonaje y el etiquetado de las vacunas COVID-19 que la Comisión Europea menciona expresamente en la Estrategia Europea de Vacunación⁶⁸.

«3.3. Flexibilidad de los requisitos de etiquetado y envasado.

En circunstancias normales, los envases y el etiquetado de los medicamentos autorizados, incluidas las vacunas, deben facilitarse en todas las lenguas de la UE. No obstante, los requisitos en materia de etiquetado y envasado pueden ralentizar el rápido despliegue de las vacunas contra la COVID-19. La Comisión propondrá a los Estados miembros que alivien los requisitos lingüísticos y garanticen la aceptación de las presentaciones multidosis para las vacunas contra la COVID-19 con el fin de facilitar un despliegue más rápido de una nueva vacuna y una distribución más uniforme de las dosis entre los Estados miembros.»

En definitiva, con el fin de facilitar la rápida disponibilidad de vacunas, la Comisión Europea proponía a los Estados Miembros que *aliviaran* los requisitos que impone la legislación farmacéutica (etiquetado en un único idioma oficial de la UE, las presentaciones multidosis, la posibilidad de que se distribuyan prospectos físicos en el idioma local separados de las cajas, el uso de un único número para la serialización y la creación de una página en la web única en la UE que contenga toda la información sobre las vacunas y a la que se haga referencia en el etiquetado de los productos). Esto es, que no exigieran el cumplimiento de deberes normativos, buena parte de ellos impuestos por la propia legislación de la Unión Europea. También se ha permitido a las compañías fabricar vacunas «a riesgo» antes de su autorización con la finalidad de poder disponer de dosis desde ese mismo momento⁶⁹.

⁶⁷ Sobre el empleo de las capacidades de las Fuerzas Armadas y, en concreto, de las sanitarias, en la lucha frente al COVID-19, vid. Izquierdo Carrasco (2020a: pp. 337 y ss.).

⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Banco Europeo de Inversiones, de 17 de junio de 2020, COM (2020) 245 final, “Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19”.

⁶⁹ En algunos casos, para dar respaldo a esa previa pasividad *contra legem* y, de camino, ofrecer la correspondiente seguridad jurídica, se han realizado modificaciones legislativas aceleradas. Una muestra de ello es el Reglamento (UE) 2020/1043 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, relativo a la realización de ensayos clínicos y al suministro de medicamentos para uso humano que contengan organismos modificados genéticamente o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar

Más aún, incluso se puede argumentar que hay aquí un trato discriminatorio de unas empresas, a las que no se le exige el cumplimiento de parte de la legislación farmacéutica, frente a otras a las que sí para otras vacunas que no sean para el COVID-19.

¿Se puede defender que esa actuación omisiva de las Administraciones públicas españolas, incluso contraria a normativa de la Unión Europea, es verdaderamente ilícita?; ¿era preferible cumplir a rajatabla la normativa que disponer de vacunas lo antes posible cuando las muertes diarias se contaban por cientos?; ¿se puede argumentar que, al igual que se hizo en algún supuesto, lo procedente era esperar a la aprobación de las modificaciones normativas que fueran necesarias para dar amparo a esta forma de proceder?

3.1.2. *Dispensas expresas contra legem*

Seis días después de la declaración del estado de alarma, se publicó la Resolución de 20 de marzo de 2020, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI con marcado CE (BOE del mismo día). Esta resolución, «ante la situación de escasez de EPI con el marcado CE reglamentario en el mercado nacional y la necesidad de los mismos para la protección frente al COVID-19», con ciertas condiciones, admite la comercialización de EPI en España que no cumplen la normativa y, por tanto, sin marcado CE. Esta dispensa supone una conculcación flagrante de lo previsto en el aquel momento formalmente vigente Real Decreto 1407/1992, de 20 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para la comercialización y libre circulación intracomunitaria de los equipos de protección individual, que, además, era transposición de una Directiva⁷⁰. Más aún, tampoco la nueva legalidad excepcional surgida del real decreto de estado de alarma amparaba una mera resolución de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. Esa Secretaría General era órgano manifiestamente incompetente y el Ministro de Industria, Comercio y Turismo ni siquiera era autoridad delegada, por lo que incluso la vía de la convalidación del art. 52 LPAC sería discutible. Además, este supuesto plantea una especial problemática pues, en puridad, de lo que se trata es de excepcionar lo previsto en un Reglamento de la Unión Europea –lo que ni siquiera el rango de ley del real decreto del estado de alarma permitiría– y, además, también pone de manifiesto la falta de instrumentos de carácter general en el Derecho de la Unión para hacer frente a estas situaciones cuando se trata de regulaciones contenidas en Reglamentos legislativos⁷¹. Al igual que se ha dicho con respecto a la medida anterior, los competidores –que sí cumplirían los requisitos para disponer del marcado CE– podrían alegar también un trato discriminatorio. Evidentemente, nadie impugnó, pues la lesión era simplemente teórica pues el mercado absorbía todas las mascarillas y necesitaba una inmensidad adicional.

Cuando todas las Administraciones públicas estaban sufriendo lo indecible para intentar conseguir mascarillas en un mercado imposible, ¿se puede plantear que no cabe esta resolución *contra legem*?

Aunque a otro nivel bien distinto, también debemos traer aquí a colación la previsión normativa expresa de dispensas al cumplimiento de deberes legales. Tradicionalmente, la jurisprudencia se ha mostrado muy reacia a esta posibilidad, aunque en los últimos tiempos se ha mostrado favorable en algunos ámbitos como una forma de garantizar una mayor adecuación al principio de proporcionalidad. En esta línea, el art. 6 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, en su redacción originaria, después de establecer el deber general de portar mascarilla en determinados lugares –incluidos los espacios al aire–, preveía que ello no sería

o prevenir la enfermedad coronavírica (COVID-19), para excepcionar precisamente la aplicación de la normativa sobre organismos modificados genéticamente.

⁷⁰ Este real decreto fue derogado por el Real Decreto 542/2020, de 26 de mayo, por el que se modifican y derogan diferentes disposiciones en materia de calidad y seguridad industrial, teniendo en cuenta que esta materia había pasado a ser regulada por el Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual.

⁷¹ Bien es cierto que el 16 de marzo, se publicó en el DOUE –aunque la resolución que nos ocupa ni lo menciona– una Recomendación (UE) 2020/403 de la Comisión, de 13 de marzo de 2020, relativa a la evaluación de la conformidad y los procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza que representa el COVID-19, en la que «invita a todos los agentes económicos de toda la cadena de suministro, así como a los organismos notificados y las autoridades de vigilancia del mercado, a que pongan en marcha todas las medidas a su disposición para apoyar los esfuerzos destinados a garantizar que el suministro de EPI y productos sanitarios en todo el mercado de la UE se corresponda con la demanda en continuo aumento. No obstante, esas medidas no deben ir en detrimento del nivel general de salud y seguridad, y todas las partes interesadas pertinentes deben velar por que los EPI o productos sanitarios que se comercializan en el mercado de la UE sigan ofreciendo un nivel adecuado de protección de la salud y la seguridad de los usuarios.» En resumen, en la línea de lo expuesto en el apartado anterior de omisiones administrativas: hagan ustedes lo que puedan, que yo (la Comisión) voy a mirar para otro lado siempre que sea razonable. Sin duda alguna, esta Recomendación carece de cualquier fuerza habilitadora.

necesario cuando «por la propia naturaleza de las actividades, el uso de la mascarilla resulte incompatible, con arreglo a las indicaciones de las autoridades sanitarias» –lo que, por cierto, sirvió para salvar el verano y las playas–.

3.1.3. Vicios formales en la actuación administrativa

Nos referimos más atrás a todas esas medidas que entendemos que tienen naturaleza reglamentaria y que, por tanto, se habrían dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. No es ese el único supuesto de actuaciones que hemos detectado con vicios formales. Aunque reconocemos que no se trata de algo específico de la actividad de policía, expondremos otro supuesto vinculado con la inadecuada fundamentación legal de la actuación administrativa, por la evolución que muestra hacia una creciente generosidad de los Tribunales hacia la Administración en esta lucha contra el COVID-19.

Uno de los contenidos básicos que integran la motivación de los actos administrativos es el relativo a su título normativo habilitante. Tomemos como punto de partida la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, que, con cierta desgana, acordó el cierre perimetral de una serie de municipios madrileños. Tal medida no fue ratificada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El Auto n.º 128/2020, de 8 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2020:308A), constata que la base legal citada por la Orden 1273/2020 era la Orden comunicada del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre de 2020, que recogía actuaciones coordinadas en salud pública para responder a la situación de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones por COVID-19, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. A partir de ahí, argumenta que ese artículo 65 «no contiene una habilitación legal para el establecimiento de medidas limitativas de derechos fundamentales». Y concluye: «La consecuencia de tal apreciación es que las medidas limitativas de derechos fundamentales que establece la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, meramente en ejecución de la Orden comunicada de 30 de septiembre de 2020, constituyen una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin habilitación legal que la ampare, es decir, no autorizada por sus representantes en las Cortes Generales, por lo que no puede ser ratificada». Esto es, se rechaza porque en la motivación no se había mencionado la base legal adecuada y suficiente. La inmediata respuesta jurídica del Gobierno de la Nación fue una nueva declaración de estado de alarma delimitada territorialmente a esos municipios.

Distinto fue lo ocurrido a propósito de la Orden de 17 de noviembre de 2021, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la que se establece la exigencia del Certificado COVID digital de la Unión Europea para la entrada en ciertos establecimientos de ocio y restauración. Esta Orden no invoca el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. De haberse mantenido la misma línea jurisprudencial antes expuesta, su ratificación debería haber sido rechazada. No obstante, la STS n.º 1412/2021, de 1 de diciembre, rec. casación n.º 8074/2021, mantiene otra postura:

«pese a no invocar el Gobierno Vasco esos preceptos [el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986], tal y como debería haber hecho, la Sala de Bilbao no ha encontrado obstáculo en esa omisión,... porque el auto la ha considerado subsanada por el Ministerio Fiscal y el voto particular por la apelación al principio *iura novit curia*⁷². Además, añadimos, estaba claramente presente en la solicitud desde el momento en que el informe en el que se apoya apela al artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986...».

En fin, se está dispuesto a subsanar por la vía que sea esta falta de motivación⁷³. ¿Sería admisible con carácter general esta labor de subsanación y reconstrucción judicial de las fundamentaciones jurídicas de la actuación administrativa? La respuesta es negativa –aunque en ocasiones así acontece incluso fuera del ámbito que nos ocupa–, pero esta forma de proceder muestra una vez más que en la policía administrativa se tiende a admitir una modulación frente al formalismo jurídico severo.

⁷² Precisamente, esa referencia al *iura novit curia* ya la insinuó P. Lucas Murillo de la Cueva, con respecto a la sentencia del tribunal de justicia de Madrid comentada (Lucas Murillo de la Cueva, 2021, p. 112).

⁷³ Ante un supuesto similar, más ambigua y discutible por sus consecuencias es la STS n.º 1112/2021, de 14 de septiembre, rec. casación 5909/2021, de la que nos ocupamos más arriba.

3.2. El Derecho como medio. Hay vida más allá de la Ley. El estado de necesidad

Tras esta exposición ejemplificativa, conviene recordar lo que Hegel mantenía: «El Estado crea el Derecho, se somete a sí mismo por interés; en consecuencia, no estará ya sometido a él cuando su interés vaya en sentido contrario. El Derecho no es, en efecto, más que un medio para alcanzar un fin, la salvaguarda de la sociedad, entonces no hay ya Derecho cuando la regla jurídica no puede conducir a este fin; el Estado sacrifica este Derecho a la sociedad»⁷⁴. En la misma línea, aunque en el contexto de la teoría de la policía administrativa, E. Picard sostenía: «Ainsi, lorsqu'une ou plusieurs dispositions statutaires constitueraient, compte tenu des circonstances, un obstacle à la sauvegarde de l'ordre institutionnel et de l'idée de droit, la mesure de police pourrait légalement, au nom de cette dernière, les violer» (Picard, 1984b: 556).

Entre nosotros, Álvarez García (1996, p. 313) considera que el Derecho no constituye un fin esencial del Estado, sino que, «cobra todo su sentido cuando se le considera como un medio o instrumento... ofrecido a los Poderes Públicos para realizar lo que sí son fines esenciales para la Comunidad: la realización de los intereses generales»⁷⁵. Planteamiento que llevado a sus últimas consecuencias justifica los efectos derogatorios del estado de necesidad sobre las reglas de derecho positivo.

Con unos planteamientos u otros, con más o menos amplitud, la admisión de actuaciones administrativas *contra legem* es una constante en el Derecho. A este respecto, es habitual acudir a la teoría de las situaciones de estado de necesidad. Llegados a este punto y si atendemos a sus respectivas finalidades, se visualiza con claridad la íntima conexión entre la teoría de la policía administrativa expuesta y la del estado de necesidad en Derecho público. Esto es, parece que el ámbito donde puede tener más juego el estado de necesidad es precisamente el que hemos acotado como actividad administrativa de policía⁷⁶, no sólo por esa proximidad finalista, sino también porque en otros modos de la actividad administrativa las exigencias derivadas del principio de legalidad se encuentran de por sí habitualmente más moduladas y los márgenes de la actuación administrativa ante nuevas circunstancias son más amplios.

Como desarrolla Álvarez García (1996, pp. 291 y ss.), el concepto de necesidad se compone de dos factores o elementos, uno temporal (mayor o menor urgencia) y otro cualitativo (mayor o menor gravedad de la situación para el interés público). A partir de ahí, debate la inclusión de un tercer elemento: la insuficiencia de los medios jurídicos previstos por el ordenamiento para afrontar la situación. Este autor, aunque reconoce que la inclusión de ese elemento es mayoritaria en la doctrina iuspublicista, lo rechaza en su construcción por ofrecer un concepto más amplio de necesidad –aunque en algunos momentos implícitamente lo acaba admitiendo–. No obstante, a nuestros efectos, esa inclusión es necesaria. Si, por ej., la habilitación que contiene el mencionado art. 26 LGS exige un «riesgo inminente y extraordinario para la salud», eso significa que ya están presentes los dos primeros elementos expuestos, por lo que se requeriría algo adicional para poder ir más allá, esto es, para una actuación *contra legem*. Además, la justificación que antes hemos expuesto del deber general de perturbar también sería inadecuada e insuficiente. Por tanto, no basta que las circunstancias sean extraordinarias y el riesgo inminente, para justificar una actuación *contra legem* es necesaria también una insuficiencia evidente en los medios jurídicos previstos en el ordenamiento. Sin duda alguna, a partir de ahí, el elemento de control judicial sería nuevamente el principio de proporcionalidad⁷⁷. En ese control, llegado el caso, el juez debería obviar la concreta regla de derecho que la actuación administrativa ha conculcado, so riesgo de desconocer su misión esencial de hacer justicia y la propia misión constitucional de las Administraciones públicas de servir los intereses generales (art. 103.1 CE). A este respecto, especialmente afortunadas nos parecen las siguientes reflexiones de E. Picard:

«...cette dérogation n'est acceptable là aussi que sous la réserve d'un contrôle juridictionnel libéral. En principe, ce contrôle de légalité devrait donc être très poussé; en réalité, le juge semble faire dépendre la profondeur de son contrôle de la nature des circonstances confrontées

⁷⁴ Se coge la cita traducida por Álvarez García (1996, p. 313), con base en Lamarque (1961, p. 566).

⁷⁵ Con menos contundencia, aunque compartiendo algunos elementos, Nieto (1991, p. 2222) sostiene que «el Estado está sometido al Derecho, y uno de sus fines esenciales es la realización del mismo; pero también está –con no menos esencialidad– para realizar los intereses generales, como advierte la propia Constitución española...».

⁷⁶ En la misma línea, Xavier Prétot y Clémence Zacharie afirman lo siguiente: «la théorie des circonstances exceptionnelles ouvre à l'autorité administrative, pressée par la nécessité, la faculté d'agir en dehors ou au-delà de ce à quoi elle est d'ordinaire habilitée. La police administrative constitue l'un de ses domaines d'élection, même s'il n'est pas le seul» (Prétot y Zacharie, 2018, p. 122).

⁷⁷ Un amplio análisis de los contrapesos frente a la necesidad y de los órganos encargados de los mismos, en Álvarez García (1996, pp. 441 y ss.).

aux libertés en cause: plus les circonstances lui apparaissaient graves pour la survie de l'ordre institutionnel, plus il fait a priori confiance à l'administration; in n'en va différemment que si ce n'est pas véritablement le cas et si la liberté entamée est précieuse» (Picard, 1984b: 557).

Pues bien, aplicando ese parámetro de control, deben admitirse todas esas actuaciones administrativas *contra legem* que se han expuesto. Salvo en la última, su afección a la libertad o a los derechos es nula o mínima, y en la última, aunque hay una afección a la libertad, el problema era de forma pero no que la Administración no tuviera la potestad. Por tanto, en todos esos supuestos está justificado ese sacrificio del principio de legalidad. Cosa distinta es que esas actuaciones *contra legem* hubieran tenido un mayor nivel de afección a la libertad de las personas y sus derechos fundamentales, pues entonces habría que estar a las circunstancias del caso. A nuestro juicio, en estos dos años la Administración ha realizado actuaciones materiales (por ej., el desalojo de una catedral prácticamente vacía) e impuesto también medidas restrictivas de esas libertades y derechos contrarias a Derecho que, incluso, en algunos supuestos han sido ratificadas judicialmente, pero que no superarían el test de la proporcionalidad. No obstante, esta apreciación no desmiente la validez de la construcción expuesta, sino que incluso la confirma pues pone en valor sus límites y condicionantes.

Una vez constatada esta realidad jurídica, se puede optar por reconocerla o por buscar interpretaciones forzadas del derecho positivo que lleven a resultados similares. Nuestro Tribunal Constitucional no está claramente por la primera opción. Con un formalismo tajante, que supone rechazar de plano toda la construcción expuesta, la comentada STC 148/2021, de 14 de julio, sostiene:

«Lo que importa subrayar es que ni las apelaciones a la necesidad pueden hacerse valer por encima de la legalidad, ni los intereses generales pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales al margen de la ley (sobre este último extremo, aunque para otros supuestos, SSTC 52/1983, de 17 de julio, FJ 5, y 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3).» (FJ 3.º).

Las consecuencias de ese legalismo a ultranza, junto a otras incorrecciones argumentales, son de todos conocidas: declaración de la inconstitucionalidad del real decreto del estado de alarma, a pesar de que se afirma que las medidas adoptadas eran las necesarias y proporcionadas. Postura bien distinta de algún pronunciamiento –ante la misma crisis sanitaria– del Tribunal Constitucional francés⁷⁸. Es evidente que construcciones teóricas como las expuestas requieren para su efectividad un adecuado respaldo tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales ordinarios. Se echa en falta en nuestra jurisprudencia una construcción similar a la de la teoría de las circunstancias excepcionales realizada por el Consejo de Estado francés⁷⁹ y que precisamente ha sido utilizada por este órgano para respaldar algunas de las primeras medidas adoptadas por el Primer Ministro en Francia (el Decreto 2020-260, de 16 de marzo de 2020, portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus COVID-19). Precisamente, al hilo de su análisis de esta teoría, Eisenmann formulaba la siguiente advertencia que compartimos:

«Quien quiera ver el derecho positivo en su realidad no debe cerrar los ojos ante estas excepciones; debe tener cuidado de no recitar dócilmente los dogmas oficiales del derecho positivo, aceptando de antemano que se aplican y respetan plenamente. Es necesario tratar de ver la ley tal como es, y no como es promulgada o como es presentada por personas que no tienen necesariamente interés en construir o revelar su fisonomía exacta» (traducción propia)⁸⁰.

⁷⁸ El art. 46.2 de la Constitución francesa establece que debe transcurrir un plazo de quince días entre el examen del texto de una ley orgánica ante cada una de las dos cámaras legislativas. Pues bien, ese plazo no se respetó en la aprobación de la ley orgánica n.º 2020-365, de 30 de marzo, de urgencia para hacer frente a la epidemia de COVID-19 sobre el funcionamiento de las jurisdicciones. Al respecto, el Conseil Constitutionnel, en su decisión n.º 2020-799 DC, de 26 de marzo de 2020, se limitó a decir lo siguiente: «Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution».

⁷⁹ El origen de esta línea jurisprudencial se encuentra en dos arrêts clásicos: CE, 28 de junio de 1918, Heyriès; CE, 28 de febrero de 1919, Dames Dol et Laurent. Una exposición de esta construcción, en Álvarez García (1996, pp. 51 y ss.) y Eisenmann (1982, pp. 478-482).

⁸⁰ «Celui qui veut voir le droit positif dans sa réalité ne doit par fermer les yeux à ces derogations; il doit se garder de réciter docilement les dogmes officiels du droit positif, en acceptant d'avance qu'ils sont entièrement appliqués et respectés. Il faut s'efforcer de voir le droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il est promulgué ou tel qu'il est présenté para des hommes qui n'ont pas nécessairement intérêt à en faire ou laisser apparaître l'exacte physionomie» (Eisenmann, 1982, p. 481).

CONCLUSIONES

La lucha frente al COVID-19 ha sometido al Derecho Público y a buena parte de sus instituciones nucleares a una intensa prueba de estrés. Los resultados han sido desiguales. Con gran crudeza se ha puesto de manifiesto que el Derecho es un medio más para alcanzar un fin, la salvaguarda de la sociedad y de ciertos valores constitucionales, y que el Derecho no es tal cuando la regla jurídica no puede conducir a ese fin.

En ese contexto, en este trabajo se ha intentado demostrar que una institución clásica del Derecho Administrativo –repudiada y reivindicada a partes iguales– como es la teoría de la policía administrativa y su correlato del orden público, convenientemente acotados y *constitucionalizados*, ofrecen una base teórica sólida para defender una cierta particularidad en el sometimiento de la Administración al principio de legalidad. En su vinculación positiva a este principio, esa singularidad se manifiesta en la validez de las cláusulas generales de apoderamiento incluidas en la legislación sanitaria que se han empleado –que serían inadmisibles en otros sectores de la actuación administrativa– y de las actuaciones *praeter legem*. Además, esta teoría aporta también elementos para acotar el alcance de esta singularidad jurídica, dando así una mayor garantía a la esfera de los derechos y libertades de los particulares. Entre esos elementos, destaca el relativo al fundamento de esta modulación jurídica, que se sitúa en el deber general de no perturbar el orden público. Este fundamento delimita tanto el alcance de lo que la Administración puede hacer sobre la base de estas cláusulas generales de apoderamiento –lo estrictamente necesario para evitar la perturbación del orden público–, como los destinatarios posibles –quienes perturben ese orden público–.

Por otro lado, completada esta teoría con la del estado de necesidad, este estudio también ha revelado la existencia de un espacio de legitimidad para las siempre más que discutibles actuaciones *contra legem*, donde el jurista se ve en la necesidad de navegar entre el realismo jurídico y la posición radicalmente formalista del Tribunal Constitucional. Finalmente, aunque no se ha podido desarrollar, también se puede fácilmente vislumbrar que estas construcciones ofrecen un punto de partida sólido para resolver otras cuestiones jurídicas, tales como el alcance de la responsabilidad administrativa en las actuaciones limitativas de derechos acordadas frente al COVID-19.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amoedo Souto, C. A. (2000). *Poder policial y Derecho Administrativo*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña.
- Álvarez García, V. (2022). La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte COVID en un país carente de una legislación antipandemias [Estudios y Comentarios]. *Diario del Derecho*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1218492
- Álvarez García, V. (2021). *2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*. Iustel.
- Álvarez García, V. (1996). *El concepto de necesidad en Derecho público*. Civitas.
- Baño León, J. M. (2020). Confusión regulatoria en la crisis sanitaria. *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, 209, 11-22.
- Barcelona Llop, J. (1988). *El régimen jurídico de la policía de seguridad (Un estudio de Derecho Administrativo)*. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Barnes, J. (2021). La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19. *Revista de Administración Pública*, 216, 101-139. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.04>
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. (1981, abril-junio). Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional. *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, 29, 287-306.
- Casino Rubio, M. (2015). *Seguridad pública y Constitución*. Tecnos – Instituto García Oviedo.
- Cierco Seira, C. (2020). Derecho de la Salud Pública y COVID-19. En D. Blanquer (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Tirant lo Blanch.
- Cierco Seira, C. (2005). Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población. *Derecho y Salud*, 13(2), 211-256. <http://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-13-numero-2-2005/epidemias-y-derecho-administrativo-las>
- Cobrerros Mendazona, E. (1988). *Los Tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Coscolluela Montaner, L. (2021). *Manual de Derecho Administrativo. Parte General* (32.ª ed.). Aranzadi.
- De Castro y Bravo, F. (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor. *Anuario de Derecho Civil*, 35(4), 987-1086. https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1982-40098701086

- De Laubadère, A. (1980). *Traité de Droit Administratif* (8.ª ed.). LGDJ.
- Doménech Pascual, G. (2006). *Derechos Fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Centro de Estudios políticos y constitucionales (CEPC).
- Doménech Pascual, G. (2021). Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 345-411. <https://indret.com/dogmatismo-contra-pragmatismo/>
- Dupuis, G., Guédon, M.-J. y Chrétien, P. (2010). *Droit Administratif* (12.ª ed.). Sirey Université.
- Eisenmann, CH. (1982). *Cours de Droit Administratif, Tomo I* (edición facsímil publicada por LGDJ en 2014). LGDJ.
- Esteve Pardo, J. (2021). *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2014). *Lecciones de Derecho administrativo* (4.ª ed.). Marcial Pons.
- Fernández Farreres, G. (2020). Sistema de Derecho Administrativo, Tomo II (5.ª ed.). Civitas.
- Fleiner, F. (1933). *Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. de Sabino A. Gendín). Labor.
- Fuentes i Gasó, J. R. (2002). *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*. CEDECS.
- Gallego Anabitarte, A. (1971). *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*. Instituto de Estudios Administrativos.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2013a). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (16.ª ed.). Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2013b). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II* (13.ª ed.). Civitas.
- Hauriou, M. (1933). *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général* (12.ª ed.). Sirey (edición facsímil de 2002, presentada por P. Delvolvé y F. Moderne, Editions Dalloz).
- Izquierdo Carrasco, M. (en prensa). *El concepto de orden público a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional relacionada con el COVID-19*.
- Izquierdo Carrasco, M. (2020a). *La operación Balmis*. En V. Álvarez García y E. Moradiellos (dirs.), *Las Fuerzas Armadas ante las situaciones de crisis (Estudios históricos y jurídicos)*. Iustel.
- Izquierdo Carrasco, M. (2020b, 16 de abril). La asistencia a cultos religiosos no está prohibida [Tribuna Abierta], *Diario ABC*. Recuperado de https://sevilla.abc.es/andalucia/cordoba/sevi-asistencia-cultos-religiosos-no-esta-prohibida-202004160815_noticia.html
- Izquierdo Carrasco, M. (2021). Los instrumentos característicos del derecho administrativo de la seguridad alimentaria. En J. L. Benavides (ed.), *Derecho administrativo sanitario, Tomo II: seguridad en los alimentos y acceso a los medicamentos*. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4371>
- Jornada De Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, 48, 41-54. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-48-noviembrediciembre-1949/ensayo-de-una-teoria-del-fomento-en-el-derecho-administrativo-1>
- Lamarque, J. (1961). La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, LXXVII(3), 558-628.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (2021, septiembre-diciembre). La pandemia, el estado de alarma y los jueces. *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 121, 61-128. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.02>
- Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán. Parte Especial, Tomo II*. (trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin). *De Palma* (original publicado por V. Giard y E. Brière (eds.) en 1904).
- Merkel, A. (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo* (no consta traductor). Comares (original publicado en 1927).
- Moncada Lorenzo, A. (1959). Significado y técnica jurídica de la policía administrativa. *Revista de Administración Pública (RAP)*, 28, 51-118. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-28-eneroabril-1959/significado-y-tecnica-juridica-de-la-policia-administrativa-3>
- Muñoz Machado, S. (2021). *El poder y la peste de 2020*. Iustel.
- Négrin, J.-P. (1971). *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*. LGDJ.
- Nieto García, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador* (5.ª ed.). Tecnos.
- Nieto García, A. (1991). La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En S. Martín-Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. III* (pp. 2185-2254). Civitas.
- Nieto García, A. (1976). Algunas precisiones sobre el concepto de policía. *Revista de Administración Pública (RAP)*, 81, 35-75. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-81-septiembrediciembre-1976/algunas-precisiones-sobre-el-concepto-de-policia-2>
- Parada Vázquez, R. (2017). *Derecho Administrativo, Tomo II*. UNED.
- Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L. I. (1998). *Manual de Derecho Administrativo, Tomo II* (5.ª ed.). Ariel.
- Parejo Alfonso, L., Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L. I. (1996). *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I* (4.ª ed.). Ariel.
- Picard, É. (1984a). *La notion de police administrative, Tomo I*. LGDJ.
- Picard, É. (1984b). *La notion de police administrative, Tomo II*. LGDJ.

- Prétot, X. y Zacharie, C. (2018). *La police administrative*. LGDJ.
- Prieto Álvarez, T. (2005). *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Civitas – Caja de Burgos.
- Rebollo Puig, M. (2019a). *Derecho Administrativo. Modos y medios de la actividad administrativa, Tomo III*. Tecnos.
- Rebollo Puig, M. (2019b). La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana. En M. Izquierdo Carrasco y L. Alarcón Sotomayor (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*. Aranzadi: Thomson Reuters.
- Rebollo Puig, M. (1999). La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 54, 247. <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=54&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=8&locale=es>
- Rebollo Puig, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (2007). Artículo 84. En M. Rebollo Puig (dir.) y M. Izquierdo Carrasco (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de régimen local, Tomo II*. Tirant lo Blanch.
- Salamero Teixido, L. (2020, 22 de mayo). Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la COVID-19 [sección Doctrina], *Diario La Ley*, 9.638. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDSwNLI7Wy1KLizPw8WyMDlwMDEyMLtbz8lNQqF2fb0ryU1LTMvNQUkJLmTEqX_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk_PxsFJPIYSYAALn2zBBjAAAAWKE
- Santamaría Dacal, A. I. (2020). COVID y Derecho público en Francia: un «estado de urgencia sanitario» bajo control judicial. En D. Blanquer (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Tirant lo Blanch.
- Santamaría Pastor, J. A. (2020). Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia. En D. Blanquer (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Tirant lo Blanch.
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II* (4.ª ed.). Iustel.
- Tajadura Tejada, J. (2021). El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales. *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 120, 137-175. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.04>
- Truchet, D. (2021). *Droit Administratif* (9.ª ed.). Presses Universitaires de France (PUF).
- Vedel, G. y Delvolvé, P. (1992). *Droit administratif, Tomo II* (12.ª ed.). Presses Universitaires de France (PUF).
- Velasco Caballero, F. (2020). Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19. En D. Blanquer Criado (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Tirant lo Blanch.



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 21-02-2022
Aceptado: 14-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11053>
Páginas: 31-55

Transfuguismo y coaliciones electorales¹

Transfugism and electoral coalitions

Luis Enrique Flores Domínguez
Ayuntamiento de Sevilla (España)
secretarioayto@sevilla.org

NOTA BIOGRÁFICA

Funcionario con habilitación de carácter nacional desde 1984. Actualmente en la Subescala de Secretaría, Categoría Superior. Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla. Ha sido Profesor Asociado de Derecho Administrativo de las Facultades de Derecho de las Universidades de Cádiz (1989/1991) y Sevilla (1991/2008). Actualmente Profesor Asistente Honorario de la Universidad de Sevilla.

Autor de publicaciones en materia de urbanismo y régimen local en revistas especializadas (*Revista Andaluza de Administración Pública*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, *Cuadernos de Derecho Local*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, *Revista de Estudios Locales*, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*), participando en obras colectivas publicadas en Iustel (régimen de los bienes públicos) Thomson-Aranzadi (comentarios a la ley del suelo), CEMCI (régimen de los bienes de las entidades locales), El Consultor de los Ayuntamientos (comentarios a la ley de procedimiento, a la ley de régimen jurídico y a la ley de contratos, la gestión de los servicios públicos locales).

RESUMEN

Una de las cuestiones que más está preocupando en nuestro sistema político, por las disfunciones que genera, es la relativa a la respuesta que se dé al fenómeno del transfuguismo político, sobre todo en el ámbito local.

Los supuestos de transfuguismo han creado en ocasiones alarma social, hábilmente potenciada también por los partidos políticos para justificar el incremento de los mecanismos de control sobre los representantes electos para reprimir cualquier disidencia, pero es necesario ponderar, ya que todo disidente no debería ser considerado tráfuga si su actuación no provoca una incidencia directa sobre la acción de gobierno.

En los últimos años se ha producido un incremento de la formación de coaliciones electorales como sujetos políticos habilitados para presentar candidaturas, con una parca regulación en cuanto a su régimen jurídico y funcionamiento. El fenómeno del transfuguismo también está presente en el seno de las coaliciones electorales con unos perfiles característicos y diferenciadores, lo que ha llevado a los partidos firmantes del Pacto Antitráfugismo a poner su foco de atención sobre este problema exigiendo reformas normativas.

En el presente trabajo realizamos una reflexión sobre el concepto de tráfuga, exponiendo los distintos acuerdos y pactos que han alcanzado los partidos políticos para combatir estas conductas y los cambios normativos en los que se han plasmado los acuerdos. Tras exponer el régimen jurídico de las coaliciones electorales exponemos cómo se refleja en las mismas el transfuguismo y cuáles son sus singularidades.

Terminamos con una reflexión sobre la necesidad de aquilatar el concepto de tráfuga, diferenciándolo de la simple disidencia puntual, y la necesidad de reforzar los mecanismos de control sobre las decisiones de los partidos para evitar un uso arbitrario de la facultad de expulsión del afiliado.

PALABRAS CLAVE

Tráfuga; transfuguismo; pacto; partido político; coalición electoral.

¹ Este trabajo tiene su origen en el informe que emitimos con ocasión de la solicitud de Podemos, partido integrante de la coalición electoral Adelante Sevilla, del pase a la condición de concejala no adscrita de una integrante del grupo político municipal Adelante por la expulsión del partido Podemos.

ABSTRACT

One of the most concerned and dysfunctional issues in our political system, is political transfugism, and also the response given to this phenomenon.

Turncoating creates social alarm, skillfully promoted by parties to justify the increase of control's mechanisms to repress any dissent. In this point is necessary to ponder. Not all dissidents should be considered turncoats if their decisions do not cause a direct impact on government action.

Recently, electoral coalitions has been increases, with scant regulation in terms of their legal regime and operation. Transfugism is also present in this coalitions, and it has there differents characteristic and profiles. That's why the Anti-Transfugism Pact focus their attention on this problem, demanding regulatory reforms.

In this paper we carry out a reflection on the concept of turncoat, exposing the agreements and pacts that political parties have reached to combat these behaviors. We also remarks the normative changes in which the agreements have been embodied.

After exposing the legal regime of the electoral coalitions, we expose how the transfugism is reflected in them and what their singularities are. We end with a reflection on the need to assess the concept of turncoat, differentiating it from simple punctual dissidence, and the need to strengthen control mechanisms over party decisions to avoid their arbitrary use of the power to expel the member.

KEYWORDS

Tournocats; transfugism; pact; political party; electoral coalition.

SUMARIO

1. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL TRANSFUGUISMO. 2. LOS SUCESIVOS PACTOS ANTITRANSFUGUISMO: LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE TRÁNSFUGA. 2.1. ACUERDO SOBRE UN CÓDIGO DE CONDUCTA POLÍTICA EN RELACIÓN CON EL TRANSFUGUISMO EN LAS CORPORACIONES LOCALES DE 1998. 2.1.1. Compromisos asumidos. 2.1.2. Plasmación jurídica de los compromisos en la LOREG. 2.1.3. Plasmación jurídica de los compromisos en la LBRL. 2.2. LA RENOVACIÓN DEL ACUERDO SOBRE UN CÓDIGO DE CONDUCTA EN RELACIÓN CON EL «TRANSFUGUISMO» EN LAS CORPORACIONES LOCALES DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2000 (I ADENDA AL PACTO ANTI-TRANSFUGUISMO). 2.3. LA II ADENDA AL PACTO ANTITRANSFUGUISMO DE 23 DE MAYO DE 2006: UN COMPROMISO POR EL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LOS CIUDADANOS Y A LA LEALTAD POLÍTICA EN LOS GOBIERNOS LOCALES. 2.3.1. Compromisos asumidos. 2.3.2. Plasmación jurídica de los compromisos adquiridos. 2.4. LA ADENDA III AL PACTO ANTITRANSFUGUISMO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020: PACTO POR LA ESTABILIDAD INSTITUCIONAL. ACUERDO SOBRE UN CÓDIGO DE CONDUCTA POLÍTICA EN RELACIÓN CON EL TRANSFUGUISMO EN LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS. 3. LAS COALICIONES ELECTORALES. APUNTES SOBRE EL CONCEPTO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO. 3.1. LAS COALICIONES ELECTORALES. 3.2. RÉGIMEN JURÍDICO. 4. EL FENÓMENO DEL TRANSFUGUISMO EN LAS COALICIONES ELECTORALES. 4.1. PLANTEAMIENTO. LA III ADENDA AL PACTO ANTITRANSFUGUISMO. 4.2. EL TRANSFUGUISMO POR USURPACIÓN DE IDENTIDAD. 4.3. EL PASE A LA CONDICIÓN DE CONCEJAL NO ADSCRITO EN LAS COALICIONES ELECTORALES: LA FACULTAD PARA LA EXPULSIÓN. 4.4. EXIGENCIAS PROCEDIMENTALES PARA LA EXPULSIÓN. EL CONTROL DE LA DECISIÓN. 4.5. UN CASO SINGULAR: ACUERDOS DE LA MESA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, POR LOS QUE SE ACREDITA LA BAJA DE LOS NUEVE DIPUTADOS AHORA RECURRENTES EN EL GRUPO PARLAMENTARIO ADELANTE ANDALUCÍA Y SE ACUERDA QUE PASEN A TENER LA CONDICIÓN DE DIPUTADOS NO ADSCRITOS. 5. RESUMEN Y CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL TRANSFUGUISMO

El Diccionario de la RAE define al tráfuga como el político que hace transfugismo, concepto que alude a la tendencia a pasar de un partido político o grupo parlamentario a otro. Más concreto son los conceptos que utiliza el Diccionario panhispánico del español jurídico. En una primera acepción define al tráfuga como la persona que con un cargo público no abandona éste al separarse del partido que lo presentó como candidato, y en un sentido más amplio, en su segunda acepción, como persona que pasa de una ideología o colectividad a otra.

En estas tres definiciones puede apreciarse la evolución del concepto, plasmadas como veremos en los sucesivos acuerdos políticos suscritos contra la práctica del transfuguismo. Estos parten de una idea genérica de pasar de un partido a otro, a otra más vinculada al cargo que se ocupa por razón de ser candidato, y una final que encuadra en la figura del tráfuga el simple cambio de ideología.

Cualquiera que sea la acepción que se utilice lo cierto es que el origen del problema del transfuguismo se sitúa en el modelo de democracia representativa, la concepción del mandato del electo como un mandato representativo en el que, advierte la STC 5/1983, de 4 de febrero, «los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores».

En el momento inicial de nuestra transición política se pretendió reforzar institucionalmente a los partidos políticos, unos en proceso de consolidación y otros emergentes, para evitar que los personalismos diluyeran el poder orgánico que se pretendía atribuir al partido.

Este reforzamiento culminó con su reconocimiento constitucional en el artículo 6 CE como expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política², dotados de *una serie de funciones de relevancia constitucional* (STC 10/1983, de 21 de febrero), asociaciones «cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones y éstas se cifran en la expresión organizada del pluralismo político con el fin de asegurar la mejor correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general expresada en la ley» (SSTC 138/2012, de 20 de junio, y 226/2016, de 22 de diciembre). Los partidos, en definitiva, como instrumento y cauce fundamental para articular la representación política.

La máxima expresión de esta concepción se plasma en el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 21 de julio, de elecciones locales, al disponer que «tratándose de listas que representen a Partidos Políticos, Federaciones o Coaliciones de Partidos, si alguno de los candidatos electos dejare 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»³.

La solución adoptada consagraba un poder esencial para los partidos políticos como es el de cesar en el cargo a los electos que abandonaran la formación, que no es más que el reverso del poder que tienen los partidos para formar las listas electorales. Este poder se ha justificado en el hecho de que el electo lo es por su pertenencia al partido del elector y no por sus propias cualidades o capacidades⁴.

Este planteamiento fue cortado de raíz por el TC en su sentencia 5/1983, de 28 de febrero⁵, lo que ha propiciado que cierta doctrina considere que ha sido la propia doctrina del TC la que ha favorecido el transfuguismo⁶, o que le ha proporcionado cobertura jurídica⁷.

El TC consideró inconstitucional el artículo 11.7 afirmando que el derecho a acceder a los cargos públicos comprende necesariamente también el de permanecer en los mismos sin intromisiones ilegítimas⁸. El derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medios de representantes, consagrado por el artículo 23.1 CE evidencia que estos representantes «dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar —y no de ninguna organización como el partido político—, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas»⁹. La consecuencia lógica de este planteamiento es que no depende de la voluntad del partido político la perma-

² Kelsen (1929, p. 73) llegó a afirmar que «sólo desde la ingenuidad o desde la hipocresía puede pretenderse que la democracia sea posible sin los partidos políticos».

³ Téngase en cuenta que el mismo día de aprobarse esta Ley fue aprobado en el Congreso el Proyecto de Constitución. Previamente fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes núm. 44, de 5 de enero de 1978, el Anteproyecto de Constitución y el Informe de la Ponencia fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes núm. 82, de 17 de abril de 1978. Ello implica que los redactores de la Ley tuvieron muy presente el debate constitucional y la solución dada al papel de los partidos políticos y al derecho de participación política. No puede considerarse una solución preconstitucional.

⁴ Para Kelsen (1929) «en los casos de sistema electoral por listas [...] los electores no designan al diputado por su persona, sino que su voto más bien significa un acto de adhesión a un partido político determinado, de manera que el candidato obtiene su representación sólo en virtud de su filiación al partido del elector, siendo lógico que el diputado pierda su mandato tan pronto deje de pertenecer al partido que le ha enviado al Parlamento».

⁵ A ella siguieron las SSTC 10, 16, 20, 28, 29 y 30 de 1983, y la STC 28/1984, de 28 de febrero.

⁶ De Esteban (1990, p. 25).

⁷ Tomás (1999, p. 2).

⁸ Un análisis más exhaustivo en Carmona (2009, pp. 545-574).

⁹ La STC 20/1983, de 15 de marzo, reitera que «el art. 11.7 de la LEL infringe “de manera absolutamente frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes” y también “el de los representantes mismos a mantenerse en sus funciones” (art. 23.2 de la CE)» (FJ 3).

nencia del electo en el cargo, porque representa directamente a los ciudadanos y de ellos depende su futuro en el cargo para el que fue democráticamente elegido por sufragio universal.

Esta concepción, que el TC considera un elemento «propio de un Estado democrático de derecho», determina, al menos formalmente, la ruptura del monopolio del control del partido político respecto de los cargos electos incluidos en las listas electorales por el propio partido.

El TC apura, a nuestro juicio, toda la extensión del mandato representativo, atribuyendo a la voluntad del representante una autonomía absoluta, que se compadece y articula mal con un sistema electoral caracterizado por la presentación de listas cerradas y el, prácticamente, monopolio de los partidos políticos para presentar candidaturas¹⁰. Para acceder al cargo es imprescindible, salvo muy contadas excepciones, la decisión del partido en favor del candidato, pero en este primer momento de nuestra etapa constitucional parece sostenerse que, una vez obtenido el cargo, puede prescindirse del partido sin mayor consecuencia (desde luego sin consecuencia jurídica, y las consecuencias políticas no serían eficaces hasta la próxima confección de listas electorales).

Además, reprocha al artículo 11.7 una vulneración del principio de igualdad al establecer «una discriminación entre los concejales presentados como candidatos de partidos y los que pueden figurar como candidatos en las mismas listas como independientes». Esta desigualdad deriva del dato cierto de que en el concejal electo que no perteneciera al partido político no puede concurrir el supuesto de hecho de la norma. Esta exige que el concejal «deje de pertenecer al partido» para que se produzca el cese en el cargo, y el concejal independiente nunca pueda dejar de pertenecer a un partido al que no está afiliado.

La solución dada por el TC no fue pacífica y, desde luego, supuso una merma importante a las consecuencias que se pretendieron anudar al poder orgánico atribuido a los partidos políticos, e, indirectamente, facilitó conductas individuales que han merecido un importante reproche social por los espurios intereses que, en muchas ocasiones, se han escondido detrás de unos supuestos cambios de posición ideológicos¹¹.

La prueba de esta falta de unanimidad fue el voto particular formulado por los Magistrados don Ángel Latorre Segura y don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, considerando que la solución dada por la sentencia no resuelve un problema tan complejo como el de la posición de los partidos políticos en el sistema tradicional de democracia representativa. Entienden que este secular problema no puede ser resuelto «por medio de una interpretación extensiva de un precepto como el 23», que atribuye el derecho fundamental de participación política al representante, cuando ese derecho solo está reconocido explícitamente a los electores.

Y en relación con la vulneración del principio de igualdad recuerdan que éste «se vulnera cuando se trata desigualmente a personas que se encuentran en situaciones iguales». Esta situación no se da en este supuesto ya que la no vinculación del electo independiente con el partido político, y su inclusión en la lista electoral por sus cualidades personales, se conoce de antemano y se sabe que las relaciones entre ambos se articulan de distinto modo que las que vinculan al afiliado con el partido.

A pesar de la doctrina constitucional plasmada en las sentencias que comentamos, el dato cierto es que los partidos, como veremos, han ido afianzando su poder de intervención sobre la actividad y decisiones de los electos, estrechando progresivamente un vínculo que diluye la concepción del mandato representativo como una relación entre el elegido y los electores. Ha sido un proceso lento pero inexorable, con las sucesivas reformas tendentes a anudar una serie de consecuencias negativas a la decisión de abandonar la disciplina del partido¹². Dado que no es posible conseguir la pérdida del cargo, se pretende, al menos, que quien adopte la decisión de situarse extramuros del partido vea reducida su capacidad de actuación a la mínima extensión de su derecho de representación política.

¹⁰ El contrapunto a esta posición lo encontramos en la STS Sala de lo Civil núm. 412/2020, de 7 de julio (STS 2166/2020-ECLI: ES:TS:2020:2166), que frente a esa autonomía del representante recuerda que «la prohibición del mandato imperativo tiene su contrapeso en el principio de lealtad de los cargos representativos a los partidos políticos en cuyas listas electorales resultaron elegidos, que tiene su traducción jurídica en el art. 8 de la Ley de Partidos Políticos que establece como deber de los afiliados al partido, sin excluir a los que ostenten cargos públicos, el de “aceptar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos del partido”».

¹¹ El culmen se alcanzó con el conocido como «tamayazo». Término con el que se conoce la actuación de dos diputados del PSOE en la Asamblea de la Comunidad de Madrid (Eduardo Tamayo y María Teresa Sáez), que se ausentaron de la Cámara el 10 de junio de 2003 en la sesión de constitución. Ello posibilitó que la candidata del Partido Popular obtuviera la Presidencia de la Asamblea (a pesar del pacto PSOE-IU que garantizaba la mayoría). La misma circunstancia se produjo en la sesión de investidura, rechazando al candidato socialista como presidente.

¹² En esta dirección Vázquez (2021, p. 261), ha puesto de manifiesto que la Reforma del Reglamento del Parlamento Andaluz en relación con los Grupos Parlamentarios (BOPA núm. 566, de 4 de mayo de 2021) «avanza una interpretación del mandato representativo y, en concreto, de la relación entre el diputado y la formación política en cuyas listas éste concurrió a las elecciones, que intensifica mucho más allá de lo hasta ahora asumido, el vínculo entre el cargo representativo y el partido político».

Esta intención de los partidos políticos ha encontrado un contrapeso decidido en la doctrina del TC que ha precisado el alcance del artículo 23 CE. Es clarificadora a estos efectos la STC 169/2009, de 9 de julio, cuando afirma en su FJ 2 que «existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)». El TC mantiene la línea iniciada en 1983 de estrechar el vínculo entre el elector y el elegido, reiterando que el elector, con su actuación, da efectividad al derecho de participación política del elegido. Tal es la conexión que la privación o perturbación del ejercicio del cargo por el representante vacía de contenido, o hace ineficaz, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos.

El TC vuelve a situar la cuestión en la relación elector/elegido. La conexión en virtud de la cual la actuación del elegido da satisfacción o efectividad al derecho de participación del elector, tiene como consecuencia necesaria que pueda prescindirse, al menos formalmente, del partido político que ha tomado la decisión de incluir en la lista a un candidato que pudiera ser elegido por el elector.

La consecuencia lógica de esta doctrina es que no solo no se les puede privar del cargo por abandonar la disciplina del partido, sino que, además, no pueden producirse restricciones ilegítimas a los derechos de los representantes políticos contenidos en el artículo 23.2 CE porque, indirectamente, se produce una vulneración del derecho de participación del apartado 1 del mismo artículo 23¹³.

La cuestión no es fácil de resolver al entrar en juego valores que también están constitucionalmente protegidos, entre otros, la libertad ideológica del artículo 16.1 CE o la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE¹⁴. Resulta obvio que la libertad ideológica individual del representante, del cargo electo, no puede observarse siempre desde una perspectiva negativa asociándola a una conducta cuasidelictiva. Es cierto que existen casos que escandalizan a la sociedad, comportamientos que defraudan no solo al partido que incluyó en sus listas al elegido sino a todo el electorado que depositó su confianza más en las siglas que en el electo. Pero también es cierto que los partidos políticos han magnificado, con un fuerte apoyo de los respectivos aparatos mediáticos, estas circunstancias. Con ello se ha ido sembrando un adecuado caldo de cultivo para las sucesivas reformas que expondremos y que se dirigen, sin ninguna duda, a reforzar la posición del partido.

Pero frente a estos casos ignominiosos también encontramos otros supuestos en los que es el propio partido el que cambia de posición sin respetar sus promesas electorales¹⁵, ¿sería lícito en este caso que el electo mantuviera una posición coherente con esa promesa electoral aún contraria a la actual de su partido?¹⁶. ¿Puede el electo ante un cambio de las circunstancias modificar alguna opinión? ¿No sería legítimo adoptar una nueva posición precisamente ante un cambio de la posición del electorado que prestó su voto?¹⁷.

La respuesta a esas preguntas nos lleva necesariamente a distinguir entre conductas simplemente delictivas, que son excepcionales, de las que realmente contribuyen a hacer una revisión crítica de posicionamientos incontestados que, a lo mejor, necesitan de una revisión¹⁸. Porque, a nuestro juicio, el sistema debe partir admitiendo la honestidad ética del representante, del electo. Únicamente cuando se acredite el interés espurio, la deslealtad en el debate de las ideas y no la simple discrepancia debidamente motivada,

¹³ Aclara la STS núm. 70/2020, de 24 de enero (RJ\2020) que «la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, “pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa” (STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3)».

¹⁴ La STC 226/2016, de 22 de diciembre, resalta, en relación con el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, que la exigencia de lealtad al partido «no excluye la manifestación de opiniones que promuevan un debate público de interés general, ni la crítica de las decisiones de los órganos de dirección del partido que se consideren desacertadas». Esta libertad de expresión comprende «junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC como STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3).

¹⁵ La exigibilidad judicial de su cumplimiento es más que improbable como han puesto de manifiesto el Auto TS Tribunal Supremo Sala 1.ª, de 3 de octubre de 2005, rec. 5/2005, y la SAP Madrid, de 8 de junio de 2010 (Rollo de apelación 311/2019) desestimatoria de demanda, por publicidad engañosa contenida en Programa electoral.

¹⁶ Es interesante la STS 2166/2020, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2166) cuando afirma que «la medida disciplinaria contra el afiliado que ostenta un cargo público representativo respeta las exigencias del art. 22 de la Constitución cuando el acuerdo de los órganos competentes del partido cuyo incumplimiento se sancione (...) no sea manifiestamente contrario al programa electoral del partido con el que el cargo público sancionado haya concurrido a las elecciones».

¹⁷ Todas estas conductas «son calificadas de carácter inadmisibles y de naturaleza políticamente patológica, incompatibles con el sano funcionamiento de una democracia representativa» por el apartado 3 de la II Adenda de 2006 al Pacto Antifranquismo.

¹⁸ En este sentido Torres (2016, p. 24).

o la búsqueda intencionada de la lesión al partido político que lo incluyó en la lista electoral, pueden quedar justificadas medidas para corregir este tipo de conductas, que sí pueden ser calificadas con rigor de transfuguismo¹⁹.

En definitiva, si como afirmaba la STC 10/1983, de 21 de febrero, «no es teóricamente inimaginable un sistema de democracia mediática o indirecta en la que los representantes están vinculados al mandato imperativo de los representados», sí parece teórica y prácticamente inviable con el marco jurídico actual un sistema de democracia en el que los representantes estén vinculados al mandato imperativo de los partidos políticos, porque, como señala la propia STC, esta concepción no concuerda con la que resulta de la Constitución, no es asumible que sea «el partido y no los candidatos por él propuestos el que recibe el mandato de los electores».

No obstante, como veremos, los partidos políticos no desaprovechan la más mínima ocasión para avanzar en el reforzamiento de su poder sobre los electos, en el estrechamiento del vínculo que une al electo con el partido y el debilitamiento del que lo une directamente con su elector.

2. LOS SUCESIVOS PACTOS ANTITRANSFUGISMO: LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE TRÁNSFUGA

Ante la imposibilidad de adoptar la medida radical de la pérdida del cargo por el abandono del partido²⁰, los partidos políticos han optado por la firma de sucesivos acuerdos como instrumento para luchar contra el transfuguismo. Estos acuerdos tenían una doble virtualidad: de una parte, asumir unos compromisos de no obtener beneficio político alguno sobre la base de actitudes de transfuguismo; de otra, impulsar cambios normativos dirigidos a limitar el círculo o posibilidades de actuación de los tránsfugas, impidiendo la obtención de cualquier beneficio con su actuación.

El resultado ha sido desigual. Respecto del compromiso ético siempre ha existido una justificación para no encuadrar en el concepto «tránsfuga» a quien ha apoyado la opción política que legitima su actuación. Respecto de las reformas normativas, como veremos, no siempre han estado acertadas.

2.1. Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales de 1998

Conocido como «Pacto Antitransfuguismo» fue suscrito con fecha 7 de julio de 1998 por el Ministro de Administraciones Públicas y representantes de la mayoría de las formaciones políticas²¹.

Su finalidad era la de dificultar y desalentar la consecución de objetivos políticos que falsean la representación política por trasvase de concejales a otros partidos distintos del suyo originario. Aunque también se ha pretendido reforzar el control del electo por parte de los partidos políticos, control que la jurisprudencia constitucional había debilitado en los términos que hemos expuesto²². Late en el fondo la doble virtualidad de los acuerdos: la loable intención de «sanear» la vida política española, expulsando de ella actitudes que pretenden satisfacer oscuros intereses personales, y la más discutible intención de atribuir a los partidos políticos el monopolio de la toma de decisiones en la vida política.

¹⁹ Nos advierte García (2007, p. 64), que «a causa de estas excepciones, no deberíamos dudar de la bondad de la muy lógica regla constitucional que prohíbe el mandato de partido y otorga la titularidad de los cargos públicos a concretos ciudadanos, personas de carne y hueso a la altura de las exigencias éticas que la construcción de la representación política de un colectivo de otros ciudadanos demanda. Este aserto no resulta esencialmente modificado en el llamado “Estado de partidos”».

²⁰ Alguna doctrina admitía la posibilidad de pérdida del cargo. Caamaño (1991), únicamente en los supuestos de abandono voluntario del partido. Para Blanco (1990, p. 155), también procede en los supuestos de expulsión con las debidas garantías. La STC 298/2006, de 23 de octubre, mantuvo la posición y declaró que el abandono de un Grupo no puede suponer la pérdida del mandato representativo.

²¹ Partido Popular, Partido Socialista Obrero Español, Izquierda Unida, Convergència Democràtica de Catalunya y Unió Democràtica de Catalunya, Partido Nacionalista Vasco-Eusko Alderdi Jeltzalea, Coalición Canaria, Iniciativa per Catalunya, Bloque Nacionalista Galego, Esquerra Republicana de Catalunya, Eusko Alkartasuna, Unió Valenciana y Partido Aragonés. Podrían adherirse aquellas formaciones políticas que así lo suscriban tras la celebración de las próximas elecciones locales.

²² En términos de Presno (1998) «lo que preocupa a los firmantes no es, en realidad, asegurar la expresión de la representatividad política, sino estabilizar el control de las instituciones de poder mediante el aseguramiento de una estricta disciplina de partido, de forma tal que las medidas dirigidas contra la patrimonialización del cargo por los representantes no conducirían más que a la sustitución de estos últimos por los propios partidos».

En su planteamiento el Pacto tiene como objetivo primario evitar el transfuguismo en el ámbito local, que era realmente el más afectado por esta problemática²³. Visto el resultado final la realidad es que los dos grandes partidos han actuado en este tema con una actitud farisaica²⁴, rasgándose las vestiduras cuando son los afectados y mirando hacia otro lado, o rebajando el tono crítico, cuando son beneficiados²⁵.

2.1.1. *Compromisos asumidos*

Los compromisos asumidos podemos resumirlos en los siguientes:

1. Rechazar y no admitir en su grupo político a un concejal integrado en la candidatura de otra formación, mientras mantenga el cargo conseguido en su partido original.
2. Impedir la utilización de tránsfugas para constituir, mantener o cambiar las mayorías de Gobierno de las instituciones públicas.
3. Desincentivar el transfuguismo político a través de medidas disuasorias de carácter económico, reglamentario y protocolario.
4. Reformar los reglamentos locales evitando que los concejales que abandonen el partido por el que fueron elegidos pasen al Grupo Mixto, creándose la figura del No Inscrito o Concejal Independiente con limitación de derechos en cuanto al disfrute de recursos²⁶.
5. Estudiar y, en su caso, presentar dos iniciativas legislativas de reforma de la LOREG: una para regular la titularidad del cargo cuando el representante abandone voluntariamente el partido político, y otra para limitar los efectos del transfuguismo que puede provocar la presentación de mociones de censura.

A los efectos del cumplimiento de estos compromisos se constituye una Comisión de Seguimiento del Acuerdo, integrada por un representante de cada uno de los partidos firmantes y del Ministerio de Administraciones Públicas.

En definitiva se contienen compromisos de distinta naturaleza²⁷, consistiendo un grupo de ellos en reglas de conducta política (no admitir en los grupos políticos a concejales que provengan de otros grupos; impedir la utilización de tránsfugas para constituir, mantener o cambiar las mayorías de Gobierno de las instituciones públicas; no apoyar ninguna iniciativa que provenga de los mismos; y expulsar del partido a los concejales tránsfugas), y otros se dirigen al estudio y propuesta de reformas jurídicas —de los reglamentos de las Corporaciones Locales y la LOREG—.

2.1.2. *Plasmación jurídica de los compromisos en la LOREG*

El objetivo de limitar las posibilidades de presentar mociones de censura con la finalidad de reducir las posibilidades de actuación de los tránsfugas para favorecer la gobernabilidad municipal, se concretaba en dos propuestas: a) La imposibilidad de presentar mociones de censura antes de transcurrido un año desde la toma de posesión de la presidencia de la corporación o durante el último año de mandato; b) Exigir como requisito previo para los concejales que abandonen su grupo de origen, la permanencia, al menos durante un año, en otro grupo político, para que puedan suscribir durante su mandato una moción de censura²⁸.

A pesar de que la LOREG fue modificada por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, no se incorporaron ninguna de las propuestas del Pacto.

La modificación introduce: de una parte, novedades en la regulación de la moción de censura para provocar una convocatoria automática del Pleno (al objeto de evitar la frecuente práctica de que el Alcalde

²³ Peldaño de la democracia representativa en el que, advierte García (2007, p. 26), existe una mayor tendencia a la personalización del poder y respecto del que ya existía jurisprudencia constitucional.

²⁴ Catalá i Bas (2014, p. 47).

²⁵ El Pacto se consideró roto por PSOE y PP tras las elecciones locales de 2010 al incluir ambos partidos en sus listas a tránsfugas o candidatos que en el mandato anterior se habían hecho con la alcaldía gracias al apoyo de tránsfugas.

²⁶ Para Tomás (1999) esta solución no impide que el concejal vote a favor de una formación política distinta de aquella en cuya lista salió elegido. La regla sirve para castigar al tránsfuga y paliar los efectos del transfuguismo, pero no para evitarlos completamente. Aunque sí, añadimos, nos muestra la experiencia que ha disuadido bastante a las conductas de transfuguismo.

²⁷ Tomás (1999).

²⁸ Advierte muy certeramente Tomás (1999) que este compromiso resulta innecesario si se cumple el previo acuerdo asumido de no admitir a tránsfugas en otros grupos políticos.

censurado no convocase la sesión en que debía debatirse la moción); y, de otra parte, la cuestión de confianza vinculada a proyectos concretos, como son la aprobación de los presupuestos de la corporación, del reglamento orgánico, de las ordenanzas fiscales y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal²⁹.

Ningún límite temporal se impone a la presentación de la moción de censura³⁰, ni se establece la exigencia de permanencia durante al menos un año en otro grupo político para que pueda suscribirse.

Respecto de la propuesta para regular la titularidad del cargo cuando el representante abandone voluntariamente el partido político nada más se impulsó. Esta es una posibilidad que resultó definitivamente vetada por la STC 298/2006, de 23 de octubre, al sancionar que «también resultaría contrario al art. 23.2 CE un acto de los poderes públicos que acordara el cese del concejal en su cargo público representativo con motivo de haber causado baja voluntariamente en el partido político» (FJ 6)³¹.

Aunque no estaba previsto expresamente en el Pacto Antitransfuguismo, en 1999 se lleva a efecto una reforma de la LBRL que va a tener una influencia decisiva en la posterior regulación de los concejales no adscritos: la elevación de rango del régimen jurídico de los grupos políticos.

En la redacción inicial del artículo 73 LBRL no se hacía mención a los grupos políticos. Su regulación se encontraba en los artículos 23 a 29 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF)³². Es la Ley 11/1999, de 21 de abril, la que en su disposición vigésima segunda, artículo primero, añade un apartado 3 al artículo 73 LBRL regulando los grupos políticos.

Dos notas definen el régimen de los grupos municipales en la nueva regulación: a) son el instrumento para la actuación corporativa de los concejales. No obstante, no debemos olvidar, a nuestro juicio, que los electos «son elegidos concejales y no miembros de su grupo municipal»³³; b) posibilidad de que se les dote de una asignación económica, con la consiguiente obligación de llevar una contabilidad específica de esta dotación³⁴.

El grupo político adquiere tal relevancia que su carácter asociativo se vincula al derecho de los ciudadanos a asociarse, a permanecer en las asociaciones y a no pertenecer a ninguna asociación, que es un derecho garantizado por el artículo 22 CE (STC 5/1981, de 13 de febrero), con la consecuencia trascendente de que cualquier restricción de este derecho debe estar plenamente justificada³⁵.

A partir de la consagración de los grupos políticos como instrumentos necesarios para la participación corporativa de los concejales se producen dos líneas de actuación: de una parte, la progresiva pretensión de los partidos políticos de identificar grupo y partido, o al menos de atribuir a éste el control sobre el primero³⁶; de otra parte, construir la idea de que fuera del grupo deben limitarse los derechos del concejal, base de lo que posteriormente serían los concejales no adscritos.

2.1.3. *Plasmación jurídica de los compromisos en la LBRL*

El compromiso de crear la figura del concejal no adscrito o concejal independiente se planteó en el Pacto Antitransfuguismo en términos de reforma de los reglamentos locales. No obstante, fue finalmente la

²⁹ Como señala la exposición de motivos, se trataría con ello de dotar a los Ayuntamientos de un instrumento que permita superar las situaciones de rigidez o de bloqueo en el proceso de tomas de decisiones en las materias señaladas, que tienen la máxima trascendencia en el desarrollo del gobierno municipal.

³⁰ En cambio, el nuevo artículo 197.bis apartado 6, impide que pueda presentarse una cuestión de confianza en el último año de mandato de cada Corporación.

³¹ Se plantea también si es posible llegar al mismo resultado (del cese) como consecuencia de haberse asumido voluntariamente, en su momento, esa obligación estatutaria, concluyendo que «la respuesta ha de ser negativa, pues, de una parte, los partidos políticos no son ajenos a los límites que hemos reconocido en el legislador para configurar el régimen jurídico de los cargos públicos representativos» (FJ 8). Por tanto, no se pierde el cargo aunque estuviera previsto en los estatutos aceptados voluntariamente.

³² Únicamente se contempla una referencia indirecta en el artículo 20.3 LBRL para garantizar su participación en los órganos complementarios del ayuntamiento.

³³ ATS 18 de marzo de 2019 (RJ\2019\1531).

³⁴ A partir de esta redacción se despejó cualquier duda sobre la obligatoriedad de constituir grupos políticos, estableciendo así, con carácter uniforme para todo el territorio del Estado, su existencia forzosa —sean cuales sean las características de cada entidad (Alonso Higuera, 2015, pp. 128-129, quien critica, además, que sigamos faltos de una determinación legislativa fundamental, como es la de la naturaleza jurídica de estos órganos, el régimen jurídico de sus actos y los aspectos nucleares de su estatuto jurídico)—.

³⁵ STS (Sala de lo Civil) núm. 195/2020, de 25 de mayo.

³⁶ El Tribunal Supremo ya había declarado que «no cabe confundir grupo político o grupo municipal (...) con partido político» (SSTS 28 de junio y 29 de noviembre de 1990, RJ\1990\5171 y RJ\1990\8833).

Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, la que modificó el apartado 3 del artículo 73 LBRL para regular, no muy certeramente, por cierto, la figura del concejal no adscrito³⁷. Una figura que encuentra dificultades en su configuración, «pues la circunstancia de dejar de ser o no legítimo integrante de un determinado grupo municipal puede afectar al derecho de participación política cuando se haya producido una limitación injustificada del ejercicio»³⁸.

La norma considera concejal no adscrito³⁹ a aquél miembro de la Corporación que no se integre en el grupo político que constituye la formación electoral por la que fue elegido⁴⁰, o que abandone su grupo de procedencia⁴¹. Ahora bien, no se consideran concejales no adscritos los concejales pertenecientes a un partido político que concurrió a las elecciones en una coalición electoral y que decide abandonarla. En este caso, los concejales que abandonan el grupo porque su partido abandona la coalición no pueden ver mermados sus derechos ni políticos ni económicos.

Ante la imposibilidad constitucional de imponer la pérdida del cargo en estos supuestos, se opta por limitar las posibilidades de progreso en su estatus personal. Para ello se establece una fórmula ambigua que determina que 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 procedencia⁴². El objetivo perseguido es «afrontar el denominado fenómeno del transfuguismo y asegurar que la composición de los grupos municipales se corresponda con la pertenencia a la formación política que presentó la candidatura de los concejales integrados en aquéllos»⁴³, aunque finalmente lo que se persigue es la fidelidad al partido político que determinó la inclusión en la lista electoral.

En un claro ejercicio de dejación de la función legislativa en vez de regular el núcleo del estatuto del concejal no adscrito se remitió la concreción de los derechos económicos y políticos a los reglamentos orgánicos de cada corporación⁴⁴.

El resultado final es que ha sido el Tribunal Constitucional, en una prolija jurisprudencia⁴⁵, quien ha suplido esta inactividad del legislador construyendo el estatuto del concejal no adscrito sobre la base de la distinta casuística que han presentado las diversas regulaciones locales y los acuerdos adoptados por los respectivos plenos de los Ayuntamientos⁴⁶.

De esta doctrina destacamos la STC 246/2012, de 20 de diciembre, definiendo el contenido que integra el núcleo irreductible de la función representativa de los miembros de las Entidades locales, a los que corresponde «participar en la actividad de control del gobierno local, participar en las deliberaciones del Pleno de la Corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores». Definido así el núcleo, considera el TC que la prohibición legal impuesta a los concejales no adscritos de constituir un nuevo grupo «no afecta al núcleo de

³⁷ En realidad, el Proyecto de Ley (BO Congreso de los Diputados de 13 de junio de 2003, núm. 157-1) no contenía modificación alguna del artículo 73 LBRL. Fueron dos enmiendas —las núm. 201 y 202— del Grupo Socialista las que propusieron la nueva regulación. Fueron admitidas en el Dictamen de la Comisión (BO Congreso de los Diputados de 7 de octubre de 2003, núm. 15-12). En la defensa de las enmiendas, el diputado socialista Sr. Martínez Sanjuán invocó la necesidad de cumplimiento del Pacto Antitransfuguismo para su justificación.

³⁸ Sentencia 72/2020, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2020:212).

³⁹ Una interesante reflexión sobre la diferencia conceptual entre tráfuga y no adscrito puede verse en Catalá i Bas (2014, pp. 53-54), para quien todo tráfuga termina siendo no adscrito, pero no todo no adscrito tiene por qué ser un tráfuga.

⁴⁰ Para que esta previsión tuviera operatividad fue necesario, como hemos indicado, que previamente, por la Ley 11/1999, se estableciera a nivel legal la obligatoriedad de actuar corporativamente a través de los grupos políticos.

⁴¹ Se distingue así entre la figura del tráfuga *ab initio*, desde la propia constitución de la Corporación, y el tráfuga durante el mandato, que era la figura más común y la que más problemas de gobernabilidad planteaba.

⁴² El Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 914/2021, de 3 de diciembre, considera nulos, y revisables de oficio, la resolución de nombramiento de 4.º Teniente de Alcalde y el acuerdo del Pleno fijando la dedicación parcial de una concejala no adscrita tras votar una moción de censura. Recuerda la posición del TS en sentencia de 26 de octubre de 2020 cuando afirma que «el pase a la condición de concejal no adscrito, como consecuencia o por razón de un supuesto de transfuguismo, sí impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas».

⁴³ STSJ Cataluña núm. 569/2015, de 29 de septiembre (JUR 2015\278404).

⁴⁴ En la II Adenda al Pacto, de 2006, conscientes de esta laguna, los partidos firmantes asumieron el compromiso del desarrollo legislativo e interpretación fiel y leal del principio en cuya virtud «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».

⁴⁵ Entre otras, SSTC 169/2009, 9 de julio; 20/2011, 14 de marzo; 117/2012, 4 de junio; 246/2012, 20 de diciembre; 151/2017, 21 de diciembre.

⁴⁶ Alguna normativa autonómica ha comenzado a regular el estatuto del concejal no adscrito. Así, la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana. Y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, cuya constitucionalidad ha sido avalada por ATC 126/2020, de 21 de octubre, que inadmite la cuestión de constitucionalidad planteada, reconociendo que la norma autonómica puede atribuir menos derechos a los concejales no adscritos.

la función representativa», dado que no afecta al ejercicio de las funciones que la integran. Con esta doctrina se legitima desde el punto de vista constitucional la regulación básica de los concejales no adscritos⁴⁷.

Definida someramente la figura del concejal no adscrito, la reforma introduce una última regla que fuerza la vinculación del grupo con el partido. Dispone el último párrafo, sexto, del nuevo apartado 3⁴⁸, que aunque la mayoría de los concejales integrantes de un grupo político abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones o sean expulsados de la misma, los legítimos integrantes del grupo serán los concejales que permanezcan en la citada formación política⁴⁹.

En este supuesto no se están contemplando trasvases dentro de los grupos políticos, que sería el ámbito propio dentro de una ley que regula los órganos municipales, sino que abiertamente se regulan supuestos de expulsiones o trasvases dentro de los partidos políticos que presentaron las candidaturas. Además, como veremos, la jurisprudencia ha atribuido una *vis expansiva* a este último párrafo equiparando los supuestos de abandono del grupo a los de expulsión del grupo e, incluso, del partido⁵⁰. Ante las dudas que puede suscitarse en estos casos, la norma faculta al secretario de la corporación para que pueda dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas, es decir, indique quienes son los legítimos integrantes del grupo municipal.

Por tanto, la regla general de actuación corporativa a través de los grupos admite excepciones en las que el concejal actuará como concejal no adscrito, y no se integrará en grupo político alguno:

- a) miembros de las Corporaciones locales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos;
- b) miembros de las Corporaciones locales que abandonen o sean expulsados del grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos. Aunque la literalidad del artículo 73.3 LBRL no se refiera a la expulsión, pronto, como hemos indicado, la jurisprudencia equipará ésta al supuesto de abandono del grupo;
- c) miembros de las Corporaciones locales que abandonen o sean expulsados de la formación política que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones, aunque supongan la mayoría del grupo político perteneciente a esta formación política.

Podemos constatar en definitiva que la situación de concejal no adscrito, situación en que no se puede pertenecer a grupo político alguno, puede devenir tanto de la pérdida (voluntaria o forzada) de la condición de miembro del grupo político, como de la pérdida (voluntaria o forzada) de la condición de afiliado o militante de la formación que presentó la candidatura electoral (partido, federación, coalición electoral o agrupación de electores)⁵¹. Ahora bien, no adquieren esta condición los concejales que no han abandonado en sentido estricto la formación política que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones ni han sido expulsados de la misma, sino que es dicha formación política (coalición electoral) la que ha sufrido alteraciones internas afectando a su derecho de participación política⁵².

⁴⁷ EL ATS de 18 de marzo de 2019 (RJ\2019\1531) resume aquellos aspectos que no forman parte de ese núcleo esencial: «no forman parte de ese núcleo esencial: la prohibición legal impuesta a los concejales no adscritos de incorporarse a otro grupo político o de constituir un nuevo grupo; ni tampoco la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada al grupo político; ni la imposibilidad de tener portavoz y consecuentemente, de formar parte, en su caso, de la junta de portavoces; ni la exclusión de concejales no adscritos del nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio, como son la pertenencia a la Junta o Comisión de Gobierno o la designación como teniente de Alcalde, pues tales nombramientos constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades que corresponden al Alcalde de la corporación; ni tampoco la adscripción de un concejal a un grupo o su consideración de no adscrito afecta al núcleo del derecho de participación del artículo 23.2 CE».

⁴⁸ Para el TS, Sentencia 72/2020, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2020:212), aunque este párrafo sexto, regula una cuestión diferente, se complementa con el párrafo tercero «para integrar el “status” de los concejales integrados en los grupos y los no adscritos».

⁴⁹ El Dictamen 454/2008, de 23 de mayo, del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia aclara que «el último apartado del artículo 73.3 ha de interpretarse referido [...] a todos los supuestos en los que los concejales abandonen o sean expulsados de la citada formación política —representasen o no la mayoría del Grupo político municipal—, que quedarán, por ello, privados de seguir perteneciendo a dicho Grupo político municipal, pues una interpretación limitada solo al abandono o expulsión de la mayoría de los concejales nos llevaría a la absurda situación de que, en el supuesto de que la expulsión afectara, no a la mayoría de los Concejales de un Grupo político municipal, sino a uno solo de ellos, o a una minoría de los integrantes del Grupo, éstos podrían seguir integrados en el Grupo, lo que no resulta razonable ni lógico».

⁵⁰ STSJMadrid núm. 279/2007, de 6 de marzo, JUR 2007\150307. Así se contempla en el artículo 25.1 del Reglamento Orgánico de Organización y Funcionamiento del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla (BOP Sevilla de 20 de abril de 2019).

⁵¹ Claramente lo recoge el artículo 28 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de municipios de Canarias: También tendrán la consideración de no adscritos los que sean expulsados de la formación política que presentó la correspondiente candidatura.

⁵² STS 72/2020, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2020:212).

Como corolario podemos afirmar que la reforma, con la pretendida finalidad de hacer frente al transfuguismo y reforzar los vínculos grupo/partido, rompió la ecuación grupo/actuación corporativa al crear la figura del concejal no adscrito. Figura que permite que su actuación corporativa concejal pueda desarrollarse al margen de su incorporación a grupo político alguno (al menos respecto de aquellas funciones que integran el núcleo esencial de la función representativa de los miembros de una corporación local). La consecuencia de este nuevo entendimiento de la actuación del concejal es que el grupo político municipal se configura ahora como «una asociación de concejales electos, conformada por razones de afinidad ideológica o de finalidades concretas»⁵³.

2.2. La renovación del acuerdo sobre un código de conducta en relación con el «transfuguismo» en las corporaciones locales de 26 de septiembre de 2000 (I Adenda al Pacto Antitransfuguismo)

Nos encontramos en este caso más ante un ejercicio de autoafirmación o autoconvencimiento de las bondades del Pacto y de la necesidad de mantener su vigencia. A ello contribuyen muy probablemente los reiterados incumplimientos que se venían produciendo por casi todas las partes.

Por ello el documento no contiene ningún compromiso ni político ni jurídico. Se limita a proclamar la voluntad de todos los firmantes de continuar trabajando hasta erradicar cualquier sombra de incumplimiento por parte de las fuerzas políticas representadas. Y esa voluntad la plasman ratificando el Acuerdo adoptado el 7 de julio de 1998 y manifestando el firme compromiso de continuar combatiendo el transfuguismo en las Corporaciones Locales.

2.3. La II Adenda al Pacto Antitransfuguismo de 23 de mayo de 2006: Un compromiso por el respeto a la voluntad de los ciudadanos y a la lealtad política en los gobiernos locales⁵⁴

En la II Adenda al Pacto, de 2006, los partidos firmantes nuevamente se comprometieron a encargar la elaboración de un informe sobre las posibilidades de limitación (exigencia de cuórum reforzados) o prohibición de presentar mociones de censura durante el primer y el último año de mandato.

La declaración ratifica los acuerdos adoptados hasta el momento aunque admite que son necesarias medidas concretas que den efectividad a los compromisos. La idea fundamental es reforzar a los partidos políticos, a los que conecta directamente con la voluntad popular *per saltum* sobre el electo (afirmando que existe «un deber de lealtad política conectado directamente con el respeto a la voluntad popular»).

Para conseguir esta finalidad se amplía el concepto de tránsfuga, entendiendo por tal 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»⁵⁵.

Lo singular del pacto es que, además, se atribuye a la formación que presentó al presunto tránsfuga determinar si realmente reúne esta condición.

A partir de este momento tránsfuga es aquél que, tras apartarse de la disciplina de voto o abandonar o ser expulsado de su formación, favorece un cambio de gobierno o mantiene al gobierno en contra de la nueva mayoría, o no apoya a la mayoría del gobierno a la que inicialmente pertenece dificultando su acción. Por tanto, la acción del concejal para que pueda ser considerado tránsfuga debe tener necesariamente un reflejo en la acción de gobierno, manteniendo o cambiando al gobierno o dificultando su acción. La mera controversia ideológica con el partido político que le incluyó en las listas electorales o el voto disidente en un aspecto puntual no implica, en este momento, que puede considerarse transfuguismo si no produce efectos sobre la acción de gobierno.

⁵³ Dictamen núm. 292/2016, de 7 de diciembre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

⁵⁴ Suscrita por PSOE, Partido Popular, Izquierda Unida, Esquerra Republicana de Catalunya, PNV, BNG, Coalición Canaria, Partido Aragonés, Unión del Pueblo Navarro, Podemos, Ciudadanos, PSC, Foro Asturias, Partido Regionalista de Cantabria, Compormis, Geroa Bai, Galicia en Común, Catalunya en Comú, Más País, Equo, Mes per Mallorca y Agrupación Socialista de la Gomera.

⁵⁵ Definición que Catalá i Bas (2014, p. 49), considera, con gran fundamento, extensa, redundante, confusa y farragosa.

2.3.1. *Compromisos asumidos*

Los firmantes reiteran el compromiso de no obtener ninguna ventaja como consecuencia de la actuación de un tráfuga y, en consecuencia, no premiar de modo alguno su actitud (ni aceptarlos en el gobierno, ni efectuar nombramientos en su favor, ni designarlos representantes municipales en ninguna entidad en la que participe el Ayuntamiento). Como corolario se impone la obligación de expulsar del partido al concejal tráfuga y a quienes se aprovechen de su actitud.

Por lo que respecta al estatuto del concejal no adscrito los firmantes son conscientes de la ambigüedad y falta de concreción de la regla incorporada al artículo 73.3 LBRL, en cuya virtud «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». Por ello se comprometen a su desarrollo legislativo e interpretación fiel y leal para evitar las llamadas «plusvalías del disidente».

Para conseguir este objetivo se marcan una serie de criterios: 1.º evitar la equiparación de los no adscritos con los grupos (no pueden ejercer los derechos atribuidos por la legislación a los grupos, no podrán participar en la junta de portavoces y no disfrutarán de las asignaciones que corresponden a los grupos); 2.º negarles un derecho a participar en todas las Comisiones plenarias.

Como cierre del sistema caso se acuerda una regla de garantía, en virtud de la cual cualquier derecho político o económico que se reconozca al concejal no adscrito no puede suponer merma alguna de los derechos que correspondían a su grupo de procedencia. Todo ello desde la filosofía expresamente proclamada de que «la condición de concejal no adscrito no es equiparable en ningún caso al grupo político por cuanto comporta una violación de la Ley reguladora de las bases del régimen Local».

Este desarrollo normativo sigue pendiente a la fecha, no habiéndose modificado el artículo 73.3 LBRL y, como hemos señalado, ha sido una labor de la jurisdicción constitucional y ordinaria la que ha dotado de contenido al estatuto del concejal no adscrito, rechazando muchas de las propuestas que se contenían en el acuerdo que analizamos (singularmente la de impedir la participación de los concejales no adscritos en las Comisiones Informativas).

Para una adecuada ejecución de los compromisos asumidos se atribuye a la Comisión de Seguimiento el pronunciamiento de la existencia de transfuguismo cuando concurren las circunstancias enumeradas en el Pacto, y, para el caso de que esta Comisión no llegue a un pronunciamiento unánime, se crea una Comisión de Expertos Independientes que determine si se produce o no transfuguismo con la conducta objeto de análisis.

Por último, se manifiesta la voluntad de extender los principios y contenidos del pacto, en lo que sea de aplicación, a las Comunidades Autónomas, sus Asambleas legislativas, y al Estado, fundamentalmente en el ámbito parlamentario.

2.3.2. *Plasmación jurídica de los compromisos adquiridos*

Pocas novedades desde el punto de vista normativo supuso el desarrollo de los acuerdos asumidos en esta Adenda.

En la legislación ordinaria, la LBRL sufrió una importante reforma por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Sus objetivos eran clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones, racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso, y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Los objetivos perseguidos con la reforma no inciden en el núcleo político de la función representativa del concejal, por lo que no afectó al artículo 73 LBRL. La modificación se ciñe a la regulación de aspectos de contención del gasto (establecimiento de un régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales —artículo 75 bis—, limitación del número de cargos públicos con régimen de dedicación exclusiva —artículo 75 ter—, o limitación del número de miembros de los órganos de gobierno de los entes del sector público local —disposición adicional duodécima—).

Sí se efectuó una modificación de la LOREG, artículo 197.1.a), para dificultar la articulación de mociones de censura apoyándose en tráfugas⁵⁶. La norma exige que la moción de censura sea propuesta, al menos, por la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, debiendo incluir un candidato a la Alcaldía. La

⁵⁶ Un comentario de la reforma puede verse en Lomo y Sánchez (2017).

reforma llevada a efecto por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, introdujo dos nuevas exigencias: 1.º si alguno de los firmantes pertenece o ha pertenecido al grupo político municipal al que pertenece el Alcalde censurado, su firma no se tiene en cuenta a la hora de computar la mayoría absoluta necesaria (la norma utiliza una fórmula más rocambolésca: «la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias»)⁵⁷; 2.º tampoco computará a efectos de obtener la mayoría la firma de un concejal que haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato, y ello con independencia de que el grupo sea o no el del Alcalde censurado⁵⁸. Los requisitos para que pueda admitirse a trámite la moción de censura deben mantenerse hasta el mismo momento de su votación⁵⁹.

La exposición de motivos justifica esta reforma en la necesidad de evitar que los tránsfugas con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales. Se trata, afirma, de «una medida de regeneración democrática que contribuirá a eliminar las tensiones políticas y sociales y que favorecerá de cara al futuro la estabilidad en la vida municipal».

Aunque la redacción del precepto ha generado diversos problemas en su aplicación: por ejemplo, si es necesaria la expulsión o basta la suspensión de militancia para adquirir la condición de tránsfuga, o el alcance del deber de comprobar la regularidad de la expulsión llevada a cabo por el partido⁶⁰.

Con estas medidas se dificultaba claramente la actuación de los tránsfugas a la hora de cambiar gobiernos, pero también se introducía el peligro de una práctica inviable de exigir la responsabilidad política al alcalde: Además se limita el derecho de todos los concejales no adscritos, cualquiera que fuera la causa, a exigir esa responsabilidad.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse, en cuestión de constitucionalidad, sobre la segunda regla de las previstas: la que afecta al concejal que abandona, por cualquier causa, el grupo al que se adscribió inicialmente. La STC 151/2017, de 21 de diciembre, declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del artículo 197.1.a) LOREG⁶¹, considerando que la medida es, en abstracto, idónea y adecuada para el logro del objetivo que se pretende con su adopción (asegurar la voluntad popular y la estabilidad de la vida municipal), pero en cuanto afecta a los concejales que abandonen el grupo «por cualquier causa», sin especificación, entiende que no es proporcional⁶². A esa conclusión llega al considerar que el control del gobierno municipal mediante la presentación de mociones de censura forma parte del núcleo del derecho de participación política del artículo 23.2. Por ello no resulta admisible que contra el transfuguismo se actúe con restricciones al *ius in officium*. El TC niega la premisa sobre la que se asienta el fin de la nueva regulación, afirmando que *no es cierto que la desvinculación orgánica o política del grupo de origen desestabilice por defecto o sin excepción la vida municipal o modifique la voluntad popular*⁶³.

En síntesis, para el TC, la no adscripción no siempre implica un fraude a la representación⁶⁴, siendo el resultado final beneficioso en la configuración de los derechos de los concejales no adscritos derivados del núcleo fundamental y representativo del artículo 23.2 CE⁶⁵.

⁵⁷ Ac JEC de 17 de septiembre de 2020: «la moción de censura habrá de ser propuesta por un número de concejales que alcance, al menos, la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en las circunstancias previstas por el segundo párrafo del artículo 197.1.a)».

⁵⁸ El Ac JEC de 19 de noviembre de 2020 ha reiterado que «el artículo 197.1.a) de la LOREG resulta aplicable al supuesto en que, aun cuando formalmente no se hayan constituido grupos políticos municipales, la Corporación funcione de hecho y de forma regular con tales grupos municipales, puesto que la finalidad del citado precepto es evitar el transfuguismo político. De lo contrario, bastaría la no constitución formal de los grupos políticos municipales para evitar la aplicación de dicho precepto».

⁵⁹ Ac. JEC 11 de marzo de 2020: «en la sesión en que deba debatirse y votarse la moción de censura, la Mesa de edad deberá constatar que se mantienen los requisitos exigidos en el apartado a) del artículo 197.1, lo que implica que, en caso de que uno de los concejales que suscribió la moción de censura haya dejado de serlo y este hecho afecte al cómputo de la mayoría absoluta previsto en el referido apartado a), no podrá tramitarse esta moción de censura».

⁶⁰ Sánchez (2018, p. 50).

⁶¹ Si bien su FJ 8 establece que la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad queda diferida hasta la convocatoria de un nuevo proceso de elecciones locales.

⁶² Alonso Mas (2018) considera acertada la declaración de inconstitucionalidad porque no puede vincularse a la condición de no adscrito, sin matices, la imposibilidad de impulsar mociones de censura, que entra en el núcleo de la función del representante, y este argumento objetivo ya era suficiente sin tener que recurrir al argumento de la proporcionalidad, que es un criterio subjetivo.

⁶³ En su voto particular (al que se adhieren D. Juan Antonio Xiol Ríos y D. Alfredo Montoya Melgar), el magistrado Conde-Pumpido Tourón considera que la medida resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto, incluido el *ius in officium* de los concejales.

⁶⁴ Alonso Mas (2018).

⁶⁵ De la Torre (2018).

2.4. La III Adenda al Pacto Antitransfuguismo de 11 de noviembre de 2020: Pacto por la estabilidad institucional. Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las instituciones democráticas⁶⁶

Catorce años después de la firma de la II Adenda, tras múltiples incumplimientos de los compromisos asumidos (la Comisión de Seguimiento no se había reunido en los últimos diez años), con un mapa político completamente diferente y en plena pandemia por la COVID-19, los partidos políticos deciden retomar los acuerdos. Y manifiestan, en primer lugar, la voluntad de extender las medidas al ámbito autonómico y estatal, para lo que impulsarán la modificación de los reglamentos de las cámaras legislativas y reglamentos orgánicos de las corporaciones locales, así como las leyes ordinarias y orgánicas que resulten necesarias para este fin.

Como parámetro de las reformas se propone la regulación dispuesta para el régimen local. Consideran, incluso, que el artículo 73 LBRL debe servir para colmar las lagunas de los reglamentos de las cámaras «mediante su aplicación analógica» (sic).

A nuestro juicio lo más significativo del acuerdo es el nuevo concepto de tráfuga, que da una vuelta de tuerca más en la dirección de vincular al cargo representativo con el partido, diluyendo su mandato representativo. En un primer momento, 1998, se pretendía evitar que el tráfuga cambie la orientación de la relación de fuerzas surgida de las urnas. Se trataba de garantizar la gobernabilidad y la representación surgida de la voluntad popular. Idea que se concreta en 2006 exigiendo, para que sea reprochable su actitud, que el tráfuga pacte para cambiar o mantener la mayoría gobernante, o bien dificulte o haga imposible a dicha mayoría el gobierno de la ciudad. Es decir, en todo caso debe existir una actuación con incidencia directa en el gobierno local.

La III Adenda da un paso más, desconecta al tráfuga de las consecuencias de su actuación. Basta que el concejal haya abandonado el sujeto político que lo presentó a las elecciones, o que haya sido expulsado o, simplemente, que «se aparte del criterio fijado por sus órganos competentes» para que pueda ser considerado tráfuga⁶⁷, aunque su actitud no haya tenido reflejo alguno en la gobernabilidad local. Ello supone la postergación de toda disidencia, que el control total del representante no corresponde a los sujetos representados, sino a la formación que decidió incluirlo en la lista electoral⁶⁸.

También el Pacto se hace eco de la problemática singular que presentan las coaliciones electorales y propone una definición específica de tráfuga en estos supuestos, contemplando unos casos específicos de deslealtad política como la usurpación de identidad de coaliciones y agrupaciones electorales.

En cuanto al estatuto de los concejales no adscritos (denominados ahora «personas tráfugas no adscritas») se reiteran los compromisos anteriores de que no pueden gozar de los derechos de los grupos, pudiendo ejercer únicamente «los mínimos derechos que constitucionalmente le correspondan», que no pueden mejorar sus condiciones económicas o políticas⁶⁹ y que el grupo que abandona o del que es expulsado el tráfuga no puede sufrir merma en sus derechos⁷⁰.

Una novedad que se aborda es la relativa a todos aquellos cargos públicos cuya elección no viene otorgada directamente por el cuerpo electoral, y que no encuentran su legitimación directamente en la voluntad popular (senadores de designación autonómica o diputados provinciales). Se considera que estos supuestos no están amparados por la doctrina constitucional que impide separar de la titularidad otorgada por el pueblo a través de sufragio universal, y, en consecuencia, se propone una modificación legislativa que permita remover a estos tráfugas que ocupan cargos por designación.

⁶⁶ Se adhieren PSOE, PP, Unidas Podemos, Ciudadanos, PSC, PNV, Izquierda Unida, BNG, Partido Aragonés Regionalista, Foro Asturias y Galicia en Común.

⁶⁷ El artículo 8.5.c de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, establece como deber del afiliado el de acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos del partido.

⁶⁸ Señala Vázquez (2020, p. 328) que existe la tendencia de extender el concepto de tráfuga, más allá de la quiebra en la pertenencia al partido, a toda una serie de acciones desleales a la línea política determinada por la asociación.

⁶⁹ Algunos Reglamentos, como el artículo 27.1 del Reglamento Orgánico de Organización y Funcionamiento del Ayuntamiento de Sevilla (BOP 20 de abril de 2019), prevén que los concejales y concejalas no adscritos no podrán acogerse al régimen de dedicación exclusiva ni parcial, perdiéndolo, si lo tuvieran reconocido, al acceder a esta condición. Previsión ciertamente disuasoria de conductas de transfuguismo.

⁷⁰ Este reiterado compromiso no se ha trasladado a la LBRL, que no contiene ninguna previsión acerca de los derechos de los grupos en caso de transfuguismo. Por ejemplo, el artículo 24.2 del Reglamento Orgánico de Organización y Funcionamiento del Ayuntamiento de Sevilla (BOP 20 de abril de 2019), contempla una dotación económica para los grupos políticos igual para todos y una cantidad variable en función del número de miembros. Ello ha supuesto que el grupo que ha expulsado a un miembro por tráfuga ha visto reducida su asignación.

Por último se acuerdan una serie de modificaciones para mejorar el funcionamiento de la Comisión de Seguimiento, que adoptará sus acuerdos por unanimidad o, en su defecto, por mayoría de tres quintos calculada según las reglas de ponderación del voto que se establece. Respecto del Comité de Expertos, que debe actuar en defecto de acuerdo en la Comisión, se establece una mayoría de 3/5 para la adopción de acuerdos⁷¹.

Como ha podido comprobarse con los casos, entre otros, de Murcia y Santa Cruz de Tenerife⁷², las aguas no discurren tranquilas bajo la cobertura de los Pactos, persisten los incumplimientos por la irresistible vis atractiva que ejerce el poder sobre nuestros partidos. Al final todo queda en brillantes palabras como las pronunciadas el 14 de abril de 2021 en el Senado por el Sr. Magdaleno Alegría, senador del grupo socialista, cuando afirmaba: «Hoy pedimos, señorías, juego limpio, que los personajes que se corrompen sean aislados de la sociedad, que no condicionen los gobiernos en este país. En definitiva, solo pedimos una cosa muy importante: que los ciudadanos, con su voto, sean los dueños de su propio destino»⁷³.

3. LAS COALICIONES ELECTORALES. APUNTES SOBRE EL CONCEPTO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO⁷⁴

El fenómeno del transfuguismo también se ha manifestado en el seno de las coaliciones electorales, con unas singularidades propias al encontrarnos con la intervención de diversos sujetos (los partidos políticos, la coalición, el grupo político municipal y los concejales). Esta realidad requiere un tratamiento singular distinto al que aborda la relación más unidireccional y simple que supone el partido político/grupo municipal/concejales, como se ha constatado en la comentada III Adenda al Pacto Antitransfuguismo.

Antes de abordar la respuesta que política, legal y jurisprudencialmente se ha dado al fenómeno del transfuguismo en el seno de las coaliciones electorales haremos algún apunte sobre el concepto de coalición electoral y su régimen jurídico.

3.1. Las coaliciones electorales

La coalición electoral es una subespecie de un concepto genérico que engloba todos los pactos o acuerdos que pueden alcanzar las fuerzas políticas: la coalición política.

Román y Ferri (2003, p. 20) distinguen una acepción amplia de coalición política que hace referencia a cualquier tipo de acuerdo entre actores políticos, y un significado más estricto que corresponde al de gobierno de coalición, en el que el acuerdo entre los actores se traduce en una acción conjunta de gobierno manteniendo cada uno su identidad y autonomía⁷⁵. Si ninguna fuerza obtiene la mayoría absoluta o suficiente para gobernar en solitario, el resultado de las elecciones va a servir para orientar a los líderes sobre qué tipo de coaliciones podrían formarse para el ejercicio del poder. El resultado es una modificación sustancial del típico gobierno parlamentario⁷⁶, dando como resultado un específico tipo de gobierno con sus propias reglas y convenciones, que fluyen del principio fundamental de la coalición: el del poder compartido⁷⁷.

⁷¹ La Comisión de seguimiento designó a los expertos en sesión celebrada el día 25 de marzo de 2021 (D.^a Silvia del Saz, D.^a Dolors Canals Ametller, D.^a Pilar Navarro Rodríguez, D. Rafael Ibáñez Reche y D. Mariano Pérez-Hickman Silván).

⁷² La Comisión de Seguimiento emitió los Dictámenes: 1/2021, Santa Cruz de Tenerife (considerando que la conducta de la concejal electa de Ciudadanos, en la moción de censura aprobada en la Sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el día lunes 13 de julio de 2020 es constitutiva de transfuguismo, y también la del equipo de gobierno y fundamentalmente el Alcalde beneficiario de la situación) y 2/2021, Región de Murcia (considerando que la conducta de tres diputados electos por la formación política Ciudadanos, es constitutiva de transfuguismo, y también la del Sr. Presidente de la Región de Murcia, por ser inductor y beneficiario de la conducta tráfuga de los diputados). El Partido Popular, alegando falta de parcialidad del ponente, no sólo no aceptó las conclusiones de la comisión de expertos independientes, sino que anunció que abandonaba el propio Pacto Antitransfuguismo.

⁷³ Moción por la que el Senado rechaza la práctica del transfuguismo parlamentario e insta al Gobierno a seguir garantizando e impulsando el pacto antitransfuguismo. (Núm. exp. 662/000060. AUTOR: Grupo Parlamentario Socialista. Diario de Sesiones del Senado, 14 de abril de 2021, pág. 159).

⁷⁴ A partir de las elecciones municipales de 2015 ha adquirido un auge importante el fenómeno de las coaliciones electorales. Ha sido fundamentalmente en el seno de la izquierda política donde se ha desarrollado más prolíficamente, sobre todo a partir del acuerdo estatal entre los partidos Izquierda Unida, Podemos y Equo que dio lugar a la coalición electoral Unidas Podemos para concurrir a las elecciones generales de 2019 (en Cataluña concurren bajo la denominación En Comú Podem y en Galicia como Galicia en Común). Este acuerdo se plasmó en diversos pactos autonómicos y locales para concurrir en coalición a las elecciones autonómicas y municipales de mayo de 2019.

⁷⁵ Por ejemplo, el suscrito con fecha 30 de diciembre de 2019 («acuerdo de coalición progresista») entre PSOE y Unidas Podemos para la formación del Ejecutivo en nuestro país.

⁷⁶ Robles (1999, p. 280).

⁷⁷ Un estudio riguroso de las coaliciones políticas puede verse en Reniu (2002).

Pues bien, dentro de esta categoría de las coaliciones políticas, además, encontramos la coalición electoral, que podemos definir, con base en el artículo 44.1.b) LOREG, como «el acuerdo de diversos partidos o federaciones de partidos para concurrir conjuntamente a una elección». En este caso no se trata de conseguir un acuerdo para ejercer el gobierno, como sería el gobierno de coalición, sino de un acuerdo para intentar alcanzar el gobierno. Es un supuesto en el que los partidos renuncian a su legítima aspiración de conseguir el poder individualmente⁷⁸, desde la premisa, no siempre conseguida, de que su oferta conjunta hará más atractiva la opción al ciudadano-votante.

Una de las características de la coalición electoral es que los partidos que la integran no pierden su sustantividad propia *ad intra*, aunque *ad extra* necesariamente comparece la coalición como un sujeto político único⁷⁹. Para conseguir esa unidad de sujeto, el artículo 44.2 LOREG obliga a que se presenten ante la Junta competente «las normas por las que se rige la coalición» cuando deseen presentar candidatos o listas de candidatos. Ello sin perjuicio de que el vínculo puede romperse con las consecuencias que el ordenamiento jurídico anuda y que expondremos más adelante⁸⁰.

En esencia la coalición tiene una finalidad instrumental puramente electoral. Como afirma la STSJMadrid 122/2013, 13 de mayo⁸¹, «la finalidad de las coaliciones electorales “es puramente electoral, en el sentido de constituirse para intervenir en dicha forma en alguna elección concreta y determinada”».

3.2. Régimen jurídico

La regulación esencial de las coaliciones electorales se halla contenida en el artículo 44 LOREG que no ha sido objeto de desarrollo normativo, por lo que debe integrarse con la doctrina que en relación con el mismo ha ido desarrollando la Junta Electoral Central (JEC)⁸².

A tenor del apartado 1 las coaliciones electorales constituidas conforme al propio artículo 44 son sujetos políticos que pueden presentar candidatos o listas de candidatos, junto con los partidos políticos, las federaciones de partidos políticos y las agrupaciones de electores.

En cuanto sujetos políticos están legitimados para interponer el recurso contencioso-electoral (artículo 110.c LOREG)⁸³, y pueden designar un representante general ante la Junta Electoral Central para las elecciones a diputados y senadores (artículo 168.1), para las elecciones municipales (artículo 186.1) y para las elecciones europeas (artículo 210.1).

El apartado 2 obliga a que los partidos coaligados suscriban un pacto de coalición para concurrir conjuntamente a las elecciones, sin que se establezca un contenido mínimo u obligatorio de dicho pacto. Su relevancia reside en el hecho de que sus determinaciones van a ser la única referencia de que dispone la Junta Electoral Central para pronunciarse sobre la conformidad con el ordenamiento jurídico electoral de las cuestiones que planteen las coaliciones⁸⁴. El pacto se convierte de este modo en el parámetro de la voluntad de la coalición.

La condición *sine qua non* para que la coalición adquiera personalidad jurídica a efectos electorales es que se comunique a la Junta Electoral competente la existencia de ese pacto en el plazo de los diez días

⁷⁸ El artículo 44.3 LOREG expresamente impide que los partidos coaligados puedan presentar candidaturas propias en una circunscripción si en la misma concurre, para idéntica elección, candidatos de la coalición a la que pertenecen.

⁷⁹ La JEC tiene declarado que las coaliciones electorales constituyen entidades políticas distintas de los partidos que las componen (Ac JEC 29 de septiembre de 2011), una formación política diferente de las formaciones coaligadas a todos los efectos legales y económicos (Ac JEC 9 de marzo de 2008).

⁸⁰ Como nos recuerda el AcJEC de 15 de julio de 2021: las coaliciones electorales se constituyen para cada proceso electoral, y solo subsisten hasta el término del mandato del órgano representativo a cuya formación concurren, salvo ruptura o disolución de la coalición.

⁸¹ JUR 2013\125611.

⁸² Hemos consultado la doctrina de la JEC hasta 2007 en Arnaldo y Delgado-Iribarren (2007).

⁸³ Matiza la STSJMadrid 122/2013, 13 de mayo (JUR 2013\125611) que «las coaliciones electorales carecen de personalidad jurídica, y por ello de capacidad de obrar y de capacidad procesal, por lo que en armonía con lo dispuesto en el artículo 18 de la LJCA antes citado, no pueden promover recursos contencioso-administrativos con la única excepción de que se lo permitan las leyes expresamente, lo que está establecido (en lógica armonía con su condición transitoria de organización nacida con una finalidad efímera como es la contienda electoral), por el artículo 110 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General», negándoseles capacidad procesal para interponer cualquier otro recurso contencioso.

⁸⁴ Por ejemplo, únicamente se puede utilizar la denominación de la coalición, sin que se puedan utilizar símbolos o siglas si no se han hecho constar en el pacto (Ac JEC 27 de abril de 1999). O que salvo que otra cosa expresamente se haga constar en el escrito de constitución, los partidos políticos integrantes de la coalición podrán concurrir en los distritos en los que no se presente la misma (AC JEC 17 de abril de 1995).

siguientes a la convocatoria⁸⁵. Este plazo es preclusivo, sin que quepa admitir coaliciones presentadas fuera de plazo, sin perjuicio del derecho de los partidos a presentar candidaturas propias⁸⁶.

Respecto a su ámbito temporal, la coalición se constituye específicamente para cada proceso electoral, manteniendo su subsistencia hasta el final del mandato del órgano representativo para cada proceso electoral, salvo ruptura o disolución⁸⁷. Esta regla se completa con dos precisiones: a) puede hacerse constar la constitución de la coalición para los varios procesos electorales convocados para la misma fecha de celebración⁸⁸; b) puede subsistir la coalición si un partido se separa, salvo previsión contraria en el pacto de coalición⁸⁹, no siendo posible que permanezca la coalición cuando queda un único partido⁹⁰.

En cuanto a su funcionamiento, la JEC ha declarado⁹¹, ante una reclamación respecto del funcionamiento interno de una coalición electoral, que no resulta aplicable el artículo 7 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, que establece la obligación de ajustarse a los principios democráticos. En consecuencia, pocas reglas imperativas existen para regular este funcionamiento más allá de lo pactado⁹².

En cuanto a los aspectos formales, recurrentemente suele plantearse en relación con las coaliciones electorales diversa problemática respecto de las denominaciones, símbolos y otros elementos identificativos. Para no extendernos en este tema resumimos la posición de la Junta Electoral Central⁹³ que pretende evitar que «la confusión induzca a error en el electorado entre la coalición y las formaciones políticas que la integran, como sucedería si se utilizase como denominación común o como símbolo común sólo los de una de esas formaciones políticas».

Sobre la denominación común considera que «es una cuestión de orden público que afecta a los derechos de los electores y a la transparencia del proceso electoral, y que ésta no tiene que comprender necesariamente la totalidad de los elementos identificadores de la coalición, siendo suficiente que esa referencia a la denominación común consista, por ejemplo, en la incorporación de las siglas y símbolo de la coalición. Dicha denominación común habrá de utilizarse en todas las circunscripciones en las que se presente la coalición, si bien la legislación electoral no impide que una coalición adopte una denominación específica en determinados distritos electorales, siempre que mantenga la referencia a la denominación común⁹⁴. No obstante, esa denominación común no puede coincidir con la de una de las formaciones políticas que la componen».

Respecto al símbolo de la coalición electoral «no exige que el símbolo de la coalición se forme a partir de los símbolos de las entidades políticas que lo componen, y que, si en el pacto de coalición no se ha hecho constancia del símbolo, no se puede hacer constar éste de ningún modo. Por otra parte, si la coalición tiene un símbolo propio, éste debe incorporarse en todas las circunscripciones en donde se presente dicha coalición, sin perjuicio de que, como sucede en el caso de la denominación común, en alguna de ellas se añada un símbolo específico en alguna circunscripción, siempre que conste así en el pacto de coalición y se mantenga la denominación común».

Ya nos hemos referido a la posibilidad que existe de que la coalición sufra una ruptura o una disolución. La LOREG no se refiere a este supuesto⁹⁵, de ahí que la JEC haya interpretado que «una vez realizada la

⁸⁵ En sesión de la JEC de 13 de abril de 2016 se aprobó Instrucción 1/2016, de 13 de abril de 2016, de la Junta Electoral Central, de aprobación del modelo oficial del escrito de constitución de coaliciones electorales y de publicación de las válidamente constituidas en la página web de la Junta Electoral Central (BOE núm. 95, de 20 de abril de 2016).

⁸⁶ «El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 44.2 LOREG no puede entenderse como un requisito subsanable [...], pues se refiere a un requisito anterior a la presentación de las candidaturas, como es la comunicación a la Junta Electoral Central del pacto de coalición en los diez días siguientes a la convocatoria de las elecciones, trámite ya precluido». ATC 79/2015, 7 de mayo.

⁸⁷ AcJEC 15 de julio de 2021 (con cita de los Acuerdos de 30 de mayo de 1994 y de 13 de marzo de 1997).

⁸⁸ AcJEC 14 de marzo de 1983.

⁸⁹ AcJEC 13 de marzo de 1997.

⁹⁰ Ac JEC 15 de julio de 2021.

⁹¹ AcJEC 8 de junio de 2016.

⁹² No obstante, la STS (Sala de lo Civil) núm. 7/2000, de 14 de enero (RJ\2000\137) con ocasión de la expulsión de un miembro de una coalición electoral, y frente a la invocación de la singular estructura de la coalición que carece de unos estatutos que determinen las causas de expulsión, responde que esta carencia «no exonera a la misma de dar cumplimiento y respetar los derechos de la persona individual, consagrados en la Constitución, referentes no solamente al derecho de asociación del art. 22, sino también y de forma particular, en cuanto al procedimiento se refiere, los derechos de los ciudadanos consagrados en el art. 9 de la CE».

⁹³ AcJEC 14 de octubre de 2010.

⁹⁴ La STC 187/2007, de 19 de septiembre, declaró que el «art. 44.2 LOREG ... no impide que una coalición electoral adopte una denominación o simbología específica en determinados distritos electorales, manteniendo la referencia a una denominación común que debe incorporarse a todas las circunscripciones, ni impone que esa denominación común deba comprender necesariamente la totalidad de los elementos identificadores de la coalición (STC 154/2003, de 17 de julio [RTC 2003, 154], FJ 11)».

⁹⁵ El artículo 73.3 LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, contempla el supuesto de abandono de la coalición por parte de uno de los partidos políticos que la integraban, pero no se refiere en puridad a la disolución de la coalición.

proclamación de electos, las posibles disensiones que puedan producirse en una coalición electoral deberán comunicarse directamente a los órganos representativos afectados, careciendo la Administración electoral de competencias para el examen del contenido y efectos de la disensión»⁹⁶. En estos casos se limita a tomar conocimiento de la disolución «sin perjuicio de que puedan perdurar los efectos inherentes al proceso electoral en el que fue presentada la candidatura de la coalición electoral, puesto que no pueden verse afectados los derechos y obligaciones electorales, económicos o de otra índole, obtenidos o contraídos hasta esta fecha»⁹⁷.

En el caso de disolución sí ha abordado la cuestión del cómputo de los votos que corresponde a cada formación política coaligada, elemento de capital relevancia para asignar los puestos obtenidos. Para este cómputo «ha de dividirse el número total de votos obtenidos por la coalición en las elecciones correspondientes por el número total de escaños conseguidos por la misma y multiplicarse dicho cociente por el número de candidatos electos de cada formación política integrante de la coalición (Acuerdo de 30 de septiembre de 1999, entre otros). No se tendrán en cuenta los cambios de adscripción de parlamentarios habidos durante la legislatura (Acuerdo de 11 de noviembre de 1985)». Ahora bien, no corresponde a la JEC pronunciarse acerca de cómo debe procederse a determinar el número de votos obtenidos por cada formación política a los efectos de la formación de grupos⁹⁸.

4. EL FENÓMENO DEL TRANSFUGUISMO EN LAS COALICIONES ELECTORALES

4.1. Planteamiento. La III Adenda al Pacto Antitransfuguismo

Los problemas que hemos ido señalando en la articulación de las relaciones concejal/grupo/partido se acentúan y adquieren mayor complejidad cuando la formación política que ha concurrido es una coalición electoral, en las que las tensiones no solo se manifiestan verticalmente (formación política/concejales) sino que adquieren una vertiente horizontal (formaciones políticas coaligadas) que traslada sus tensiones al grupo político municipal.

Son conscientes de esta situación los propios partidos firmantes de la III Adenda del Pacto Antitransfuguismo, admitiendo que la falta de regulación favorece las conductas tráfugas. Para solucionar este problema instan a reforzar el régimen jurídico de las coaliciones electorales, fundamentalmente en los aspectos relativos a su funcionamiento (toma de decisiones, ruptura de la coalición —previsión contenida sin más concreción en la LBRL—, gestión de los recursos económicos, derechos de sus componentes, régimen de disolución...). Admiten las dificultades interpretativas y de aplicación de la normativa vigente al supuesto de coaliciones electorales, comprometiéndose a impulsar una iniciativa legislativa que mejore la regulación que, como hemos señalado, se regulan casi exclusivamente por los acuerdos que plasman en el pacto de coalición que comunican a la Junta Electoral.

La primera medida que adoptan es la adaptación del concepto de tráfuga al seno de las coaliciones, considerándose tal a «la persona electa por una candidatura promovida por una coalición, si abandona, se separa de la disciplina o es expulsada del partido político coaligado que propuso su incorporación en la candidatura, aunque recale en otro partido o espacio de la coalición, sin el consentimiento o tolerancia del partido que originariamente lo propuso»⁹⁹. El concepto pone de manifiesto que, aún en el caso de coaliciones electorales, la vinculación se mantiene directamente con el partido, a cuya disciplina debe someterse el concejal electo y que es el único competente para adoptar las medidas que se proponen ante una actuación calificable como transfuguismo. Ello resulta evidente del propio tenor literal de la Adenda, que especifica que cuando surgiesen dudas sobre qué personas han incurrido en transfuguismo será el partido que los y las propuso para el supuesto de las coaliciones quien aclarará por escrito quienes han abandonado la formación, han sido expulsados o se han apartado de su disciplina, a efectos de su calificación como tráfugas.

⁹⁶ AcJEC 24 de julio de 2013.

⁹⁷ AcJEC 27 de octubre de 2021.

⁹⁸ AcJEC 29 de septiembre de 2011.

⁹⁹ La modificación del Reglamento del Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 566, de 4 de mayo) acoge literalmente esta definición de tráfuga.

4.2. El transfuguismo por usurpación de identidad

Denuncian los firmantes del Pacto el fenómeno, permitido por el vacío legal sobre la materia, de constituir un partido político con idéntica denominación y/o simbología que la coalición electoral previamente constituida, lo que, a su juicio, constituye «una usurpación de un patrimonio político que le es ajeno o que pertenecía a un común más amplio». Como solución proponen dos tipos de medidas: a) la creación de un registro de coaliciones que deba ser consultado por el Ministerio del Interior en el proceso de inscripción de nuevos partidos, para evitar coincidencias en la denominación y simbología; b) modificar los reglamentos de las cámaras legislativas y los reglamentos orgánicos de las corporaciones locales para que faciliten que los órganos de las mismas adopten las medidas oportunas para la protección de los intereses de los grupos cuya usurpación en la denominación ha sido consumada temporal o definitivamente (facilitación del cambio de denominación del grupo, por ejemplo).

Hemos expuesto la doctrina de la Junta Electoral Central sobre las coaliciones electorales, constatando su preocupación de evitar confusión en los electores entre la coalición y los partidos que la forman, pero no encontramos pronunciamientos sobre la utilización del nombre y símbolos de la coalición por un partido ajeno a la misma, probablemente porque no sea una cuestión que competa a la JEC sino al propio procedimiento de inscripción de los partidos¹⁰⁰. Este proceso de inscripción no resulta de aplicación a las coaliciones electorales que, como hemos expuesto, únicamente se acreditan ante la propia JEC y no le es de aplicación la Ley de Partidos Políticos¹⁰¹. La propia LOREG cuando regula la presentación de candidaturas dispone, artículo 46.4, que debe realizarse con denominaciones, siglas o símbolos que no induzcan a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente «por otros partidos» legalmente constituidos, sin referencia alguna a coaliciones electorales.

4.3. El pase a la condición de concejal no adscrito en las coaliciones electorales: la facultad para la expulsión¹⁰²

La expulsión del grupo político es la medida más radical que puede adoptarse ante una conducta de transfuguismo, en cuanto conlleva la adquisición de la condición de concejal no adscrito con las consecuencias que hemos enumerado.

Es una medida que se contempla normalmente desde la perspectiva del concejal que deja el grupo y las consecuencias que le supone, pero también tiene un punto de vista desde la protección del propio grupo municipal al que no puede imponérsele un miembro no afín a sus posiciones ideológicas y criterios políticos¹⁰³.

En el caso de las coaliciones electorales la cuestión nuclear es determinar quién tiene la facultad para proceder a la expulsión: el partido del que es afiliado/militante la persona afectada o la coalición en cuya lista concurrió a las elecciones. Como ya hemos señalado, los firmantes de la III Adenda al Pacto han pretendido residenciar la facultad para acordar la expulsión, y el consiguiente pase a la condición de concejal no adscrito, en el partido que propone su inclusión en la lista electoral, de modo que incluso el hecho de integrarse en otra formación política coaligada no le haga perder la condición de tráfuga¹⁰⁴.

¹⁰⁰ El artículo 3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, regula la denominación de los partidos, que no podrá incluir términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre su identidad o que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas. La norma prohíbe las coincidencias o semejanzas con las denominaciones de otros partidos previamente inscritos, pero no hace referencia a las coaliciones electorales.

En la web https://sede.mir.gob.es/nfrontal/webpartido_politico.html se encuentran todas las formaciones actualmente inscritas y en alta, y como tipos de formación únicamente recoge los partidos políticos, las federaciones y las uniones, no las coaliciones electorales.

¹⁰¹ Ac JEC8 de junio de 2016.

¹⁰² La JEC tiene reiteradamente declarado que «los asuntos referidos a la creación, disolución y denominación de los grupos municipales, así como la adscripción o expulsión de concejales de los mismos, son cuestiones de régimen local y no electoral, que, por consiguiente, no son competencia de la Junta Electoral Central» (Ac 22 de diciembre de 2021).

¹⁰³ Como destaca la STSJCastilla y León, Valladolid, de 17 de marzo de 2005 (RJCA 2005/207) «si los miembros de un grupo se unen por razón de la identidad de sus posiciones ideológicas, de actuación política o de intereses comunes, es claro que imponer a un grupo político un miembro, que ha sido expulsado (y, entendemos, también en el supuesto de que haya causado baja voluntaria) y que por tanto ha de presumirse que no comparte las posiciones e intereses del mismo, no hace sino violentar el ejercicio del derecho fundamental de los miembros de ese grupo previsto en el art. 23.2 de la Constitución».

¹⁰⁴ Una previsión singular para las coaliciones electorales contiene el artículo 26.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña (BOE 14 de febrero 2006): en caso de expulsión del grupo parlamentario de todos los diputados de una formación política integrados en el seno de una coalición o federación no adquieren la condición de concejales no adscritos, sino que han de pasar al Grupo Mixto.

En una interpretación literal de los artículos 73.3 LBRL y 44.1 LOREG puede concluirse que corresponde a la coalición adoptar esta decisión. El primero, artículo 73.3 LBRL, se refiere a la «formación política que presentó la candidatura» como sujeto que el concejal debe abandonar o del que debe ser expulsado para considerarse tráfuga, y esta formación política, artículo 44.1.b LOREG no puede ser otra que la coalición electoral.

En esta línea se pronuncia el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia núm. 311/2013, de 13 de junio, afirmando que en el supuesto de que los partidos políticos se agrupen en coaliciones en el marco de las elecciones municipales la «formación política» a los efectos del artículo 73.3 de la LBRL y 134.4 d) de la Ley de Régimen Local Valenciana, lo es la citada coalición¹⁰⁵.

A la coalición compete, en última instancia, el acuerdo de expulsión de concejales integrantes del grupo político municipal formado tras la constitución de la Corporación. Debe estarse, por consiguiente, a lo que dispone el estatuto de la formación política, y siendo su representante el que debe proceder a comunicar el acuerdo de expulsión al Secretario de la Corporación Local. Añade un comentario en el sentido que «lo lógico sería que la expulsión de un miembro de un partido político supusiera la expulsión automática de la coalición de la que forma parte dicho partido político», aunque admite que esa no es la solución que se desprende de la regulación actualmente vigente.

Esta posición la mantiene también la STSJMadrid núm. 475/2019, de 26 de junio¹⁰⁶, exigiendo para que proceda el pase a la condición de concejal no adscrito que se haya abandonado la coalición electoral «que es la formación política que concurrió a las elecciones», correspondiendo comunicar al Ayuntamiento esta circunstancia al representante de la coalición¹⁰⁷.

Esta posición, que compartimos, puede matizarse en virtud de los acuerdos que se plasmen en el denominado «pacto electoral» de la coalición. Reiteramos la nula regulación del contenido de este pacto y su importancia a la hora de resolver ulteriores controversias en el seno de la coalición. A los efectos que nos ocupan una de las cuestiones que podría abordarse en ese pacto es la relativa al procedimiento y la facultad de expulsión de un miembro y su consiguiente pase a la condición de concejal no adscrito. En nuestra opinión, si se pacta la atribución de la facultad a un ente concreto (coalición, partido, órgano mixto o cualquier otra fórmula similar) correspondería a este ente la decisión de declarar tráfuga a un miembro del grupo¹⁰⁸.

La atribución de esta facultad al partido que propuso la inclusión en la lista electoral del concejal evidencia el carácter puramente táctico de la coalición electoral, que no llega a disolver el vínculo que une al partido con el concejal por él propuesto aunque sea a través del instrumento de la coalición.

4.4. Exigencias procedimentales para la expulsión. El control de la decisión

La débil estructura de las coaliciones electorales también plantea un problema a la hora de acordar la expulsión de uno de sus miembros, salvo lo que se establezca en el pacto electoral en orden al procedimiento y motivos por los que puede adoptarse esta decisión.

La invocación de este argumento (singular estructura de la coalición que carece de unos estatutos que determinen la causa de expulsión y el procedimiento) ha sido rechazada por la jurisprudencia, respondiendo que esa carencia «no exonera a la misma de dar cumplimiento y respetar los derechos de la persona

¹⁰⁵ En el mismo sentido Catalá i Bas (2014, p. 63).

¹⁰⁶ JUR\2019\252824.

¹⁰⁷ En la misma línea la STS (Sala de lo Civil) núm. 195/2020, de 25 de mayo, que ratifica la posición mantenida por la SAP Cantabria núm. 35/2019 de 29 enero (AC 2019\523), concluyendo que «la Coordinadora General del Partido Ganemos carecía de facultades para expulsar del Grupo Municipal a Benjamín el 28 de marzo de 2016, pues, por un lado, Grupo Municipal y Partido son entidades diferentes, máxime en este caso en el que la formación política que presentó la correspondiente candidatura fue Ganemos Santander Sí Puede».

¹⁰⁸ Así la hemos sostenido en el Ayuntamiento de Sevilla en relación con una concejala integrante del grupo municipal Adelante Sevilla, de la que se solicitó el pase a la condición de no concejala no adscrita. Ello en base al siguiente acuerdo de la coalición: «Cuando la situación de transfuguismo se produce por el abandono o expulsión de una o un concejal del partido que propuso su inclusión en la candidatura, no corresponderá al Grupo Motor o a los órganos de la coalición reconocer la situación de transfuguismo, sino *al partido que propuso la inclusión en la candidatura*, que deberá determinar si esa nueva situación es aceptable o no por el partido, y por tanto determinar si está en situación de transfuguismo. Si entendiera que, tras el abandono o expulsión del partido, el o la concejal no permanece en el cargo con la autorización o tolerancia del partido y considerase que está en situación de transfuguismo, se acuerda que corresponda a dicho partido solicitar su pase a la situación de no adscrito conforme a lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL. A estos efectos, el Grupo Motor de la Coalición Adelante reconoce esa facultad al partido incluso en la situación descrita, delegando en la misma dicha competencia y haciéndola propia, entendiéndose que quien abandona o es expulsado del partido que propuso su inclusión, *ya no pertenece a la Coalición*, al extinguirse la causa que justificaba su permanencia en la misma».

individual, consagrados en la Constitución, referentes no solamente al derecho de asociación del art. 22, sino también y de forma particular, en cuanto al procedimiento se refiere, los derechos de los ciudadanos consagrados en el art. 9 de la CE¹⁰⁹. Por tanto, cualquier medida de expulsión del grupo o partido debe respetar unas garantías mínimas como son el principio de contradicción y la audiencia del afiliado. Es más, se considera que la exigencia constitucional de funcionamiento democrático de los partidos políticos ex artículo 6 CE impone, también a las coaliciones, en los procesos disciplinarios partidistas el derecho de audiencia, la tipicidad de las conductas sancionables y de las infracciones, la proporcionalidad de la sanción prevista frente a la conducta realizada y la presunción de inocencia¹¹⁰.

Por tanto, y aun admitiendo como hace la JEC que la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, no es aplicable a las coaliciones electorales, no puede admitirse la expulsión como una sanción «de plano» o arbitrariamente decidida¹¹¹. Por ello se han arbitrado una serie de controles sobre la decisión de expulsión, que no se contempla como una decisión unilateral e irrevocable sin posibilidad de revisión.

En primer lugar, el que corresponde al propio Ayuntamiento sobre el que se proyectan determinadas consecuencias jurídicas, singularmente el pase a la condición de concejal no adscrito.

El acto de expulsión de un partido político es un acto de expulsión de una asociación, singular pero que tiene esencialmente este carácter. Y, en consecuencia, el conocimiento de la decisión no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa sino a la civil. Si ese acto no tuviera incidencia en la vida jurídico-pública no habría más control que el que corresponde a esa jurisdicción.

La incidencia en la vida jurídico-pública es evidente. La expulsión debe ser comunicada al Ayuntamiento, y esa comunicación «no es un acto de cortesía de una formación política, sino que es un acto formal que desencadena importantes consecuencias», como advierte el Dictamen 81/2018, de 14 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía. La principal consecuencia es que el Pleno debe «tomar conocimiento» de la decisión adoptada por el partido político, lo que determina el pase a la condición de no adscrito del miembro de la Corporación.

El acto de toma de conocimiento tiene una singularidad propia. No se trata de un acuerdo que requiera una votación o debate político o de oportunidad, porque la situación es una consecuencia legal de la declaración de voluntad del partido. Es una especie de acto debido pero que va a más allá de la simple comprobación de que quien comunica la expulsión es el representante legal del partido político, coalición o federación. Como indica el Dictamen 81/2018, el Pleno «deberá comprobar, además, que el acuerdo ha sido adoptado por el órgano competente, a través del procedimiento establecido». Aunque, obviamente, es una comprobación formal, constatando los elementos esenciales —competencia, audiencia...— sin entrar a valorar el elemento sustantivo de la decisión, cuyo control corresponde a la jurisdicción civil.

Esta labor de comprobación previa a la toma de conocimiento por parte del Pleno corresponde al Secretario del Ayuntamiento, con el alcance que precisa el Dictamen 311/2013, de 13 de junio, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana: 1.º comprobar que la comunicación de expulsión de la formación política que presentó la candidatura se efectúa por el representante del Partido Político, de la Coalición o de la Federación de que se trate; 2.º solicitar la documentación que acredite que el acuerdo se ha adoptado por el órgano competente de la formación política, con arreglo al procedimiento establecido, o, como mínimo, con audiencia del interesado; 3.º si el acuerdo de expulsión fuera susceptible de recurso interno en el ámbito del partido político o de la coalición electoral exigir que se acredite que dicho acuerdo es firme en el ámbito interno de la formación política.

Con la información obtenida tras este proceso de comprobación, deberá elevarse al Pleno la toma de conocimiento para que proceda o no a la toma en consideración o toma de conocimiento del pase del miembro de la Corporación a la condición de concejal no adscrito.

Además de este control municipal encontramos, en segundo lugar, el control judicial de la decisión de expulsión. Este control ha ido evolucionando como nos expone la STS, Sala de lo Civil, núm. 412/2020, de 7 de julio¹¹².

En un primer momento la jurisprudencia constitucional¹¹³ se inclinó por la «autocontención de los órganos judiciales a la hora de juzgar la actividad interna de los partidos y las relaciones de estos con sus afilia-

¹⁰⁹ STS, Sala de lo Civil, núm. 7/2000 de 14 enero. RJ 2000\137.

¹¹⁰ Navarro (2000, p. 277).

¹¹¹ La STC 56/1995, de 6 de marzo, ya reconoció el derecho de los afiliados de un partido político a no ser expulsados del partido si no es por las causas y siguiendo el procedimiento establecido en la ley y en los estatutos.

¹¹² ECLI:ES:TS:2020:2166.

¹¹³ STC 56/1995, de 6 de marzo.

dos». El examen judicial de la actuación del partido debía limitarse «al análisis de la competencia del órgano social actuante y la regularidad del procedimiento», limitándose el control de los aspectos sustantivos a la carencia de razonabilidad de la decisión.

Desde esta posición restrictiva inicial se ha producido una evolución hacia una garantía más plena de los derechos de los afiliados. Así lo reconoce la STC 226/2016, de 22 de diciembre, que extiende el control al «análisis material de las causas de expulsión». Consciente de que las decisiones de la asociación/partido político pueden afectar a un derecho fundamental, la libertad de expresión, el TC habilita para que se pondere la conformidad de estas decisiones cuando «se trata del ejercicio de la potestad disciplinaria y esta se proyecta a zonas de conflicto entre el derecho de asociación —del partido— y la libertad de expresión —del afiliado—, siendo ambos igualmente derechos fundamentales»¹¹⁴.

En definitiva, la decisión del partido de expulsión de un miembro puede tener un doble control. De una parte, el de la corrección formal de la decisión que corresponde al Ayuntamiento si se pretende que esa decisión implique el pase a la condición de concejal no adscrito del afectado, y, de otra parte, el control jurisdiccional que puede analizar las causas materiales que se invocan para decidir la expulsión.

4.5. Un caso singular: Acuerdos de la mesa del Parlamento de Andalucía, por los que se acredita la baja de diputados en el Grupo Parlamentario Adelante Andalucía y se acuerda que pasen a tener la condición de diputados no adscritos

Estamos asistiendo, fundamentalmente en los nuevos partidos de izquierda, a unos procesos novedosos de formación de las listas electorales, que surgen de movimientos asamblearios y de procesos de primarias que no exigen la previa militancia para la participación. El resultado es una nueva relación electo-partido cuya conexión no es el vínculo de la militancia. Por ello exponemos brevemente el supuesto de Andalucía que, sin duda, obligará al TC a repensar la relación electo-partido, al menos respecto de aquellos casos en que la incorporación a la lista electoral no requiere la previa militancia.

El supuesto de hecho se concreta en unos diputados (ocho en total) que abandonan la militancia en el partido político (Podemos) que los propuso para formar parte de una lista electoral de una coalición electoral (Adelante Andalucía). Ante esta circunstancia, la portavoz parlamentaria del grupo comunicó la baja de los ocho diputados y su pase a la condición de diputados no adscritos. En ausencia de norma reglamentaria que regulara el procedimiento o las facultades de la Mesa del Parlamento, ésta optó por una simple toma de conocimiento a la que anudó inmediatamente los efectos solicitados por la portavoz.

Los diputados afectados solicitaron a la Mesa la reconsideración de su decisión. Fundamentaban dicha petición en el dato cierto de que no se había acreditado la expulsión y, en lo que nos interesa, porque su integración en la candidatura no era el resultado de una decisión de partido sino de su participación en un proceso de primarias en el que, ni siquiera, era exigible la militancia.

Ante esta alegación, los Servicios Jurídicos del Parlamento emitieron informe de fecha 10 de noviembre de 2020 en el que concluían: 1.º que la Mesa está facultada para verificar si el Diputado realmente ha causado baja en su grupo parlamentario; 2.º que debe limitarse a comprobar que la baja ha sido acordada por el órgano competente con arreglo a sus estatutos o normas internas y por las causas y con respeto al procedimiento establecido; 3.º que la baja en el partido no implica automáticamente la baja en el respectivo grupo parlamentario, ya que en el Parlamento de Andalucía únicamente puede producirse esta baja si así resulta de las normas internas por las que se rija el propio grupo. A pesar de este informe, la Mesa del Parlamento ratificó (con la abstención del Partido Popular) la comunicación de baja formalizada por la portavoz del grupo parlamentario, y el consiguiente pase a la condición de diputado no adscrito.

La cuestión es compleja y, como señala Vázquez (2021, pp. 265), genera una inquietud democrática, ya que la solución adoptada «consolida jurídicamente una forma de entender la relación entre el diputado y el partido político marcada por el vasallaje, y en la que se hace difícilmente reconocible la esencia de la función representativa». Diversas cuestiones se suscitan. Desde las facultades que corresponden a las instituciones que representan a los ciudadanos (Plenos o Parlamentos) para verificar la regularidad de las decisiones que se adopten en los grupos o en los partidos y que afecten al estatuto de sus miembros (concejales o dipu-

¹¹⁴ En aplicación de esta doctrina la STS, Sala de lo Civil, 412/2020, de 7 de julio, confirma la anulación de la sanción de expulsión de militantes que no obedecieron el acuerdo del partido Podemos en el voto a los presupuestos forales porque «no se ajustó a la previsión de las infracciones contenidas en los estatutos y, por su desproporción, infringió el derecho de los demandantes tanto a su libertad de expresión como a permanecer en el partido y participar en su actividad y organización».

tados), hasta una relectura de la relación electo-grupo-partido. Pero sobre todo la gran incógnita a despejar es la que concierne a las facultades que pueden corresponder a los partidos respecto de unos electos que, pese a formar parte de su lista electoral, no se incorporan a la misma por su militancia política, una cuestión que quedó sin resolver en las SSTC recaídas sobre el artículo 11.7 de la Ley 39/1978¹¹⁵.

5. RESUMEN Y CONCLUSIÓN

La tensión entre el mandato representativo y un sistema de partidos políticos es una de las cuestiones no resueltas en nuestro sistema político. La evolución ha ido desde un momento inicial en el que el TC sancionó la vinculación del representante con los ciudadanos y no con el partido, hasta el momento actual en el que, progresivamente, se ha ido asentando el poder de los partidos sobre las conductas de los electos (un poder que se basa fundamentalmente en un sistema electoral de listas cerradas, en los que es el partido político el que prácticamente retiene el monopolio de incluir candidatos).

En esta tensión ha surgido la figura del tráfuga, representante electo que con su conducta ha provocado decisiones políticas ajenas e, incluso, contrarias a los partidos políticos que le incluyeron en las listas electorales. La valoración de estas conductas ha sido dispar en función de quien obtuviera beneficio/perjuicio de las mismas. Desde quienes los han considerado un referente ético por mantener sus ideas a quienes los observan como auténticos traidores al partido que los llevó hasta el cargo que ocupan, defraudando a los propios electores.

Lo cierto es que cada Pacto Antitráfuguismo ha ido ampliando sucesivamente los perfiles de la figura, desde exigir que la conducta tráfuga provocara unas consecuencias efectivas sobre el gobierno (cambiándolo, manteniéndolo, dificultando o favoreciendo su acción), hasta incluir dentro del concepto el mero hecho de apartarse del criterio fijado por los órganos competentes del partido.

Simultáneamente se han sucedido reformas normativas (en la LOREG, en la LBRL y en los reglamentos de las cámaras y de las corporaciones locales) tendentes a limitar el campo de actuación de los tráfugas y a recortar los derechos posibles dentro del elenco de los que integran el estatuto del concejal o parlamentario.

La medida radical de pérdida del cargo por expulsión del partido que contemplaba la Ley de Elecciones Locales de 1978 fue declarada inconstitucional, declaración que fue interpretada por muchos como la puerta abierta al tráfuguismo. Además, el TC ha sentado una doctrina entorno al núcleo esencial e inderogable de la función representativa, que no puede verse afectado por decisiones normativas o acuerdos singulares (participar en la actividad de control del gobierno, participar en las deliberaciones del máximo órgano representativo, votar en los asuntos sometidos a votación en éste órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer los anteriores). Con estos dos límites (imposibilidad de cesar en el cargo al disidente e imposibilidad de limitar su función representativa) los partidos han ido restringiendo los derechos del tráfuga en una operación dirigida a debilitar la voluntad del representante que pretende disentir del partido¹¹⁶.

Así, se acuñó la figura del concejal no adscrito, no perteneciente a grupo político alguno, rompiendo de este modo, en el ámbito local, la necesidad de actuar corporativamente a través de un grupo municipal. A esta condición se posterga todo disidente, bien voluntario (abandono del partido o del grupo) o bien forzoso (expulsión), situándolo en un régimen jurídico poco acabado normativamente (la única referencia es que sus derechos económicos y políticos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia) y que la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha ido perfilando casuísticamente.

En este contexto de incremento del poder de los partidos comienza a tomar auge en nuestro sistema electoral y a partir de 2015 un nuevo sujeto político, la coalición electoral. Las coaliciones electorales como elemento instrumental que utilizan los partidos para conseguir mejores resultados electorales tienen muy

¹¹⁵ Los diputados afectados han interpuesto recurso de amparo ante el TC, que se tramita con el núm. 6513/2020, y en el que ha recaído Auto 67/2021, de 21 de junio, denegando la medida cautelar de suspensión de los acuerdos parlamentarios adoptados por la Mesa del Parlamento de Andalucía.

¹¹⁶ No parece que se haya conseguido totalmente como lo prueba recientemente el voto de dos diputados de Unión del Pueblo Navarro en contra de la reforma laboral desobedeciendo la posición acordada en el seno del partido, y que se enfrentan a un expediente de expulsión. O lo sucedido en el municipio de Sanlúcar la Mayor (Sevilla), que en el Pleno de febrero de 2022 adoptó el acuerdo de pasar a la condición de no adscrito al propio alcalde tras ser expulsado del partido por el que concurrió a las elecciones.

poca regulación en nuestro ordenamiento jurídico, limitándose a reconocer su existencia como sujeto idóneo para presentar candidatos o listas de candidatos y a exigir la presentación de un pacto que contenga las normas por las que se rigen, aunque sin precisar contenido mínimo alguno.

En estas coaliciones también se manifiesta, y con perfiles propios, el transfuguismo, que, en este caso, puede consistir en un trasvase dentro de los partidos de la propia coalición, es decir, sin salir de la esfera de la formación política que concurrió a las elecciones. Este nuevo fenómeno ha llamado también la atención de los partidos políticos que en el Pacto de 2020 han redefinido el concepto de tráfuga, y solicitan una mayor regulación de las coaliciones electorales.

La singularidad se presenta porque en el caso de los partidos políticos la relación es vertical con el representante, con la intermediación del grupo político, mientras que en el caso de las coaliciones nos encontramos con dos tipos de relaciones: horizontales, entre los partidos coaligados, y verticales, con los representantes. Esto plantea problemas de diversa índole: la titularidad de la competencia para la expulsión de un representante de la formación política, si se atribuye al partido que lo incluyó en la lista o a la coalición que presentó la candidatura, o la ausencia de regulación de las causas y procedimientos que puede provocar la expulsión de una coalición electoral. Problemas a los que la jurisprudencia ha ido dando respuesta en la línea de hacer prevalecer, salvo pacto en contra, a la coalición electoral para la toma de decisiones que afecten al representante, y de exigir el cumplimiento de determinadas garantías mínimas en los procedimientos de expulsión.

El resultado final del proceso es que la expulsión, del partido o de la coalición, se ha convertido en pieza clave, y prácticamente única, para identificar al tráfuga, y, a partir de ese momento, desplegar sobre el mismo toda la batería de medidas tendentes a limitar sus derechos, a capitidismuir su estatuto jurídico de representante.

Dadas las consecuencias que ahora supone la expulsión del militante, que no se queda en el estricto ámbito del derecho de asociación, también se ha producido un incremento de los controles que se proyectan sobre esta decisión. Desde el control que ejercen los órganos competentes de Ayuntamientos y Parlamentos para verificar la condición de no adscrito, y que debe velar por la regularidad formal de la decisión, hasta el que ejerce la jurisdicción, que alcanza al examen material de las causas que la provocan.

Como conclusión podemos afirmar que la tensión con la que iniciábamos este resumen no tiene una solución que se incline por cualquiera de los dos extremos de la balanza. Ni resulta admisible un sistema en el que la voluntad del representante sea completamente autónoma, sometiéndose al único examen del electorado, ni puede sostenerse un sistema en el que al representante no se le conceda el más mínimo reducto de libertad crítica, sometiéndose a la disciplina imperativa del partido. A nuestro juicio la clave se encuentra en dos elementos: de una parte, retornar la figura del tráfuga a sus justos términos, excluyendo de la misma la mera disidencia o criterio propio y centrarla en las consecuencias que pueda producir o no para la acción de gobierno (¿debe ser tráfuga el representante que se aparta del voto del partido por razones ideológicas pero no incide en el resultado de la votación?¹¹⁷); de otra parte, reforzar el control de las decisiones de expulsión que se adopten, que no se conviertan en un poder arbitrario que se utilice por los órganos rectores para acabar con la disidencia en el seno de la organización.

Con estas propuestas creemos que se conseguirán organizaciones políticas más democráticas y respetuosas con el artículo 6 CE, porque la libertad individual debe tener también un espacio suficiente en el seno de estas organizaciones, so pena de que siga sin responderse la pregunta que V. Lenin hizo a Fernando de los Ríos, ¿LIBERTAD PARA QUÉ? (De los Ríos, 1921).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Higuera, C. (2015). Los grupos políticos municipales. *Cuadernos de derecho local*, 37, 125-180.
- 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. *Revista de Administración Pública*, 206, 149-178. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.05>
- Arnaldo Alcubilla, E. y Delgado-Iribarren García-Campo, M. (2007). *Código Electoral* (5.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos. Ed. La Ley/Wolters Kluwer.

¹¹⁷ El voto en contra del diputado Odon Elorza contra nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional en contra de la posición de su partido es paradigmático a estos efectos.

- Blanco Valdés, R. (1990). *Los partidos políticos*. Tecnos.
- Caamaño Domínguez, F. (1991). *El mandato parlamentario*. Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- Carmona Cuenca, E. (2009). La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transfuguismo político. En P. Santolaya Machetti, J. M. Corona Ferrero y M. Díaz Crego (coords.), *Transfuguismo político: escenarios y respuestas* (pp. 545-574). Ed. Civitas.
- Catalá i Bas, A. (2014). Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el derecho sancionar la deslealtad política? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 43-77. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-101-mayoagosto-2014/transfuguismo-y-regimen-juridico-de-los-concejales-no-adscritos-puede-y-debe-el-derecho-sancionar-la-2>
- De Esteban Alonso, J. (1990). El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 70, 7-32. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-70-octubre-diciembre-1990/el-fenomeno-espanol-del-transfuguismo-politico-y-la-jurisprudencia-constitucional-1>
- 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. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Nueva época)*, 9, 110-127. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i9.10511>
- De los Ríos Uttuti, F. (1921). *Mi viaje a la Rusia soviética* (p. 73). Fundación Fernando de los Ríos. http://www.fernandodelosrios.org/index.php?option=com_content&view=article&id=109:mi-viaje-a-la-rusia-sovietista-1934&catid=92:libros&Itemid=93
- García Roca, J. (2007). Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato. *Cuadernos de Derecho Público*, 32, 25-68. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9503>
- Kelsen, H. (1929). *De la esencia y valor de la democracia*. KRK Ediciones.
- Lomo Casanueva, T. y Sánchez Calvache, A. (2017). La moción de censura. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 18, 2192-2215.
- Navarro Méndez, J. I. (2000). ¿Pueden los partidos políticos expulsar «libremente» a sus afiliados? *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 107, 269-295. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-107-eneromazo-2000/pueden-los-partidos-politicos-expulsar-libremente-sus-afiliados-1>
- Presno Linera, M. A. (1998). La supresión del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 277, 117-136. <https://doi.org/10.24965/reala.vi277.8992>
- Reniu Vilamala, J. M.^a (2002). *La formación de los gobiernos minoritarios en España 1977-1996*. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
- Robles Egea, A. (1999). Coaliciones políticas y sistema democrático. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 105, 279-294. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-105-julioseptiembre-1999/coaliciones-politicas-y-sistema-democratico-1>
- Román, P. y Ferri, J. (2003). Gobiernos y estrategias de coalición. *Política y sociedad*, 40(2), 13-24. <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0303110013A>
- Sánchez Calvache, A. (2018). La moción de censura local. Un viaje de ida y vuelta tras la sentencia 151/2017 del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Locales*, 212, 40-61.
- Tomás Mallén, B. (1999). ¿«Pactos entre caballeros» frente al transfuguismo? La adopción de códigos de conducta política. *Debates constitucionales*, 1.
- Torres Muro, I. (2016). El transfuguismo político. Un elogio (moderado) del tráfuga. *Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época)*, 16. <https://doi.org/10.17561/rej.n16.a2>
- Vázquez Alonso, V. F. (2020). Sobre la expulsión de diputados «tráfugas». La quiebra del Grupo Parlamentario Adelante Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 108, 327-332. <https://doi.org/10.46735/raap.n108.1244>
- Vázquez Alonso, V. F. (2021). La nueva regulación del transfuguismo en el Reglamento parlamentario andaluz. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 109, 261-265. <https://doi.org/10.46735/raap.n109.1274>



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 14-02-2022
Aceptado: 04-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11045>
Páginas: 56-77

O relevo dos municípios no Programa de Recuperação e Resiliência em Portugal¹

The importance of municipalities in the Recovery and Resilience Program in Portugal

Fernanda Paula Oliveira
Univ Coimbra (Portugal)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8021-7020>
fpaula@fd.uc.pt

NOTA BIOGRÁFICA

Fernanda Paula Oliveira es Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra desde 1991, donde enseña, entre otros, Derecho Administrativo, Derecho de Ordenación del Territorio y Derecho de Urbanismo y también se ha dedicado al estudio de las autoridades locales.

RESUMEN

Este texto tiene como objetivo evaluar el papel que juegan los municipios portugueses en el Programa de Recuperación y Resiliencia, en tres dimensiones: (i) en la definición e identificación de reformas e inversiones a realizar; (ii) en la ejecución de dichas inversiones, es decir, como beneficiarios de las mismas, y, finalmente (iii) en la gestión/gobernanza de este mecanismo. Este tema cobra sentido si tenemos en cuenta la configuración de los municipios en el marco constitucional y legal portugués y el reconocimiento expreso de su importancia política, administrativa y jurídica, como lo demuestra el proceso de descentralización que tuvo lugar en Portugal en los últimos tres años. No obstante, esta importancia, lo cierto es que la conclusión a la que hemos llegado es que el PRR portugués traduce una visión y una gestión totalmente centralizada. De hecho, en contra del proceso de descentralización administrativa en curso y en contra del objetivo estratégico de aumentar el peso de la Administración Local en los ingresos públicos, la PRR es centralizado, tanto en su gestión como en las prioridades de intervención seleccionadas.

PALABRAS CLAVE

Municipios; descentralización administrativa; Plan portugués de Recuperación y Resiliencia (PRR).

ABSTRACT

This text aims to assess the role that municipalities play in the Portuguese Recovery and Resilience Program (PRR), in three dimensions: (i) in the definition and identification of reforms and investments to be made; (ii) in the execution of such investments, namely as beneficiaries thereof, and, finally (iii) in the management/governance of this mechanism. This theme makes sense if we bear in mind the configuration of municipalities in the Portuguese constitutional and legal framework and the express recognition of their political, administrative, and legal importance, as evidenced by the decentralization process that took place in Portugal in the last three years. Notwithstanding this importance, the truth is that the conclusion we have reached is that the Portuguese PRR translates a centralized vision and management. In fact, going against the ongoing process of administrative decentralization and against the strategic objective of increasing the

¹ Este artigo foi elaborado com a colaboração de Carlos José Batalhão, advogado, especialista em Direito Administrativo.

weight of Local Administration in public revenues, the PRR is centralized, both in its management and in the selected intervention priorities.

KEYWORDS

Municipalities; administrative decentralization; Portuguese Recovery and Resilience Plan (RRP).

SUMARIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS. 1. OS MUNICÍPIOS NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA. 1.1. ESTADO UNITÁRIO *VERSUS* ESTADO DESCENTRALIZADO. 1.2. POLIARQUIAS COM ATRIBUIÇÕES. 2. O PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO E RESILIÊNCIA PORTUGUÊS. 2.1. O PRR NO ÂMBITO DO MECANISMO DE RECUPERAÇÃO E RESILIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA (MRR). 2.2. O PRR: AS SUAS DIMENSÕES, REFORMAS E INVESTIMENTOS. 3. O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NO PRR. 3.1. O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NA DEFINIÇÃO E NA GESTÃO DO PRR. 3.2. O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NA EXECUÇÃO DOS INVESTIMENTOS PREVISTOS NO PRR. CONCLUSÃO. ANEXO. DIMENSÕES/COMPONENTES/REFORMAS E INVESTIMENTOS DO PRR. BIBLIOGRAFIA CITADA.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Como é sabido, no âmbito da União Europeia foi defendida a ideia de que o sucesso dos esforços de superação e de mitigação das severas consequências provocadas pela pandemia associada ao vírus SARS-CoV-2 dependia de uma atuação coletiva e concertada entre os diferentes Estados-Membros, tendo sido acordado no Conselho Europeu, com este objetivo, em julho de 2020, o Instrumento de Recuperação Europeia (Next Generation EU)² o qual, por sua vez, prevê o Mecanismo de Recuperação e Resiliência para o período 2021-2026 [Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de fevereiro de 2021].

Este Mecanismo disponibiliza à volta 723,8 mil milhões de euros, sob a forma de empréstimos (385,8 mil milhões de euros) e de subvenções (338,8 mil milhões de euros) para apoiar as reformas e os investimentos efetuados pelos Estados-Membros, com o objetivo de atenuar o impacto económico e social da pandemia e tornar as economias e sociedades europeias «mais sustentáveis, resilientes e mais bem preparadas para enfrentarem os desafios e as oportunidades resultantes das transições ecológica e digital».

Para poderem beneficiar do apoio a conceder ao abrigo deste Mecanismo, os Estados-Membros tiveram de apresentar à Comissão Europeia *Planos de Recuperação e Resiliência* com a definição de medidas para a implementação de *reformas e investimentos* a executar até ao final de 2026, medidas essas que devem estar alinhadas com os objetivos do Semestre Europeu e com as Recomendações Específicas por país que dali decorrem.

Foi, precisamente, com este enquadramento que foi elaborado o Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) português.

O presente texto pretende avaliar o papel que os municípios portugueses assumiram e assumem no Programa de Recuperação e Resiliência, em três dimensões: (i) na definição e identificação das reformas e investimentos a efetuar; (ii) na execução de tais investimentos, designadamente como beneficiários dos mesmos, e, por fim (iii) na gestão/ governação deste mecanismo.

Esta temática faz todo o sentido se tivermos presente a configuração dos municípios no quadro constitucional e legal português e o expresso reconhecimento da sua importância política, administrativa e jurídica comprovada pelo processo de descentralização ocorrido em Portugal nos últimos três anos.

² O *Next Generation EU* faz parte do Plano para a Recuperação da Europa, no valor total de 1.835 mil de euros que, além dele, integra outro instrumento: o Quadro Financeiro Plurianual, para o período 2021-2027, no valor de 1.074,3 mil milhões de euros.

A União Europeia lançou ainda outros programas de apoio à economia que funcionam de forma paralela ao Plano para a Recuperação da Europa. É o caso, a título de exemplo: i) do Programa SURE, que prevê um apoio de 100 mil milhões de euros para o período 2020-2022, destinado ao apoio temporário para atenuar os riscos de desemprego numa situação de emergência; ii) da Reserva de Ajustamento ao Brexit, que disponibiliza 5 mil milhões de euros para o período 2021-2024 para apoiar os países da UE a fazer face aos efeitos imediatos do Brexit; iii) do Fundo de Garantia Pan-Europeu, criado pelo Banco Europeu de Investimento, que prevê um apoio de 25 mil milhões de euros para o período 2020-2021 destinado a empresas europeias em dificuldade, sobretudo Pequenas e Médias Empresas; iv) do Programa de Compras de Emergência Pandémica do Banco Central Europeu, que afetou 1.850 mil milhões de euros para o período 2020-2022 destinado a apoio à liquidez do mercado de títulos e do mercado de operações.

Sobre estes vários programas cfr., Nuno Cunha Rodrigues e Nuno A. Proença (2022, 83 e ss.).

Com efeito, considerando as atribuições conferidas aos municípios no quadro da organização administrativa portuguesa (as quais foram reforçadas com o processo de descentralização que teve o seu pontapé de saída com Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto) e tendo presentes as *dimensões*, as respetivas *componentes* e os correspondentes *investimentos* previstos no PRR, pareceria, a uma primeira vista, existir um claro e relevante papel dos municípios a este propósito.

É esta percepção inicial que pretendemos confirmar ou infirmar com o presente texto, o qual percorrerá o seguinte roteiro: (1) os municípios na organização administrativa portuguesa; (2) o Plano de Recuperação e Resiliência português; (3) o papel dos municípios na configuração, execução e governação do Plano de Recuperação e Resiliência.

1. OS MUNICÍPIOS NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA

1.1. Estado unitário versus Estado descentralizado

O Estado Português é unitário, existindo uma única soberania e um único poder constituinte. Portugal não é, porém, um Estado centralizado, no sentido de que as atribuições administrativas não lhe estão todas cometidas, não havendo um único centro de poder, antes existindo outras pessoas coletivas às quais são atribuídas funções administrativas. Por isso, a Constituição da República Portuguesa (CRP), na sua redação atual, prevê que o «Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública» (artigo 6.º, n.º 1) e que «a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração» (artigo 267.º, n.º 2)³.

É assim que, logo após anunciar essa unidade do Estado, o legislador constituinte impõe o respeito pelo regime autonómico insular e pelos princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática (artigo 6.º). Daí que António Cândido Oliveira saliente que «o princípio da autonomia das autarquias locais não aparece na CRP isolado e antes é acompanhado pelos princípios da subsidiariedade e da descentralização democrática da Administração Pública...»⁴.

Desta forma, a *organização democrática do Estado* compreende obrigatoriamente a existência de autarquias locais (cfr. artigo 235.º da CRP), impondo o princípio da subsidiariedade que deverá ser realizado por estas o que elas puderem fazer ou fazer melhor⁵, o que significa que «o Estado democrático é um Estado de autarquias locais de tal modo que sem elas não teríamos uma democracia»⁶. Como ensina Jorge Miranda, «mais do que uma garantia institucional da existência de autarquias locais, os princípios acabados de evocar envolvem a garantia da prossecução dos interesses locais pelas autarquias locais, a necessidade da correspondência (embora não exclusiva) entre descentralização territorial e poder local. Mais do que em descentralização administrativa justifica-se falar em *descentralização autárquica*»⁷.

A descentralização opera, portanto, ao lado da unidade do Estado, na medida em que confere aos entes descentralizados a devida autonomia, uma decorrência, aliás, do princípio democrático, como assinala Baptista Machado⁸.

Isto implica a existência de uma autonomia suficiente para acolher a existência de órgãos de governo próprio, sendo uma autonomia política, mas, em particular, uma «autonomia administrativa, que resulta de atribuições e competências próprias, distintas das da Administração central; uma autonomia político-económica, decorrente da autonomia patrimonial e financeira; e, por fim, uma autonomia de tipo decisório»⁹. Assim se reconhece a verdadeira descentralização¹⁰.

³ Sobre estes artigos da Constituição cfr. Anotações J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2014, p. 805 e ss.).

⁴ António Cândido Oliveira (2014, p. 80).

⁵ Este princípio deve ser interpretado no sentido de maior proximidade dos cidadãos no âmbito da separação vertical dos poderes, como refere António Cândido de Oliveira (2014, p. 80).

⁶ António Cândido de Oliveira (2009, pp. 5 e ss.).

⁷ Jorge Miranda (2013, p. 21). Sobre a garantia constitucional das autarquias locais, ver J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2014, pp. 715 e ss.).

⁸ João Baptista Machado (1992, p. 60). Enfatizando o sentido etimológico da palavra «autonomia», cfr. Marcello Caetano (2003, pp. 69 e 70).

⁹ Cláudia Figueiras e outros (2017, p. 22).

¹⁰ Relativamente à individualização dos *interesses próprios*, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2014, p. 717).

Para o efeito, revela-se absolutamente decisivo o reconhecimento da autonomia local¹¹, como princípio estruturante da organização político-administrativa do Estado português, previsto no artigo 6.º da CRP e no artigo 3.º, n.º 1 da Carta Europeia de Autonomia Local, de 1985¹². Apesar da sua fórmula pleonástica¹³ e de ser tomada como sinónimo de *autonomia das autarquias locais*, podemos perfeccioná-la¹⁴, sobretudo, como o direito e a capacidade efetiva das autarquias prosseguirem livremente a realização das suas atribuições através dos seus próprios órgãos e sob a sua inteira responsabilidade¹⁵, o que nos leva a chamar a atenção para a Jurisprudência do Tribunal Constitucional português, de onde se retira que as autarquias locais integram a *administração autónoma*, existindo entre elas e o Estado uma relação de supraordenação-infraordenação, dirigida à coordenação de interesses distintos (nacionais, por um lado, e locais, por outro), e não uma relação de supremacia-subordinação dirigida à realização de um único interesse, designadamente o interesse nacional¹⁶, concluindo-se que a Constituição da República Portuguesa «acolheu o conceito de autonomia local no sentido de autonomia das autarquias locais, ligando-o à democracia local, através da noção que delas dá no artigo 235.º»¹⁷, o que passa, necessariamente, pela garantia da prossecução dos interesses locais pelas autarquias.

Resumindo, a importância do princípio da autonomia local é irrecusável na organização administrativa e democrática do Estado (cfr. artigo 6.º da CRP), merecendo respeito de todos, inclusive do Estado-Legislador, sendo certo que o conceito forte e clássico de autonomia local, embora adaptado aos «nossos tempos», é ainda aquele que está subjacente ao entendimento do Tribunal Constitucional, nos vários arestos em que este tribunal tem abordado, direta ou indiretamente, a matéria. Assim, aproveitando a síntese efetuada por Artur Maurício sobre a jurisprudência relativa à garantia da autonomia local, consideramos que o entendimento do Tribunal Constitucional sobre a *autonomia do poder local* tem sido estável, «sendo essencialmente concebida como uma garantia organizativa e de competências, reconhecendo-se as autarquias locais como uma estrutura do poder político democrático e com um círculo de interesses próprios que elas devem gerir sob a sua própria responsabilidade»¹⁸. Daí que as autarquias locais possuam um «conjunto de poderes constitucionalmente garantidos», tais como «o poder de dispor de órgãos próprios eleitos democraticamente; o poder de dispor de património e finanças próprias; o poder de dispor de um quadro de pessoal próprio; o poder regulamentar próprio; o de exercer sob responsabilidade própria um conjunto de tarefas adequadas à satisfação dos interesses próprios das populações respetivas», que «garante à administração local uma situação de não submissão em relação à administração do Estado»¹⁹.

A República portuguesa é, assim, um Estado de direito democrático unitário que está baseado na soberania popular e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que respeita na sua organização e funcionamento a autonomia das autarquias locais (cfr. artigos 1.º, 2.º e 6.º da CRP), tendo como elementos base da sua organização administrativa²⁰ as pessoas coletivas públicas, em especial, as pessoas coletivas públicas primárias, de base territorial (pessoas coletivas públicas por natureza), como o Estado, as Regiões Autónomas e as Autarquias Locais, o que permite qualificar a Administração Pública portuguesa «como policêntrica e funcionalmente descentralizada e desconcentrada»²¹.

Tendo em conta estes princípios da organização administrativa, em especial, os princípios da descentralização em sentido próprio, da subsidiariedade e da autonomia local, o artigo 236.º da CRP estabelece que,

¹¹ Sobre o princípio da Autonomia das autarquias locais dentro da organização do Estado, consagrado no artigo 6.º da CRP, ver Maria José Castanheira Neves (2004, pp. 9 e ss.); José de Melo Alexandrino (2010, pp. 77 ss.); e Carlos José Batalhão (2016, pp. 27 e ss.).

¹² Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 28/90, de 23 de outubro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/90, de 23 de outubro, e por isso vigente na nossa ordem jurídica por força do artigo 8.º, n.º 2, da CRP. Lembrando Carlos José Batalhão, «A Carta Europeia de Autonomia Local (CEAL) é, no que se refere à democracia local, um dos principais instrumentos jurídicos internacionais, onde o Conselho da Europa afirma e reconhece a autonomia local como um dos pilares da democracia que tem por missão defender e desenvolver.», em (2016) *A CEAL e sua transposição para o ordenamento português...*, Carlos José Batalhão (2016, pp. 31).

¹³ José Casalta Nabais (1993, p. 157); Vital Moreira (1997, p. 77), José de Melo Alexandrino (2010, p. 77).

¹⁴ Sobre a difícil tarefa de determinação do conceito de «autonomia local» e a sua garantia constitucional (défice de proteção), ver José de Melo Alexandrino (2009, p. 12 e ss.).

¹⁵ Ver Freitas do Amaral (1994, p. 428).

¹⁶ Ver, por exemplo, o Acórdão n.º 379/96.

¹⁷ António Cândido de Oliveira (2005, p. 18).

¹⁸ Artur Maurício (2004, pp. 656-657); e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 494/2015.

¹⁹ António Cândido de Oliveira (2014, pp. 92 e 93); e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 494/2015.

²⁰ Organização administrativa entendida em sentido restrito, como o conjunto de entidades com natureza jurídico pública, que exercem a título principal a função administrativa. Cfr. Isabel Celeste Monteiro da Fonseca (2012, p. 59).

²¹ Conforme referem Cláudia Figueiras e outros (2017, p. 20).

no território continental, são Autarquias Locais as freguesias, os municípios e as regiões administrativas²², enquanto que nas Regiões Autónomas apenas são autarquias as duas primeiras, sem prejuízo de nas grandes áreas urbanas e nas ilhas poderem ser estabelecidas outras formas de organização territorial autárquicas.

Em conclusão, as autarquias locais aparecem configuradas, no texto constitucional, como a expressão mais pura do pluralismo de organização democrática do Estado, assumindo-se assim como formas de descentralização territorial, quer do poder político quer do poder administrativo, assumindo especial importância os municípios, pela sua dimensão, estrutura, recursos e atribuições.

1.2. Poliarquias com atribuições

As autarquias locais são, portanto, «formas de organização personificada de comunidades de residentes em determinada circunscrição do território nacional, sendo dotadas de poderes próprios autónomos para a prossecução de interesses públicos das respetivas comunidades; poderes esses que são exercidos através de órgãos representativos cujos titulares são eleitos por sufrágio universal, direto e secreto da população respetiva, sendo, por isso, dotados de legitimidade democrática»²³.

Concretiza-se, dessa forma, o referido *princípio constitucional da descentralização administrativa*²⁴ (consagrado nos artigos 6.º, n.º 1, 267.º, n.º 2, e 235.º e segs. da CRP), possuindo atualmente as autarquias locais um campo de atuação que cobre praticamente todos os domínios relevantes da organização da vida económica, social e cultural.

A significativa abrangência das suas tarefas e a maior proximidade com os cidadãos transforma a autarquia local (em especial o município) no «mais importante agente público de promoção e salvaguarda do desenvolvimento económico, social e cultural do território português, bem como na mais importante e respeitada estrutura do poder político»²⁵.

É a lei que há de regular «as atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos» (cfr. artigo 237.º da Constituição), garantindo, dessa forma, a autonomia local; as atribuições das autarquias locais não serão mais do que «quotas de poder político»²⁶ que resultam da identificação, pelo legislador, de um conjunto de interesses eminentemente locais. Ora, o legislador pode mostrar-se apto na tarefa de identificação de alguns ou de muitos desses interesses locais, mas, seguramente, não (nunca) de todos. Em consequência, a melhor fórmula de preservação da autonomia local é que aquela que se consubstancia em cláusula aberta, indeterminada, moldável, por isso, às exigências de cada tempo e às necessidades das populações locais. Foi essa, de resto, a opção do legislador constitucional, quando, no n.º 2 do artigo 235.º, previu que «as autarquias locais são pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das respetivas populações»), constituindo, assim, verdadeira administração autónoma e, mais, «estruturas do poder político», como aliás resulta da localização constitucional desta matéria do *Poder Local*²⁷. As autarquias locais têm, pois, também, uma *dimensão política*, dado que são elas próprias quem definem a política administrativa a seguir, pelo que são verdadeiras *poliarquias*. Por isso a sua orientação pode divergir da do Estado, e até contrastar com ela, quando não haja correspondência de maioria na comunidade estatal e nos entes territoriais.

Neste sentido, também o legislador da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro (que estabelece o regime jurídico das autarquias locais²⁸) adotou uma cláusula aberta ao dispor que «constituem atribuições do município a promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respetivas populações, em articulação com a freguesia» (cfr. n.º 1 do artigo 23.º), identificando, de seguida, no n.º 2, as atribuições que, naquele momento, identificou como interesses locais, ainda que sem pretensão de as esgotar, como resulta da expressão «de-

²² Apesar da previsão constitucional de três categorias de Autarquias Locais, apenas as freguesias e os municípios se encontram instituídos, continuando por instituir as regiões administrativas, numa inconstitucionalidade por omissão que *teima* em continuar.

²³ Conforme referem Pacheco de Amorim (2017, p. 63).

²⁴ Que implica a transferência de poderes decisórios para outros entes que não o Estado.

²⁵ Pacheco de Amorim (2017, p. 91).

²⁶ A expressão pertence a Francisco Sosa Wagner (2005, p. 57).

²⁷ Acompanhamos os doutos ensinamentos de António Cândido de Oliveira (2014, pp. 88 e ss.). Não obstante, cremos, com José de Melo Alexandrino (2009, pp. 13 e 14), que na doutrina existem algumas divergências quanto ao sentido de *poder local*: Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Cândido de Oliveira, dão-lhe um sentido político; já Freitas do Amaral encara-o como mera expressão do grau de autonomia administrativa e financeira efetivamente alcançado pelas autarquias; Sérvulo Correia, encara-o como expressão de faculdades originárias de auto organização e auto administração.

²⁸ E, ainda, aprova o estatuto das entidades intermunicipais, estabelece o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e aprova o regime jurídico do associativismo autárquico.

signadamente» que o legislador aí utilizou. Significa, pois, que outras atribuições podem surgir em legislação avulsa, ou, até, de forma «natural», se se estiver em presença de uma tarefa que resulta da identificação de um interesse local²⁹, seja de natureza executiva, deliberativa ou de participação; e se tal tarefa não estiver já expressamente a cargo de outra entidade administrativa³⁰.

Em suma, os municípios, enquanto autarquias locais, conhecem uma ampla capacidade de auto orientação e auto administração na identificação e satisfação das necessidades coletivas das respetivas populações (cfr. n.º 1 do artigo 3.º da CEAL), embora as correspondentes atribuições devam ser definidas pelo legislador, que, no entanto, terá de respeitar os princípios constitucionais aqui referidos, em particular o *princípio da subsidiariedade*, que, como já evidenciado, implica que deverá ser realizado pelas autarquias o que elas puderem fazer ou puderem fazer melhor, ou seja, o Estado só deverá desempenhar as tarefas que, por razões de escala, as autarquias, individualmente ou em cooperação, não possam assumir sem perdas de eficiência e de eficácia.

Tendo em conta estes ditames constitucionais, atualmente as principais atribuições municipais encontram-se identificadas no artigo 23.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro (*Regime Jurídico das Autarquias Locais*), sem prejuízo do disposto em muitas outras leis avulsas; assim, o legislador identificou, a título meramente exemplificativo, as seguintes atribuições: (i) Equipamento Rural e Urbano; (ii) Energia; (iii) Transportes e Comunicações; (iv) Educação, Ensino e Formação Profissional; (v) Património, Cultura e Ciência; (vi) Tempos Livres e Desporto; (vii) Saúde; (viii) Ação Social; (ix) Habitação; (x) Proteção Civil; (xi) Ambiente e Saneamento Básico; (xii) Defesa do Consumidor; (xiii) Promoção do Desenvolvimento; (xiv) Ordenamento do Território e Urbanismo; (xv) Polícia Municipal; (xvi) Cooperação Externa.

Mais recentemente, com a Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, que estabelece «o quadro da transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, concretizando os princípios da subsidiariedade, da descentralização administrativa e da autonomia do poder local», aquelas atribuições dos municípios foram alargadas a outros domínios³¹, ficando a sua concretização, isto é, a transferência das novas competências, a sua natureza e afetação de recursos dependentes da publicação de «diplomas legais de âmbito setorial relativos às diversas áreas a descentralizar da administração direta e indireta do Estado»³².

Esta transferência de competências³³ revela-se bastante transversal e abrange vários domínios³⁴, como a *educação* (artigo 11.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro (na sua redação atual); a *ação social* (artigo 12.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 55/2020, de 12 de agosto³⁵; a *saúde* (artigo 13.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 23/2019, de 30 de janeiro (na sua redação atual); a *proteção civil* (artigo 14.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 44/2019, de 1 de abril; a *cultura* (artigo 15.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 22/2019, de 30 de janeiro; o *património* (artigo 16.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 106/2018, de 29 de novembro; a *habitação* (artigo 17.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 105/2018, de 29 de novembro; as áreas portuário-marítimas (artigo 18.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 72/2019, de 28 de maio; as *praias* (artigo 19.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 97/2018, de 27 de novembro; a *informação cadastral, a gestão florestal e as áreas protegidas* (artigo 20.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 116/2019, de 21 de agosto; os *transportes e vias de comunicação* (artigo 21.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 100/2018, de 28 de novembro³⁶ e pelo Decreto-Lei n.º 58/2019, de 30 de abril³⁷; as *estruturas de atendimento ao cidadão* (artigo 22.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 104/2018, de 29 de novembro; o *policimento de proximidade* (artigo 23.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 32/2019, de 4 de março; a *proteção e a saúde*

²⁹ Quanto aos índices ou critérios para a identificação de interesses locais, José de Melo Alexandrino (2010, pp. 127 ss.).

³⁰ No mesmo sentido, José de Melo Alexandrino (2010, p. 185).

³¹ A Lei prevê igualmente novas competências dos órgãos das freguesias.

³² Estes diplomas são conhecidos vulgarmente como «Pacote de Descentralização».

³³ Que se foi concretizando de forma distinta e gradual no território português, pois a sua assunção pelos municípios esteve sujeita a uma calendarização e a um processo de aceitação das competências (ao abrigo do previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º da Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto), que apenas se tornou obrigatório a partir de 1 de janeiro de 2021, com exceção dos domínios da *educação*, *saúde* e *ação social*. No caso concreto das competências transferidas no domínio da *educação* e da *saúde*, a opção dos municípios pelo não exercício das respetivas competências foi ainda possível durante o ano de 2021, mas serão definitivamente transferidas até 31 de março de 2022, o que acontecerá também no âmbito da *ação social*.

³⁴ Refira-se que há igualmente um conjunto de competências transferidas para as entidades intermunicipais, também em vários domínios, como justiça, promoção turística, gestão de projetos financiados com fundos europeus e de programas de captação de investimento.

³⁵ O que implicou, ainda, a publicação de um conjunto de Portarias.

³⁶ No domínio das vias de comunicação.

³⁷ No domínio do transporte turístico de passageiros e do serviço público de transporte de passageiros regular em vias navegáveis interiores.

animal (artigo 24.º) e a *segurança dos alimentos* (artigo 25.º) – concretizadas pelo Decreto-Lei n.º 20/2019, de 30 de janeiro³⁸; a *segurança contra incêndios* (artigo 26.º) – concretizada pela Lei n.º 123/2019, de 18 de outubro³⁹; o *estacionamento público* (artigo 27.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 107/2018, de 29 de novembro; e os *jogos de fortuna e azar* (artigo 28.º) – concretizada pelo Decreto-Lei n.º 98/2018, de 27 de novembro.

É partindo desta realidade –e do amplo leque de responsabilidades que são reconhecidas aos municípios no ordenamento jurídico português– que importa agora analisar o PRR e o conjunto de medidas (reformas e investimentos) nele previstos de forma a aferir se (e em que medida) se justifica que os municípios possam ter tido ou vir a ter, no seu âmbito, um papel relevante. É sobre este aspeto que nos debruçaremos nas linhas seguintes.

2. O PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO E RESILIÊNCIA PORTUGUÊS

2.1. O PRR no âmbito do Mecanismo de Recuperação e resiliência da União Europeia (MRR)

Como referimos, o Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) português tem enquadramento no MRR, mecanismo que disponibiliza aos Estados-Membros cerca de 723,8 mil milhões para apoiar as reformas e os investimentos destinados a atenuar o impacto económico e social da pandemia e a tornar as economias e sociedades europeias mais sustentáveis, resilientes e mais bem preparadas para enfrentarem os desafios e as oportunidades resultantes das transições ecológica e digital.

Este Mecanismo prevê o apoio a medidas (reformas e investimentos) que remetam para domínios de intervenção de importância europeia estruturados em seis pilares:

- 1.º O pilar da transição ecológica, exigindo reformas e investimentos em tecnologias e capacidades ecológicas, nomeadamente na biodiversidade, na eficiência energética, na renovação dos edifícios e na economia circular, contribuindo, ao mesmo tempo, para as metas da União em matéria de clima, promovendo o crescimento sustentável, criando postos de trabalho e preservando a segurança energética.
- 2.º O pilar da transformação digital, exigindo reformas e investimentos destinados, em especial, a promover a digitalização dos serviços, o desenvolvimento das infraestruturas digitais e de dados, polos e plataformas de inovação digital e soluções digitais abertas, devendo a transição digital incentivar a digitalização das pequenas e médias empresas (PME)⁴⁰.
- 3.º O pilar do crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, incluindo a coesão económica, o emprego, a produtividade, a competitividade, a investigação, o desenvolvimento e a inovação, e um mercado interno em bom funcionamento com PMEs fortes, exigindo reformas e investimentos com o objetivo de aumentar o potencial de crescimento e permitir uma recuperação sustentável da economia da União, devendo ainda promover o empreendedorismo, a economia social, o desenvolvimento das infraestruturas e transportes sustentáveis e a industrialização e reindustrialização, assim como mitigar o impacto da crise da COVID-19 na economia.
- 4.º O pilar da coesão social e territorial, com previsão de reformas e de investimentos que contribuam para lutar contra a pobreza e o desemprego, conduzindo à criação de postos de trabalho de elevada qualidade e estáveis e à inclusão e integração dos grupos desfavorecidos, e permitindo o reforço do diálogo social, das infraestruturas e dos serviços sociais, bem como da proteção social e dos sistemas de segurança social.
- 5.º O pilar da saúde e da resiliência económica, social e institucional, tendo em vista, nomeadamente, o aumento da preparação para situações de crise e da capacidade de resposta às mesmas, exigindo reformas e investimentos com o objetivo, nomeadamente, de aumentar a preparação e a capacidade de resposta a situações de crise e, em especial, melhorando a continuidade das

³⁸ Revogado pela Resolução da Assembleia da República n.º 138/2019, de 8 de agosto, que fez cessar a vigência daquele decreto-lei.

³⁹ Que alterou e republicou o Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, que estabelece o regime jurídico da segurança contra incêndio em edifícios.

⁴⁰ Em relação a este pilar, o MRR determina que os investimentos em tecnologias digitais deverão respeitar os princípios da interoperabilidade, da eficiência energética e da proteção dos dados pessoais, permitir a participação de PME e de empresas em fase de arranque e promover a utilização de soluções de fonte aberta.

atividades e dos serviços públicos, a acessibilidade e a capacidade dos sistemas de saúde e de prestação de cuidados, a eficácia da administração pública e dos sistemas nacionais, incluindo a minimização dos encargos administrativos e a eficácia dos sistemas judiciais, bem como a prevenção da fraude e a supervisão em matéria de branqueamento de capitais.

- 6.º O pilar das políticas para a próxima geração, as crianças e os jovens, exigindo reformas e investimentos destinados a promover a educação e as competências, nomeadamente digitais, o aperfeiçoamento, a reconversão e a requalificação da mão de obra ativa, os programas de integração para desempregados, as políticas de investimento nas possibilidades de acesso e nas oportunidades para crianças e jovens em articulação com a educação, a saúde, a nutrição, o emprego e a habitação, assim como políticas que colmatem o fosso geracional, em sintonia com os objetivos da Garantia para a Infância e da Garantia para a Juventude.

As medidas referidas a cada um destes pilares e apoiadas pelo Mecanismo foram incluídas nos Planos de Recuperação e Resiliência de cada Estado-Membro, importando identificar as que foram introduzidas no PRR elaborado por Portugal.

2.2. O PRR: as suas dimensões, reformas e investimentos

De forma a dar resposta às exigências do Mecanismo de Recuperação e Resiliência, o PRR encontra-se estruturado em 3 grandes «dimensões» (isto é, eixos estratégicos) – a dimensão *Resiliência*, a dimensão *Transição Climática* e a dimensão *Transição Digital* –, identificando, este documento, para cada uma delas, reformas e investimentos que devem ser concretizados até 2026⁴¹.

Estas dimensões são concretizadas através de 19 Componentes (que integram por sua vez 36 Reformas e 77 Investimentos):

- A Dimensão Resiliência: (i) Saúde; (ii) Habitação; (iii) Respostas Sociais; (iv) Eliminação das bolsas de pobreza em áreas metropolitanas; (v) Investimento e inovação; (vi) Qualificações e Competências; (vii) Infraestruturas; (viii) Florestas; (ix) Gestão hídrica.
- A Dimensão Transição Climática: (x) Mobilidade sustentável; (xi) Descarbonização da Indústria; (xii) Bioeconomia Sustentável; (xiii) Eficiência Energética em Edifícios; (xiv) Hidrogénio e Renováveis.
- A Dimensão Transição Digital: (xv) Escola Digital; (xvi) Empresas 4.0; (xvii) Qualidade e Sustentabilidade das Finanças Públicas; (xviii) Justiça Económica e Ambiente de Negócios; (xix) Administração Pública. Digitalização, Interoperabilidade e Cibersegurança⁴².

TABLA 1. DIMENSÕES DO PRR PORTUGUÊS

Dimensões	Resiliência	Transição climática	Transição Digital
Componentes	C1. Saúde C2. Habitação C3. Respostas Sociais C4. Cultura C5. Capitalização e Inovação Empresarial C6. Qualificações e Competências C7. infraestruturas C8. Florestas C9. Gestão Hídrica	C10. Mar C11. Descarbonização da Indústria C12. Bioeconomia Sustentável C13. Eficiência Energética em Edifícios C14. Hidrogénio e Renováveis C15. Mobilidade Sustentável	C16. Empresas 4.0 C17. Qualidade e Sustentabilidade das Finanças Públicas C18. Justiça Económica e Ambiente de Negócios C19. Administração Pública – Capacitação, Digitalização e Interoperabilidade e Cibersegurança C20. Escola Digital

Fuente: PRR Português.

⁴¹ O desenvolvimento de cada uma das dimensões estruturantes pode ser consultado em <https://recuperarportugal.gov.pt/>, estando identificado numa lista em anexo a este texto.

⁴² A primeira dimensão –resiliência– irá absorver 61 % das subvenções do PRR, no valor de 11.125 milhões de€. À segunda –transição climática– foi distribuída uma percentagem de 21 % das subvenções –3.059 milhões de€– e à terceira –Transição Digital– 18 % do montante global, no valor 2.460 milhões de€.

Uma primeira evidência que resulta deste leque de medidas é o claro alinhamento de uma grande parte das componentes identificadas para cada uma das Dimensões do PRR com as atribuições próprias dos municípios, seja as atribuições mais tradicionais seja aquelas que lhes foram transferidas no âmbito do processo de descentralização administrativa iniciado em 2018 com a lei-quadro da descentralização administrativa.

É o caso, no que concerne à Dimensão Resiliência, das componentes relativas à saúde, à habitação, às respostas sociais, à cultura, às infraestruturas, à floresta e à gestão hídrica. E é o caso, no diz respeito à Dimensão Transição Climática, das componentes eficiência energética em edifícios e da mobilidade sustentável.

Já não estritamente relacionadas com as atribuições próprias dos municípios, mas com um impacto relevante na atuação destas entidades, permitindo uma maior eficácia e eficiência na gestão dos interesses próprios das respetivas populações, é a componente integrada na Dimensão Transição Digital referente à capacitação e digitalização da Administração Pública.

De um modo geral pode afirmar-se que a estratégia apresentada no PRR abarca algumas das principais preocupações dos municípios, recuperando prioridades fundamentais para o país que têm vindo a ser desvalorizadas e negligenciadas em termos de financiamento. É o caso, a título de exemplo, dos investimentos em infraestruturas fundamentais para os territórios, nomeadamente de transportes e ambientais; dos investimentos na energia; na aposta na transição digital bem como na qualificação da Administração Pública. E é o caso, também, da reabilitação e reconversão do edificado público devoluto, designadamente para o cumprimento de políticas públicas na área da habitação e da aposta na mobilidade urbana sustentável e nas cidades mais verdes, ao nível dos veículos elétricos e de mobilidade suave, bem como do alargamento de espaços verdes nas cidades.

Seria, por isso, expectável que os municípios tivessem tido um papel substancial (isto é, uma participação ativa e relevante) na definição da estratégia subjacente ao PRR, (isto é, na seleção/definição das reformas e dos investimentos que nele foram incluídos); e seria expectável que estas mesmas entidades tivessem um idêntico papel na gestão e na concretização dos investimentos previstos, reforçando-se, desta forma, a descentralização administrativa constitucionalmente consagrada e acima visitada. Importa, porém, averiguar se tal aconteceu efetivamente.

3. O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NA CONFIGURAÇÃO, EXECUÇÃO E GOVERNAÇÃO DO PRR

3.1. O papel dos municípios na configuração e na gestão do PRR

i) Uma primeira constatação, ao analisar o procedimento relativo à elaboração do PRR, é a de que os municípios não tiveram qualquer intervenção relevante na definição da estratégia que lhe está subjacente, isto é, na identificação das reformas e dos respetivos investimentos a integrar no referido Plano.

O que se constata, quando se analisa tal procedimento, é que os municípios –individualmente ou através da Associação Nacional dos Municípios Portugueses (ANMP)– apenas foram chamados a participar aquando da respetiva *discussão pública* (que ocorreu entre 15 de fevereiro e 1 de março de 2021), assumindo, nesta sede, um papel idêntico ao de qualquer cidadão, empresa ou outro qualquer interessado a quem foi dada a possibilidade de também aí participar.

De facto, o que se constata é que o PRR foi decidido de forma centralizada, o que dificilmente se compreende num momento, como o atual, em que se vêm reforçadas as atribuições (e, por isso, as responsabilidades) dos municípios e, com isso, se vem reconhecendo o enorme papel que eles desempenham em matérias para as quais o PRR pode vir a contribuir decisivamente.

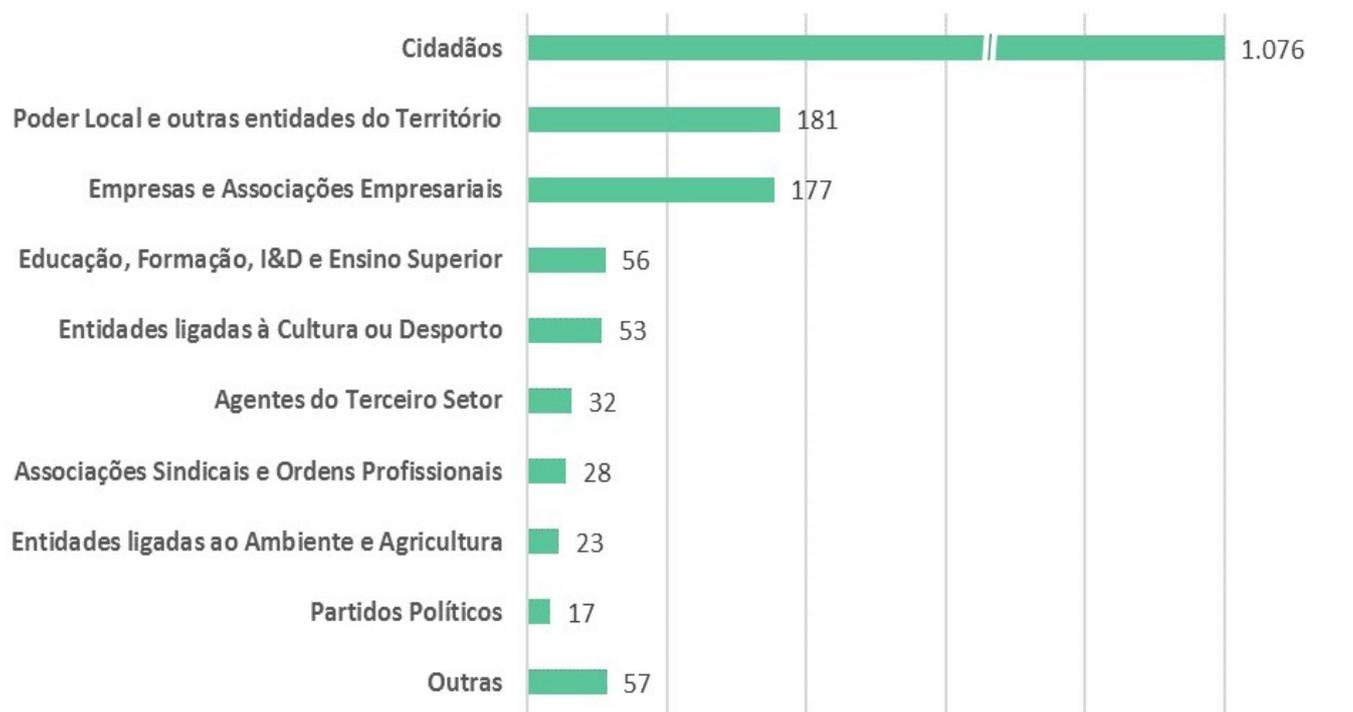
No concerne à discussão pública e à participação que os municípios tiveram nesse âmbito –aspectos que importaria analisar para que se pudesse ter uma perceção clara daqueles que, no entender destas entidades, seriam os domínios estratégicos e as áreas que mereceriam um maior relevo e apoio no PRR–, não conseguimos encontrar dados/elementos nem sobre o conteúdo das respetivas pronúncias nem sobre a ponderação que tais pronúncias mereceram por parte do Governo, a não ser o que resulta do próprio documento elaborado por este.

Veja-se, desde logo, a imagem que consta da Figura 37 do referido documento⁴³ (contributos da consulta pública, por tipo de entidade), onde apenas é feita uma referência genérica à categoria *Poder local e*

⁴³ Consultável em <https://recuperarportugal.gov.pt/wp-content/uploads/2021/10/PRR.pdf>

outras entidades do Território, sem que exista uma qualquer menção «desagregada» aos municípios, não sendo, por isso, possível identificar quantos (e quais) aqueles que participaram na referida discussão pública e o que nessa sede defenderam.

FIGURA 1. CONTRIBUTOS DA CONSULTA PÚBLICA, POR TIPO DE ENTIDADE



Fonte: PRR, figura 37, p. 240.

Refira-se que, em paralelo à consulta pública, «o Governo lançou uma agenda de consultas a diversos atores relevantes na sociedade portuguesa, de modo a garantir a auscultação mais vasta e abrangente de todos os setores da sociedade» (p. 238 do PRR); porém, nesse leque de entidades não constam nem os municípios nem a Associação Nacional de Municípios (ainda que esta tenha emitido parecer sobre o PRR). A auscultação desta associação foi apenas indireta, por terem sido consultadas entidades que integram representantes da ANMP: é o caso do Conselho de Concertação Territorial, do Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável, do Conselho Nacional da Economia Social, do Conselho Nacional de Saúde, do Conselho Coordenador do Ensino Superior, do Conselho Nacional de Educação e do Conselho de Escolas.

Tiveram ainda alguns municípios (bem como a Associação Nacional de Municípios Portugueses) intervenções pontuais, enquanto entidades convidadas num ciclo de seminários temáticos que o Governo promoveu sobre as diversas componentes do PRR⁴⁴.

⁴⁴ Foram realizadas 11 sessões temáticas: Seminário de debate sobre Florestas (com a participação do Ministro do Ambiente e da Ação Climática); Seminário de debate sobre Combate à Pobreza e Novas Respostas Sociais (com a participação da Ministra de Estado e da Presidência, e da Ministra do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social); Seminário de debate sobre SNS mais próximo e resiliente (com a participação da Ministra de Estado e da Presidência e da Ministra da Saúde); Seminário de debate sobre Habitação (com a participação da Ministra de Estado e da Presidência e do Ministro das Infraestruturas e Habitação); Seminário de debate sobre Qualificações, com a participação da Ministra de Estado e da Presidência e da Ministra do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social); Seminário de debate sobre Transição Digital (com a participação do Ministro de Estado, da Economia e da Transição Digital); Seminário de debate sobre Recursos Hídricos, com a participação do Ministro do Ambiente e da Ação Climática); Seminário de debate sobre Clima, Energia e Mobilidade (com a participação do Ministro do Ambiente e da Ação Climática); Seminário de debate sobre Bioeconomia (com a participação do Ministro do Ambiente e da Ação Climática); Seminário de debate sobre Infraestruturas (com a participação do Ministro das Infraestruturas e Habitação e da Ministra da Coesão Territorial); Seminário de debate sobre Indústria e Inovação (com a participação do Ministro de Estado, da Economia e da Transição Digital).

E se bem que seja expressamente referido, no próprio documento elaborado pelo Governo português, que todos estes contributos ficariam disponíveis integralmente no respetivo portal e num relatório que sistematiza a respetiva análise, a verdade é que não conseguimos encontrar tal informação por muito que a tivéssemos procurado. A única informação que obtivemos, e que é referida no próprio PRR, é que:

«Tendo em consideração os contributos recebidos através do portal da consulta pública e ainda os debates realizados através dos webinars, o Governo ponderou e resolveu ajustar o Plano nos seguintes aspetos: a) Criar uma nova Componente direcionada para a Cultura que autonomizará os apoios do PRR orientados para este setor particularmente afetado pela pandemia, no sentido de promover a aceleração da digitalização do setor e a recuperação do património como catalisador da promoção do turismo e de valorização do território e da identidade nacional; b) Criar uma nova Componente direcionada para a Economia do Mar que autonomizará os apoios do PRR orientados para este recurso, contendo diversas iniciativas destinadas a fortalecer a clusterização das atividades em torno do potencial de desenvolvimento da economia marítima e pescas, seja ao nível da investigação e inovação, formação profissional, transição verde e digital e segurança; c) Incluir na Componente C1. Saúde investimento destinado à promoção da atividade física e desportiva como fator da vida saudável e de melhor saúde para a população em todos os escalões etários.».

ii) No que concerne à gestão do PRR, o Decreto-Lei n.º 29-B/2021, de 4 de maio veio estabelecer o modelo de governação dos fundos europeus atribuídos a Portugal através do Plano de Recuperação e Resiliência, bem como a estrutura orgânica relativa ao exercício das competências de gestão estratégica e operacional, acompanhamento, monitorização/avaliação, controlo, auditoria, financiamento, circuitos financeiros e sistema de informação de reporte e transmissão de dados à Comissão Europeia.

Trata-se de um modelo de governação autónomo, desenvolvido em articulação com a programação do Acordo de Parceria e dos respetivos Programas Operacionais, materializando-se, assim, numa tentativa de opção de um modelo de governação mais ágil, eficaz e transparente dos fundos europeus a atribuir a Portugal para concretizar o seu PRR comparativamente com o modelo de governação dos fundos europeus estruturais e de investimento positivado no Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro.

Esse modelo assenta em vários níveis de governação, à semelhança do modelo de governação dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento: existe um *nível de coordenação política* [assegurado pela *Comissão Interministerial* do PRR (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 29-B/2021, de 4 de maio)], um *nível de acompanhamento* [assegurado pela *Comissão Nacional de Acompanhamento* (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 29-B/2021)], um *nível de auditoria e controlo* [assegurado, não pela Estrutura Segregada de Auditoria, mas por uma *Comissão de Auditoria e Controlo* (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 29-B/2021)] e, por último, por um *nível de coordenação técnica e de monitorização*, assegurado por três entidades: (i) a *estrutura de missão «Recuperar Portugal»*; (ii) a *Agência de Desenvolvimento e Coesão, I.P.* (Agência, I.P.) e (iii) o *Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais do Ministério das Finanças* (GPEARI)⁴⁵.

Estando em causa a governação de fundos europeus (neste caso, os atribuídos a Portugal através do Plano de Recuperação e Resiliência), pode justificar-se um maior relevo dado à Administração central do Estado nos vários níveis de gestão. Porém, não está prevista qualquer intervenção direta dos municípios; apenas se prevê, de forma indireta, a integração da Associação Nacional de Municípios na Comissão de Acompanhamento, pelo facto de dois membros do conselho diretivo desta Associação integrarem o Conselho de Concertação Territorial e o Decreto-Lei n.º 29-B/2021 prever que os membros não governamentais deste Conselho têm assento na referida Comissão Acompanhamento⁴⁶.

iii) Considerando o que referimos nas páginas precedentes, não podemos deixar de concluir que o PRR traduz uma visão centralizadora e uma gestão totalmente centralizada.

De facto, rumando contra o processo de descentralização administrativa em curso e contra o objetivo estratégico de aumentar do peso da Administração Local nas receitas públicas, o PRR é centralizado, tanto na sua gestão como nas prioridades de intervenção selecionadas.

⁴⁵ Sobre este modelo de governação cfr. Nuno Cunha Rodrigues e Nuno A. Proença (2022, pp. 69 e ss.).

⁴⁶ Nos termos do regulamento de funcionamento da Comissão Nacional de Acompanhamento, esta subdivide-se em 5 comissões especializadas –Social, Economia e Empresas, Digital, Clima e Energia, e Território– estando a ANMP representada nas últimas três.

Não é, de facto, aceitável, considerando o relevo administrativo e político do municípios, que eles e as suas Associações estejam, por um lado, arredados da gestão dos PRR, desperdiçando-se a sua experiência, capacitação e reconhecimento ao nível dos modelos e sistemas de gestão e controlo dos fundos comunitários, como também no processo de transferência de competências.

Por outro lado, as principais áreas de intervenção municipal estão ausentes. Com efeito o PRR praticamente ignora temas como o abastecimento de água, saneamento e resíduos; os transportes públicos promovidos pelas autarquias; estruturas de proteção civil nos meios de combate a incêndios florestais, etc., o que parece decorrer do facto de, como foi referido, a definição da estratégia, das reformas e dos investimentos a integrar no PRR terem sido decididos quase exclusivamente pela Administração Central, com uma intervenção praticamente nula dos municípios e suas associações, os quais, como referimos, apenas foram «ouvidos» ou «auscultados» nesse processo sem que se perceba, sequer, qual o grau de influência que tal auscultação teve no «produto» final que foi o PRR enviado para aprovação pela Comissão Europeia.

3.2. O papel dos municípios na execução dos investimento previstos no PRR

Resta aferir se o PRR tem, e com que dimensão, investimentos diretamente vocacionados para a Administração local, concretamente para os municípios.

Considerando as várias componentes previstas para cada dimensão –que se relacionam diretamente com as atribuições municipais, designadamente aquelas que os municípios foram chamados a assumir no âmbito do processo de descentralização administrativa levado a cabo desde 2018 e antes referidos– pareceria, a uma primeira vista, que os municípios vão desempenhar um papel importante na execução das reformas e portanto, na execução do PRR.

Isto mesmo foi afirmado pela Ministra da Coesão Territorial (informação que consta da própria página do Governo⁴⁷), durante uma audição da Comissão de Administração Pública, Modernização Administrativa, Descentralização e Poder Local. Segundo este membro do Governo, os municípios vão desempenhar um papel essencial na execução do PRR afirmando ainda que a descentralização de competências promove a autonomia dos municípios na execução de verbas em áreas como a saúde. Segundo a referida Ministra, «Todos os investimentos que estão previstos no Plano de Recuperação e Resiliência na área da saúde vão ser feitos pelos municípios, porque o que lá está previsto são centros de saúde, unidades de cuidados continuados, Instituições Particulares de Solidariedade Social ou viaturas móveis de cuidados de saúde».

Curiosamente, uma leitura atenta dos vários investimentos previstos para cada uma das componentes não permite retirar esta conclusão. Pelo contrário, o que se retira é que os apoios diretos são essencialmente destinados à Administração Central, excluindo-se flagrantemente os municípios em áreas como a eficiência energética dos edifícios públicos, na digitalização e melhoria dos sistemas de informação, nas infraestruturas digitais, etc.

Veja-se o que prevê o PRR na componente Saúde (dimensão Resiliência), precisamente o exemplo dado pela Senhora Ministra da Coesão Territorial.

Os investimentos previstos são: (i) Cuidados de Saúde Primários com mais respostas (466 M€); (ii) Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados e Rede Nacional de Cuidados Paliativos (205 M€)⁴⁸; (iii) Conclusão da Reforma da Saúde Mental e implementação da Estratégia para as Demências (88 M€); (iv) Equipamento dos Hospitais Seixal, Sintra, Lisboa (180 M€); (v) fortalecimento do Serviço Regional de Saúde da Região Autónoma da Madeira (89 M€), (vi) Digitalização na área da Saúde na Madeira (15M€) e (vii) Hospital Digital da Região Autónoma dos Açores (30 M€). Nenhum destes investimento tem como destinatários (em termos de concretização das reformas) os municípios.

No que concerne à *eficiência energética em edifícios da administração pública* (dimensão da Transição Climática), apenas estão contemplados investimentos em edifícios da Administração central (240 M€), o que é totalmente incompreensível.

⁴⁷ Cfr. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=municipios-terao-papel-essencial-na-execucao-do-plano-de-recuperacao-e-resiliencia>

⁴⁸ O programa de financiamento que concretiza estes dois investimento é coordenado a nível nacional pela Administração central do Sistema de Saúde, I.P, competindo às Administrações Regionais de Saúde, I.P (ARS) executar todos os procedimentos de seleção, acompanhamento e financiamento definidos no regulamento da atribuição de apoios financeiros pelas ARS (requisitos das entidades candidatas, projetos elegíveis, limite de financiamento de projetos, elegibilidade de despesas, limite de elegibilidade de despesas, critérios e prazo para apresentação, apreciação e seleção das candidaturas, entre outros).

Na componente *mobilidade sustentável* (dimensão da Transição Climática), os municípios estão praticamente afastados dos investimentos previstos e que são: (i) a expansão da Rede de Metro de Lisboa – Linha Vermelha até Alcântara (304 M€); (ii) o Metro Ligeiro de Superfície Odivelas-Loures (250 M€) –estes dois investimentos são da responsabilidade do Metropolitano de Lisboa, EPE–; (iii) a Expansão da Rede de Metro do Porto – Casa da Música-Santo Ovídio (299 M€) e (iv) Linha BRT Boavista –Império (66 M€)– investimentos da responsabilidade da Metro do Porto, S.A.

Poderão os restantes municípios (que não Lisboa e Porto) eventualmente vir a beneficiar do investimento *Descarbonização dos Transportes Públicos* (48 M€), pretendendo-se, com este investimento, a conduzir pelo Fundo Ambiental, promover o lançamento de um programa de apoio à aquisição de autocarros limpos afetos ao transporte público rodoviário e respetivos postos de carregamento/abastecimento, ficando a cargo dos operadores de transporte público (que podem ser os próprios municípios) os procedimentos inerentes à aquisição desses veículos.

No que concerne aos investimentos em *Infraestruturas críticas digitais eficientes, seguras e partilhadas* (83 M€)⁴⁹, o investimento é destinado, uma vez mais, para a Administração central. Com efeito, este investimento vai ser utilizado para: intervencionar a Rede Informática do Governo tornando-a mais resiliente e mais digital; melhorar a cobertura e capacidade da Rede de Comunicações de Emergência do Estado em Portugal Continental, na redundância geográfica dos Centros de Comutação (MSO) e de transmissão entre as Estações Base rádio em Portugal Continental e ainda na redundância da Rede nas Regiões Autónomas dos Açores e Madeira; renovar a arquitetura dos sistemas de informação e processos associados à gestão e controlo de fronteiras, cooperação policial e judiciária e asilo, permitindo reduzir a carga burocrática dos serviços do SEF; eliminar as redundâncias dos processos técnicos burocráticos das Forças e Serviços de Segurança (FSS), na perspetiva de criar sistemas comuns em contextos voláteis e que permitam disponibilizar elementos policiais para funções operacionais, potenciando a redução de custos de funcionamento através do aproveitamento de soluções e capacidades de uso comum, da redução de esforço administrativo promovida pela uniformização e da integração e automatização de processos.

Num número tão elevado de investimentos, aqueles que potencialmente podem ser aproveitados mais diretamente pelos municípios são, efetivamente, muito poucos, embora tenham uma dimensão ainda relevante.

É o caso de alguns investimentos na área da habitação.

Veja-se, desde logo, os investimentos destinados ao *Programa de Apoio ao Acesso à Habitação – 1.º direito* (no valor de 1.211 M€): a materialização do apoio financeiro decorre do papel imprescindível reconhecido às autarquias locais, que devem elaborar e apresentar uma Estratégia Local de Habitação, ainda que dependente do Instituto de Habitação e de Reabilitação Urbana, I.P (IHRU), a quem cabe enquadrar e programar todos os investimentos a apoiar em cada território⁵⁰.

Veja-se, igualmente o investimento *Parque público de habitação a custos acessíveis* (empréstimo 775 M€), destinado a financiar a construção e a reabilitação para disponibilização do património público devoluto, com aptidão habitacional, para promoção de arrendamento a preços acessíveis, limitando a adesão do programa às famílias que efetivamente não encontram respostas no mercado tradicional por incompatibilidade entre os seus rendimentos e os valores de renda praticados⁵¹. Com este investimento pretende-se promover a reabilitação de 75% do património inscrito no Decreto-Lei n.º 82/2020, de 2 de outubro, orientado para a criação de um parque habitacional público a preços acessíveis e salvaguardar o investimento na promoção de rendas acessíveis através de programas municipais. A operacionalização destes investimentos será tam-

⁴⁹ Referimo-nos ao investimento integrado na componente 19, Administração Pública Mais Eficiente – Capacitação, Digitalização e Interoperabilidade e Cibersegurança (da Dimensão Transição Digital).

⁵⁰ Como é sabido, o Programa de Apoio ao Acesso à Habitação – 1.º direito está previsto no programa governamental Nova Geração de Políticas de Habitação (NGPH) aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 50-A/2018, de 2 de maio. Decorre da NGPH, entre outras, a exigência de que as entidades públicas, em particular os municípios em face do processo de transferência de atribuições, se comprometam em definitivo com a política habitacional, promovendo, entre muitas outras medidas, o uso efetivo de habitações devolutas de propriedade pública ou a elaboração de estratégias municipais de habitação que possam, através de recurso facilitado a financiamento, reverter situações de habitação precária e sem qualidade.

Dentro da NGPH, o Programa de Apoio ao Acesso à Habitação – 1.º direito destina-se a dar resposta às famílias que vivem em situação de grave carência habitacional. A aplicação deste programa a cada município depende da elaboração de Estratégias Locais de Habitação, que incluem a elaboração de um diagnóstico das carências habitacionais do concelho e identificam as soluções habitacionais a desenvolver para suprir as carências identificadas.

⁵¹ Trata-se de mais um programa integrado na NGPH –o Programa de Arrendamento Acessível–, destinado a garantir o acesso à habitação a todos os que não têm resposta por via do mercado.

bém coordenada pelo IHRU, em estreita colaboração com os municípios no que respeita aos programas municipais de promoção de rendas acessíveis.

O PRR não é, porém claro quanto aos critérios de distribuição destes investimentos pelos vários municípios. Se é certo, por exemplo, que o acesso ao financiamento destinado ao Programa 1.º direito exige a elaboração, pelos municípios, de uma ELH, não se define se todos os municípios que a tenham terão acesso a financiamento e em que medida.

No que concerne à Componente 8 –florestas (dimensão Resiliência)–, grande parte dos investimentos é, igualmente, orientada para a Administração Central. Assim, os 19 Programas de Reordenamento e Gestão da Paisagem (PRGP) nos territórios delimitados como vulneráveis que estão previstos serem financiados, são programas da responsabilidade do Estado (programas setoriais); os investimentos destinados aos meios de prevenção e combate a incêndios rurais (89 M€) –aquisição de helicópteros ligeiros e médios; aquisição de veículos, máquinas, alfaias e equipamentos; aquisição e instalação de dois radares de dupla polarização, com sistema de computação e sistema de arquivos, instalação de detetores de trovoadas e estação meteorológica automática– são também essencialmente destinados à Administração Central.

Já a previsão de financiamento para constituir 60 Áreas Integradas de Gestão da Paisagem (AIGP) pode ser aproveitada pelos municípios, uma vez que estas áreas podem ser promovidas por estas entidades territoriais⁵².

Do mesmo modo, a Componente 7 – infraestruturas integra um conjunto importante de investimentos, mas apenas alguns deles são diretamente orientados para os municípios. É o caso, a título de exemplo, dos investimentos dirigidos para Áreas de Acolhimento Empresarial (110 M€). Segundo o PRR, a seleção das AAE a financiar será efetuada por processo de concurso, através das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional.

Segundo informação recente, os municípios de Chaves, Melgaço, Vila Real, Águeda, Guarda, Oliveira do Hospital, Rio Maior, Campo Maior, Beja e Lagos vão, ao abrigo deste apoio, e na sequência da sua seleção pelas respetivas CCDRs, modernizar zonas industriais e áreas empresariais já existentes nos seus territórios.

CONCLUSÃO

O PRR é, sem margem para dúvidas, um importante instrumento que permite atenuar os impactos económicos e sociais negativos provocados pela pandemia.

Uma análise atenta de cada uma das suas dimensões (três) –concretizadas através de 19 Componentes que, por sua vez integram 36 Reformas e 77 Investimentos–, permite concluir pelo seu claro alinhamento com as atribuições próprias dos municípios, podendo afirmar-se, de um modo geral, que se trata de um documento que abarca algumas das principais preocupações destas entidades locais, recuperando prioridades fundamentais para o país que têm vindo a ser desvalorizadas e negligenciadas em termos de financiamento.

Sem prejuízo deste facto constatamos que o PRR, rumando contra o processo de descentralização administrativa em curso em Portugal e contra o objetivo estratégico de aumentar do peso da Administração Local nas receitas públicas, é centralizado, tanto nas *prioridades de intervenção selecionadas* quanto na *sua gestão*, o que não é de todo aceitável considerando o relevo administrativo e político que os municípios assumem na ordem jurídica Portuguesa. Assim, por um lado, os apoios diretos do PRR são essencialmente destinados à Administração Central, excluindo-se flagrantemente os municípios em áreas relevantes (como é o caso da eficiência energética dos edifícios públicos, da digitalização e da melhoria dos sistemas de informação nas infraestruturas digitais); por outro lado, algumas das principais áreas de intervenção municipal estão ausentes, sendo o PRR praticamente omissivo em temas essenciais aos municípios, como o abastecimento de água, saneamento e resíduos; os transportes públicos promovidos pelas autarquias etc.

⁵² Trata-se de áreas que visam uma abordagem territorial integrada para dar resposta à necessidade de ordenamento e gestão da paisagem e de aumento de área florestal gerida a uma escala que promova a resistência aos incêndios, a valorização do capital natural e a promoção da economia rural.

Nestas áreas serão criadas as condições necessárias para o desenvolvimento de Operações Integradas de Gestão da Paisagem (OIGP), a executar num modelo de gestão agrupada da responsabilidade de uma entidade gestora e suportada por um programa multifundos de longo prazo que disponibiliza apoios ao investimento inicial, às ações de manutenção e gestão ao longo do tempo e à remuneração dos serviços dos ecossistemas.

Num número tão elevado de investimentos, aqueles que potencialmente podem ser aproveitados mais diretamente pelos municípios são, efetivamente, poucos, ainda que, mesmo assim, assumam uma dimensão, em termos de valor, muito relevante. É o caso dos investimentos na área da habitação (que pela primeira vez surge como elegível para financiamento por fundos europeus), na área das florestas ou na área das infraestruturas (como os financiamentos dirigidos a modernizar zonas industriais e áreas empresariais já existentes nos seus territórios).

Assim, sem prejuízo das críticas que possam ser apontadas ao PRR, ele apresenta-se como um importante instrumento de financiamento a que os municípios devem recorrer para darem respostas cada vez mais adequadas às necessidades de aspirações das respetivas populações.

ANEXO. DIMENSÕES/COMPONENTES/REFORMAS E INVESTIMENTOS DO PRR

Dimensão Resiliência

C1. Saúde

Reforçar a capacidade do Serviço Nacional de Saúde.

REFORMAS

- RE-r01: Reforma dos cuidados de saúde primários.
- RE-r02: Reforma da saúde mental.
- RE-r03: Conclusão da Reforma do modelo de governação dos hospitais públicos.

INVESTIMENTOS

- RE-C01-i01: Cuidados de Saúde Primários com mais respostas (467M).
- RE-C01-i02: Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados e Rede Nacional de Cuidados Paliativos (205M).
- RE-C01-i03: Conclusão da Reforma da Saúde Mental e Implementação da Estratégia para as Demência (88M).
- RE-C01-i04: Equipamentos dos Hospitais do Seixal, Sintra e Lisboa (180M).
- RE-C01-i05-RAM: Fortalecimento do Serviço Regional de Saúde da Região Autónoma da Madeira – (89M).
- RE-C01-i06: Transição Digital da Saúde (300M).
- RE-C01-i07-RAM: Digitalização da Saúde na Região Autónoma da Madeira (15 M).
- RE-C01-i08-RAA: Hospital Digital da Região Autónoma dos Açores (30 M).
- RE-C01-i09: Sistema Universal de Apoio à Vida Ativa (10 M).

C2. Habitação

Relançar e reorientar a política de habitação e dar resposta às carências estruturais permanentes ou temporárias.

REFORMAS

- RE-r04: Plano Nacional de Alojamento Urgente e Temporário.

INVESTIMENTOS

- Investimento RE-C02-i01: Programa de Apoio ao Acesso à Habitação (1.211 M€).
- Investimento RE-C02-i02: Bolsa Nacional de Alojamento Urgente e Temporário (176 M€).
- Investimento RE-C02-i03-RAM: Reforço da oferta de habitação apoiada na Região Autónoma da Madeira (136 M€).

- Investimento RE-C02-i04-RAA: Aumentar as condições habitacionais do parque habitacional da Região Autónoma dos Açores (60 M€).
- Investimento RE-C02-i05: Parque público de habitação a custos acessíveis (empréstimo 775 M€).
- Investimento RE-C02-i06: Alojamento Estudantil a custos acessíveis (empréstimo 375 M€).

C3. Respostas Sociais

Reforçar, requalificar e inovar as respostas sociais dirigidas às crianças, pessoas idosas, pessoas com deficiência ou incapacidade e famílias.

REFORMAS

- RE-r05: Reforma da Provisão de Equipamentos e Respostas Sociais.
- RE-r06: Estratégia Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência 2021-2025.
- RE-r07: Contratualização de Programas Integrados de Apoio às Comunidades Desfavorecidas nas Áreas Metropolitanas.
- RE-r08: Estratégia Nacional de Combate à Pobreza.

INVESTIMENTOS

- Investimento RE-C03-i01: Nova Geração de Equipamentos e Respostas Sociais (417 M€).
- Investimento RE-C03-i02: Acessibilidades 360° (45 M€).
- Investimento RE-C03-i03: Fortalecimento das Respostas Sociais na Região Autónoma da Madeira (83 M€).
- Investimento RE-C03-i04: Implementar a Estratégia Regional de Combate à Pobreza e Exclusão Social – Redes de Apoio Social nos Açores (35 M€).
- Investimento RE-C03-i05: Plataforma +Acesso (3 M€).
- Investimento RE-C03-i06: Operações integradas em comunidades desfavorecidas nas Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto (250 M€).

C4. Cultura

Valorização do património cultural enquanto fator de identidade, coesão social, conhecimento, desenvolvimento, educação, turismo e economia.

INVESTIMENTOS

- Investimento RE-C04-i01: Redes Culturais e Transição Digital (93 M€).
- Investimento RE-C04-i02: Património Cultural (150 M€).

C5. Capitalização e Inovação Empresarial

Aumentar a competitividade e a resiliência da economia portuguesa com base em I&D, inovação, diversificação e especialização da estrutura produtiva.

REFORMAS

- RE-r09: Promoção da I&D e do investimento inovador nas empresas.
- RE-r10: Criação e desenvolvimento do Banco Português de Fomento.
- RE-r11: Alargamento e consolidação da rede de instituições de interface.
- RE-r12: Agenda de investigação e inovação para a sustentabilidade da agricultura, alimentação e agroindústria.
- RE-r13: Desenvolvimento do mercado de capitais e promoção da capitalização das empresas não financeiras.

INVESTIMENTOS

- RE-C05-i01.01: Agendas/Alianças mobilizadoras para a inovação empresarial (558 M).
- RE-C05-i01.02: Agendas/Alianças verdes para a inovação empresarial (372 M).
- RE-C05-i02: Missão interface – renovação da rede de suporte C&T e orientação para o tecido produtivo (186 M).
- RE-C05-i03: Agenda investigação e inovação para a sustentabilidade da agricultura, alimentação e agroindústria (93 M).
- RE-C05-i04-RAA: Recapitalizar sistema empresarial dos Açores (125 M).
- RE-C05-i05-RAA: Relançamento económico da agricultura Açoreana (30 M).
- RE-C05-i06: Capitalização de empresa e resiliência financeira/Banco Português de Fomento (empréstimo 1,550 M).

C6. *Qualificações e Competências*

Aumentar a capacidade de resposta do sistema educativo e formativo, combater as desigualdades sociais e de género, aumentar a resiliência do emprego.

REFORMAS

- RE-r14: Reforma do ensino e da formação profissional.
- RE-r15: Reforma da cooperação entre Ensino Superior e Administração Pública e empresas.
- RE-r16: Redução das restrições nas profissões altamente reguladas.
- RE-r17: Agenda de promoção do trabalho digno.
- RE-r18: Combate à desigualdade entre mulheres e homens.

INVESTIMENTOS

- RE-C06-i01: Modernização da oferta e dos estabelecimentos de ensino e da formação profissional (710 M).
- RE-C06-i02: Compromisso Emprego Sustentável (230 M).
- RE-C06-i03: Incentivo Adultos (225 M).
- RE-C06-i04: Impulso Jovens STEAM (130 M).
- RE-C06-i05-RAA: Qualificação de adultos e aprendizagem ao longo da vida (Região Autónoma dos Açores) (29 M).

C7. *Infraestruturas*

Reforçar a resiliência e a coesão territorial, aumentar a competitividade do tecido produtivo e contribuir para a redução dos custos de contexto.

- Investimento RE-C07-i00: Alargamento da Rede de Carregamento de Veículos Elétricos (0 M€).
- Investimento RE-C07-i01: Áreas de Acolhimento Empresarial (AAE) (110 M€).
- Investimento RE-C07-i02: Missing links e Aumento de capacidade da Rede (313 M€).
- Investimento RE-C07-i03: Ligações transfronteiriças (65 M€).
- Investimento RE-C07-i04: Áreas de Acolhimento Empresarial (AAE) – Acessibilidades Rodoviárias (142 M€).
- Investimento RE-C07-i05-RAA: Circuitos logísticos – Rede Viária Regional dos Açores (60 M€).

C8. *Florestas*

Desenvolver uma resposta estrutural na prevenção e combate de incêndios rurais com impacto ao nível da resiliência, sustentabilidade e coesão territorial.

REFORMAS

- RE-r19: Transformação da Paisagem dos Territórios de Floresta Vulneráveis.
- RE-r20: Reorganização do sistema de cadastro da propriedade rústica e do Sistema de Monitorização de Ocupação do Solo.
- RE-r21: Prevenção e combate de fogos rurais.

INVESTIMENTOS

- Investimento RE-C08-i01: Transformação da Paisagem dos Territórios de Floresta Vulneráveis (270 M€).
- Investimento RE-C08-i02: Cadastro da Propriedade Rústica e Sistema de Monitorização da Ocupação do Solo (86 M€).
- Investimento RE-C08-i03: Faixas de gestão de combustível – rede primária (120 M€).
- Investimento RE-C08-i04: Meios de prevenção e combate a incêndios rurais (89 M€).
- Investimento RE-C08-i05: Programa MAIS Floresta (50 M€).

C9. Gestão Hídrica

Mitigar a escassez hídrica e assegurar a resiliência dos territórios do Algarve, Alentejo e Madeira aos episódios de seca.

REFORMAS

- RE-r22: Gestão integrada e Circular dos Recursos Hídricos em Situações de Escassez.
- Investimento RE-C09-i01: Plano Regional de Eficiência Hídrica do Algarve (200 M€).
- Investimento RE-C09-i02: Aproveitamento hidráulico de fins múltiplos do Crato (120 M€).
- Investimento RE-C09-i03: Plano de eficiência e reforço hídrico dos sistemas de abastecimento e regadio da RAM (70 M€).

Dimensão transição Climática

C10. Mar

Desenvolver uma economia do mar mais competitiva, mais empregadora, mais coesa, mais inclusiva, mais digital e mais sustentável.

REFORMAS

TC-r23: Reforma do Ecosistema de Infraestruturas de Suporte à Economia Azul.

INVESTIMENTOS

- TC-C10-i01: Hub Azul, Rede de Infraestruturas para a Economia Azul (87 M).
- TC-C10-i02: Transição Verde e Digital e Segurança nas Pescas (21 M).
- TC-C10-i03: Centro de Operações de Defesa do Atlântico e Plataforma Naval (112 M).
- TC-C10-i04-RAA: Desenvolvimento do «Cluster do Mar dos Açores» 32 M.

C11. Desarbonização da Indústria

Descarbonização do setor industrial e mudança de paradigma na utilização dos recursos, para acelerar a transição para a neutralidade carbónica.

REFORMAS

- TC-r24: Descarbonização da indústria.

INVESTIMENTOS

- TC-C11-i01: Descarbonização da Indústria (715 M).

C12. Bioeconomia Sustentável

Acelerar a produção de alto valor acrescentado a partir de recursos biológicos, promover a transição climática e o uso sustentável e eficiente de recursos.

REFORMAS

- TC-r25: Bioeconomia Sustentável.

INVESTIMENTOS

- TC-C12-i01: Bioeconomia (145 M).

C13. Eficiência Energética em Edifícios

Reabilitação e eficiência energética, Transição energética e climática, Criação de emprego e Resiliência nacional e social.

REFORMAS

- TC-r26: Estratégia de Longo Prazo para a Renovação de Edifícios.
- TC-r27: Programa de Eficiência de Recursos na Administração Pública 2030 (ECO.AP 2030).
- TC-r28: Estratégia Nacional de Longo Prazo para o Combate à Pobreza Energética.

INVESTIMENTOS

- Investimento TC-C13 i01: Eficiência energética em edifícios residenciais (300 M€).
- Investimento TC-C13-i03: Eficiência energética em edifícios de serviços (70 M€).

C14. Hidrogénio e Renováveis

Promover a transição energética através do apoio às energias renováveis, com enfoque na produção de hidrogénio e de outros gases de origem renovável.

REFORMAS

- TC-r29: Estratégia Nacional para o Hidrogénio (EN-H2).

INVESTIMENTOS

- TC-C14-i01: Hidrogénio e gases renováveis (185 M).
- TC-C14-i02-RAM: Potenciação da eletricidade renovável no Arquipélago da Madeira (69 M).
- TC-C14-i03-RAA: Transição Energética nos Açores (116 M).

C15. Mobilidade Sustentável

Assegurar o desenvolvimento de projetos com forte contributo para a melhoria dos sistemas de transporte coletivo.

REFORMAS

- TC-r31: Reforma do Ecosistema dos Transportes.

INVESTIMENTOS

- TC-C15-i01: Expansão da Rede de Metro de Lisboa – Linha Vermelha até Alcântara (304 M).
- TC-C15-i02: Expansão da Rede de Metro do Porto – Casa da Música-Santo Ovídio (299 M).
- TC-C15-i03: Metro Ligeiro de Superfície Odivelas-Loures (250 M).
- TC-C15-i04: Linha BRT Boavista – Império (66 M).
- TC-C15-i05: Descarbonização dos Transportes Públicos (48 M).

A Dimensão Transição Digital

C16. Empresas 4.0

Reforçar a digitalização das empresas e recuperar o atraso face ao processo de transição digital.

REFORMAS

- TD-r31: Transição digital do tecido empresarial.

INVESTIMENTOS

- TD-C16-i01: Capacitação Digital das Empresas (100 M).
- TD-C16-i02: Transição Digital das Empresas (450 M).
- TD-C16-i03: Catalisação da Transição Digital das Empresas (100 M).

C17. Qualidade e Sustentabilidade das Finanças Públicas

Aumentar a transparência na utilização dos recursos públicos, Promover uma gestão integrada do património público e Melhorar a atuação da segurança social.

REFORMAS

- TD-r32: Modernização e Simplificação da Gestão Financeira Pública.

INVESTIMENTOS

- TD-C17-i01: Sistemas de informação de Gestão Financeira Pública (163 M).
- TD-C17-i02: Modernização da infraestrutura do sistema de informação patrimonial da Autoridade Tributária (43 M).
- TD-C17-i03: Transição digital da Segurança Social (200 M).

C18. Justiça Económica e Ambiente de Negócios

Reduzir a carga administrativa e regulamentar sobre as empresas, através da redução de obstáculos setoriais ao licenciamento e Aumentar a eficiência dos tribunais administrativos e fiscais.

REFORMAS

- TD-r33: Justiça económica e ambiente de negócios.

INVESTIMENTOS

- TD-C18-i01: Justiça económica e ambiente de negócios (267 M).

C19. Administração Pública Mais Eficiente – Capacitação, Digitalização e Interoperabilidade e Cibersegurança

Melhorar a relação dos serviços públicos com os cidadãos e as empresas, Otimizar a gestão e Libertar recursos para a promoção do investimento público.

REFORMAS

- TD-r34: Serviços Públicos digitais, simples, inclusivos e seguros para os cidadãos e para as empresas.
- TD-r35: Reforma funcional e orgânica da Administração Pública.
- TD-r36: Administração Pública capacitada para a Criação de Valor Público.

INVESTIMENTOS

- TD-C19-i01: Reformulação do atendimento dos serviços públicos e consulares (188 M).
- TD-C19-i02: Serviços eletrónicos sustentáveis (70 M).
- TD-C19-i03: Reforço do quadro geral de Cibersegurança (47 M).
- TD-C19-i04: Infraestruturas críticas digitais eficientes, seguras e partilhadas (83 M).
- TD-C19-i05-RAM: Transição Digital da Administração Pública da Região Autónoma da Madeira (78 M).
- TD-C19-i06-RAA: Modernização e Digitalização da Administração Pública Regional (Região Autónoma dos Açores) (25 M).
- TD-C19-i07: Capacitação da Administração Pública – formação de trabalhadores e gestão do futuro (88 M).

C20. Escola Digital

Inovação educativa e pedagógica, Desenvolvimento de competências em tecnologias digitais, Modernização do sistema educativo.

REFORMAS

- TD-r37: Reforma para a educação digital.

INVESTIMENTOS

- TD-C20-i01: Transição digital na Educação (500 M).
- TD-C20-i02-RAA: Educação digital (Região Autónoma dos Açores) (38 M).
- TD-C20-i03-RAM: Programa de aceleração da digitalização da Educação na Região Autónoma da Madeira (21 M).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Amaral, F. de (1994). *Curso de Direito Administrativo* (Vol. I). Almedina.
- Baptista Machado, J. (1992). *Participação e descentralização, democracia e neutralidade na Constituição de 1976*. Almedina.
- Caetano, M. (2003). *Princípios fundamentais do Direito Administrativo* (2.^a reimp.). Almedina.
- Cândido Oliveira, A. (2014). *Direito das autarquias locais* (2.^a edição). Coimbra editora.
- Cândido de Oliveira, A. (2009). Democracia local: a organização, os poderes e o funcionamento dos «plenos do concelho» na Galiza e das assembleias municipais no norte de Portugal. *Direito Regional e Local*, 5, 4-12.
- Cândido de Oliveira, A. (2005). *A Democracia Local (aspectos jurídicos)* (p. 18). Coimbra Editora.
- Casalta Nabais, J. (1993). A autonomia Local (alguns aspectos gerais), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Extra 2, 107-221 (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró).

- Castanheira Neves, M. J. (2004). *Governo e Administração Local*. Coimbra Editora.
- Cunha Rodrigues, N., Proença, N. A. e Cavaleiro, V. (2022). Modelo de governo e enquadramento jurídico-financeiro do PRR. *Revista de Direito Administrativo*, 13, 69-83.
- Figueiras, C. S. M., Moniz, A. R., Fonseca, I., Coutinho, J. F., Carvalho, R. e Neiva, M. (2017). Organização e funcionamento dos órgãos das autarquias locais. Em A. Cândido de Oliveira e C. J. Batalhão (coords.). *Jornadas dos 40 anos do Poder Local*. Associação de Estudos de Direito Regional e Local – AEDREL.
- Gomes Canotilho, J. J. e Vital Moreira, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Volume II, 4.ª Edição, revista- reimpressão). Coimbra Editora.
- José Batalhão, C. (2016). A CEAL e sua transposição para o ordenamento português: história da evolução legislativa e jurisprudencial do regime local português desde 1985 até aos nossos dias. *Dereito – Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 25 (Ext. XXX Aniversario de la Carta Europea de Autonomía Local). <https://doi.org/10.15304/dereito.25.Ext.3338>
- Maurício, A. (2004). A garantia constitucional da autonomia local à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cardoso da Costa* (Vol. I). Coimbra.
- Melo Alexandrino, J. (2010). Direito das Autarquias Locais. Em P. Otero e P. Gonçalves (coords.). *Tratado de Direito Administrativo Especial* (Volume IV, pp. 77 ss.). Almedina.
- Melo Alexandrino, J. de (2009). O défice de protecção do poder local: defesa da autonomia local perante o Tribunal Constitucional. *Direito Regional e Local*, 5, p. 12-27.
- Miranda, J. (2013). As freguesias, a Constituição e a Lei n.º 22/2012, de 30 de Maio. Em *A Reforma do Estado e a Freguesia*. ANAFRE-NEDAL.
- Monteiro da Fonseca, I. C. (2012). *Direito da Organização Administrativa – Roteiro prático* (Reimpressão). Almedina.
- Moreira, V. (1997). *Administração Autónoma e Associações Públicas*. Coimbra Editora.
- Amaral, F. de (1994). *Curso de Direito Administrativo* (Vol. I). Almedina.
- Pacheco de Amorim, J. (2017). Atribuições e competências das autarquias locais. Em A. Cândido de Oliveira e C. José Batalhão (coords.), *Jornadas dos 40 anos do Poder Local*. Associação de Estudos de Direito Regional e Local – AEDREL.
- Sosa Wagner, F. (2005). *Manual de Derecho Local* (9.ª Edição). Thomson – Aranzadi.



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 01-03-2022
Aceptado: 20-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11063>
Páginas: 78-93

Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina

Climate change and diachronical fundamental rights: German climate change sentence and its doctrine

Mario Ruiz Prieto

Universidad Complutense de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9977-6225>

marior10@ucm.es

NOTA BIOGRÁFICA

El autor es graduado en Filosofía y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente cursa un LL.M. (*Legum Magister*) en Derecho Alemán en la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo (Alemania). Sus principales áreas de interés son el Derecho público, con especial énfasis en el administrativo, y la Teoría del Derecho.

RESUMEN

La finalidad del artículo es comentar la sentencia sobre el cambio climático del Tribunal Constitucional Alemán y la doctrina novedosa sobre las obligaciones de protección que plantea en relación con las obligaciones de protección de los derechos fundamentales. Al hilo de la defensa de los derechos de las generaciones futuras, el Tribunal realiza una interpretación intertemporal o diacrónica de los derechos fundamentales que lleva a la declaración de inconstitucionalidad parcial de la Ley de Cambio Climático alemana. Esta proyección a futuro de los derechos fundamentales, especialmente relevante para un problema como el cambio climático, será analizada como un subtipo del esquema clásico de las relaciones jurídicas multipolares, aplicable a la hora de juzgar las obligaciones iusfundamentales de protección u obligaciones positivas del Estado. Por último, se señala la importancia de dichas obligaciones para la doctrina española a la hora de afrontar problemas como la pandemia COVID o la legislación española sobre el cambio climático.

PALABRAS CLAVE

Cambio climático; derechos fundamentales; relaciones multipolares; obligaciones positivas; obligaciones de protección.

ABSTRACT

The aim of the article is commenting the climate change sentence of the German federal court and the new doctrine on positive obligations regarding fundamental rights there developed. In order to protect the rights of future generations, the tribunal makes an intertemporal or diachronical interpretation of fundamental rights that causes the partial unconstitutionality of the German Climate Change Act. This future projection of fundamental rights will be analysed as a subtype of the classical schema used to analyse protection obligations of fundamental rights in multipolar relationships, particularly suitable to face climate change problems. Finally, we will remark the importance of this doctrine for Spanish law in order to face problems such as COVID or national regulation of climate change.

KEYWORDS

Climate change; fundamental rights; multipolar relations; positive obligations; protection obligations.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA. II.1. ¿JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL? II.2. EL RIESGO COMO INJERENCIA: LOS RIESGOS PARALESIVOS. III. PUNTOS DE INTERÉS. IV. LA APLICACIÓN DEL ESQUEMA *KLIMASCHUTZ*: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIACRÓNICOS EN RELACIONES MULTIPOLARES. IV.1. SUPUESTO DE HECHO. IV.2. TEST DE PROPORCIONALIDAD. IV.3. FINALIDAD. V. EL CONTRASTE CON EL DERECHO ESPAÑOL. DOS POSIBLES APLICACIONES. V.1. OBLIGACIONES IUSFUNDAMENTALES Y COVID. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA. V.2. LA CUESTIÓN CLIMÁTICA. UN MUNDO DE POSIBILIDADES. VI. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión climática está cobrando cada vez más importancia en el mundo del Derecho. Si no, que le pregunten a los Altos Tribunales. Las sentencias de Holanda¹, Irlanda², Francia³, Alemania⁴ y los litigios pendientes en EE.UU⁵ son una clara muestra de la relevancia que la cuestión climática ha adquirido. A raíz del Acuerdo de París de 2015 se ha producido un fuerte incremento en la producción legislativa sobre el cambio climático, especialmente en el plano europeo, al que ha seguido naturalmente un desarrollo paralelo en el ámbito judicial. El clima ocupa y, al fin, preocupa.

El objetivo de este trabajo es analizar la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el cambio climático (BVerfGE Klimaschutz) (apartados II) y sus principales puntos de interés (III). Destaca la obligación de protección diacrónica de los derechos fundamentales o, en otras palabras, el reconocimiento de las obligaciones estatales de protección de los derechos de las siguientes generaciones. Este aspecto lo analizaremos bajo el esquema habitual de análisis de dichas obligaciones, en la medida en que supone una ampliación de la doctrina de las obligaciones iusfundamentales de protección en relaciones multipolares. Dichas obligaciones están basadas en dos principios: la obligación estatal de protección como fundamento básico estatal y el principio de *neminem laedere* que rige la delimitación de las esferas de libertad en relaciones entre titulares de derechos fundamentales (IV). La orientación de los derechos fundamentales hacia el futuro (diacrónica) parte de la base de la protección de los derechos actuales (sincrónica) pero va más allá. No es casualidad que dicha doctrina haya surgido en relación con el cambio climático y la sostenibilidad, asuntos en los que el pensamiento a largo plazo es esencial a la hora de hablar de medidas de solución o contención del problema⁶. Por último, señalaremos las potenciales implicaciones que una doctrina de este tipo puede tener en asuntos como la pandemia (V.1) y la propia legislación española sobre el cambio climático (V.2).

II. LA SENTENCIA

La Sentencia del 24 de marzo de 2021 del Tribunal Constitucional alemán tiene por objeto el examen de la Ley de Cambio Climático (*Klimaschutzgesetz*, en adelante KSG) aprobada el 12 de diciembre de 2019, que establece el plan del estado alemán para cumplir con los objetivos de reducción de emisiones del CO₂ y gases de efecto invernadero recogidos en el Acuerdo de París del 12 de diciembre de 2015. Dicha Ley dio lugar a cuatro procedimientos de amparo, de los que trae causa la presente sentencia. En ella se declaran inconstitucionales por insuficiente regulación los artículos 3.1 frase 2 y 4.1 frase 3 KSG en conexión con el Anexo 2 de dicha Ley por vulnerar los derechos fundamentales de las futuras generaciones, dado que solo establecen los objetivos de emisiones hasta el año 2030. El Tribunal condena así al legislador alemán a regular antes del 31 de diciembre de 2022 el establecimiento de los objetivos de reducción de emisión de CO₂ a partir de 2030⁷. A continuación, procederemos a desgranar la argumentación procesal y material del Tribunal.

¹ Sentencia “Caso Urgenda” del Hoge Raad del 13-01-2020 (ECLI:NL:HR:2019:2007).

² Sentencia “Friends of the Irish Environment CLG vs. Ireland” del 31-07-2020 (Appeal núm. 205/19).

³ Decisión del Consejo de Estado “Commune de Grande-Synthe et autre” del 1-07-21 (núm. 427301).

⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 –1 BvR 2656/18– (disponible en versión alemana e inglesa en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html).

⁵ Caso pendiente del Tribunal Supremo “West Virginia v. Environmental Protection Agency”.

⁶ Appel (2005, p. 535).

⁷ Mandato ya cumplido a través de la modificación de la KSG a fecha de 18 de agosto de 2021. Sobre la reforma: Frenz (2021).

II.1. ¿Jurisdicción constitucional internacional?

Para la admisión a trámite de los recursos presentados, el Tribunal exige, de acuerdo con una línea jurisprudencial fuertemente consolidada, que los demandantes se vean afectados actual (i), propia e individual (ii) y directamente (iii) en sus derechos (párrafo 129). Inadmite, con ello, los recursos que se fundamentan en una violación «abstracta» de derechos fundamentales (párrafo 128), así como el planteado por una asociación ecologista que amparaba su legitimación activa en el art. 47 de la Carta Europea de Derechos Humanos a modo de «abogado de la naturaleza» (párrafos 136, 137).

Esta delimitación negativa se complementa positivamente con la afirmación del Tribunal de la afectación, tal y como alegan los recurrentes, de los artículos 2.2 frase 1 (cláusula general de libertad) y 14.1 LF (derecho de propiedad) en tanto recogen una obligación positiva de protección de un derecho a un futuro digno y un derecho fundamental a unas condiciones ecológicas mínimas (párrafo 127). Es especialmente llamativa la legitimación activa de dos ciudadanos residentes en Nepal y Bangladesh⁸ (párrafos 101 y ss.), desbordando así los límites territoriales normales de la jurisdicción constitucional.

II.2. El riesgo como injerencia: los riesgos paralesivos

En el análisis material de la constitucionalidad de los preceptos impugnados el Tribunal examina el posible incumplimiento de las obligaciones de protección del legislador⁹. Se centra, por un lado, en examinar la posible lesión de los derechos de libre desarrollo de la personalidad (art. 2.2 frase 1 LF) y de propiedad (art. 14 LF) tanto de los recurrentes residentes en Alemania como de aquellos residentes en el extranjero. Por otro lado, examina el cumplimiento de la obligación positiva del legislador en relación con un concepto de nuevo cuño, *eingriffsähnliche Vorwirkung* (literalmente «efectos previos asimilables a un perjuicio»; una posible traducción no literal podría ser «riesgo paralesivo»), y con el mandato de protección del medio ambiente contenido en el artículo 20a LF. Dos son, pues, las obligaciones positivas a examinar: la primera emana de las obligaciones de protección de los derechos fundamentales en sentido sincrónico, es decir, de derechos fundamentales actuales afectados (en a). La segunda de un mandato constitucional directo de protección del medio ambiente que, sin embargo, acaba siendo relacionado con la obligación de protección de los derechos fundamentales en su dimensión diacrónica o intertemporal, esto es, respecto de los derechos de las siguientes generaciones (en b). El nexo de ambos análisis son las obligaciones de protección de los derechos fundamentales, que justifican la jurisdicción del primer Senado del Tribunal¹⁰.

a) El análisis de la posible lesión del derecho a la libre personalidad (art. 2.1.1 LF) y del derecho a la propiedad (art. 14 LF) se divide a su vez en dos. El Tribunal analiza por separado las obligaciones de protección en el plano nacional (1) y en el internacional (2).

1. En el ámbito territorial interno, el Tribunal se ocupa primeramente del derecho a la libre personalidad y posteriormente del derecho de propiedad.

En primer lugar, el Tribunal define el contenido objetivo del derecho a la libre personalidad del art. 2.1.1 LF en relación con el cambio climático. Este obliga, de un lado, a la búsqueda de una solución del cambio climático en el plano internacional y, de otro, a la toma de medidas en el plano nacional para hacer frente a los peligros que éste genera y así contenerlos en un nivel constitucionalmente aceptable (párrafos 149-150). El análisis del cumplimiento de dichas obligaciones se efectúa en base a tres criterios con fundamento en la prohibición de defecto. Existe una lesión iusfundamental cuando las obligaciones de precaución o bien

⁸ Dicha admisión a trámite no se traduce en un igual tratamiento y análisis de sus derechos fundamentales. La igualdad procesal de residentes y no residentes no se traduce en igualdad material de las obligaciones de protección estatales respecto de sus derechos fundamentales [*infra*. 2.a).2].

⁹ La metodología del Tribunal es la característica de la doctrina alemana a la hora de analizar posibles injerencias en los derechos fundamentales: En primer lugar, se fija o define del contenido del derecho. En segundo lugar, se considera aquel acto o medida estatal que pueda ser considerado por acción u omisión como una injerencia. Por último, se aborda la cuestión de la justificación constitucional de dicha injerencia aplicando el test de proporcionalidad (prohibición de exceso o de defecto). Es en esta última parte donde se determina verdaderamente la (in)constitucionalidad de la medida. En castellano, dicho esquema está explicado en: Doménech (2006, p. 136 y ss.).

¹⁰ En Alemania, se puede decir que, *de facto*, hay dos Tribunales Constitucionales, pues el 1. Senat se ocupa exclusivamente de la protección de los derechos fundamentales y el 2. Senat del resto de disposiciones constitucionales.

no han sido en modo alguno observadas por ser manifiestamente inadecuadas (i) o totalmente insuficientes (ii), o bien en el caso de que se encuentren significativamente por debajo del objetivo de protección (iii). Ninguno de los criterios se cumple a juicio del Tribunal, con lo cual no existe violación del artículo 2.1.1 LF (párrafo 152-170).

Respecto del derecho de propiedad (art. 14 LF), al Tribunal le bastan dos párrafos (171 y 172) para concluir, en vista del análisis anteriormente efectuado de las medidas y enfatizando el margen de apreciación del legislador, que tampoco cabe apreciar un incumplimiento de la obligación de protección.

2. En cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito territorial externo, concretamente en relación con los recurrentes residentes en Bangladesh y Nepal, tampoco cabe apreciar vulneración alguna del deber estatal de protección. El Tribunal señala que la dicha obligación tiene distinto contenido debido a las limitaciones impuestas por el derecho internacional al poder estatal. La participación del Estado alemán en la reducción del aumento de la temperatura global, que se materializa tanto en el Acuerdo de París como en la ley objeto de examen, es suficiente (párrafos 178-181).

b) El *quid* de la Sentencia lo encontramos en el control de la norma en relación la obligación medioambiental del art. 20a LF y con el *eingriffsähnliche Vorwirkung* o riesgo paralelivo sobre los derechos fundamentales futuros. El Tribunal no constata vulneración alguna de la obligación medio ambiental, sin embargo, considera que el legislador ha vulnerado sus deberes respecto de los derechos fundamentales por no regular la situación jurídica relativa a los objetivos de emisión a partir del año 2030. El Tribunal fija el significado del concepto de riesgo paralelivo en relación atendiendo al carácter progresivo de la obligación constitucionalizada de reducir la temperatura a los niveles que marca el Acuerdo de París. Para alcanzarlo, la KSG fija el objetivo de la neutralidad de emisiones para el año 2050 y establece un presupuesto o cupo de emisiones totales (CO₂-Budget) a repartir anualmente hasta dicho momento. Pues bien, ante estas circunstancias, es evidente que «un uso intensivo del cupo de CO₂ intensifica el riesgo de limitaciones cada vez más intensas de la libertad, debido a que con ello se reduce el tiempo necesario para el desarrollo tecnológico y social gracias al cual se podría alcanzar, de un modo más respetuoso con las libertades, un cambio en las condiciones de vida actuales, todavía bastante ligadas a las emisiones de CO₂. Cuanto menor sea el cupo restante y mayores los niveles de emisión, más se acorta el tiempo restante para el desarrollo necesario. Pero cuanto menos se pueda recurrir a dicho desarrollo, más afectados se verán los titulares de derechos fundamentales por restricciones relativas a las emisiones de CO₂ cada vez más urgentes derivados de la disminución del cupo de CO₂» (párrafo 186). Es este *periculum in mora* el que justifica el concepto jurídico acuñado por el Tribunal. La cuestión, como se ve, es un tema de justicia distributiva, que afecta tanto a la disponibilidad futura del cupo como a los futuros efectos lesivos de su uso actual.

Para analizar los niveles de emisión contenidos en la KSG el Tribunal utiliza los siguientes criterios. De un lado, su adecuación con las obligaciones medio ambientales del art. 20a LF (1). De otro lado, el test de proporcionalidad aplicado de forma diacrónica, que implica la no imposición de cargas desproporcionadas sobre las libertades futuras de los recurrentes (2).

1. Respecto de la obligación positiva constitucional de protección del medio ambiente (art. 20a LF) el Tribunal constata que no existe violación alguna. En primer lugar, el artículo contiene una obligación a la protección frente al cambio climático (párrafo 198) (i). En segundo lugar y a consecuencia de lo anterior, dicho mandato constitucional limita el margen de apreciación del Estado. De un lado, por su carácter justiciable. De otro lado, porque obliga a buscar soluciones en el plano internacional mediante la asunción de compromisos vinculantes (conclusión de tratados) y la búsqueda de la cooperación internacional estimulando a terceros Estados a desarrollar una política internacional medio ambiental (párrafo 199-204) (ii).

- i. En lo relativo a la protección frente al cambio climático, el Tribunal considera que el art. 1 frase 3 KSG, en el que se asumen los objetivos del Acuerdo de París, cumple con las exigencias que el art. 20a LF impone. No obstante, va más allá. Ahora este compromiso tiene relevancia constitucional, de modo que este objetivo ha de ser entendido como la concreción de dicha obligación constitucional.
- ii. El control de la discrecionalidad del legislador se analiza en base al punto anterior. Cumplir con el objetivo de París es irrenunciable. Ahora bien, no cabe obligar al Estado a rebajar el objetivo a 1,5 °C, pues no existe un saber científico cierto que obligue a ello. Como contrapartida, el Tribunal reconoce el deber permanente del legislador de adaptar el derecho ambiental a los nuevos hallazgos y descubrimientos de la ciencia en materia climática (párrafos 211-214).

En base a lo anterior, realizando un examen basado en la prohibición de defecto y valorando la necesaria transformación del objetivo de aumento de temperatura en una normativa y un cupo de emisiones (párrafos 216-235), así como el necesario margen de apreciación del legislador (párrafos 236-242), es decir, conjugando la suficiencia de las medidas adoptadas con la necesaria discrecionalidad legislativa, el Tribunal concluye que no existe violación del artículo 20a LF.

2. Respecto de la aplicación del test de proporcionalidad, el Tribunal analiza la cuestión también bajo la óptica de la prohibición de defecto. Dicho criterio es aplicado sobre las libertades futuras, concluyendo que existe una violación de los derechos fundamentales de los recurrentes por regular insuficientemente la cuestión en relación con el riesgo paralesivo de los derechos fundamentales¹¹. No obstante, la inconstitucionalidad es parcial, pues afecta sólo a los artículos 3.1 frase 2 y 4.1 frase 3 KSG que regulan respectivamente los cupos de emisiones hasta el año 2030 y la fijación en años posteriores de los mismos a través de reglamento. El Tribunal analiza primero la no proporcionalidad de la omisión regulatoria del legislador (i) y, tras ello, la necesidad de regular los cupos mediante normas de rango legal (ii).

- i. Es interesante la argumentación respecto de la inconstitucionalidad de la omisión reguladora de los límites de emisión a partir de 2030. Tres son los requisitos que el Tribunal impone: la suficiencia de la regulación de la situación jurídica tras 2030 relativa a la contención de los peligros y la reducción de cargas que el cambio climático puede suponer para los derechos fundamentales (a), la necesaria creación de un plan que favorezca el desarrollo tecnológico y social de alternativas (b) y, por último, el establecimiento de una hoja de ruta para la reducción progresiva de las emisiones (b). Los tres, a juicio del Tribunal, se incumplen. En relación con el primero, señala que, aunque no se puede afirmar a ciencia cierta que se vayan a producir injerencias en los derechos fundamentales, la omisión regulatoria hace que el riesgo sea alto debido al agotamiento del cupo de emisiones. Ello hace necesario elevar el nivel de protección regulando los límites anuales de emisiones hasta 2050 de tal forma que se garantice la distribución intergeneracional equitativa del cupo. En segundo lugar, la planificación de dichos límites es necesaria de cara a ofrecer un entorno jurídico predecible para el desarrollo individual, tecnológico y económico-social. La reducción del uso de tecnologías contaminantes tiene como contrapartida el necesario desarrollo de tecnologías y formas de organización económico-sociales alternativas. En este sentido, el Tribunal señala que la fijación de los estándares de emisión tiene una doble misión: orientativa, en la medida en que ayuda a los individuos y a la sociedad a ajustarse a la nueva situación, y de salvaguarda de los intereses económicos, intereses de los que depende en buena medida la innovación tecnológica requerida. Por último, dada la naturaleza progresiva e irreversible del proceso, es necesario fijar los límites de emisión futuros de modo decreciente (principio de no regresión), para evitar la incongruencia de que estos sean mayores al final del proceso que al inicio (párrafos 244-255).
- ii. En segundo lugar, el Tribunal se detiene a analizar la exigencia de regular dichos límites de emisiones con una norma de rango legal. Ésta se justifica por motivos de seguridad jurídica, por el mandato de reserva de ley (art. 80.1 LF), que obliga a regular legalmente una materia tan relevante en materia de derechos fundamentales, y, finalmente, por la función legitimadora del procedimiento parlamentario (párrafos 256-265).

III. PUNTOS DE INTERÉS

Sucintamente, los principales puntos de interés de la sentencia son los siguientes:

1. En primer lugar, el aumento de la interdependencia entre los planos constitucional e internacional, que despliega efectos en ambas direcciones y afecta tanto a la fundamentación material como a la procesal. Respecto de esta última, cabe destacar la admisión del recurso de los residentes en Nepal y Bangladesh, en una suerte de jurisdicción universal. En relación con la fundamentación jurídico-material, es destacable la proyección internacional de las obligaciones constitucionales, obligando al Estado a una búsqueda proactiva

¹¹ Derechos fundamentales en general, sin particularizar. Sobre la expansión del concepto de injerencia en los derechos fundamentales: Isensee (2011, p. 465 y ss.).

de cooperación internacional en la cuestión climática¹², cuya contrapartida es la constitucionalización de obligaciones de derecho internacional¹³.

2. La principal innovación de la Sentencia es, como ya han destacado varios comentaristas, la perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales. La multipolaridad de las relaciones entre derechos cobra, pues, una nueva dimensión. A una perspectiva sincrónica, esto es, basada en los derechos actualmente existentes, se le añade una perspectiva intertemporal o diacrónica, que tiene en cuenta no sólo los derechos presentes sino también los futuros a la hora de distribuir equitativamente las cargas sobre los mismos. El Tribunal habla de libertad, pero en su argumentación está latente el principio de igualdad, pues en ella «los derechos de libertad se convierten en derechos de igualdad: en un derecho a la adecuada distribución intergeneracional de cargas»¹⁴.

3. Correlativo a una perspectiva diacrónica iusfundamental es el concepto de *eingriffsähnliche Vorwirkung* o riesgo paralesivo¹⁵. El refuerzo del papel protector del Estado es claro, más aún, es un desarrollo de la doctrina iusfundamental plenamente coherente con esta función estatal al amparo del principio de precaución¹⁶. Si desde una perspectiva sincrónica se protegen derechos actuales de lesiones o peligros, desde una perspectiva diacrónica se han de proteger también derechos futuros. El control y la gestión estatal de los riesgos también ha de tener en cuenta estos últimos. En este punto, hay quien habla de un «acercamiento de la doctrina de los derechos defensivos a la doctrina de las obligaciones positivas del Estado»¹⁷. También cabe hablar de un cierto grado de subjetivación¹⁸ del régimen jurídico medioambiental a través de la figura del riesgo paralesivo, en la medida en que permite un mayor control de la obligación positiva del art. 20a GG por parte de los titulares de derechos fundamentales¹⁹, pero conviene señalar que en ningún caso crea el Tribunal un derecho subjetivo medio ambiental²⁰. Tal y como mostraremos²¹, se trata verdaderamente de una ampliación de la actual doctrina de las obligaciones iusfundamentales de protección coherente con sus bases doctrinales.

4. El corolario de lo anterior es el refuerzo de la función directiva del Derecho. La planificación y dirección estatal cobra especial importancia en relación con la gestión de los riesgos²² en sentido jurídico y económico y su interconexión²³. De un lado, la estabilidad de la situación jurídica trae consigo un menor riesgo económico²⁴. De otro lado, el nexo entre inversión económica e innovación técnica y científica garantiza la producción de tecnologías alternativas necesarias para alcanzar la neutralidad en las emisiones y con ello menores riesgos iusfundamentales. Así, el riesgo económico es un interés jurídicamente relevante a tener en cuenta por el Tribunal, que se vehicula a través de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima y cristaliza en el concepto de previsibilidad, condición necesaria para el cálculo racional del *homo oeconomicus*²⁵.

5. La exigencia de regular la cuestión a través de ley frente a la regulación reglamentaria, coherente con la reserva de ley del Art. 80.1 LF y la teoría de esencialidad²⁶, que impone un mandato de optimización. A mayor injerencia en los derechos fundamentales, mayor necesidad de tipificación a través de normas de

¹² Sobre el rol de los DD.FF en la política exterior, en sentido opuesto a lo establecido por el Tribunal: Waldhoff (2009, p. 51 y ss.). El problema de fondo es la concepción de la Constitución como marco o como orientadora de la acción política. En la primera concepción, la Constitución establece los límites de la actuación Estatal. Política y derecho aparecen como fenómenos separados. En la segunda, impregna toda la actuación estatal al ser un texto programático. Política y derecho son inseparables. Böckenförde establece claramente esta alternativa al hilo de las obligaciones iusfundamentales de protección (Böckenförde, 1990, p. 24).

¹³ Möllers y Weinberg (2021, pp. 1074-1075).

¹⁴ Möllers y Weinberg (2021, p. 1073). También: Sinder (2021, p. 1084).

¹⁵ El autor de referencia, citado expresamente por el Tribunal para justificar la protección de las generaciones futuras en materia medioambiental, es Appel (2005, pp. 105-122).

¹⁶ Doménech (2006, p. 253 y ss.) y Simón (2012b, p. 23 y ss.).

¹⁷ Möllers y Weinberg (2021, p. 1073).

¹⁸ Alexy (1990, p. 60 y ss.).

¹⁹ Möllers y Weinberg (2021, p. 1076).

²⁰ En la doctrina española es obligado mencionar a Jordano Fraga como principal valedor de un derecho al medio ambiente: Jordano (1995) y Jordano (1996). En contra, recientemente: Simón (2012b).

²¹ En IV.

²² Sobre el concepto: Hansson (2018). En sentido jurídico: ver nota 40.

²³ Sucintamente, el riesgo jurídico hace referencia a la posibilidad de lesionar un bien jurídico y el riesgo en sentido económico, la probabilidad de lesionar/no obtener el rendimiento económico esperado.

²⁴ Sucintamente, sobre el concepto de riesgo regulatorio acuñado por la jurisprudencia, que precisamente, por obligar a soportar estos cambios, reconoce su influencia sobre la actividad económica: Rodríguez Bajón (2012).

²⁵ Sobre el concepto y su importancia en la teoría económica: Blackburn (2016) y Wheeler (2018).

²⁶ Möllers y Weinberg (2021, p. 1075).

rango legal (reserva material de ley)²⁷. Por otro lado, la necesaria legitimación democrática que garantiza el procedimiento legislativo no está reñida con la legitimación técnica. Es más, en este caso, van de la mano. Junto al deber de regular a través de ley el Tribunal impone la posterior revisión y adaptación²⁸ de los mismos al estado de la técnica y los nuevos avances científicos²⁹.

Finalmente, estos cambios en la dogmática constitucional se corresponden, de acuerdo con Rike Sinder, con las exigencias que el Antropoceno³⁰ como categoría interpretativa impone respecto de tres conceptos fundamentales: espacio, tiempo y riesgo³¹. Así, los cambios jurídicos relacionados con el ámbito territorial de las obligaciones, la dimensión diacrónica de los derechos internacionales, así como la introducción del concepto de riesgo paralelismo en relación con las obligaciones positivas del Estado, se corresponden estructuralmente con los problemas a los que nuestra época ha de hacer frente³². De esta forma, no es casual que este cambio doctrinal se produzca al hilo de la cuestión climática, sino que responde precisamente a los retos jurídicos que este ocasiona. La correlación, en este caso, es causalidad.

IV. LA APLICACIÓN DEL ESQUEMA *KLIMASCHUTZ*: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIACRÓNICOS EN RELACIONES MULTIPOLARES

Lo que diferencia el esquema utilizado por el Tribunal Constitucional alemán del resto de sentencias sobre el cambio climático es la concepción de las relaciones iusfundamentales multipolares desde una perspectiva diacrónica. Siguiendo el esquema de Isensee para las obligaciones iusfundamentales de protección en sentido estricto³³, consideramos que es aplicable la doctrina sentada por el Tribunal a problemas jurídicos que presenten las siguientes características.

IV.1. Supuesto de hecho

Los requisitos fundamentales del supuesto de hecho son una relación iusfundamental multipolar y un peligro.

1. Una relación multipolar iusfundamental diacrónica: Una relación multipolar, en palabras de Baño León, «se produce cuando el ejercicio de una potestad pública incide en posiciones jurídicas contrapuestas»³⁴. En estos casos, no cabe recurrir a la relación Estado-particular típica del Estado liberal. Tampoco cabe recurrir a la figura del tercero, pues ambos sujetos privados tienen iguales derechos. Es necesario reconocer un tipo distinto de relación. Un subtipo son las relaciones iusfundamentales triangulares³⁵ que involucran a dos particulares, agresor y agraviado (o lesionado), y al Estado. El Estado tiene el papel de garante activo de las libertades subjetivas, esto es, ha de proteger al agraviado, sujeto pasivo de una injerencia iusfundamental, del agresor, el causante o sujeto activo.

²⁷ Maurer y Waldhoff (2020, p. 127).

²⁸ En aras de garantizar no solo la creación de un marco jurídico adecuado sino también de su ejecución. Isensee (2011, p. 556).

²⁹ Sin olvidar las limitaciones del saber científico. «Por de pronto, hay que reparar en los límites de la ciencia. Si algo sabemos hoy con certeza es que nada podemos saber con certeza. Los científicos únicamente pueden ofrecer hipótesis, conjeturas, más o menos sólidas y corroboradas por la experiencia, pero en ningún caso verificables o falsables concluyentemente» (Doménech, 2006, p. 354). El propio Tribunal es consciente de estas limitaciones, reconociendo un margen de apreciación (*Spielraum*) al legislador. Ver también: Doménech (2013).

³⁰ El término, actualmente ubicuo, pero con origen en la Geología, fue acuñado por Eugene F. Stoermer en la década de los ochenta y popularizado por Paul J. Cruzen en su artículo "Geology of mankind" en el año 2002 para designar la creciente influencia del hombre sobre el planeta (<https://www.nature.com/articles/415023a.pdf>). Sobre el Antropoceno como categoría política, recientemente: Romero (2021).

³¹ Sinder (2021, p. 1081).

³² Sinder (2021, p. 1082 y ss.).

³³ Distinguimos entre obligaciones iusfundamentales de protección en sentido estricto y en sentido amplio. Las primeras se fundamentan en la obligación de protección de los DD.FF del Estado y en el principio *neminem laedere*. En ellas, el origen del daño es un particular y, por tanto, la estructura de la relación jurídica es trilateral o triangular: intervienen Estado-agresor-víctima. En este sentido: Isensee (2011, pp. 414 y ss., 529), Alexy (2007) y Böckenförde (1990). Las obligaciones de protección en sentido amplio se fundamentan únicamente en la obligación de protección iusfundamental estatal, lo que trae consigo la aplicación del principio de irrelevancia del origen del daño. En este caso, la relación jurídica no es trilateral, pues no involucra tres sujetos. Falta la relación agresor-víctima. Simón (2012b, p. 155) y Doménech (2006, p. 152).

³⁴ Baño (2018, p. 51).

³⁵ Isensee (2011, p. 416).

- a) Dimensión diacrónica: En la perspectiva diacrónica, el único cambio es que la relación entre agresor y agraviado involucra una acción presente, la del agresor, que lesiona o pone en peligro los derechos futuros del agraviado. Así, la relación entre lesión y derechos se invierte. Las obligaciones iusfundamentales sincrónicas, esto es, desde la perspectiva de los derechos actuales, se refieren sobre todo al efecto de acciones presentes y sus consecuencias respecto de derechos fundamentales ya existentes. Dada la relevancia de la noción de peligro (abajo, punto 2), se puede decir que la dimensión sincrónica tiene en cuenta sobre todo los efectos futuros de acciones actuales en derechos actuales. La actuación estatal se orienta hacia el presente, en la medida en que pretende salvaguardar derechos actuales de futuros daños. En la dimensión diacrónica, en cambio, este esquema se invierte. No se trata de proteger la situación jurídica presente de futuras injerencias, más bien al revés. Lo que se pretende salvaguardar es una situación jurídica futura, i.e., los derechos fundamentales de las futuras generaciones de acciones presentes. Se trata de una protección jurídica orientada hacia el futuro.

En relación con el cambio climático, agrade quien emite CO₂ al contribuir directamente al calentamiento global. Sujetos pasivos son principalmente los titulares de derechos fundamentales de las siguientes generaciones.

2. Peligro o riesgo³⁶: Donde cabe distinguir entre los rasgos clásicos y el carácter diacrónico que añade de la sentencia.

- a) El concepto de peligro es la categoría central de las obligaciones iusfundamentales de protección³⁷ y consiste, tal y como señala Doménech Pascual, «en el producto de dos factores: el daño posible y la probabilidad o verosimilitud de que éste ocurra»³⁸. El acento se pone, pues, en el aspecto preventivo (frente al represivo) del derecho. Frente a lesiones potenciales objetivas, medidas que disminuyan la probabilidad de su aparición, teniendo en cuenta que no existe –ni es deseable– el riesgo cero³⁹.
- b) Carácter intertemporal: La característica fundamental en la relación diacrónica es que el riesgo o peligro ha de ser soportado por titulares de derechos futuros, bien por no haber nacido el derecho o bien por no haber nacido el titular. De ahí el uso de la figura del riesgo paralesivo referida a los derechos de las siguientes generaciones.

En el caso del cambio climático, tal y como afirma el Tribunal, el peligro es objetivo (fundado científicamente), significativo (excluyendo riesgos residuales) y proyectado hacia derechos futuros, de ahí su carácter intergeneracional.

3. Relación lesiva entre particulares (*neminem laedere*)⁴⁰: La cuestión ha de involucrar una distribución de derechos y cargas de forma tal, que la ganancia de un sujeto implica necesariamente la pérdida de otro⁴¹. De este modo, el origen del peligro es la acción de un particular: hay relación triangular. La cuestión consiste entonces en delimitar las esferas individuales de libertad, evitando a través de la acción estatal las lesiones de derechos entre particulares.

³⁶ Aquí utilizamos ambos términos como sinónimos, tal y como hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia (señalado por: Sinder, 2021, p. 1085) y siguiendo a Doménech Pascual (Doménech, 2006, p. 249 y ss.), quien señala que dicha distinción no existe en el derecho español. En Derecho alemán: Isensee (2011, p. 525) y la bibliografía allí citada.

³⁷ Isensee (2011, p. 525 y ss.).

³⁸ Doménech (2006, p. 251).

³⁹ Simón (2012b, pp. 149-153) e Isensee (2011, pp. 534-535).

⁴⁰ Este punto marca la diferencia entre el análisis de una obligación objetiva y una obligación iusfundamental de protección. Una obligación objetiva no plantea un problema distributivo en sentido estricto, sino, por un lado, un problema de medios-fines en relación con la suficiencia y la idoneidad de las medidas respecto del objetivo a cumplir y, por otro lado, un problema en relación con una posible injerencia en los derechos fundamentales defensivos enmarcable dentro de la relación clásica Estado-particular. Cabe hablar de ponderación de bienes en sentido amplio, pero no de distribución de derechos y/o cargas entre particulares. El análisis, desde un punto de vista práctico jurisprudencial (no así procesal), no varía, pues en la relación con el particular se aplica el test de proporcionalidad clásico y respecto de la obligación objetiva se aplican los mismos criterios que rigen para la prohibición de defecto: idoneidad y suficiencia. La diferencia, no obstante, radica en la situación jurídica que se enjuicia y en los principios doctrinales implicados.

⁴¹ Aquí se plantea la distinción entre el principio del Estado social y el del Estado iusprotector. Ambos involucran problemas distributivos, pero mientras que el primero se centra en la redistribución patrimonial, el segundo en la distribución de los ámbitos de libertad bajo la máxima *neminem laedere*. En román paladino, tu libertad acaba donde empieza la del otro. En palabras de Isensee, «los deberes iusfundamentales de protección se refieren al disfrute de las libertades fundamentales en condiciones de igualdad sin la injerencia de otros sujetos privados, mientras que los deberes de protección social hacen referencia a las condiciones sociales en las que de facto se ejercitan los derechos fundamentales» (Isensee, 2011, p. 507). Ello no excluye, claro está, que una cuestión pueda ser analizada bajo la óptica de ambos principios protectores.

El objetivo de la neutralidad de emisiones se vuelve susceptible de análisis bajo la óptica de las obligaciones iusfundamentales de protección en sentido estricto en el momento en que el que se crea un cupo de CO₂ (CO₂-Budget), esto es, se hace patente el carácter finito de las emisiones posibles, enfatizándose la causalidad entre las emisiones presentes y los riesgos futuros y creándose así un juego de suma cero, en el que la ganancia de una generación es la pérdida de la otra. En tal situación, cabe distinguir dos vertientes del gasto del cupo. Por un lado, todo gasto actual de emisiones impide un gasto futuro, gasto que puede ser necesario para garantizar un determinado nivel socioeconómico necesario para el ejercicio material de los derechos fundamentales (carácter beneficioso de las emisiones) (a). Por otro lado, dada la naturaleza progresiva del cambio climático, se considera irreversible⁴² toda emisión presente de CO₂, es decir, las emisiones presentes provocan una lesión o peligro irremediable a las generaciones futuras por sus efectos sobre el calentamiento global (carácter lesivo) (b). La clave es, por tanto, la distribución equitativa de las cargas entre generaciones⁴³.

IV.2. Test de proporcionalidad

La vara de medir es la utilizada en las obligaciones iusfundamentales de protección. El esquema clásico basta para dar cuenta del problema jurídico. La única diferencia es que, en lugar de tenerse en cuenta los derechos de sujetos actuales (dimensión sincrónica), se tienen en cuenta también los de los sujetos futuros. Al amparo del principio *non laeminem laedere* y la obligación de protección⁴⁴, el primer fundamento del Estado (*protego ergo obligo*), son necesarios tres sujetos: agresor, lesionado y Estado. El primero lesiona los derechos del segundo, que ha de recibir amparo del tercero a través de instrumentos jurídicos adecuados y suficientes. Objeto de examen son, entonces, las actuaciones y normas que el Estado dicta en relación con los derechos fundamentales tanto del agresor, como de la víctima. Dicho análisis se divide a su vez en dos relaciones jurídicas bilaterales: Estado-agresor y Estado-víctima, a las que se aplica el test de proporcionalidad. Respecto de la primera, se analiza el carácter lesivo de la actividad del Estado (prohibición de exceso), respecto de la segunda, el carácter lesivo de la omisión, es decir, la suficiencia de las medidas (prohibición de defecto)⁴⁵.

1. Prohibición de exceso: Siguiendo el esquema del test de proporcionalidad clásico, los elementos a probar son la idoneidad (a), la suficiencia (b) y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (c)⁴⁶. Conviene remarcar que el Tribunal Constitucional alemán no analiza este tipo de relaciones en la Sentencia comentada ¿Quién calla otorga? En este caso podemos suponer que el silencio equivale a aquiescencia, lo cual ha sido objeto de crítica⁴⁷. El Tribunal solo se preocupa de analizar las obligaciones iusfundamentales de protección, lo que supone que a efectos prácticos se entienda que las medidas restrictivas de derechos fundamentales (limitación de emisiones, etc.) están justificadas, es decir, son proporcionales. Ello no significa que en casos similares no sea aplicable el test de proporcionalidad a la hora de enjuiciar la prohibición de exceso.
2. Prohibición de defecto⁴⁸: Los puntos a analizar en este caso son la idoneidad (a) y la suficiencia (b) de las medidas de protección legalmente establecidas, presupuesto un determinado margen de actuación estatal a la hora de elegir entre las distintas alternativas regulatorias existentes. En la sentencia se analizan por separado dichas obligaciones respecto de los derechos fundamentales actuales (perspectiva sincrónica) y las libertades futuras (diacrónica), concluyéndose que sólo las segundas han sido objeto de lesión por insuficiente regulación.

Como excursus, cabe señalar que existen dos posiciones respecto de la diferencia entre ambos tipos de análisis. La Teoría de la convergencia sostiene que no hay diferencia estructural entre la prohibición de exceso y la de defecto, pues en ambas la lesión de derechos fundamentales es imputable (directa o indirectamente, por acción u omisión culpable) al Estado y, por ello, en ambas cabe aplicar el test de proporcionalidad

⁴² Irreversibilidad enfatizada por Sinder (2021, p. 1086).

⁴³ Sobre el cambio climático como problema de distribución de recursos escasos desde el punto de vista ético: Singer (2006, p. 418 y ss.).

⁴⁴ Isensee (2011, pp. 417-418).

⁴⁵ Alexy (2007, p. 119 y ss.), Alexy (1986, pp. 420-428) y Baño (2018, pp. 51-55).

⁴⁶ Isensee (2011, pp. 435-479).

⁴⁷ Möllers (2021).

⁴⁸ Simón (2012b, pp. 267-272) e Isensee (2011, pp. 516-567).

basado en la prohibición de exceso⁴⁹. Nosotros nos hemos decantado por la separación fundamentalmente en base a tres argumentos. En primer lugar, por una cuestión de dogmática jurídica. No cabe analizar con la misma perspectiva las relaciones *inter privados* y las relaciones jurídico-públicas, pues se incurre en una suerte de totalitarismo al considerar en último término a los sujetos privados como agentes estatales⁵⁰. En segundo lugar, por la propia estructura de la obligación a enjuiciar. En la prohibición de exceso, se analiza la obligación estatal de no injerencia, un no hacer, en la de defecto, la obligación de intervenir en la regulación jurídico-privada, esto es, un hacer. La primera conduce a una única situación correcta, la segunda, a una pluralidad. «En este sentido, los derechos de defensa frente al estado tienen una estructura conjuntiva, mientras que la de los derechos de protección es alternativa o disyuntiva»⁵¹. Por último, hay que tener en cuenta que lo que se enjuicia en este último caso no es la lesión o peligro como tal sino la respuesta del Estado ante estos⁵². La postura convergente desconoce esta distinción.

IV.3. Finalidad

La finalidad de las medidas adoptadas no es otra que la protección de los derechos fundamentales a través del establecimiento de obligaciones de protección. Existen dos vías:

1. Clásica: La vía clásica pasa por garantizar legalmente un reparto equitativo intergeneracional de derechos y cargas, es decir, que quede suficiente porción del pastel para todos (a) y, a su vez, garantizar que las emisiones actuales no causen un daño desproporcionado a las generaciones futuras, dada la naturaleza progresiva del problema. De ahí la importancia del principio de no regresión (b). Es, por tanto, un problema distributivo clásico, que se resuelve alcanzando el «justo equilibrio»⁵³ entre los derechos de las generaciones presentes y los de las futuras. En el caso del cupo del CO₂, la necesidad de un reparto equitativo se plasma en el necesario establecimiento de los límites tras 2030.
2. Creación de alternativas: La protección de los derechos fundamentales en su faceta diacrónica permite darle a la cuestión otra vuelta de tuerca. El objetivo final, en caso de ser posible, ha de ser la conversión del juego de suma cero en un juego de suma no nula (win-win), incentivando la generación de alternativas que rompan la relación de causalidad entre la actuación de un sujeto y la lesión de los derechos de un igual. Es decir, hay que acabar con la lesividad *inter privados* poniendo en práctica medidas tendentes a disolver la propia relación triangular, la raíz del problema. Tal y como la Sentencia pone de manifiesto, ello se logra poniendo fin la relación causal existente entre la actividad socioeconómica y la lesión de derechos fundamentales, cuyo nexos está en las emisiones de CO₂.

Así, la reducción de la dependencia entre emisiones de CO₂ y protección de derechos fundamentales a través del desarrollo de nuevas tecnologías y formas de organización social que garanticen un nivel de protección suficiente de los derechos fundamentales de las futuras generaciones permite superar el problema distributivo clásico basado en la competición intergeneracional. Las generaciones compiten, de un lado, por garantizarse una determinada parte del cupo, de otro lado, para evitar que la acción presente genere un excesivo daño futuro. La determinación del justo equilibrio es una parte del problema, pero no basta. La otra parte del problema es acabar con el problema mismo, eliminando su carácter competitivo a través de la generación de alternativas. Así, de una relación intergeneracional competitiva se pasa a una relación cooperativa, en la que los derechos de las generaciones futuras se asientan sobre el desarrollo tecnológico y social producto del trabajo de las anteriores. Esta idea es el segundo pilar de la obligación de fijar los límites de emisión tras 2030 que

⁴⁹ Para una síntesis y valoración crítica de esta posición: Isensee (2011, p. 256 y ss.). Entre nosotros la ha defendido Doménech (2006, p. 167 y ss.).

⁵⁰ Isensee (2011, p. 538 y ss.).

⁵¹ Alexy (2007, p. 108). Defienden también la distinta estructura de las obligaciones de protección y de los derechos de defensa: Isensee (2011) y Böckenförde (1990, p. 21). Entre nosotros, con revisión crítica de la posición de Doménech Pascual, destaca Simón (2012b, p. 159 y ss.).

⁵² No se trata de protección frente al Estado, sino a través del Estado (Isensee, 2011, p. 419).

⁵³ El justo equilibrio entre los distintos intereses afectados es el criterio que utiliza el TEDH para el examen de las obligaciones positivas (Simón, 2012b, pp. 267-273 y Doménech, 2006, p. 159 y ss.). Tal y como señala Doménech Pascual, el test de proporcionalidad y la idea del justo equilibrio «vienen a expresar lo mismo: una decisión es proporcionada si, y solo si, alcanza el óptimo equilibrio entre los diversos intereses a los que afecta y que exigen ser realizados hasta donde sea posible».

el Tribunal impone, a fin garantizar un escenario propicio para el cálculo económico y la innovación que fomente el surgimiento de tecnologías verdes.

Llegados a este punto, la pregunta que la doctrina alemana se ha hecho es si esta perspectiva iusfundamental diacrónica es aplicable también a problemas como la deuda nacional o el sistema de pensiones⁵⁴. En el ámbito medioambiental, esta cuestión podría plantearse, además de en relación con el cambio climático, en temas como el almacenamiento de residuos a largo plazo, en especial, residuos nucleares. También en problemas de sobreexplotación del suelo, aguas⁵⁵, etc. En definitiva, problemas de largo recorrido, que afectan a diferentes generaciones y en los que la acción de una generación repercute directamente en los derechos de las generaciones posteriores, problemas, en fin, para los que la protección sincrónica de los derechos fundamentales no da una respuesta satisfactoria.

V. EL CONTRASTE CON EL DERECHO ESPAÑOL. DOS POSIBLES APLICACIONES

El criterio del Tribunal Constitucional alemán podría ser aplicado en España a dos temas de rabiosa actualidad como son la pandemia COVID-19 y la cuestión del cambio climático.

V.1. Obligaciones iusfundamentales y COVID. Una oportunidad perdida

Tomemos, pues, como vara de medir la doctrina que fundamenta la Sentencia, haciendo abstracción de los derechos fundamentales diacrónicos, y observemos el tratamiento que el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) da a los derechos fundamentales en la Sentencia sobre el Estado de Alarma I⁵⁶. En ella, el TC aborda el análisis de la cuestión únicamente desde una perspectiva bilateral Estado-particular, en la que los derechos fundamentales son únicamente derechos defensivos⁵⁷. Se echa en falta una interpretación de los mismos que reconozca las obligaciones de protección que de ellos emanan. Las razones son de mejora normativa (1) y funcionales (2).

1. La fijación de un deber de protección iusfundamental que emanase, pongamos por caso, del derecho a la vida y la integridad física (15 CE)⁵⁸, obligaría, en caso de aplicar el mismo criterio que el Tribunal Constitucional alemán, al establecimiento de criterios comunes basados en la evidencia científica existente y su posterior adaptación a la misma. En lugar de eso, hemos tenido medidas de dudosa efectividad y base científica (por ejemplo, la obligación de llevar mascarilla en exteriores⁵⁹) junto con un caos a la hora de fijar los estándares de incidencia a partir de los cuales se activaban medidas de confinamiento domiciliario, que han variado sin cesar territorial y temporalmente, generando una gran inseguridad jurídica. Y esto no es problema de considerar a las comunidades autónomas como competentes en materia sanitaria, pues no es un problema de ejecución, sino de legislación básica. El establecimiento de criterios comunes no está reñido con la descentralización de su ejecución (véase el caso alemán).
2. La Sentencia es del 14 de julio de 2021, más de dos años después del comienzo de la pandemia. Sus efectos sobre la situación jurídica existente son insignificantes⁶⁰. Solo reconoce efectos sobre procedimientos pendientes y excluye todo tipo de responsabilidad patrimonial del Estado con la paradójica argumentación de que existe un deber de soportar medidas que han sido declaradas ilegales. El reconocimiento de obligaciones iusfundamentales de protección, por el contrario, permitiría haber intervenido activamente al TC en el manejo jurídico de una situación que distaba –y

⁵⁴ Möllers y Weinberg (2021, p. 1077).

⁵⁵ En la doctrina alemana hay quien ha propuesto crear, de forma paralela a la creación de un presupuesto o cupo sobre el CO₂, un cupo sobre el uso del agua, dados los pronósticos sobre su escasez, en un proceso general de control a través de cupos o presupuestos de recursos esenciales (Kotulla y Kotulla, 2022, p. 10). La legislación europea sobre el agua y en particular la Directiva Marco de Aguas del 23-10-2000 son precisamente un modelo para Appell en lo que a política ambiental se refiere por situar el concepto de sostenibilidad en el centro (Appel, 2005, p. 454 y ss.).

⁵⁶ STC 148/2021 del 14 de julio de 2021.

⁵⁷ Para un repaso de la amplísima bibliografía y los fenómenos jurídicos más relevantes, véase Doménech (2021), quien divide las posiciones doctrinales en dos, la dogmática y la pragmática. Un resumen reciente del estado de la cuestión en: Presno (2021).

⁵⁸ En este sentido, Doménech (2021, p. 363).

⁵⁹ Recientemente ratificada por el Real Decreto-ley 30/2021, de 23 de diciembre de 2021 (art. 6).

⁶⁰ Doménech (2021, p. 376).

dista— de estar resuelta. Habría facultado a los particulares a acudir a los tribunales ordinarios en defensa de sus derechos exigiendo, por ejemplo, actuaciones efectivas por parte de las autoridades autonómicas. También habría podido sentar doctrina aplicable a temas como una hipotética campaña de vacunación obligatoria, asunto en el que la relación jurídica triangular cobra especial relevancia⁶¹. Nada de esto ha sucedido y el TC, más que de garante de la Constitución, ha ejercido de órgano de certificación constitucional, poniendo a toro pasado el sello de (i)legitimidad constitucional sin verdaderamente intervenir en la situación jurídica existente. Una oportunidad perdida.

V.2. La cuestión climática. Un mundo de posibilidades

La ley de cambio climático española⁶² (en adelante LCC), calificada por Alenza García como «un pequeño paso para la legislación climática y un gran paso para la climaticidad»⁶³, es la ley gemela de la KSG enjuiciada por el Tribunal Constitucional alemán y responde a las obligaciones contraídas por España en los planos internacional (Acuerdo de París de 2015) y comunitario (el Pacto Verde Europeo y los Reglamentos 2018/1999 y 2021/1119). López Ramón ha señalado que «se parece más a un plan de actuación gubernamental que a una norma jurídica»⁶⁴, lo cual también la acerca a su homóloga alemana. Son normas finalistas más que condicionales. En efecto, la norma se caracteriza por establecer una serie de obligaciones de resultado, siendo la principal el cumplimiento del objetivo de París (neutralidad de emisiones en 2050 según el art. 1) y sus corolarios reducciones de los objetivos de emisión y aumento de la importancia de las renovables para el año 2030 (art. 3). Para ello, la ley dispone una serie de títulos de habilitación al Gobierno central⁶⁵, establece una serie de recursos humanos y financieros (Título VII) y una serie de principios rectores de la actuación de los poderes públicos (art. 2). En relación con las Administraciones locales, destaca el art. 14, que establece la obligación para los municipios de más de 50.000 habitantes de establecer «medidas de mitigación que permitan reducir las emisiones derivadas de la movilidad». En relación con la Sentencia anteriormente expuesta, interesa resaltar los siguientes puntos: la aplicación obligaciones iusfundamentales de protección (1), el aspecto procedimental y la integración del saber técnico y científico (2) y, por último, la habilitación reglamentaria (3).

1. Respecto de las obligaciones iusfundamentales de protección, la doctrina, pese a lamentar que no exista un derecho subjetivo al medio ambiente⁶⁶, sí reconoce la progresiva «ecologización» de los derechos fundamentales⁶⁷. En este sentido, Lozano Cutanda ha analizado el control judicial por omisión (*injunctio*) por parte de los Tribunales españoles al hilo de las Sentencias francesa y alemana, señalando la disposición de la judicatura a la protección del medio ambiente por la vía de las obligaciones positivas. Al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (rec. 239/2013) y de 3 de diciembre de 2008 (rec. 5550/2006) ha puesto de manifiesto «cómo la tensión entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico tiende a resolverse por los poderes públicos, acuciados por la presión social, a favor de este último mientras que los tribunales, compuestos por jueces de alta cualificación jurídico-técnica ajenos a las presiones electorales, son más proclives a la defensa de los recursos naturales y a la adopción de medidas eficaces para combatir el cambio climático»⁶⁸.

Pues bien, con la LCC en la mano y los Reglamentos comunitarios, y a falta de un posterior desarrollo normativo, parece claro que este refuerzo de las obligaciones positivas medio ambienta-

⁶¹ Austria ha implantado la vacunación obligatoria a partir del 1 de febrero y otros, como Francia o Alemania, lo están estudiando. Véase: Hofmann y Neuföfer (2022). Sobre la (in)oportunidad de la vacunación obligatoria —que no es objeto de este trabajo— en España se ha pronunciado Boix Palop (Boix, 2022). Sobre los aspectos legales de una hipotética vacunación obligatoria: Cierco (2021, pp. 322-333). Sobre el tema, ver STEDH Vavříčka y Otros c. la República Checa, comentada por Cierco Seira. Un comentario de la misma en: Bouazza (2021, p. 234 y ss.).

⁶² Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

⁶³ Alenza (2021).

⁶⁴ López (2021a, p. 20). Alenza García a su vez señala la «Asimétrica densidad normativa y predominio de los contenidos programáticos» (Alenza, 2021).

⁶⁵ López Ramón ha llamado la atención sobre la poca atención que se presta a las comunidades autónomas (López, 2021a, pp. 12-14).

⁶⁶ Sobre la cuestión, ver por todos: Simón (2012b, pp. 72-78).

⁶⁷ Un camino que se abrió con la Sentencia del TEDH López Ostra (Lozano, 2021 y Baño, 1995). Para un análisis más actualizado del derecho al medio ambiente y la postura del TEDH: Fernández (2015).

⁶⁸ Lozano (2021, p. 77). Véase por todos, en relación con la acogida por los Tribunales ordinarios de las obligaciones positivas: Simón (2012b, p. 318 y ss.).

les se acentúa, máxime cuando se establecen plazos legales para el establecimiento de medidas. Pongamos por caso el art. 14.3 LCC que, como hemos señalado antes da de plazo a las Administraciones Locales de más de 50.000 habitantes hasta 2023 para la toma de medidas de mitigación de las emisiones relacionadas con la movilidad, entre las que destaca la obligación del establecimiento de zonas de bajas emisiones en el citado plazo (art. 14.3.a LCC). La no adopción de las medidas es exigible ante los Tribunales en tanto obligación legal, claro está, pero también pueden entrar en juego las obligaciones iusfundamentales de protección en caso de regulación insuficiente, especialmente en relación con el derecho a la vida del art. 15 CE⁶⁹, por generar un peligro contra la salud de los residentes en ella (por procedimiento preferente y sumario), además de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de daño a la salud a consecuencia de una exposición indebida a partículas nocivas. En fin, existe una amplia gama de situaciones jurídicas en materia medioambiental que pueden dar entrada a las obligaciones iusfundamentales de protección, incluso en su vertiente diacrónica. Por lo pronto, el Tribunal Supremo (TS) ha de pronunciarse sobre un recurso presentado por Greenpeace, Ecologistas en Acción y Oxfam Intermón sobre la cuestión. Tomando por modelo el Caso Urgenda holandés, se demanda al Estado por inacción y se reclama el cumplimiento de las obligaciones positivas contraídas tanto el plano internacional como en el europeo y el nacional. Este caso puede sentar un importante precedente en lo relativo a las obligaciones positivas medioambientales⁷⁰.

2. Respecto del papel del Comité de Personas Expertas de Cambio Climático y Transición Energética (art. 37 LCC) y el aspecto procedimental es destacable su escasa toma en consideración. En relación con el primero, llama la atención «que el Comité de Personas Expertas, creado en la Ley como principal instrumento de gobernanza en la materia, no intervenga en ninguno de los documentos de planificación y estrategia establecidos en la propia Ley»⁷¹. Ello cuestiona la legitimidad de las medidas, al poner bajo sospecha su fundamentación científica. Respecto del aspecto procedimental, López Ramón señala la ausencia de procedimientos específicos en la LCC⁷². Si la escasa participación del Comité pone en cuestión el fundamento científico de la regulación, la falta de procedimientos específicos cuestiona su legitimidad en la vertiente participativa del principio democrático (*status activus processualis*)⁷³. Destaca la creación de una Asamblea Ciudadana del Cambio Climático (art. 39 LCC), pero nada se dice de sus atribuciones y, sobre todo, nada se señala en relación con su participación en el procedimiento de producción reglamentaria. La LCC se limita a ratificar las obligaciones de transparencia e información de la Administración y a crear una página web (art. 39.2 LCC). Alenza García habla de un «olvido ciudadano en el seguimiento y control de la ley»⁷⁴. Dada la importancia de la materia para los años venideros, la remisión a las normas generales de elaboración de reglamentos parece insuficiente. En este punto, una mayor participación ciudadana, junto con la incorporación activa del Comité de Expertos al procedimiento de elaboración de reglamentos, ofrecerían mayores garantías de protección de los derechos de los particulares.
3. Por último, en relación con las amplias habilitaciones reglamentarias que la LCC contiene, es destacable que, dados los problemas existentes en el control de la Ley como fuente por parte de los ciudadanos al no existir recurso directo en amparo⁷⁵ (art. 42 LOTC), no es descabellado pensar que las normas de rango reglamentario puedan ser un instrumento que proteja mejor los intereses particulares⁷⁶. Esto, que ha sido señalado por la doctrina al hilo de la polémica sobre el Estado de

⁶⁹ Sobre la relación entre derecho a la salud y cambio climático en el plano autonómico, recientemente: Mora (2021).

⁷⁰ Lucas-Torres (2022).

⁷¹ López (2021a, p. 10).

⁷² López Ramón señala la ausencia de procedimientos específicos en la ley (López, 2021a, pp. 9-11). Compárese con la forma de abordar el problema en nuestro vecino, Francia, que ha creado una Convención climática compuesta por ciudadanos escogidos aleatoriamente a los que se presta asesoramiento jurídico y técnico. Tan cerca y a la vez tan lejos: López (2021b, p. 138 y ss.).

⁷³ Häberle (1972, p. 86 y ss.) y Baño (2018, p. 55 y ss.).

⁷⁴ Alenza (2021).

⁷⁵ Este problema no existe en Alemania, ya que el art. 93.1.4.^a de la Ley Fundamental reconoce la posibilidad de plantear recurso de amparo contra cualquier actuación de los poderes públicos, incluidas las leyes. Por ello, el Tribunal analiza el procedimiento democrático únicamente desde su dimensión legitimatoria.

⁷⁶ No es el único ámbito en que ocurre. Hay un procedimiento abierto por la Comisión Europea contra España debido al régimen de Responsabilidad Patrimonial. Son interesantes las Conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas el 9 de diciembre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:996), en las que se señala explícitamente la indefensión del particular frente a daños que provengan inmediatamente de normas con rango legal (párrafos 79-91).

Alarma⁷⁷, es aplicable también a la cuestión de las obligaciones iusfundamentales de protección. La menor publicidad del procedimiento reglamentario en comparación con el procedimiento legislativo, agravado por la ausencia de mecanismos expresos de participación, no es obstáculo para reconocer que otorga mayores posibilidades de control judicial.

VI. CONCLUSIÓN

Las obligaciones de protección iusfundamentales, en su perspectiva diacrónica, incrementan las posibilidades de protección de los derechos fundamentales. La Sentencia Klimaschutz del Tribunal Constitucional alemán es un buen ejemplo de ello. En especial, permite dar relevancia iusfundamental a aquellos peligros relacionados con la sostenibilidad, de cuyo adecuado tratamiento jurídico dependen en buena medida los derechos fundamentales de futuros titulares de derechos fundamentales. En el centro de la cuestión está, pues, una justa distribución de derechos y cargas entre generaciones.

No obstante, dicha protección ha de entenderse en consonancia con el resto de principios del ordenamiento. La adecuada distribución de las libertades en su perspectiva diacrónica no puede hacerse a costa de los titulares de derechos fundamentales actuales ni sacrificando principios fundamentales como el carácter social de las políticas. La distribución no ha de ir en contra de la redistribución y la igualdad de oportunidades. Si no es social, la distribución tampoco es justa⁷⁸. En este sentido, cabe recordar que los incentivos fiscales medioambientales han de respetar los principios de progresividad e igualdad, para con ello evitar que la cuestión climática se convierta en una excusa para el establecimiento de medidas regresivas y de corte segregador que a la postre suponen un recorte de derechos. Eso sería dar con una mano y quitar con la otra.

Dicha advertencia no es óbice para reconocer el avance que supone la doctrina que sienta la Sentencia, no solo en materia medioambiental sino para la doctrina iuspublicista. La Sentencia pone de manifiesto, de un lado, la recíproca influencia entre la parte especial y la teoría general iuspublicista⁷⁹, y de otro lado, la fecundidad de la cooperación entre un Tribunal atento a la doctrina y una ciencia jurídica con vocación práctica⁸⁰. Es un caso paradigmático. Centrándonos en lo doctrinal, supone un refuerzo de las obligaciones de protección que emanan de los derechos fundamentales, cuya relevancia es cada vez mayor en una sociedad en la que los peligros más importantes no provienen de la injerencia estatal en la esfera individual sino de los riesgos derivados de las actividades económico-sociales humanas⁸¹. Del Estado, entonces, no se reclama su abstención, sino precisamente el establecimiento de medidas de contención de dichos peligros, provengan ya de terceros, ya de problemas globales como el cambio climático que la propia acción humana incentiva y agrava. Del equilibrio entre la necesaria acción protectora del Estado (*protego ergo obligo*) y sus propios límites (*Quis custodis custodet?*) dependen en buena medida la futura vigencia y el respeto de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alenza García, J. F. (2021). Una nueva ley para una nueva era (sobre la ley española de cambio climático y transición energética). *Medio ambiente y derecho. Revista electrónica de derecho medioambiental*, 38-39. https://huespedes.cica.es/gimadus/38-39/38-02-una_ley_para_una_nueva_era.html
- Alexy, R. (1986). *Theorie der Grundrechte* (1.ª ed). Suhrkamp verlag.
- Alexy, R. (1990). Grundrechte als subjektive rechte und objektive normen. *Der Staat*, 29(1), 49-68. <http://www.jstor.org/stable/43642247>
- Alexy, R. (2007). Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz. En J. Siechkmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte* (pp. 105-122). Nomos.
- Appel, I. (2005). *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*. Mohr Siebeck.
- Baño León, J. M. (1995). La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales. En J. Esteve Pardo (ed.), *Derecho del medio ambiente y administración local* (pp. 613-628). Civitas.

⁷⁷ Tenorio (2021) y Doménech (2021, p. 376).

⁷⁸ En esta línea, comentando la sentencia: Becker-Neetz (2021).

⁷⁹ Schmidt-Assmann (2003, pp. 10-23).

⁸⁰ Problemático en el Derecho español: Rodríguez de Santiago (2021) y Doménech (2022). Sobre la relación complementaria entre ambas: Schmidt-Assmann (2013, pp. 3-27).

⁸¹ "In advanced modernity the social production of wealth is systematically accompanied by the social production of risks" (Beck, 1992, p. 19).

- Baño León, J. M. (2018). Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar. *Revista española de derecho administrativo*, 189, 47-64.
- Becker-Neetz, G. (2021). Klimaschutz oder Sozialstaat? *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*. <https://dx.doi.org/10.17176/20210715-020027-0>.
- Beck, U. (1992). *Risk society*. Sage Publications.
- Blackburn, S. (2016). *The Oxford Dictionary of Philosophy* (3.ª ed.). Oxford University Press.
- Böckenförde, E.-W. (1990). Grundrechte als grundsatznormen. *Der Staat*, 29(1), 1-31. <https://www.jstor.org/stable/43642245>
- Boix Palop, A. (2022, 9 de enero). *¿Vacunación Obligatoria?* Valencia Plaza. <https://valenciaplaza.com/vacunacion-obligatoria-opinion>.
- Bouazza Ariño, O. (2021). Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Administración Pública (RAP)*, 214, 211-228. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.08>
- Cierco Seira, C. (2021). La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos. En F. Velasco Caballero y B. Gregoraci Fernández (eds.), *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid extraordinario. Derecho y Política ante la pandemia: reacciones y transformaciones* (pp. 309-338). UAM/BOE.
- Doménech Pascual, G. (2006). *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Doménech Pascual, G. (2013). Not Entirely reliable: Private scientific organizations and risk regulation – The case of electromagnetic fields. *European Journal of Risk Regulation*, 4(1), 29-42. <https://doi.org/10.1017/S1867299X00002774>
- Doménech Pascual, G. (2021). Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19. *InDret*, 4, 345-411. <https://indret.com/dogmatismo-contra-pragmatismo/>
- Doménech Pascual, G. (2022, 2 de febrero). *La persistencia de los dogmas en el Derecho público español*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/la-persistencia-de-los-dogmas-en-el-derecho-publico-espanol>
- Fernández Egea, R. (2015). La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Últimos avances jurisprudenciales. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, 31, 163-204.
- Frenz, W. (2021). Das novellierte Klimaschutzgesetz. *Natur und Recht*, 43, 583-588. <https://doi.org/10.1007/s10357-021-3888-1>
- Häberle, P. (1972). Grundrechte im Leistungsstaat. *VVDStRL*, 30, pp. 43-132.
- Hansson, S. O. (2018, 19 de julio). *Risk*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/risk>
- Hofmann, A. y Neuföfer, S. (2022). Das «Corona»-Virus und die allgemeine Impfpflicht. *NVwZ*, 1-2, 19-26.
- Isensee, J. (2011). Rechtswirkungen der Grundrechte. En K. Isensee (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IX* (3.ª ed., pp. 414-567). C. F. Müller.
- Jordano Fraga, J. (1995). *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. J. M. Bosch.
- Jordano Fraga, J. (1996). El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva (ejemplar dedicado a: El derecho humano al medio ambiente). *Humana lura: suplemento de derechos humanos*, 6, 121-152.
- Kotulla, K. y Kotulla, M. (2022). Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz – wenn die Zukunft über die Gegenwart mitentscheiden darf. *Natur und Recht*, 44(1), 1-10. <https://doi.org/10.1007/s10357-021-3944-x>
- López Ramón, F. (2021a). Notas de la Ley de Cambio Climático. *Actualidad Jurídica Ambiental* (Sección Comentarios legislativos), 114. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-notas-a-la-ley-de-cambio-climatico/>
- López Ramón, F. (2021b). Cambio climático y participación a la francesa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, 119-148.
- Lozano Cutanda, B. (2002). La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina Lopez Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC. *Revista Española de Derecho Europeo*, 1, 175-202. <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/articulo/view/158>
- Lozano Cutanda, B. (2021). La discrecionalidad de la Administración –y de los jueces– en la protección del medio ambiente. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 96-97, 60-77.
- Lucas-Torres, C. (2022, 7 de febrero). *El Gobierno se enfrenta a una condena del Supremo por no actuar contra el cambio climático*. El Independiente. <https://www.elindependiente.com/espana/2022/02/07/el-gobierno-se-enfrenta-a-una-condena-del-supremo-por-no-actuar-contra-el-cambio-climatico/>
- Maurer, H. y Waldhoff, Ch. (2020). *Allgemeines Verwaltungsrecht* (20.ª ed.). C. H. Beck.
- Möllers, C. y Weinberg, N. (2021). Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Juristen Zeitung*, 76, 1069-1078. <https://doi.org/10.1628/jz-2021-0346>
- Möllers, M. H. W. (2021). Grenzenlose Schutzpflichten im Klimaschutz-Beschluss? *Recht und Politik*, 3(54), 284-290. <https://doi.org/10.3790/rup.57.3.284>
- Mora Ruiz, M. (2021). La protección de la salud y la lucha contra el cambio climático en el nivel autonómico: legislación básica de cambio climático y concurrencia de modelos como seña de identidad. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 12(2), 1-37. <https://doi.org/10.17345/rcda3160>

- Presno Linera, M. A. (2021). El Estado de Alarma en crisis. *Revista de las Cortes Generales*, 111, 129-197. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1611>
- Rodríguez Bajón, S. (2012). El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública (RAP)*, 188, 189-205. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-188-mayoagosto-2012/el-concepto-de-riesgo-regulatorio-su-origen-jurisprudencial-contenido-efectos-y-limites-3>
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2021, 3 de diciembre). *Sobre el diálogo entre jueces y profesores*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/sobre-el-dialogo-entre-jueces-y-profesores>
- Romero, J. (2021). Democracia ecológica y sistemas deliberativos ¿Un modelo político para el antropoceno? *Revista electrónica de derecho ambiental*, 38-39. https://huespedes.cica.es/gimadus/38-39/38-05-democracia_ecologica_y_sistemas_deliberativos.html
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons.
- Schmidt-Assmann, E. (2013). *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*. Mohr Siebeck.
- Simón Yarza, F. (2012a). El llamado derecho al medio ambiente: Un desafío a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 153-179. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-94-eneroabril-2012/el-llamado-derecho-al-medio-ambiente-un-desafio-la-teoria-de-los-derechos-fundamentales-2>
- Simón Yarza, F. (2012b). *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sinder, R. (2021). Anthropozänes Verfassungsrecht als Antwort auf den anthropogenen Klimawandel. *Juristen Zeitung*, 76, 1078-1087. <https://doi.org/10.1628/jz-2021-0362>
- Singer, P. (2006). Ethics and Climate Change: A Commentary on MacCracken, Toman and Gardiner. *Environmental Values*, 15(3), 415-422. <https://www.jstor.org/stable/30302197>
- Tenorio Sánchez, P. (2021). Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de los derechos fundamentales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), 195-223. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.25.08>
- Waldhoff, C. (2009). Die innerstaatlichen Grundrechte als Massstab der Aussenpolitik? En J. Isensee (ed.), *Menschenrechte als Weltmission* (pp. 43-80). Duncker & Humblot.
- Wheeler, G. (2018, 30 de noviembre). *Bounded Rationality*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/bounded-rationality/>



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 11-06-2021
Modificado: 11-09-2021
Aceptado: 14-09-2021
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11051>
Páginas: 94-108

Derecho a la ciudad, obras públicas locales y participación ciudadana

Right to the City, street public works, and citizen participation

Daniel B. Entrena Ruiz

Universidad Carlos III de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1393-0736>

daniel.entrena@uc3m.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor de Derecho Administrativo desde 2003 en la Universidad Carlos III de Madrid. Líneas de investigación: Derecho administrativo sancionador, Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente, Derecho Sanitario, en particular en materia de enfermedades raras. Abogado.

RESUMEN

Tras exponer la vinculación entre interés público, participación democrática y el Derecho a la ciudad, el trabajo analiza si el régimen jurídico establecido para el diseño y ejecución de las obras públicas en el ámbito local garantiza la participación de los ciudadanos. A tal fin, se disecciona en primer lugar, conforme a su régimen legal, los distintos tipos de obras existentes. Posteriormente se exponen los impedimentos que, en relación con la participación pública, contiene el régimen de las llamadas obras públicas ordinarias locales; finalmente, se desciende hasta un concreto ejemplo de reglamentación local para evidenciar que –en ausencia de un régimen general– dicha participación tiende a garantizarse cuando se aproxima al régimen de obras urbanísticas. El trabajo concluye exponiendo el caso de la Ley catalana de obra pública, que garantiza la participación pública a todos los ciudadanos en el procedimiento de licitación pública no solo de las obras autonómicas sino también locales.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la ciudad; urbanismo; obras públicas; obras públicas municipales; obras de urbanización; derecho a la participación; democracia; procedimiento administrativo.

ABSTRACT

After exposing the link between Public interest, democratic participation and the Right to the City, the paper analyzes whether the legal regime for the design and execution of public works at the local level guarantees the participation of citizens. To this end, in the first place, are exposed the different types of existing public works according to the legal framework. Subsequently, the research deeps in the impediments of the so-called ordinary local public work; finally, it descends to a specific example of local regulation to show that –in the absence of a general legal statute– participation is guaranteed when it approaches to the urban planning works legal regime. The paper concludes referring the hopeful example of the Catalan public works Law, which guarantees public participation even in the Public Procurement procedure.

KEYWORDS

Right to the city; planning land ruling; street public works; local street public works; urbanization development; right to participation; democracy; administrative procedure.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DERECHO A LA CIUDAD. 1. NOCIÓN, TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS PÚBLICAS LOCALES. 1.1. CLASES DE OBRAS PÚBLICAS LOCALES POR SU RÉGIMEN JURÍDICO. 1.2. LA VIGENCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE OBRAS MUNICIPALES ORDINARIAS Y OBRAS URBANÍSTICAS. 2. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL DISEÑO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS LOCALES. 2.1. LA DEFICIENTE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS OBRAS PÚBLICAS ORDINARIAS. 2.1.1. Ausencia de un régimen general de participación. 2.1.2. Implicaciones de la dependencia del régimen de contratación pública. 2.1.3. El sorprendente resultado de la aproximación a un ejemplo de reglamentación local de los proyectos de obras públicas ordinarias. 2.2. EL CONTRASTE CON LAS OBRAS PÚBLICAS DE GRANDES INFRAESTRUCTURAS. 3. CONCLUSIÓN Y DISCUSIÓN. TENDENCIA GENERAL A FAVORECER LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EL EJEMPLO DE LA LEY CATALANA DE OBRA PÚBLICA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN: PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DERECHO A LA CIUDAD¹

La transparencia administrativa y la participación ciudadana guían la actuación de todas las Administraciones Públicas [artículo 3.1.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)], contribuyendo a la adecuada precisión del interés general que justifica su actuación y potestades (artículo 129.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, LPAC en adelante).

Sobre la participación pública en la actuación administrativa la doctrina más autorizada ha trabajado con suficiencia y profundidad, tratando de clarificar la dispar y profusa cantidad de técnicas contenidas en la legislación². Por su título constitucional de adscripción y su distinto cometido (artículo 103 CE), la participación en la actuación administrativa se diferencia de la participación política que desarrolla el cuerpo electoral general (artículo 23 CE), pudiendo diferenciarse dentro de ella distintas técnicas que, a su vez, conectan bien con el Estado de Derecho, como es el caso de la participación de los interesados en el procedimiento administrativo (artículo 105 CE), bien con el Estado Social, que obliga a todos los poderes públicos a «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (artículo 9.2 CE).

Así lo entiende el Tribunal Constitucional (SSTC 119/1995, de 17 de julio, 28/2017, de 16 de febrero), para quien existe un *tertium genus* de participación ciudadana, que no es ni la correspondiente a la representación directa ni la usual de los interesados, sino que adquiere la forma de participación democrática en la toma de decisiones que no compromete la libertad de las Administraciones Públicas para adoptarlas, pero sí las informa³.

Este tipo de participación ha atravesado diversas etapas, pasando de la «ebullición de procesos participativos»⁴ o de una «euforia participativa» a la desconfianza⁵, para ahora ser impulsada de nuevo desde el fenómeno de la gobernanza (artículo 15 TFUE)⁶.

En nuestro país los más recientes Estatutos de Autonomía garantizan dicho derecho, aunque no sin poca confusión –mestizaje participativo, se llega a afirmar (Tolivar Alas, 2010)–, que tuvo un fuerte impulso a partir de la aprobación de Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (pese a su silencio al respecto), y sobre todo de los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129 de la LPAC, impulsándose la aprobación de normativa específica autonómica⁷.

¹ Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de “Excelencia del Profesorado Universitario” del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3MXX), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica). / This work has been supported by the Madrid Government (Comunidad de Madrid-Spain) under the Multiannual Agreement with UC3M in the line of Excellence of University Professors (EPUC3MXX), and in the context of the V PRICIT (Regional Programme of Research and Technological Innovation).

² Para conocer la literatura esencial de carácter general y sus aportaciones principales nos remitimos al trabajo de Tolivar Alas (2010). Respecto a los distintos instrumentos de participación en el ámbito urbanístico y su engarce constitucional ver Chinchilla Peinado (2016); Bermejo Latre (2013).

³ Ver al respecto Rando Burgos (2020, pp. 65-96).

⁴ Bermejo Latre (2013, p. 408) identifica dicha euforia con «un estado de ánimo colectivo caracterizado por un diseño inflacionario de órganos administrativos mixtos en la legislación sectorial, un vasto despliegue de la Administración consultiva, una revalorización teórica de los mecanismos típicos de audiencia e información pública en los procedimientos administrativos y un giro en la interpretación jurisprudencial acerca de la esencialidad y el carácter preceptivo de dichos trámites participativos»

⁵ Fernández Muñoz (2008, pp. 97-119).

⁶ Ponce Solé y Capdeferro Villagrasa (2017).

⁷ Es el caso de las Leyes 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha, 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, y la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía.

Si bien la legislación de régimen local reconoce a los vecinos el derecho a ser informados y participar en los asuntos que puedan resultar de su interés (artículos 16, 26, y 61 y ss. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL en adelante), el ámbito local queda habitualmente fuera de la referida normativa autonómica de participación pública⁸, y cuando han sido desarrollados lo han hecho con un marcado carácter electoral⁹, lo que no parece ser su configuración más idónea¹⁰. Para garantizar dicha participación los municipios se han lanzado a aprobar normativa local específica –en algún caso, de forma paradójica– prescindiendo de ella en su aprobación¹¹ pero que no dejan de contemplar dicho derecho como una facultad potestativa del órgano impulsor de cada actuación, en línea con lo contemplado en el artículo 83 de la LPAC.

El presente trabajo se centra la atención en un problema que, siendo antiguo, debería estar solucionado: la participación ciudadana en el diseño de las obras públicas. Una cuestión presente en la prensa diaria, habitualmente para expresar las molestias que las obras públicas generan entre la vecindad, para reflejar los resultados de los procesos participativos que se desarrollan en el diseño de los espacios urbanos, o para relatar las insuficiencias de la transformación realizada¹².

La participación ciudadana, plasmada en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, acorde con el Objetivo 16.7 ODS, constituye una garantía del denominado derecho a la ciudad, de contenido amplio y confuso, e incluso apartado de la revolucionaria idea de H. Lefebvre¹³ de que los ciudadanos se reapropiaran del espacio urbano, huyendo de una «ciudad» capitalista, movida solo en torno al valor económico y los intereses de los propietarios, para cambiarlo por el valor social del espacio urbano, autogestionado por los ciudadanos. Una idea cuya realidad exige de forma indisolublemente asociada su participación activa, alejada de su realización formal en procesos formales o políticos.

Este planteamiento se topa indudablemente con la concepción de nuestro Estado Democrático de Derecho, que conlleva la existencia de una Administración, que bajo la dirección del Gobierno tiene como misión constitucional servir con objetividad al interés general (artículo 97, 103 CE). No obstante, el derecho a la ciudad sigue siendo posible reconocerlo en el marco de nuestro Estado Social. Señala Parejo Alfonso que la construcción del espacio es reflejo de la relación del hombre con su medio, organizado aquel en torno a una forma de Estado, que es evolutivo, y que en nuestro caso es claramente Social; por ello, el espacio ya no es estático, resultado de una acción, sino un producto y medio al mismo tiempo, en cuanto condiciona la forma de vida futura y su propio diseño (Parejo Alfonso, 2013, p. 13 y ss.).

Todas ellas garantizan la efectividad del derecho a la participación mediante cauces específicos; la Ley de Castilla-La Mancha establece así la obligación de aprobar un Plan anual de Participación Ciudadana, con los proyectos normativos, planes y programas de políticas públicas que, por afectar a la ciudadanía, deben someterse a los distintos instrumentos y procedimientos de participación que contempla: aportaciones ciudadanas, foros de participación, recogidas de datos, reuniones de contraste, ponencias, procesos participativos, de diseño, de planificación de políticas y de servicios públicos, procesos de evaluación y seguimiento y procesos de promoción, elaboración y evolución de normativa. Similares mecanismos aparecen también en la Ley andaluza (artículos 12 y ss.) y en la madrileña (artículo 56). Finalmente, además, las tres leyes obligan a la Administración impulsora de los procesos participativos a motivar por qué se aparta eventualmente de su resultado, aunque indudablemente pueda servir para orientar su actuación.

⁸ Salvo en el caso de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre de Andalucía, el ámbito de aplicación se limita a la Administración autonómica, sin alcanzar con claridad a la Administración local, por lo que la participación en esta sede sigue siendo lo que quiera en cada caso contemplar la normativa propia de participación ciudadana.

⁹ Las consultas reguladas por la Ley 2/2001, de 3 de mayo, contemplan circunscripciones, Mesas electorales, Juntas locales y Junta Electoral de Andalucía, para procesos electorales distintos de los previstos para las elecciones autonómicas y locales, sobre «asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para sus intereses» (artículo 2), sobre los que se requiere conocer la opinión de los vecinos, sin que su resultado vincule a la Entidad Local. Parece por ello más útiles para propiciar la participación en la realización de obras locales la ya referenciada Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana.

¹⁰ En este sentido, parece que la participación es más efectiva a través de entidades asociativas independientes, con perdurabilidad y experiencia sobre el espacio afectado, que debe ser previamente delimitado (Sorensen y Sagaris 2010).

¹¹ La Sentencia del TSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2019 (n.º rec. 411/2017), anuló el Reglamento de Participación ciudadana de Barcelona por no desarrollarse el trámite formal de información pública tras la introducción de modificaciones sustanciales en el procedimiento previo a la aprobación.

¹² Este link, <https://www.elmundo.es/madrid/2017/06/19/5946b1bc268e3eda598b464a.html>, da cuenta del proceso de participación entre los vecinos en el diseño de la Pza. del Mercado de Barceló en Madrid; procesos similares se han reproducido en muchas ocasiones y ciudades, como el proyecto de Supermanzana, en Barcelona (2016) o de la Plaza de España de Madrid (2018), precedida de la reforma de la Gran Vía (2017), cuyas obras nunca fueron sometidas a ningún proceso de participación pública formal.

¹³ Considera Purcell (2014) que habitualmente se relaciona el derecho a la ciudad con la aspiración de un óptimo nivel de calidad de vida, mediante la accesibilidad universal a servicios esenciales y, además, ambientalmente sostenible (Carta Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, 1998; Carta Mundial por el Derecho a la ciudad, 2005), cuando la idea de H. Lefebvre era apartarse por completo del modelo liberal asentado sobre la existencia de un grupo de derechos naturales humanos, asociados a la propia existencia del Estado burgués, que debía garantizar y respetar.

Por ello, si la calidad democrática de una sociedad avanzada se mide tomando como referencia las formas de participación pública en las decisiones colectivas, debe ser exigible con especial intensidad en el diseño de la ciudad desde las Administraciones Públicas, de los espacios públicos que sirven de encuentro entre los ciudadanos, quienes pueden expresar todo tipo de inquietudes, políticas, culturales, artísticas, económicas, recreativas...¹⁴, y más aún tras la COVID-19¹⁵.

En las siguientes líneas vamos a examinar la configuración normativa establecida en la actualidad respecto las obras públicas de carácter local. Un concepto que conviene aclarar pues siendo en principio claro, no lo es tanto jurídicamente, siendo su delimitación crucial para conocer el régimen jurídico de la participación pública que es exigible en aquéllas. Por ello, vamos a tratar primero de diseccionarlo, desbrozando los distintos tipos de actuaciones que legalmente comprende.

Realizada dicha tarea comprobaremos cómo sólo la aproximación al régimen urbanístico garantiza la sujeción a procesos participativos, en la medida que habitualmente no coinciden con la construcción de grandes infraestructuras, procesos de expropiación forzosa y ni siquiera deben someterse a procedimientos de evaluación ambiental, ámbitos todos ellos en que sí está asegurado la participación ciudadana, como se expondrá.

Concluiremos el trabajo destacando el caso de la Ley 3/2007, de 4 de julio de la Obra Pública de Cataluña, que constituye a nuestro juicio un ejemplo a seguir en relación con esta cuestión.

1. NOCIÓN, TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS PÚBLICAS LOCALES

1.1. Clases de obras públicas locales por su régimen jurídico

Más allá de la consideración de las obras como meros trabajos de construcción o ingeniería, como las define el artículo 13 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹⁶, la caracterización de las obras como públicas tiene, empero, implicaciones más relevantes al estar vinculadas, nada menos que desde la Ley de Obras Públicas de 1877 con los servicios públicos, y lo que a nosotros respecta, con los municipales¹⁷.

Actualmente, el artículo 88 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLR) (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), considera obras locales: «todas las de nueva planta, reforma, reparación o entretenimiento que ejecuten las Entidades locales, tanto con sus propios fondos como con auxilio de otras Entidades públicas o particulares, para la realización de servicios de su competencia». Sin embargo, el régimen jurídico de las obras locales difiere si son de naturaleza ordinaria o urbanística.

Para comenzar, mientras la Alcaldía tiene las competencias atribuidas para aprobar los proyectos de urbanización, mientras que el Pleno municipal las tiene para aprobar los proyectos de obras y servicios¹⁸.

Pero, además, por lo que respecta a su ejecución, las obras públicas lo hacen sin sujeción a un plan previo, directamente desde proyectos de obras, una categoría diferenciada de los proyectos de urbanización, cuya regulación corresponde a cada Entidad Local (artículo 67 del Reglamento de Planeamiento Urbanís-

¹⁴ Tapia Gómez (2022), Casals (2022).

¹⁵ El documento «La COVID-19 en un mundo urbano», elaborado por Naciones Unidas en 2020 señala que menos de la mitad de la población mundial puede acceder a un espacio público al aire libre a menos de 400 metros de su vivienda, y propone la reconversión de zonas y edificaciones, replantear la densificación de las ciudades evitando la dispersión de población, fomentar economías de aglomeración, desincentivar el uso de combustibles fósiles y la suficiencia de viviendas y espacios verdes en cantidad y calidad para todos los ciudadanos. Ver también Lois González (2020).

¹⁶ Una referencia por cierto muy próxima a la caracterización de las obras públicas como civiles o de fomento, en atención al técnico facultativo (arquitectos e ingenieros respectivamente, según la Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845).

¹⁷ La Ley General de Obras Públicas de 1877 definía las obras públicas: «Para los efectos de esta ley, se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas á servicios que se hallen á cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos» (artículo 1).

Respecto a la conceptualización de la noción de obra pública, y su evolución, ver Valcárcel Fernández (2006); Fernández, T. R (1983); Rosado Pacheco (1988); Jiménez de Cisneros (1999).

¹⁸ Así, el artículo 21.1.j) atribuye al alcalde la aprobación de los proyectos de urbanización, tras encomendarle la de los instrumentos urbanísticos de desarrollo no atribuidos al Pleno, la de instrumentos de gestión y convenios de dicha naturaleza, y de otro lado la aprobación de proyectos de obras y servicios cuya contratación o concesión le corresponda. Por su parte corresponde al Pleno del Ayuntamiento aprobar los proyectos de obras y servicios cuya contratación o concesión le corresponda a este órgano, así como las determinadas presupuestariamente en relación con artículo 22.1.ñ)].

tico, aprobado mediante Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, RPU en adelante RPU78), y ello a pesar de su trascendencia jurídica a efectos de la alteración de la calificación jurídica de los bienes afectados¹⁹.

Esta diferenciación proviene de antiguo y conviene explicarla para comprender el régimen jurídico al que se somete cada tipología.

Así, la definición de las obras públicas sobre la base del servicio público pronto se vio desbordada con la aparición de los primeros ensanches y extensión de poblaciones (Ley de 29 de junio de 1864 para el ensanche de Madrid), constituyendo el germen de la actual diferenciación con las urbanísticas (Menéndez Rexach 2005); estas segundas poseían un régimen específico de financiación, primero con cargo a contribuciones territoriales cedidos por el Estado a los Municipios y, posteriormente, mediante la expropiación de las plusvalías urbanísticas derivadas de la urbanización del suelo por los Ayuntamientos, concretamente de los márgenes de las vías públicas (20 metros según la Ley de Expropiación Forzosa por razones de utilidad pública de 1879, y 50 metros en la Ley de 18 de marzo de 1895, de saneamiento y reforma interior).

Posteriormente, el Reglamento de Obras, Bienes y Servicios Municipales de 1924 consideraría obras municipales las de ensanche y extensión, mejora de interior de poblaciones, saneamiento y urbanización parcial; y, finalmente, las municipales ordinarias, que no eran consideradas de utilidad pública y, por tanto, que no podían motivar la expropiación forzosa (artículo 50).

La diferenciación permanecería en la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, que tras reconocer en su artículo 102 la autonomía municipal, atribuía a los municipios la competencia sobre la ejecución de obras y servicios, comprendiendo las de «Urbanización en general; saneamiento, mejora interior y ensanche de las poblaciones; vías públicas, urbanas y rurales; alumbrado; viviendas; parques y jardines» (que requerían la previa aprobación de un proyecto previo, con especial quorum municipal), y en sus artículos 117 y siguientes contemplaba un régimen singular de obras municipales, que declaraba de utilidad pública, todas ellas, a efectos expropiatorios (artículo 119).

Tras la Guerra Civil, la Ley de 17 de julio de 1945 de Bases de Régimen Local mantuvo la distinción entre obras urbanísticas, que exigían un plan previo de urbanización, y el resto de obras municipales (Base 16).

Del mismo modo, el Decreto 16 de diciembre de 1950 que aprobó el texto articulado de la Ley de Régimen Local, tras considerar las obras junto a la prestación de servicios una competencia municipal para la satisfacción de intereses municipales ([artículo 101.2.k], y contemplar la categoría general de obras municipales (artículo 128), diferenciaba de forma expresa las obras urbanísticas, considerando como tales las de reforma interior de poblaciones, ensanche, extensión, y saneamiento (artículo 129).

Por el contrario, serían obras municipales ordinarias «Todas las demás obras no incluidas en los apartados anteriores, y cuya realización es de la competencia municipal» (artículo 130.2), adquiriendo así carácter residual (artículo 130), si bien todas ellas tenían reconocida utilidad pública a efectos expropiatorios²⁰.

Al igual que las normas que la precedieron, la aprobación de uno y otro tipo de obras se sometía a su vez a un régimen diferenciado; conforme a la Ley de Régimen Local de 1950, si bien en ambos casos necesitaban previamente proyecto técnico (artículo 131), las obras urbanísticas exigían la obligatoria realización en un plazo de 3 años de un Plan general de urbanización, que comprendiese «la reforma, ensanche, higienización y embellecimiento de su aglomeración urbana» (artículo 134)²¹.

En coherencia con este planteamiento, posteriormente el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (RSCL) exigiría a las obras de urbanización la previa aprobación de Plan general, suje-

¹⁹ Señala el artículo 81 de la LBRL que la alteración de la calificación jurídica de los bienes municipales se produce automáticamente, sin necesidad de expediente específico de legalidad y oportunidad, con la aprobación de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios.

²⁰ Este régimen se reflejaría en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuya Exposición de Motivos tras indicar cómo su antecesora de 1879 había «aliviado» el requisito de utilidad pública a efectos expropiatorios, señala literalmente: «El criterio de la Ley es que deben agotarse las posibilidades de entender implícita la autorización para expropiar, en el cumplimiento de los requisitos que condicionan la aprobación del proyecto de obra o servicio como decisión administrativa, en la medida en que tales requisitos tengan idéntica relevancia jurídica y administrativa, que la propia declaración de utilidad». Por tanto, la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios se produciría desde la propia aprobación del correspondiente proyecto, lo que sin duda las aproximaba a las obras de urbanización en ejecución de planes de ensanche, reforma o saneamiento interior de poblaciones, cuya aprobación conllevaba implícita dicha consecuencia (artículo 10).

²¹ La aprobación de dicho Plan general vinculaba las posibles obras a realizar en adelante, no admitiéndose la aprobación de otros proyectos ni concesión de autorizaciones que los dirigidos a su ejecución (artículo 137). Además, disponía el artículo 138 la prohibición de otorgar licencias para construir en terrenos que no tuviesen la condición de «solares edificables, sin que previamente se ejecuten las obras que los doten de los indispensables servicios de higiene y saneamiento». Las obras de urbanización estaban así diseñadas en el marco de Planes generales de reforma interior de poblaciones, con el específico propósito de sanearlas y propiciar su extensión y ensanche de forma ordenada, que debían ser inicialmente aprobados por el Ayuntamiento Pleno (artículo 121 de la Ley de Régimen Local de 1950).

to a un procedimiento específico de aprobación, a ejecutar mediante proyectos de dicha índole y un régimen específico de licencias (artículo 21); las obras municipales ordinarias se concebían, más bien, para cubrir las necesidades locales y cumplir las competencias legalmente atribuidas, y en su caso la prestación de un servicio municipalizado, exigiendo su aprobación únicamente Memoria justificativa con el correspondiente anteproyecto de obras, y garantizar su financiación (artículos 61 y ss.).

Como es conocido, la Ley de Ordenación y Régimen del Suelo de 1956 instauraría el planeamiento en nuestro país con una perspectiva ya netamente urbanística²², desarrollando un sistema integral de ordenación urbana, en el marco del cual deberían desarrollarse las mencionadas obras de urbanización, coincidiendo de este modo con la perspectiva del RSCL; la Ley contemplaba la aprobación de planes especiales directamente desde el planeamiento general y proyectos de obras, entre otros cometidos, para el saneamiento interior de las poblaciones, con previsión de obras en el suelo y subsuelo con la finalidad de mejorar la salubridad, higiene y seguridad. Estos planes y proyectos, además de poder estar referidos a la protección de los terrenos marginales de las vías de comunicación en lo relativo al uso y extensión (artículo 16), podían comprender según el artículo 19, «obras de abastecimiento de aguas potables, depuración, y aprovechamiento de las residuales, instalación de alcantarillado, drenajes, fuentes, abrevaderos, lavaderos, recogida y tratamiento de basuras».

Posteriormente, el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLR76), aprobado mediante Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, completaría el régimen de planificación y desarrollo de los distintos tipos de suelo, profundizando en las obligaciones y derechos de los propietarios, el aprovechamiento urbanístico del suelo y las garantías de equidistribución. Esto es, elementos que tienen una importancia radical respecto las obras de urbanización, y que se ha mantenido hasta nuestros días en todas las normas urbanísticas posteriores estatales y autonómicas, o con incidencia sobre el régimen urbanístico (TRLR76), en lo relativo a su establecimiento formal y ejecución mediante planes y proyectos de urbanización (artículo 15 TRLR76), y la obligación de realizarlas no sólo por las Administraciones Públicas en ámbitos consolidados sino por los propios propietarios del suelo en el resto de casos en atención al sistema de ejecución y reparto de cargas (artículos 14 y 120 TRLR76).

1.2. La vigencia de la distinción entre obras municipales ordinarias y obras urbanísticas

Hasta el año 2007 el artículo 89 del TRLR76 estipulaba: «Las obras municipales podrán ser de urbanización u ordinarias. Las primeras se rigen por la legislación urbanística».

El TRLR76 apostaba por tanto con claridad por diferenciar uno y otro tipo de normas. De conformidad con este régimen, las obras municipales ordinarias únicamente requerían la aprobación de proyecto técnico a ejecutar en su caso mediante contrato público, bajo el régimen estipulado en los artículos 111 y ss. del TRLR76.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que previamente el TRLR76 había excepcionado la ejecución de sistemas generales de las actuaciones sistemáticas, que se ejecutaban mediante polígonos o unidades de actuación (artículo 117.1), dando pie a pensar que podían desarrollarse directamente desde el correspondiente proyecto y sin someterse al resto de formalidades propias del planeamiento de desarrollo, que comprendían «el sistema general de comunicación y sus zonas de protección; el de espacios libres destinados a parques públicos y zonas verdes (...); y el de equipamiento comunitario y para centros públicos» [artículo 19.1.b) TRLR76]. Como señala Menéndez Rexach (2005), esta posibilidad la contemplaría el Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU76), que diferencia los Proyectos de Urbanización para la ejecución integral de planeamiento y los proyectos de obras «que no tengan por objeto desarrollar integralmente el conjunto de determinaciones de un Plan de Ordenación (artículo 67)»²³. Además, el Reglamento de Gestión Urbanística (RGU 76), aprobado mediante Real Decreto 3288/1976, de 25 de agosto, determinó la posibilidad de realizar en suelo urbano obras de urbanización mediante proyectos de obras ordinarias conforme a la legislación de régimen local, si bien en aquellos municipios carentes de Plan General o Normas Subsidiarias (artículo 34).

La diferenciación entre obras de urbanización y obras públicas ordinarias quedó así difuminada, puesto que parte de las inicialmente incluidas en aquellas primeras podrían desarrollarse bajo el régimen de las se-

²² Indican García de Enterría y Parejo Alfonso (1981, pp. 81 y ss.) que, en realidad, hasta entonces los planes de saneamiento y reforma interior de poblaciones tenían una finalidad esencialmente de prevención de la salubridad pública.

²³ Artículo 67 del Reglamento de Planeamiento: «3. Con independencia de los Proyectos de Urbanización, podrán redactarse y aprobarse, conforme a la normativa del ente interesado, proyectos de obras ordinarias que no tengan por objeto desarrollar integralmente el conjunto de determinaciones de un Plan de Ordenación».

gundas, concretamente las actuaciones asistemáticas, los sistemas generales (sin diferenciar entre distinto tipo y funcionalidad espacial) y todas ellas en los municipios carentes de planeamiento general.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público terminó con la distinción entre obras públicas ordinarias y obras de urbanización, derogando el anteriormente reproducido artículo 89 del TRLRL²⁴.

¿Significa lo anterior que ya no existe la distinción entre obras municipales ordinarias y obras de urbanización? La realidad es que no, pues la LBRL sigue distinguiendo entre Proyectos de urbanización y de obras y servicios, y la legislación urbanística mantiene el régimen de específico de obras de urbanización, aunque continúa remitiendo al régimen de las obras públicas ordinarias los tres casos antedichos.

Como se ha indicado ya, el primer caso es la ejecución de sistemas generales, entre los cuales destacan las obras públicas de interés general, cuya naturaleza no urbanística resulta muy cuestionable²⁵. Igualmente, como se preveía en el TRLS76, el RPU78 y el RGU78, también se ejecutan mediante obras públicas ordinarias las actuaciones aisladas, tal y como contemplan las leyes urbanísticas autonómicas²⁶. Finalmente, el tercer caso es el de los municipios sin planeamiento y los de reducida población, como contempla alguna legislación autonómica, como sucede por ejemplo en la Comunidad de Madrid (artículo 79.3 de la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid).

A continuación, vamos a comprobar cómo se refleja la aproximación entre el régimen de ejecución urbanística y el de obras públicas ordinarias, en lo relativo a la participación ciudadana en el diseño y ejecución de las obras públicas municipales.

2. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL DISEÑO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS LOCALES

2.1. La deficiente participación ciudadana en las obras públicas ordinarias

2.1.1. Ausencia de un régimen general de participación

El régimen jurídico de las obras públicas ordinarias, al realizarse directamente desde el correspondiente proyecto de urbanización, supone la inexistencia de periodo de información pública, salvo en el caso de

²⁴ La razón obedece a la obligatoria aplicación a todas las obras públicas municipales del régimen de contratación de las Entidades Locales contemplado en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de contratos del 2007.

Bajo la vigente Ley 9/2017, de 8 noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) el contrato de obras incluye los mismos trabajos que ya refería la anterior Ley de contratos, si bien separando ahora entre «a) Obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación; b) Obras de reparación simple; c) Obras de conservación y mantenimiento; d) Obras de demolición» (artículo 232). Conforme a la Disposición Adicional Primera, corresponde al Alcalde los contratos que no superen el 10% de los recursos ordinarios de la Corporación, o un máximo de 6 millones de euros o 3 millones de euros en los de concesión, siendo competencia del Pleno el resto de los casos.

²⁵ Es cierto que estas obras están exentas de control preventivo municipal –algo ciertamente cuestionable desde la perspectiva de la autonomía municipal, como ha destacado igualmente Menéndez Rexach (2007 pp. 87-114), [artículo 18 de la Ley 37/2015, de 1 de septiembre General de Carreteras (LC), artículo 60 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, Disposición Adicional Tercera de la Ley reguladora del contrato de concesión de obra pública]– más en todo caso deben reflejarse en el correspondiente planeamiento, exigiendo incluso su modificación (Disposición Adicional Décima TRLSRU, artículo 16 LC entre otras normas), por lo que tampoco puede decirse que no sean en ejecución del planeamiento urbanístico. Así lo entiende igualmente Menéndez Rexach (2005), quien considera que el hecho de que se pueda hablar de obras públicas ordinarias de forma diferenciadas a las de urbanización, no supone que aquéllas queden al margen del planeamiento urbanístico, pues si bien no existe una previsión expresa que así lo manifieste y no sean realizadas en ejecución de aquel, en ningún caso puede sostenerse que queden al margen de la ordenación establecida.

²⁶ Así, por ejemplo, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía se refiere en su artículo 143 a las actuaciones urbanizadoras no integradas en las que «la ejecución del planeamiento, salvo la edificación, se llevará a cabo mediante obras públicas ordinarias, de acuerdo con la legislación que sea aplicable por razón de la Administración pública actuante».

Igualmente, la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León establece en su artículo 69 el régimen de las actuaciones aisladas, que pueden tener por objeto: «b) Ejecutar los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas, así como ampliar los patrimonios públicos de suelo, en toda clase de suelo». De igual modo, la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid prevé en su artículo 79: «La ejecución pública del planeamiento en actuaciones integradas, salvo que deba tener por objeto sólo obras públicas ordinarias, se llevará a cabo por alguno de los sistemas siguientes: a) Cooperación; b) Expropiación; c) Ejecución forzosa» (artículo 101.3).

En correspondencia con dicho artículo, la Ley madrileña estipula que la realización de obras de rehabilitación concertada en suelo urbano «se desarrollará, según proceda, mediante: a) La delimitación de una o varias unidades de ejecución y con aplicación en ellas de los sistemas de ejecución previstos en la presente Ley; b) La realización de obras públicas ordinarias, incluso concertadas con la iniciativa privada a través de la suscripción de los oportunos convenios urbanísticos» (artículo 134).

que existan interesados administrativos, cuyos derechos deben ser salvaguardados, por ejemplo, en caso de ser necesario expropiar. La única excepción son los planes de obras y servicios elaborados por las Diputaciones provinciales, pues estos sí se someten a dicho trámite, como estipulan el artículo 93 TRLRL y el artículo 163.1 RSCL.

Igualmente, las obras públicas ordinarias tampoco tienen porqué someterse a evaluación ambiental de proyectos al no encajar en el Anexo I de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA en adelante), referido a los proyectos que deben someterse al procedimiento ordinario de evaluación ambiental, reservado para grandes infraestructuras²⁷ o actuaciones urbanísticas entre las que no es común que encajen²⁸; tampoco lo hacen en el Anexo II de la LEA, que somete al procedimiento simplificado la construcción de infraestructuras cuyas características no alcanzan los límites establecidos para el procedimiento ordinario y las actuaciones urbanísticas contempladas pueden fácilmente considerarse sistemáticas o integradas²⁹.

Del mismo modo, tampoco la legislación autonómica sujeta a ese trámite de evaluación ambiental las obras públicas ordinarias. Por ejemplo, en la Comunidad de Madrid no lo establece la Ley 9/2003, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid (artículos 32, 43, 57, 154), ni la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental refiere ningún tipo de procedimiento de evaluación respecto a los proyectos de las obras que venimos analizando.

Si revisamos lo que sucede en la ciudad de Madrid, la Ordenanza sobre la Evaluación Ambiental de Actividades, de 27 de enero de 2005, tampoco sujeta los proyectos de obras y servicios a dicha evaluación, al remitir a lo establecido en Ley mencionada autonómica 2/2002, de 19 de junio; una sujeción que tampoco se produce desde el ámbito urbanístico, puesto que las obras públicas ordinarias se encuentran al margen del régimen de planes especiales para el control urbanístico ambiental de usos, comprendidos en el apartado 1 del artículo 5.2.7 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 (PGOUM).

En definitiva, sin perjuicio de la reglamentación local específica que pueda resultar de aplicación, que en seguida abordaremos mediante un concreto ejemplo, las obras públicas ordinarias, al no seguir el régimen de actuaciones urbanísticas y quedar al margen de la normativa sobre impacto ambiental, no están sujetas a un trámite de información pública general, salvo claro está que el órgano promotor voluntariamente considere hacerlo bajo el artículo 83 de la LPAC.

2.1.2. Implicaciones de la dependencia del régimen de contratación pública

Conforme a la LBRL la aprobación de los proyectos de obras públicas ordinarias corresponde a la alcaldía o al Pleno de la Corporación, en atención a quien posea la competencia para aprobar su contratación o concesión (artículos 21 y 22 LBRL). Existe así una conexión directa entre el proyecto de obras y la contratación de su ejecución, hasta el punto de diferir la aprobación del primero a la tramitación del expediente de la licitación, lo que tiene un peso crucial en relación con la participación pública de las ordinarias municipales.

Sin embargo, el interés público presente en la obra pública ordinaria es distinto según sea observado desde la óptica del diseño del espacio público o con la lente de la contratación pública.

Desde la óptica de la contratación pública, las obras públicas son concebidas como una variedad de los compromisos que pueden adquirir las Administraciones Públicas en el marco de su capacidad negocial, en

²⁷ Incluye en su Grupo 6 del Anexo I los proyectos de autopistas, autovías, o carreteras de cuatro carriles o más, o para conseguirlos, que tengan más de 10 km; líneas de ferrocarril de largo recorrido o ampliación en más de 10 km; aeródromos clasificados como aeropuertos, construcción de puertos comerciales, pesqueros o deportivos, muelles para carga y descarga conectados a tierra, puertos exteriores o de navegación interior que admitan barcos de arqueo superior a 1.350 toneladas o construcción de vías navegables.

²⁸ Grupo 9. Otros proyectos cuando se desarrollen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, o cualquier proyecto que suponga un cambio de uso del suelo en una superficie igual o superior a 100 Ha.

²⁹ El Anexo II contempla en el Grupo 7, la construcción de variantes de población y carreteras convencionales, vías ferroviarias y de instalaciones de transbordo intermodal y de terminales intermodales de mercancías, aeródromos, vías navegables no incluidos en el anexo I; obras de alimentación artificial de playas cuyo volumen de aportación de arena supere los 500.000 metros cúbicos o bien que requieran la construcción de diques o espigones; tranvías, metros aéreos y subterráneos, líneas suspendidas o líneas similares de un determinado tipo, que sirvan exclusiva o principalmente para el transporte de pasajeros y.

También deben someterse a dicho procedimiento (Grupo 10) las urbanizaciones de vacaciones e instalaciones hoteleras fuera de suelo urbanizado y construcciones asociadas o cualquier proyecto que suponga un cambio de uso del suelo en una superficie igual o superior a 50 ha.

cuanto entes con personalidad jurídica que son, para alcanzar una finalidad de interés público como es la prestación de un servicio público o atender una necesidad pública, incluyendo sus efectos beneficiosos para la creación de empleo o la incentivación económica³⁰.

Esta perspectiva añade, por ello, un plus a las obras públicas: concebirlas como una actividad en sí misma económica, que a su vez da lugar a un resultado igualmente susceptible de explotación económica.

De esta manera, tanto la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, como el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), definían las obras públicas aún por su contenido y en relación con su resultado como bien a partir del cual prestar servicios públicos (artículo 120).

Sin embargo, poco tiempo después ese enfoque fue ampliado para ampliar la conceptualización económica a partir de la técnica concesional; así, la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obra pública indicaba en su Exposición de Motivos: «La regulación del contrato de obras identifica éstas (artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) más como actividad que como resultado, de ahí el plural utilizado en la denominación del contrato, si bien la “obra pública”, en sentido estricto, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto aprobado por la Administración. En la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas, la obra pública, como realidad tangible que admite la posibilidad de su explotación económica, constituye el principal factor para definir su objeto, factor al que se unirá el interés que la construcción de la obra merezca a la Administración concedente. En este punto conviene asimismo precisar que la obra cobra su cabal significado para posibilitar el contrato cuando es susceptible de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios varios de interés público, incluido el que pueda desprenderse de su propia naturaleza cuando se destine al general uso o aprovechamiento».

Esta perspectiva estará igualmente presente en la Ley 9/2007, de Contratos del Sector Público (luego refundida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), y se consolida en la LCSP, cuyo artículo 13 atribuye a la obra un destino: «cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble». Una finalidad que contempla la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

La obra ya no es solo un conjunto de trabajos dirigidos a obtener un resultado que da lugar a la prestación de un servicio público, y que ocupa dominio público, sino un conjunto de trabajos que en sí mismo son susceptibles de aprovechamiento económico –mediante el propio contrato y la participación en su realización de terceras personas–, y además cuyo resultado es un bien que igualmente puede serlo.

Este enfoque significa que en torno a la obra pública confluyen dos géneros de interés que deben conciliarse, lo que debería propiciar su confrontación en un proceso participativo: el servicio público al que sirve su realización e intereses económicos privados que pretenden obtener de ella un beneficio. Desde esta perspectiva, conviene su adecuada ordenación para garantizar la adecuada motivación que justifica la puesta en marcha del servicio, y que justifica la realización de la obra pública, como la igualdad de oportunidades y libre competencia para su ejecución.

En contraste, el caso de las obras de urbanización dicha participación está asegurada previamente mediante la sujeción a información pública en la fase de la planificación y ejecución, incluso a pesar de su obligatoria sujeción al régimen de contratación pública, tras la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98), del Teatro de la Scala de Milán; esta sentencia obligó a aplicar a dicho tipo de obras los principios de la licitación pública, precisamente por observarlas desde la perspectiva de la obra pública y no de su mero aprovechamiento.

Sin embargo, si atendemos al régimen jurídico de la contratación de las obras públicas queda obviada la participación ciudadana en la definición del proyecto de obras, que únicamente se garantiza desde la nor-

³⁰ Basta recordar al denominado Plan Español para el estímulo de la economía y el empleo (más conocido como Plan E) adoptado por el Gobierno de España en 2008 y años posteriores que contemplaba entre otras medidas un Fondo para Entidades Locales para la financiación de obras de nueva planificación y ejecución inmediata. Este tipo de medidas no eran la primera vez que se ponían en marcha en nuestro país. Por ejemplo, la Gaceta de Madrid publicaba en su n.º 46 de 1907 una Ley de 14 de febrero que ordenaba que únicamente se contratara de artículos de producción nacional por el Estado, Provincias y Municipios, en todo tipo de servicios y obras públicas, tras la Primera Gran Depresión en 1929. Esa finalidad estaba incluso reconocida normativamente en la Ley municipal de 1935, cuyo artículo 114 disponía: «Están obligados los Ayuntamientos (...) a procurar la reducción del paro forzoso en sus respectivos términos, promoviendo la ejecución de obras adecuadas y utilizando los recursos que las leyes especiales les conceden a tal fin». Por su parte, la Ley de Régimen Local de 1945 establecía en su artículo 235 la obligatoria creación en el seno de las Diputaciones Provinciales de la Comisión de Obras públicas y Paro obrero.

mativa sectorial y urbanística. En el marco de la contratación pública, así, no es posible que un ciudadano efectúe alegaciones a dicho expediente y, por consiguiente, tampoco al proyecto de obra pública que se licite, pues en la LCSP17 no hay ninguna previsión en ese sentido; la posibilidad de que cualquier persona con interés derecho o interés legítimo afectado pueda recurrir las bases del concurso o el resultado de una licitación mediante el recurso especial de contratación, no alcanza al proyecto que se pretende ejecutar, al limitarse a cuestiones esencialmente de la licitación, expresados tanto en los fines de la Ley (artículo 1), como en los actos recurribles (artículo 44) entre los cuales no se encuentra garantizar que la obra pública responde a un diseño determinado colectivamente o en el que se ha dado la oportunidad de participar a los ciudadanos afectados.

A nuestro juicio, en definitiva, la ausencia de sujeción de las obras públicas ordinarias o a participación pública puede obedecer en parte al enfoque de la obra pública centrada no tanto en el servicio público al que sirve en última instancia, sino en el elemento utilitarista que le es intrínseco y que se refleja en la normativa sobre contratación pública.

2.1.3. *El sorprendente resultado de la aproximación a un ejemplo de reglamentación local de los proyectos de obras públicas ordinarias*

Como anteriormente se indicaba, la reglamentación de los proyectos de obras públicas ordinarias queda en manos de cada Entidad Local (artículo 67.3 RPU). A continuación, vamos a acudir al mismo ejemplo anteriormente seguido, el de la ciudad de Madrid, para comprobar su contenido en lo que a participación pública respecta.

Como marco general, el Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004, modificado el 24 de abril de 2018, que contempla de entrada como objetivo y criterio de actuación «Fomentar la más amplia participación en todos los grandes proyectos que afecten a la ciudad para alcanzar el desarrollo integral y sostenible, garantizando el cumplimiento de los objetivos de la Agenda 21».

El reglamento presenta diversos cauces de participación de ciudadanos y vecinos, entre los que destaca a nuestro efectos el de audiencia pública que «constituye un espacio de participación para la presentación pública por parte del Ayuntamiento, y posterior debate entre este y la ciudadanía, sobre cuestiones especialmente significativas de la acción municipal», y que puede tener «ámbito de Ciudad, Distrito, barrio, calle o cualquier otro espacio territorial que se determine en cada momento» (artículo 27).

No obstante, no es un procedimiento que obligatoriamente deba seguirse, en particular por lo que respecta a obras públicas, por lo que debe dirigirse la mirada hacia lo previsto específicamente en el PGOUM.

Este Plan contempla, en primer lugar, la sujeción a evaluación de impacto ambiental de aquellas actuaciones sobre la red viaria que así lo prevea la Ley autonómica reguladora (artículo 7.14.8), que no incluye las obras públicas ordinarias locales que abordamos. En segundo lugar, el PGOUM establece la obligación de aprobar una Instrucción de diseño de vías públicas (artículo 7.14.5), al que «habrán de ajustarse todos los planes y proyectos en los que se definan las características de los elementos viarios», esto es de las redes viarias (reservadas para circulación y estacionamiento de vehículos y la de personas) y para áreas estanciales (pensadas para permanencia temporal de los peatones en la vía pública y facilitar las relaciones e intercambio social).

La Instrucción para el diseño fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid con fecha 21 de diciembre de 2000, cuyas indicaciones resultan aplicables a todos los planes y proyectos que definan características de las vías públicas, incluyendo instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización y proyectos de «obras ordinarias de urbanización» (Apartado 6, Ficha 1). Una referencia que supone reconocer la aproximación existente entre ambas categorías. Esta aproximación culmina en la obligación de aprobar Planes Especiales de Adaptación de la Vía Pública cuyo objetivo es proponer soluciones de ordenación y espacio en la vía pública, reordenándola físicamente y determinando sus usos (Ficha 11).

Pues bien, las propias NNUU del PGOUM consideran estos Planes de Adaptación de la Vía Pública, de los Especiales previstos en el artículo 50 de la LSCAM (nota pie de página al artículo 5.3.7. apartado 3), lo que supone que su aprobación debe seguir su procedimiento de aprobación y, en particular, en lo relativo al trámite necesario de información pública de todo plan urbanístico, sea quien fuere su promotor (apartado 2, Ficha 11 de la Instrucción). Finalmente, dichos Planes especiales pueden ser desarrollados por Proyectos de urbanización (apartado 5, Ficha 11).

En definitiva, la sujeción al trámite de información pública de proyectos de obras públicas ordinarias locales, no de infraestructuras, se produce mediante su aproximación al régimen de planeamiento y actuaciones urbanísticas, del cual difiere y pretende que huya tanto la normativa de régimen local como la urbanística.

Dicha aproximación tiene una importancia capital, pues como es conocido, el ámbito urbanístico fue pionero en lo relativo a la exigencia de participación ciudadana, y no únicamente limitada a los directos interesados; pronto se comprendió, así, que la participación ciudadana era imprescindible para garantizar los derechos e intereses legítimos de los afectados por la ordenación urbanística (debiendo garantizarse su contradicción y defensa en el seno del procedimiento). Ya la LS56 establecía así en su artículo 32 un periodo preceptivo de información pública y otro eventual, en atención al impulsor del plan correspondiente, antes de su aprobación definitiva.

Pero la participación indudablemente sirve también para garantizar una mejor recepción del diseño global de la ciudad, su perspectiva de crecimiento, contribuir a prevenir e identificar problemas y acertar en las soluciones específicas de ordenación y gestión, de acuerdo con la realidad a la que se van a aplicar³¹.

De este modo, el TRLS76 contemplaba la celebración de un periodo de información pública tras la aprobación inicial de tipo de planes (artículos 27 y 41, 43) aunque también posibilitaba su exclusión en los avances de planeamiento en su artículo 28. Igualmente, contemplaba la sujeción a dicho trámite en la tramitación de proyectos de reparcelación (artículo 98) y cuando se actuara por expropiación urbanística (artículo 118)³². Posteriormente, el RPU78, desarrolló distintos instrumentos de participación pública adicionales: obtención de información, encuestas, avances (artículos 116, 125). Además, estableció la obligatoria celebración de otro periodo de información pública si tras el resultado de las alegaciones tras la aprobación inicial se producían modificaciones sustanciales (artículo 130)³³.

Además, en la actualidad se considera que la transparencia y participación ciudadana constituyen un mecanismo específico para luchar contra la corrupción, como ejemplifican las modificaciones introducidas por la Ley de Suelo de 2007 (Disposición Adicional Novena) en la LBRL en relación con el procedimiento de aprobación en sede municipal de los instrumentos urbanísticos y la garantía de información y participación ciudadanas³⁴.

El TRLSRU reconoce a todos los ciudadanos el derecho «Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate» [artículo 5e)].

La idea vertebral es que los planes urbanísticos ni los instrumentos de ejecución no sean aprobados sin consenso, de forma unilateral, elaborados por unos pocos técnicos, sino que nazcan de forma concertada, como expresión de acuerdo de voluntades de los diversos agentes implicados, que deben cooperar y coordinarse entre sí³⁵ y desde luego garantizado la contradicción y defensa de derechos e intereses legítimos.

Con sus diferencias en cuanto a obligatoriedad y contenidos, todas las leyes autonómicas contemplan el preceptivo trámite de información pública en el procedimiento de elaboración de planes urbanísticos, y alguna de ellas va más allá ampliando los mecanismos de participación ciudadana o social, como se de-

³¹ Acerca de la evolución, técnicas existentes y alcance de la participación ciudadana en los procesos urbanísticos, resultan altamente sugerentes los trabajos de Bonet i Martí (2012, pp. 16 y ss.), Chinchilla Peinado (2016) y Bermejo Latre (2013).

³² El RGU78 estableció el sometimiento a información pública de la aprobación de unidades de ejecución (artículos 38 y 78), proyectos de reparcelación (artículo 108), constitución de Juntas de Compensación (artículo 161), además de la expropiación forzosa para Sistemas Generales (artículo 197), Programas de Actuación Urbanística (artículo 197).

³³ Este mismo modelo fue seguido posteriormente por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: artículos 114 y ss. en la aprobación del planeamiento, incluyendo Catálogos, Estudios de Detalle y Proyectos de urbanización, artículo 146 en la aprobación de unidades de ejecución, y elección del correspondiente sistema de actuación (artículos 157, 165, 175), aprobación de proyectos de reparcelación (artículo 165), y aprobación de delimitación de áreas sujetas a tanteo y retracto (artículo 292).

Tras a STC 61/1997, la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones se limitó a señalar el derecho de información de la situación urbanística de las fincas en su artículo 6, y en este mismo precepto la garantía general de la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión.

³⁴ Iglesias González (2007), Ponce Solé y Capdeferro Villagrasa (2017).

³⁵ Ver Fernández Muñoz (2008, p. 99); Moreno Balboa (2017, pp. 24 y ss.).

nomina en Castilla-León (artículo 6 Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo), con Programas o Planes de Participación Ciudadana (Canarias, Cataluña, País Vasco, Navarra, Valencia)³⁶.

A dichos instrumentos se añade además el necesario sometimiento a evaluación estratégica ambiental de todos los planes y programas, conforme a los artículos 21 y ss. de la LEA, que exige su adecuada coordinación con la tramitación del planeamiento urbanístico.

Sin perjuicio de sus innegables déficits, que existen, desde sus inicios, pues, el ámbito urbanístico ha sido enormemente garantista con la participación de los ciudadanos en sus distintos procesos de planeamiento y gestión al garantizar el sometimiento al trámite de información pública, cuya omisión provoca la nulidad del correspondiente instrumento de planeamiento y gestión, como es de sobra conocido³⁷. Un trámite, en fin, en que participan no sólo los directos interesados sino cualquier persona que quiera hacerlo en relación con el proyecto elaborado, lo que evidencia la mezcla de instrumentos habilitados para encauzar dicha participación, que persigue garantizar los derechos e intereses de aquellos al mismo tiempo que fomenta su perspectiva «social» y colectiva, contribuyendo a la definición y futuro del espacio físico sobre el que se proyecta.

Por tanto, en ausencia de una reglamentación general, en la medida que la reglamentación de cada entidad local remita la ejecución de obras públicas municipales al régimen urbanístico, insertándolas en el sistema de planeamiento establecido, la participación pública estará asegurada, al menos mediante este régimen, tal y como hemos visto que sucede respecto a las vías públicas en la ciudad de Madrid.

De otro modo, la contemplación de las obras municipales al margen de este sistema evidencia un déficit que debería ser enmendado para garantizar el derecho de participación de los ciudadanos en el diseño de la ciudad, en cuanto manifestación del derecho colectivo que sobre ella poseen, más allá de la posibilidad de que el órgano impulsor del procedimiento la facilite ex artículo 83 LPAC.

2.2. El contraste con las obras públicas de grandes infraestructuras

La excepción a la anterior conclusión son los sistemas generales de redes públicas supramunicipales, cuyo régimen jurídico posibilita la participación en fase previa a la concreción del suelo afectado para su realización.

De este modo, tanto la Ley 37/2015, de 29 de septiembre de Carreteras (LC) como la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (LSF), y el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), contemplan una planificación estratégica, relativa entre otros extremos a los objetivos a cumplir, y los criterios generales de programación³⁸.

La aprobación de los documentos estratégicos exige el informe previo del Consejo asesor de Fomento (formado por expertos de reconocida competencia), de las CC.AA y Entes Locales afectados, así como de otros interesados que, en realidad, se identifican con la representación de los diversos sectores que lo están en relación con esas infraestructuras (artículos 7 LC, artículo 5 LSF).

No obstante, posteriormente se garantiza la participación de los ciudadanos tras la aprobación del correspondiente estudio informativo, que define y compara "(...) diferentes alternativas de trazado, de conexión y de explotación de la actuación objeto de estudio, a efectos de que pueda servir de base al expediente de información pública y, en su caso, al trámite de evaluación de impacto ambiental, con objeto de poder seleccionar la más adecuada" (artículo 11.2 LC).

³⁶ Ver Rando Burgos (2020, pp. 70 y ss.), Bermejo Latre (2013), Chinchilla Peinado (2016).

³⁷ «En definitiva, como esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado entre otras, en sus Sentencias de fechas 25 de febrero de 2003 (recurso de casación 6876/1999), 16 de febrero de 2009 (recurso de casación 9414/2004) y 15 de marzo de 2012 (recurso de casación 6335/2008), la falta de respuesta a las alegaciones presentadas en el trámite de información pública equivale a la privación del derecho de audiencia, lo que supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento, ya que el exacto cumplimiento de dicho trámite de información pública requiere no sólo la mera formalización y recepción de las diversas alegaciones de los interesados sino su atenta lectura y contestación específica sobre las razones que lleven a la aceptación o rechazo de tales alegaciones, y exclusivamente así cabe tener por cumplido el trámite de información pública destinado a posibilitar la participación pública en la elaboración del planeamiento... (STS 6 de octubre de 2015, relativa al Plan Territorial de la Costa del Sol Occidental)».

³⁸ La LC contempla un Plan Estratégico de Carreteras del Estado –luego desagregada en Programas, que concretan las actuaciones por zonas–, cuyas previsiones son vinculantes respecto las infraestructuras de la Red de Carreteras del Estado (artículo 7 LC); la LSF prevé una Estrategia indicativa de las Infraestructuras Ferroviarias (artículo 5 LSF), y la LPEMM un Marco estratégico del sistema portuario y de Plan Estratégico de cada Autoridad Portuaria (artículos 52 y 53 LPEMM).

Salvo en la LPEMM que no hace referencia al respecto, el trámite de información pública tras la elaboración del Estudio Informativo³⁹, es el auténtico medio de participación pública «abierto», dirigida a todos los ciudadanos⁴⁰. Por esa razón, en este trámite de información pública las observaciones que se puedan presentar deben limitarse, en el caso de las carreteras, a las circunstancias que justifican la declaración de interés general de la carretera y la «concepción global del trazado» (artículo 12.6 LC), y a este último en el caso ferroviario (artículo 5.5 LSF).

Tras la aprobación del Estudio Informativo se celebrará un nuevo trámite de información pública, con ocasión la aprobación del correspondiente Proyecto, que conlleva la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los concretos bienes afectados (artículo 12.2 LC, artículo 5 LSF, artículo 61 LPEMM). Obviamente en este trámite participarán los legítimos interesados, quienes podrán alegar lo que a su derecho convenga, en consonancia con lo previsto en la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa (artículos 18, 19 y 62), su Reglamento de Desarrollo (artículos 17 y ss.)⁴¹.

Además, en todos los casos, existe participación pública específica de carácter ambiental⁴² (artículo 7.2.f), artículo 9.2.e LC, artículos 57-58 de la LPEMM, artículo 4 de la Ley 48/1960, de 21 de abril, de Navegación Aérea) en atención al instrumento aprobado, esto es, si es un documento estratégico o un proyecto concreto, pues en uno y otro caso deben someterse a evaluación ambiental (artículos 6, 7, 9 de la LEA), aunque la coordinación de los regímenes sectoriales de cada infraestructura podría claramente mejorarse⁴³.

Ahora bien, dicha participación está circunscrita a las personas interesadas, entendiéndose por tales las consideradas como tales por la LPAC y las entidades defensoras de intereses ambientales (artículo 5.1 en relación con artículos 19, 22 y 30 LEA), acorde con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que contempla la denominada acción popular ambiental. Una limitación que no tiene por qué ser merecedora de crítica, habida cuenta que según los análisis efectuados parece la más razonable para la búsqueda de aportaciones relevantes, con experiencia y continuidad suficiente (Sorensen y Sagaris 2010).

3. CONCLUSIÓN Y DISCUSIÓN. TENDENCIA GENERAL A FAVORECER LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EL EJEMPLO DE LA LEY CATALANA DE OBRA PÚBLICA

La participación ciudadana ha venido para quedarse, contribuyendo a dejar atrás una Administración Pública diseñada en clave imperativa y unilateral y, con ello, y justificar la atribución de potestades adminis-

³⁹ Así está contemplado en el Reglamento General de Carreteras, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, cuyo artículo 34.3 indica expresamente que es ese tipo de Estudio el que debe ser objeto de información pública como regla general, y que concreta como elemento necesario de los Estudios Informativos (artículo 25) «d) El análisis de las ventajas, inconvenientes y costes de cada una de las opciones y su repercusión en los diversos aspectos del transporte y en la ordenación territorial y urbanística, teniendo en cuenta en los costes el de los terrenos, servicios y derechos afectados en cada caso, así como los costes ambientales y de siniestralidad».

⁴⁰ Puesto que, además, aún no se conoce la relación de bienes afectados como consecuencia de la construcción de la infraestructura, no tiene sentido, por cierto, la remisión de ese trámite por el artículo 5 de la LSF, a los interesados en los términos del procedimiento administrativo común, pues aquí no se deberá justificar legitimación en relación con el objeto del Estudio.

⁴¹ Por remisión, el trámite de información pública en el procedimiento expropiatorio es el único cauce formal de participación en la legislación reguladora más antigua de infraestructuras públicas de interés general, como la portuaria LPEMM y la aeroportuaria (Ley 48/1960, de 21 de abril, de Navegación Aérea y Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea).

⁴² Ver Martínez Yáñez (2005).

⁴³ Por ejemplo, la LC señala que tanto la Planificación general de carreteras como los correspondientes proyectos deben ir acompañados, respectivamente, de la correspondiente evaluación estratégica ambiental, y de la de impacto ambiental [artículo 7.2.f), artículo 9.2.e)]. Por no estar adaptado a dicha norma, el Reglamento General de Carreteras, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, únicamente prevé que el trámite de información pública a que debe sujetarse el Estudio informativo sea válido a efectos de impacto ambiental, que en realidad debería corresponderse con la evaluación estratégica (artículo 34.2). Sin embargo, el Reglamento no indica nada similar respecto al trámite de información pública del Plan General de Carreteras ni los Programas en que se desarrolla.

Por otro lado, el Reglamento contempla que, en el caso de los Estudios informativos, si la carretera contemplada ya estuviera incorporada al planeamiento urbanístico no habría de celebrarse el trámite de información pública, puesto que en tal caso se supone que la aprobación o modificación del correspondiente plan urbanístico ya se habría sometido a dicho trámite (artículo 34.4). Dicha previsión supone que en la tramitación de Estudios informativos de carreteras el trámite de información pública se realiza o no en función de lo dispuesto en cada municipio, lo que aumenta la complejidad de la tramitación en lugar de reducirla, como parece pretender.

trativas para la defensa del interés general más acorde con el Estado Social y Democrático de Derecho. Una participación especialmente necesaria en lo que atañe al espacio físico colectivo en el que los ciudadanos desarrollan su vida cotidiana, para que el diseño de la ciudad sea realmente una manifestación efectiva del derecho a ella.

Nuestro país tiene sin duda un acervo consolidado en lo que respecta a dicha participación ciudadana, y singularmente respecto a las denominadas actuaciones urbanísticas y las grandes obras públicas, de modo que garantizar la participación ciudadana en aquellas actuaciones que técnicamente no se corresponden con aquéllas, no debería ser especialmente difícil.

El análisis del régimen jurídico aplicable nos muestra que aún existe un hueco considerable para la libre voluntad de la Administración Pública competente a la hora de someter a procesos de participación pública el diseño y ejecución de obras públicas locales.

Sin perjuicio de las distintas normas autonómicas que han regulado dicha participación de forma transversal, a las que se aludía al comienzo, por lo que a nuestro ámbito de análisis respecta, únicamente lo ha hecho de forma específica la Ley 3/2007, de 4 de julio de la Obra Pública de Cataluña, cuya Exposición de Motivos proclama significativamente: «en el actual contexto económico y social, la calidad de la obra pública se convierte en un factor esencial para la competitividad económica, la sostenibilidad ambiental, la eficiencia funcional y la cohesión social. Ello requiere una actuación decidida de los poderes públicos para la articulación de mecanismos que permitan compatibilizar las necesarias celeridad y eficiencia en la ejecución de las obras con los objetivos de programación y planificación, revalorización de los proyectos, participación de los ciudadanos en los procesos de proyección y ejecución y, en general, con todo aquello que asegure más transparencia en la actuación de la Administración».

Este propósito se manifiesta en los principios inspiradores de la Ley⁴⁴ y, singularmente, en el régimen jurídico procedimental de los estudios y proyectos de obras públicas; así su artículo 12 indica que las obras públicas de la Generalidad deben someter su estudio informativo o anteproyecto a información pública como mínimo por 30 días, debe subirse a la página web de los Ayuntamientos afectados y del promotor de la obra, quien debe además responder motivadamente a las alegaciones presentadas. Y el mismo régimen deben seguir también las obras municipales (artículo 13). La Ley no hace así sino aplicar, de forma ampliada, el régimen previsto en la legislación sectorial de las infraestructuras públicas a toda obra pública bajo su ámbito de aplicación.

Posteriormente la tramitación sigue el régimen de contratación pública (artículos 15 y ss.), si bien en caso de que no se hubiese elaborado estudio o anteproyecto previos, y sin perjuicio del régimen de control ambiental (artículo 19.7), el proyecto de obras debe someterse a información pública. Si hay una posterior modificación del estudio o anteproyecto deberá efectuarse un nuevo trámite de información pública (artículo 15.3), al igual que si posteriormente lo hay del proyecto definitivo (artículo 23.6).

Finalmente, el artículo 40 de la Ley catalana prevé que antes de la ejecución de la obra debe informarse a los vecinos, potenciales usuarios y ciudadanos en general del calendario de realización, incidencias, afectaciones y la existencia de un servicio de información permanente, todo ello como obligación del contratista y sin perjuicio de que los costes sean imputables al contrato adjudicado.

En definitiva, parecen garantías evidentes de que la participación pública es posible en el desarrollo de obras públicas, en tanto en cuando no se aprueba una norma transversal que pueda garantizarla, y que sea aplicable también al ámbito local, como parece deseable que suceda para garantizar el derecho a la ciudad, de forma más cercana a como lo concibió H. Lefebvre, y sin duda a una gobernanza colaborativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bermejo Latre, J. L. (2013). La información administrativa y la participación del público en materia de urbanismo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV (Monográfico Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI), 405-431.

⁴⁴ De entre los que destacan los siguientes (artículo 4): «g) La participación de las entidades y administraciones interesadas y, si procede, de la sociedad civil organizada en la planificación, programación y proyección de la obra, y de las personas afectadas, en los términos establecidos por la presente ley, por la legislación sobre procedimiento administrativo común, por la legislación social y, si procede, por la legislación sectorial de aplicación. h) La información a las personas afectadas y a las entidades y administraciones interesadas sobre la ejecución y el desarrollo de las obras, que siempre debe respetar la legislación sobre protección de datos. i) La publicidad de los planes, programas y proyectos de obras. j) La transparencia, concurrencia y publicidad de todo el proceso de contratación».

- Bonet i Martí, J. (2012). El territorio como espacio de radicalización democrática. Una aproximación crítica a los procesos de participación ciudadana en las políticas urbanas de Madrid y Barcelona. *Athenea Digital*, 12(1), 15-28. <https://raco.cat/index.php/Athenea/article/view/250914>
- Casals, V. (2022). El espacio público, espacio social. *Crítica Urbana*, 22, 4-7. <https://criticaurbana.com/el-espacio-publico-espacio-social>
- Chinchilla Peinado, J. A. (2016). La participación ciudadana en el urbanismo ¿mito o realidad? En J. Gifreu i Font, M. Bassols Coma, Á. Menéndez Rexach (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés* (pp. 232-246). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Fernández, T.-R. (1983). Las obras públicas. *Revista de Administración Pública*, 3(100-102), 2427-2469. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-100-102-enerodiciembre-1983/las-obras-publicas-2>
- Fernández Muñoz, S. (2008). Participación pública, gobierno del territorio y paisaje en la Comunidad de Madrid. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 46, 97-119. <https://bage.age-geografia.es/ojs/index.php/bage/article/view/669>
- García de Enterría, E. y Parejo Alfonso, L. (1981). *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Civitas.
- Iglesias González, J. F. (2007). *Urbanismo y democracia: Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas.
- Jiménez de Cisneros, F. J. (1999). Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 195-202. <http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/3/PostScript%20anuario12%20p195.pdf>
- Lois González, R. C. (2020). La ciudad y el urbanismo en tiempos de pandemia. *Crítica Urbana*, 3(15), 5-7. <https://criticaurbana.com/la-ciudad-y-el-urbanismo-en-tiempos-de-pandemia>
- Martínez Yáñez, N. M. (2005). La participación ciudadana en la elaboración de proyectos de obras públicas. Especial referencia al trámite de información pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 39(220), 85-130.
- Menéndez Rexach, A. (2007). Autonomía urbanística municipal: planeamiento, disciplina y obras públicas. *Anuario de Derecho Municipal*, 1, 87-114.
- Menéndez Rexach, A. (2005). Obras municipales ordinarias y planteamiento urbanístico. *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, 39(221), 11-48.
- Moreno Balboa, C. (2017). Urbanismo colaborativo. *Cuadernos de Investigación Urbanística*, 115, 6-95. <https://dx.doi.org/10.20868/ciur.2017.115>
- Parejo Alfonso, L. (2013). *La construcción del espacio. Una introducción a la ordenación territorial y urbanística*. Tirant lo Blanch.
- Ponce Solé, J. y Capdeferro Villagrasa, O. (2017). Buen gobierno urbano, transparencia y participación ciudadana: la prevención de la corrupción en el urbanismo. *Práctica Urbanística*, 146 (monográfico dedicado a: La ley estatal de suelo, 10 años después). Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/318340070_Buen_gobierno_urbano_transparencia_y_participacion_ciudadana_la_prevenccion_de_la_corrupcion_en_el_urbanismo
- Purcell, M. (2014). Possible worlds: Henri Lefebvre and the Right to the City. *Journal of Urban Affairs*, 36(1), 141-154. <https://doi.org/10.1111/juaf.12034>
- Rando Burgos, E. (2020). Participación ciudadana y urbanismo: de los principios a la implementación. *Revista Española de la Transparencia*, 10, 65-96. <https://doi.org/10.51915/ret.89>
- Rosado Pacheco, S. (1988). La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (AFDUE)*, 6, 211-279. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819072.pdf>
- Sorensen, A. y Sagaris, L. (2010). From Participation to the Right to the City: Democratic Place Management at the Neighbourhood Scale in Comparative Perspective. *Planning Practice and Research*, 25(3), 297-316. <https://doi.org/10.1080/02697459.2010.503424>
- Tapia Gómez, M. C. (2022). Derecho a la ciudad y espacio público. *Crítica Urbana*, 5(22), 3. <https://criticaurbana.com/derecho-a-la-ciudad-y-espacio-publico>
- Tolivar Alas, L. (2010). Principio de participación. En J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (pp. 945-979). La Ley.
- Valcárcel Fernández, P. (2006). *Ejecución y financiación de obras públicas: estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*. Aranzadi Thomson Reuters.



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 21-02-2022
Aceptado: 20-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11055>
Páginas: 109-122

La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano

The reform of the Public Administration in the Italian National Recovery and Resilience Plan (NRRP)

Gianfranco D'Alessio
Università degli Studi Roma Tre (Italia)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0262-002X>
gianfranco.dalessio@uniroma3.it

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Università degli Studi Roma Tre. Presidente o miembro de comisiones de reforma y órganos de control y evaluación en administraciones y organismos nacionales, regionales y locales. Autor de numerosos libros, ensayos y artículos principalmente en las materias de la organización y gestión administrativa y del empleo público.

ABSTRACT (IT)

Il PNRR italiano, approvato il 13 luglio 2021 dal Consiglio dell'Unione europea, prevede la realizzazione di 134 investimenti, da finanziare con i fondi massi a disposizione dell'Italia nell'ambito del NGEU, che assommano a ben 235,1 miliardi di euro (compresi 30,6 miliardi di un fondo nazionale). Nel PNRR sono comprese 63 riforme, due delle quali hanno un carattere «orizzontale», in quanto riferite a tutte le missioni nelle quali si articola il Piano: quelle della pubblica amministrazione e del sistema giudiziario. In particolare, la riforma amministrativa riguarda quattro settori / materie: il reclutamento del personale, la semplificazione dei procedimenti, il miglioramento delle competenze dei dipendenti e la valorizzazione delle stesse; la digitalizzazione. Le previsioni del PNRR sull'aumento della capacità amministrativa hanno già ricevuto una consistente attuazione nella legislazione, specie per quanto riguarda le risorse umane. Il successo degli interventi previsti dal PNRR dovrebbe porre le basi per una più ampia trasformazione e innovazione del sistema amministrativo italiano, superando le carenze attualmente presenti.

PAROLE CHIAVE

PNRR; Italia amministrazione; riforma; reclutamento; semplificazione; competenze.

ABSTRACT (ENG)

The Italian NRRP, approved on 13 July 2021 by the Council of the European Union, provides for the realization of 134 investments, to be financed with the massive funds available to Italy under the NGEU, which amount to 235.1 billion euros (including 30.6 billion from a national fund). The PNRR includes 63 reforms, two of which have a «horizontal» character, as they refer to all the missions into which the Plan is divided: those of the public administration and the judiciary. In particular, the administrative reform concerns four subjects: the recruitment of personnel, the simplification of procedures, the improvement of employees' skills and their enhancement; the digitalization. The forecasts of the PNRR on increasing administrative capacity have already received substantial implementation in legislation, especially as

regards human resources. The success of the projects envisaged by the NRRP should lay the foundations for a wider transformation and innovation of the Italian administrative system, overcoming the present shortcomings.

KEYWORDS

NRRP; Italy administration; reform; recruitment; simplification; competence.

SOMMARIO

1. OBIETTIVI E STRUTTURA DEL PNRR. 2. LE RIFORME PREVISTE DAL PNRR. 3. LA RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 4. ACCESSO. 4.1. I CONTENUTI DEL PNRR. 4.2. I PROVVEDIMENTI ATTUATIVI. 5. BUONA AMMINISTRAZIONE. 5.1. I CONTENUTI DEL PNRR. 5.2. I PROVVEDIMENTI ATTUATIVI. 6. COMPETENZE. 6.1. I CONTENUTI DEL PNRR. 6.2. I PROVVEDIMENTI ATTUATIVI. 7. CONCLUSIONI. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.

1. OBIETTIVI E STRUTTURA DEL PNRR

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) è stato presentato dal Governo italiano alla Commissione europea il 30 aprile 2021, e dopo la valutazione espressa dalla Commissione in data 22 giugno 2021 è stato approvato dal Consiglio dell'Unione europea il 13 luglio 2021¹.

Il PNRR contiene un insieme di 63 riforme e 134 investimenti che coinvolgono, complessivamente, un ammontare di risorse pari a 235,1 miliardi di euro. Di questi, 204,5 miliardi fanno riferimento a fondi ricompresi nel programma Next Generation EU (NGEU): nello specifico, 191,5 miliardi provengono dal dispositivo Recovery and Resilience Facility (RRF) (68,9 miliardi di sovvenzioni e ben 122,6 miliardi di prestiti), e 13 miliardi provengono dal dispositivo REACT-EU. Questa cifra nel suo insieme è la più alta fra quelle destinate agli Stati membri: ciò deriva essenzialmente dal fatto che l'Italia, oltre a godere del secondo importo (dopo la Spagna) per quanto riguarda le sovvenzioni, è stata l'unico Paese a richiedere l'intero importo ammissibile per i prestiti (mentre diversi Stati non hanno richiesto prestiti, e gli altri li hanno richiesti in modo parziale). Alla somma derivante dal programma europeo si aggiungono 30,6 miliardi di un fondo nazionale complementare, istituito con il decreto legge n. 59 del 6 maggio 2021.

L'Italia, quindi, ha deciso di puntare in maniera decisa sull'attuazione del PNRR (facendo una scommessa coraggiosa anche se, secondo alcuni, un po' temeraria, se si pensa agli effetti potenziali della scelta effettuata sul debito pubblico degli anni a venire, laddove non si conseguissero i risultati attesi in termini di crescita economica) per «rilanciare il Paese dopo la crisi pandemica, stimolare la transizione ecologica e digitale, favorire un cambiamento strutturale dell'economia, a partire dal contrasto alle disuguaglianze di genere, territoriali e generazionali»²: infatti, «il Governo stima che gli investimenti previsti nel Piano avranno un impatto significativo sulle principali variabili macroeconomiche. Nel 2026, l'anno di conclusione del Piano, il prodotto interno lordo sarà di 3,6 punti percentuali più alto rispetto all'andamento tendenziale. Nell'ultimo triennio dell'orizzonte temporale (2024-2026), l'occupazione sarà più alta di 3,2 punti percentuali. Gli investimenti previsti nel Piano porteranno inoltre a miglioramenti marcati negli indicatori che misurano i divari regionali, l'occupazione femminile e l'occupazione giovanile. Il programma di riforme potrà ulteriormente accrescere questi impatti»³.

Il PNRR italiano è costruito attorno a tre obiettivi strategici condivisi a livello europeo (digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale), ai quali si affiancano tre priorità trasversali (parità di genere, miglioramento delle competenze, della capacità e delle prospettive occupazionali dei giovani, riequilibrio territoriale e sviluppo del Mezzogiorno).

Il Piano si articola in sei missioni (suddivise in sedici componenti), tra le quali sono ripartite le risorse finanziarie: 1) digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo (49,9 miliardi), diretta a promuov-

¹ Il testo del PNRR è disponibile all'indirizzo web <https://italiadomani.gov.it>

² *Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 23 dicembre 2021, disponibile all'indirizzo web <https://italiadomani.gov.it>

³ M. Draghi, *Premessa al PNRR*.

vere la trasformazione digitale del Paese e la modernizzazione della pubblica amministrazione, sostenere l'innovazione dell'assetto produttivo, rilanciare i settori della cultura e del turismo; 2) rivoluzione verde e transizione ecologica (69,9 miliardi), volta al rafforzamento dell'economia circolare e dell'agricoltura sostenibile, alla promozione delle fonti di energia rinnovabile e delle filiere dell'idrogeno, all'efficientamento energetico e alla riqualificazione degli edifici, al potenziamento delle infrastrutture idriche e alla riduzione del dissesto idrogeologico; 3) infrastrutture per una mobilità sostenibile (31,5 miliardi), finalizzata all'estensione dei trasporti ferroviari ad alta velocità e al potenziamento della rete ferroviaria regionale e delle infrastrutture intermodali nel rispetto della sostenibilità ambientale; 4) istruzione e ricerca (33,8 miliardi), finalizzata al potenziamento del sistema educativo aumentando l'offerta di servizi di istruzione e i posti di asilo nido, favorendo l'accesso all'università e rafforzando gli strumenti di orientamento, formazione e reclutamento degli insegnanti, e al rafforzamento della filiera della ricerca e del trasferimento tecnologico; 5) coesione e inclusione (29,9 miliardi), diretta a potenziare le politiche attive del mercato del lavoro e la formazione professionale, con particolare attenzione alla parità di genere e ai giovani, a rafforzare il ruolo dei servizi sociali territoriali, a migliorare il sistema di protezione per le categorie fragili, a favorire il ruolo dello sport come strumento di integrazione sociale, a realizzare interventi speciali per la coesione territoriale; 6) salute (20,2 miliardi), che ha l'obiettivo di potenziare strutture e presidi territoriali e l'assistenza domiciliare, sviluppare la telemedicina e integrare tutti i servizi socio-sanitari, rimodernare e digitalizzare il sistema sanitario e migliorare la capacità di erogazione e monitoraggio dei Livelli essenziali di assistenza (LEA)⁴.

2. LE RIFORME PREVISTE DAL PNRR

Nel PNRR italiano, come negli altri piani nazionali di ripresa e resilienza si stabilisce –conformemente a quanto indicato nelle Linee guida della Commissione europea⁵– che gli investimenti per l'utilizzazione dei fondi siano accompagnati da una serie di riforme, orientate a migliorare le condizioni regolatorie e ordinarie di contesto e a incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese: investimenti e riforme sono tra loro complementari⁶. In questo senso, si legge nel Piano, «le riforme devono considerarsi, allo stesso tempo, parte integrante dei piani nazionali e catalizzatori della loro attuazione».

In linea con le raccomandazioni fornite all'Italia dalla Commissione, le riforme prefigurate dal PNRR affrontano le debolezze del Paese sia in un'ottica strutturale, sia ai fini della ripresa e resilienza del sistema economico e sociale a fronte delle trasformazioni provocate dalla crisi pandemica.

Le azioni di riforma messe in campo mirano non solo ad accrescere il potenziale di crescita, ma anche a ridurre le perduranti disparità regionali, intergenerazionali e di genere che frenano lo sviluppo dell'economia. Le riforme previste dal Piano puntano, in particolare, a ridurre gli oneri burocratici e rimuovere i vincoli che hanno fino ad oggi rallentato la realizzazione degli investimenti o ne hanno ridotto la produttività. Come tali, sono espressamente connesse agli obiettivi generali del PNRR, concorrendo, direttamente o indirettamente, alla loro realizzazione.

Per perseguire queste finalità, nel PNRR sono previste tre tipologie di azioni: le riforme orizzontali, le riforme abilitanti e le riforme settoriali.

Le riforme orizzontali, o di contesto, consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento, che interessano trasversalmente tutte le missioni del Piano, idonee a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese. Il PNRR ne individua due: la riforma della pubblica amministrazione e la riforma del sistema giudiziario.

Le riforme abilitanti sono gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e, in generale, a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Tra questi ultimi interventi si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza.

⁴ L'oggetto e gli obiettivi delle sei missioni sono così sintetizzati in Ministero dell'economia e delle finanze – Ragioneria generale dello Stato, *La risposta delle Istituzioni europee alla pandemia di Covid-19. Il programma NGEU e i Piani nazionali*, Roma, dicembre 2021, disponibile all'indirizzo web <https://www.rgs.mef.gov.it>

⁵ Le *Linee guida* della Commissione europea per la redazione dei piani finanziati con il RRF sono disponibili all'indirizzo web https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/document_travail_service_part1_v2_en.pdf

⁶ Infatti, «gli investimenti permettono l'attuazione delle riforme grazie, ad esempio, al rafforzamento delle infrastrutture. Le riforme permettono la realizzazione degli investimenti poiché migliorano il contesto istituzionale» (*Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit.).

Le riforme settoriali, contenute all'interno delle singole missioni, invece, consistono in innovazioni normative relative a specifici ambiti di intervento o attività economiche, destinate a introdurre regimi regolatori e procedurali più efficienti nei rispettivi ambiti settoriali (si citano, come esempi: le procedure per l'approvazione di progetti su fonti rinnovabili, la normativa di sicurezza per l'utilizzo dell'idrogeno, la legge quadro sulla disabilità, la riforma della non autosufficienza, il piano strategico per la lotta al lavoro sommerso, i servizi sanitari di prossimità).

Infine, a queste tipologie di riforma si aggiungono altre misure che, sebbene non siano ricomprese nel perimetro del PNRR, dovrebbero fornire un contributo alla realizzazione dei suoi obiettivi generali. Sono le riforme di accompagnamento alla realizzazione del Piano, tra le quali devono includersi gli interventi programmati per la razionalizzazione e l'equità del sistema fiscale e per l'estensione e il potenziamento del sistema di protezione sociale dei lavoratori.

Qui di seguito ci si soffermerà, in particolare, su una delle due riforme orizzontali: quella della pubblica amministrazione.

3. LA RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

La richiesta di procedere ad interventi di riforma della pubblica amministrazione è stata chiaramente formulata all'Italia nelle Country Specific Recommendations del 2019 formulate dalla Commissione e fatte proprie dal Consiglio europeo, dove si afferma che occorre «migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione, in particolare investendo nelle competenze dei dipendenti pubblici, accelerando la digitalizzazione e aumentando l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici locali»⁷.

Sulla base di queste indicazioni provenienti dalle autorità europee il PNRR, facendo propria la considerazione secondo la quale «la debole capacità amministrativa del settore pubblico italiano ha rappresentato un ostacolo al miglioramento dei servizi offerti e agli investimenti pubblici negli ultimi anni», per affrontare questa criticità «promuove un'ambiziosa agenda di riforme per la pubblica amministrazione».

In effetti, c'è la consapevolezza che un'amministrazione mal funzionante e poco efficace nella sua azione costituisce un intralcio insormontabile per l'attuazione di qualunque piano di investimenti, a maggior ragione quando si tratta di un programma tanto ingente, complesso e ambizioso come quello finanziato con i fondi richiesti dall'Italia e ad essa concessi nell'ambito del NGUE. Quindi, dare forza e vitalità alle strutture amministrative e garantire un adeguato livello qualitativo dell'attività da esse poste in essere si pone come una condizione indispensabile per il conseguimento degli obiettivi fissati nelle sei missioni del PNRR: pertanto, migliorare l'amministrazione –e lo stesso discorso si potrebbe ripetere anche per l'altra riforma orizzontale, quella della giustizia– è strettamente strumentale rispetto a tutte le altre finalità ricomprese nel Piano⁸.

Peraltro, ciò che si intende ottenere attraverso iniziative di riforma amministrativa va al di là della pure importante realizzazione del Piano e della sua prospettiva temporale, perché «uno dei lasciti più preziosi del PNRR deve essere l'aumento permanente dell'efficienza della pubblica amministrazione e della sua capacità di decidere e mettere a punto progetti innovativi, per accompagnarli dalla selezione e progettazione fino alla realizzazione finale».

In realtà va detto che quella che nel PNRR è definita come «la riforma della pubblica amministrazione» non si configura come un organico disegno di riassetto complessivo del sistema amministrativo e delle forme di svolgimento della sua attività: l'attenzione si concentra, infatti, su determinati ambiti ed elementi della realtà istituzionale delle amministrazioni, che sono individuati in generale come strategici in vista del superamento delle principali disfunzioni che caratterizzano l'assetto e il funzionamento degli organismi pubblici, e che nello specifico incrociano alcuni degli obiettivi strategici (come la digitalizzazione e l'innovazione) attorno ai quali, secondo quanto determinato a livello europeo, deve ruotare la costruzione dei piani nazionali di ripresa e resilienza.

⁷ Le *Recommendations* del 2019 sono disponibili all'indirizzo web https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/2019-european-semester-country-specific-recommendation-commission-recommendation-italy_it.pdf. L'esigenza di «*aumentare la capacità dell'amministrazione*» è messa in evidenza anche nelle *Recommendations* all'Italia del 2020, disponibili all'indirizzo web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1591720698631&uri=CELEX%3A52020DC0512>

⁸ Non a caso, nelle Linee guida della Commissione europea si stabilisce che «*Il piano deve fornire elementi circa la sussistenza della capacità amministrativa necessaria per la realizzazione delle misure indicate e, in particolare, assicurare che siano adeguatamente considerate le Country Specific Recommendations (CSR), in particolare per il 2019 e il 2020 riguardanti l'efficienza della pubblica amministrazione per garantire l'effettiva implementazione delle diverse componenti*».

Gli interventi di riforma programmati ruotano attorno a quattro assi fondamentali:

- a) accesso: snellimento e migliore finalizzazione dei meccanismi di selezione del personale, anche al fine di favorire il ricambio generazionale;
- b) buona amministrazione⁹: semplificazione di norme e procedure;
- c) competenze: allineamento delle conoscenze e delle capacità organizzative dei dipendenti pubblici alle nuove esigenze del mondo del lavoro e di una amministrazione moderna;
- d) digitalizzazione: utilizzazione delle nuove tecnologie come strumento trasversale per la migliore realizzazione delle riforme.

Come viene chiarito nel PNRR, non tutte queste azioni comportano misure di ordine finanziario. Molte di esse riguardano il riordino di processi decisionali e procedure, e alcune richiedono l'adozione di provvedimenti normativi, diversamente collocati temporalmente.

Nelle pagine che seguono si procederà ad una ricognizione di quanto previsto nel testo del PNRR in ordine ai primi tre punti sopra elencati (mentre non ci si soffermerà su quello relativo alla digitalizzazione, che meriterebbe una specifica trattazione nel quadro dell'analisi delle azioni ricomprese nella prima missione del Piano); si darà, poi, conto dei primi adempimenti attuativi posti in essere in tali ambiti nel primo semestre dopo la sua approvazione, utilizzando strumenti di diversa natura (provvedimenti normativi, atti di indirizzo, determinazioni organizzative, ecc.).

4. ACCESSO

4.1. I contenuti del PNRR

E' evidente che nel PNRR l'operazione di riforma dell'amministrazione è incentrata sul rafforzamento, la riqualificazione e la valorizzazione delle risorse umane: ad esse sono dedicate le linee di intervento su accesso e competenze, e al miglioramento delle loro prestazioni fa essenzialmente riferimento anche la digitalizzazione.

Il punto di partenza di tutta l'azione diretta al potenziamento della capacità amministrativa previsto dal PNRR è costituito dalla constatazione della condizione critica, sia dal punto di vista dimensionale che da quello qualitativo, che caratterizza lo stato del personale delle pubbliche amministrazioni in Italia.

Quanto al profilo quantitativo, il blocco del turnover che si è protratto per tutto il secondo decennio del nuovo secolo –ed è stato rimosso soltanto con la legge n. 56 del 19 giugno 2019– ha ridotto in misura significativa (circa il 10%) il numero dei dipendenti pubblici: questi attualmente assommano complessivamente a 3,2 milioni, che corrispondono ad una percentuale inferiore a quella dei principali paesi europei in rapporto sia all'insieme dei lavoratori occupati (fatta eccezione per la Germania) che al numero dei residenti¹⁰.

L'ingresso di nuovi assunti negli scorsi anni è stato estremamente lento e limitato, con un conseguente, inevitabile innalzamento dell'età media dei dipendenti, che è attualmente di circa 50 anni (e sarebbe assai più alta escludendo gli appartenenti alle forze di polizia e i militari), con ben il 16,3% di soggetti con più di 60 anni e solo il 4,2% con meno di 30 anni: ciò, si rileva opportunamente nel testo del PNRR, «ha contribuito a determinare un crescente disallineamento tra l'insieme delle competenze disponibili e quelle richieste dal nuovo modello economico e produttivo disegnato per le nuove generazioni (digitale, ecologico, inclusivo)».

La situazione è insoddisfacente anche per quanto attiene alla preparazione e alla qualità professionale dei lavoratori pubblici, specie se si tiene conto delle competenze richieste dall'utilizzazione delle nuove tecnologie. Solo il 3,4% dei dipendenti pubblici in Italia ha conseguito una specializzazione post-laurea, mentre i titolari di laurea triennale o specialistica rappresentano il 28% del totale.

Partendo da questi dati emerge l'esigenza, esplicitata nel testo del Piano, di sviluppare un programma di assunzioni di nuovo personale in tutto il sistema amministrativo, non solo per coprire le attuali carenze

⁹ Chiaramente, la locuzione «buona amministrazione» viene qui usata in un'accezione diversa e più limitata rispetto a quella generalmente adottata sia in sede dottrinale che in atti normativi, a cominciare dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁰ Per un quadro analitico dei dati riguardanti il personale amministrativo in Italia (comparati con quelli di altri paesi europei) si rinvia alla ricerca FPA, *Lavoro pubblico 2021*, giugno 2021, disponibile all'indirizzo web https://profilo.forumpa.it/doc/?file=2021/2021_FPA_Data_Insight_Lavoro_pubblico_2021.pdf

e «per ringiovanire il volto della PA, ma anche per ridefinire le competenze (più profili tecnici e soft skills) e favorire l'ingresso di professioni del futuro (tra le altre, digitale e big data)»: e, in effetti, già prima e subito dopo l'approvazione del PNRR si sono avviate non poche iniziative, anche quantitativamente consistenti, di selezione di nuovi soggetti da immettere nelle amministrazioni.

Tutto ciò, però, per essere realizzato in tempi brevi, in misura adeguata e in forme efficaci ha richiesto e richiede l'introduzione di sistemi di reclutamento tramite concorso pubblico¹¹ che superino la complessità, la lunghezza e la farraginosità delle procedure fin qui utilizzate (si rileva che fra l'emissione del bando di indizione del concorso e la sua conclusione possono passare anche diversi anni), e l'affiancamento ad essi di altre modalità di acquisizione da parte delle amministrazioni di prestazioni professionali, soprattutto (ma non solo) in relazione alla necessità di dare tempestiva attuazione agli investimenti del PNRR.

Viene, quindi, individuata una serie di obiettivi utili a superare le attuali criticità e se ne delineano le modalità di attuazione.

Innanzitutto, per finalizzare il nuovo reclutamento alle effettive esigenze, soprattutto in termini di professionalità, delle amministrazioni, si prospetta l'opportunità di rivedere gli strumenti per l'analisi dei fabbisogni di competenze: è da immaginare che ciò dovrebbe avvenire implementando e affinando lo strumento del «piano triennale del fabbisogno del personale», già introdotto dalla legge n. 124 del 7 agosto 2015 e dai relativi decreti attuativi. E, presumibilmente anche in relazione a questo, si sottolinea l'esigenza di avere a disposizione informazioni aggregate, di tipo qualitativo e quantitativo, sul capitale umano della funzione pubblica e sui suoi cambiamenti.

Viene, di seguito, promossa la progettazione di «sistemi veloci ed efficaci di reclutamento delle persone, differenziati rispetto ai profili da assumere», e in tal senso si fa riferimento, tra l'altro, al potenziamento (ma forse, anche alla luce di quanto sopravvenuto a livello normativo, si sarebbe dovuto piuttosto parlare dell'alleggerimento, se non del superamento) dei sistemi di preselezione e alla costruzione di modalità sicure e certificate di svolgimento delle prove anche a distanza.

Quanto alle modalità di attuazione degli obiettivi indicati, viene dato rilievo alla realizzazione di una piattaforma unica per il reclutamento, almeno in prima battuta riguardante solo le amministrazioni centrali, da mettere a disposizione: a) delle singole amministrazioni, che potranno valersi delle risorse digitali per pianificare e gestire i loro concorsi; b) dei dipendenti pubblici, che potranno accedere al proprio profilo per aggiornarlo costantemente sulle loro capacità e competenze, e potranno conoscere le posizioni disponibili all'interno delle amministrazioni per le quali eventualmente presentare la propria candidatura; c) di tutti i potenziali candidati esterni, che potranno avere informazioni sui concorsi e sulle posizioni aperte e valutare la possibilità di partecipare a determinate procedure di selezione. La piattaforma dovrebbe essere progressivamente integrata costruendo una banca dati sulle competenze e le capacità dei soggetti già a disposizione delle amministrazioni, in funzione della definizione di una pianificazione strategica delle politiche del personale e dell'organizzazione.

Un rilevante elemento di novità presente nel PNRR è costituito dalla previsione, accanto allo strumento ordinario del concorso, di altri percorsi di reclutamento, riguardanti soggetti dotati di una preparazione specialistica e/o di una elevata qualificazione professionale.

Nello specifico, si fa riferimento in primo luogo all'inserimento nelle amministrazioni attraverso percorsi rapidi, affiancati da una apposita formazione, di giovani di «alto profilo», in possesso di particolari titoli (dottorati di ricerca, master postuniversitari, esperienze internazionali).

Si introducono, poi, due forme di acquisizione di personale qualificato espressamente destinato a contribuire alla realizzazione dei progetti del PNR: la conclusione di accordi con università, centri di alta formazione e ordini professionali per favorire la selezione e l'immissione rapida nelle amministrazioni dei migliori profili specialistici; e il reclutamento, sempre tramite una procedura semplificata e con contratti a tempo determinato, di un pool di esperti multidisciplinari per il supporto tecnico alle amministrazioni centrali e locali nella implementazione delle iniziative attuative del Piano.

Per i soggetti reclutati a tempo determinato attraverso questi meccanismi si prevede la possibilità di consolidare successivamente le esperienze maturate e le competenze acquisite valorizzandole ai fini dell'assunzione a titolo definitivo, sia pure passando per una selezione.

¹¹ Va ricordato che il concorso pubblico, basato su una selezione comparativa aperta al più ampio numero di partecipanti, costituisce il sistema ordinario di accesso al lavoro nel settore pubblico in base alla Costituzione italiana: «*Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*» (art. 97, comma 4).

4.2. I provvedimenti attuativi

Nel 2021 sono stati realizzati o avviati diversi interventi (soprattutto, ma non unicamente, attraverso atti normativi) con i quali si è dato seguito alle indicazioni del PNRR in materia di accesso ai pubblici uffici.

In realtà, già nel corso dell'anno precedente, all'interno dei primi provvedimenti legislativi adottati per rispondere all'emergenza prodotta dalla propagazione della pandemia di SARS-CoV-2, sono state introdotte disposizioni di tipo transitorio che prevedevano in via sperimentale una semplificazione delle procedure concorsuali, con la possibilità di svolgerle in forma decentrata e di utilizzare la tecnologia digitale (ci si riferisce, in particolare, all'art. 247 del decreto legge n. 34 del 19 maggio 2020, convertito dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020).

Poi il Governo italiano, nel momento in cui si apprestava a presentare agli organi europei il suo PNRR, ne ha anticipato alcuni contenuti in ordine ai meccanismi di reclutamento del personale approvando il decreto legge n. 44 del 1° aprile 2021, convertito dalla legge n. 76 del 28 maggio 2021, dove all'art. 10, al fine di ridurre i tempi delle procedure concorsuali si introducono in via ordinaria, e per tutte le pubbliche amministrazioni, modalità semplificate di svolgimento delle prove, ma salvaguardandone sempre il carattere comparativo: a) espletamento di una sola prova scritta e di una prova orale nei concorsi per il personale non dirigenziale; b) utilizzo di strumenti informatici e digitali e, facoltativamente, svolgimento in videoconferenza della prova orale, garantendo in ogni caso l'adozione di soluzioni tecniche che ne assicurino la pubblicità, l'identificazione dei partecipanti, la sicurezza delle comunicazioni e la loro tracciabilità, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali; c) per i profili qualificati dalle amministrazioni, in sede di bando, a elevata specializzazione tecnica, una fase di valutazione dei titoli legalmente riconosciuti e strettamente correlati alla natura e alle caratteristiche delle posizioni bandite, ai fini dell'ammissione a successive fasi concorsuali. Inoltre, le amministrazioni possono prevedere, in ragione del numero di partecipanti, l'utilizzo di sedi decentrate, assicurando comunque la trasparenza e l'omogeneità delle prove somministrate in modo da garantire il medesimo grado di selettività tra tutti i partecipanti.

A questo decreto si è, successivamente, affiancato il decreto legge n. 80 del 9 giugno 2021, convertito dalla legge n. 113 del 6 agosto 2021, che si preoccupa di rafforzare le dotazioni di personale delle amministrazioni che siano titolari di specifici interventi previsti nel PNRR utilizzando i dispositivi indicati dallo stesso Piano: esse possono assumere personale destinato alla realizzazione degli stessi interventi stipulando contratti di lavoro a tempo determinato o contratti di collaborazione per un periodo complessivo anche superiore a trentasei mesi ma non eccedente la durata di attuazione dei progetti e, comunque, non andando oltre la data del 31 dicembre 2026. Ai contratti di lavoro subordinato a tempo determinato stipulati dalle suddette amministrazioni si applicano le modalità di selezione di cui all'art. 10 del d.l. 44/2021 con la previsione di una sola prova scritta (da svolgere in forma digitale) e la valutazione dei titoli per le figure a elevata specializzazione tecnica: tali modalità semplificate, peraltro, possono essere utilizzate anche per le assunzioni a tempo determinato da parte di amministrazioni non interessate dall'attuazione del PNRR.

Un particolare sistema di reclutamento viene introdotto per l'assunzione, sempre con contratto a tempo determinato, di personale dotato di un'«alta specializzazione»: si tratta di figure in possesso di dottorato di ricerca o master universitario di secondo livello, oppure con laurea magistrale o specialistica ma con esperienze documentate, qualificate e continuative di lavoro subordinato almeno triennali in enti pubblici nazionali ovvero in organismi internazionali o dell'Unione europea. Questi soggetti saranno iscritti, previo svolgimento di una prova idoneativa (anche qui, con le modalità di cui all'art. 10 del d.l. 44/2021), in appositi elenchi istituiti presso il Portale del reclutamento, dai quali le amministrazioni potranno attingere ai fini della stipula dei contratti.

La creazione di elenchi presso il Portale del reclutamento è prevista –sempre allo scopo di consentire alle amministrazioni di valersi di qualificate professionalità nel periodo in cui saranno impegnate nella realizzazione degli interventi contemplati dal PNRR– anche per individuare professionisti (iscritti ad ordini e collegi oppure in possesso di un attestato di qualità e di qualificazione professionale) ed esperti, ai quali le amministrazioni possono conferire incarichi di collaborazione con contratto di lavoro autonomo: gli elenchi saranno suddivisi in sezioni corrispondenti alle diverse professioni e specializzazioni e agli eventuali ambiti territoriali. La scelta di coloro ai quali verranno assegnati gli incarichi avverrà in modo trasparente: le amministrazioni, sulla base delle professionalità da acquisire, devono invitare almeno quattro professionisti o esperti, assicurando la parità di genere, e sottoporli a un colloquio selettivo.

Al fine di evitare di disperdere le professionalità acquisite da quanti abbiano collaborato alle attività connesse al PNRR con contratti a tempo determinato, il decreto fissa una riserva a loro favore (ove abbiano svolto incarichi per almeno 36 mesi) del 40% di posti nei concorsi pubblici indetti dalle amministrazioni per il reclutamento di personale a tempo indeterminato.

Nel d.l. 80/2021 si incontra un'altra previsione (art. 2), esplicitamente finalizzata a creare una prospettiva di inserimento di giovani nelle strutture pubbliche: viene data la possibilità alle amministrazioni di attivare specifici progetti di formazione e lavoro per l'acquisizione, attraverso contratti di apprendistato, di competenze di base e trasversali, nonché per l'orientamento professionale da parte di diplomati e di studenti universitari.

Una specifica considerazione merita, inoltre, quanto stabilito nell'art. 3 bis, grazie al quale è consentito agli enti locali di organizzare e gestire in forma aggregata, anche in assenza di fabbisogno di personale, selezioni uniche per la formazione di elenchi di idonei all'assunzione nei ruoli dell'amministrazione, sia a tempo indeterminato che a tempo determinato, per vari profili professionali e categorie, compresa la dirigenza: gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento periodico. Gli enti interessati per la copertura delle posizioni programmate nei rispettivi piani dei fabbisogni di personale procedono alle assunzioni previo interpello tra i soggetti inseriti negli elenchi: in presenza di più soggetti aspiranti all'assunzione, si procede a valutarne le candidature con le procedure di cui all'art. 10 del d.l. 44/2021, per la formazione di una graduatoria di merito dalla quale attingere per la copertura dei posti disponibili.

Va altresì ricordato –nell'ottica della implementazione delle previsioni del PNRR– l'avvio nell'autunno del 2021 della concreta attivazione presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del consiglio dei ministri, pure qui sulla scorta di una indicazione contenuta nel d.l. 80/2021, del «Portale del reclutamento»¹², la piattaforma unica (istituita dalla legge 56/2019) nella quale le amministrazioni, i dipendenti e coloro i quali siano interessati ad entrare nel pubblico impiego dovranno trovare e inserire tutti i dati fondamentali riguardanti le opportunità di lavoro nel settore pubblico, le procedure di accesso e il loro svolgimento.

5. BUONA AMMINISTRAZIONE

5.1. I contenuti del PNRR

Nel PNRR per «buona amministrazione» si intende l'identificazione, la definizione e l'attuazione di un insieme di interventi destinati a semplificare e accelerare, attraverso l'eliminazione o l'attenuazione di vincoli burocratici, l'azione delle pubbliche amministrazioni, rendendola più efficace e più efficiente, riducendo tempi di attesa e costi per i cittadini e le imprese.

Lo «snellimento» degli adempimenti amministrativi riguarda in prima battuta le procedure riguardanti o collegate ai progetti di investimento ricompresi nel Piano; ma, in realtà, l'operazione di semplificazione si pone finalità di ordine più generale e strutturale, in quanto investe le modalità di svolgimento dell'attività degli uffici pubblici complessivamente considerata, anche in una prospettiva oggettuale e temporale di maggiore respiro rispetto a quella stabilita per il compimento di quanto previsto dal PNRR.

Il primo e fondamentale obiettivo riguarda la riduzione dei tempi di gestione delle procedure, con particolare attenzione a quelle che prevedono l'intervento di una pluralità di soggetti, e quindi sono a maggior rischio di allungamento dei tempi, se non di ristagno o, addirittura, di blocco dei processi decisionali.

Per rendere più celere l'azione amministrativa, ma anche, e soprattutto, per limitare gli oneri per cittadini e imprese, occorre «liberalizzare, semplificare (anche mediante l'eliminazione di adempimenti non necessari), reingegnerizzare e uniformare le procedure».

In proposito entra in gioco anche la digitalizzazione, in un duplice senso: da un lato, per digitalizzare le procedure è indispensabile razionalizzarle, semplificandole e uniformandole; dall'altro, proprio la digitalizzazione può dare un contributo rilevante, se non determinante, all'accelerazione e alla «standardizzazione» dei meccanismi operativi delle amministrazioni.

Infine, il PNRR chiede che si provveda al monitoraggio degli interventi per la misurazione del contenimento dei tempi e degli oneri e ad una adeguata comunicazione degli stessi interventi, allo scopo di assicurarne la rapida implementazione a tutti i livelli amministrativi e informarne correttamente i cittadini.

Per ciò che concerne le modalità di attuazione di questi obiettivi, nel Piano si fa riferimento all'«Agenda per la semplificazione», introdotta dal decreto legge n. 90 del 24 giugno 2014, convertito dalla legge n. 114 dell'1 agosto 2014, che nella versione relativa al periodo 2020-2023¹³ indica una serie di linee di azione, con-

¹² Il Portale del reclutamento è raggiungibile all'indirizzo web <https://www.inpa.gov.it/>

¹³ L'Agenda 2020-2023 è stata approvata il 23 novembre 2020 dalla Conferenza unificata per i rapporti fra lo Stato, le regioni e gli enti locali. Il documento è disponibile all'indirizzo web http://www.italiasemplice.gov.it/media/2635/agenda_semplificazione_2020-2023.pdf

divise dal Governo e dalle autonomie regionali e locali (che ne coordinano e verificano l'attuazione attraverso un organismo tecnico comune):

- a) mappatura dei procedimenti e delle attività e dei relativi regimi vigenti;
- b) creazione del catalogo dei nuovi regimi, derivanti dalle semplificazioni;
- c) eliminazione delle autorizzazioni non giustificate da motivi imperativi di interesse generale;
- d) eliminazione degli adempimenti non necessari o che non utilizzano le nuove tecnologie; estensione degli istituti –già presenti da tempo nell'ordinamento– della Segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e del silenzio assenso, che evitano la necessità di autorizzazioni preventive per molte attività dei privati;
- e) completa reingegnerizzazione in digitale e semplificazione di 200 procedure critiche, selezionate sulla base della consultazione degli stakeholder.

Guardando in avanti, ci si propone su queste base di costruire –cosa fin qui mai realizzata in Italia, al di là dei tentativi effettuati in passato da alcuni Ministri della funzione pubblica– un catalogo completo, uniforme e aggiornato di tutti i procedimenti amministrativi e dei relativi regimi, avente piena validità giuridica a livello nazionale (si parla di almeno 600 procedimenti entro il 2026), realizzando sistematicamente per tutti una ridefinizione, producendo una modulistica standardizzata on-line e digitalizzando i procedimenti riguardanti l'edilizia e le attività produttive.

Un altro punto che merita di essere segnalato riguarda la creazione di uno strumento di assistenza tecnica per l'implementazione di queste attività a livello di amministrazioni locali, costituito da un pool di 1.000 esperti –se ne è già fatto cenno nel paragrafo precedente– operanti sotto il coordinamento delle amministrazioni regionali, che li dislocheranno presso gli enti locali del territorio, anche tenendo conto del parere delle istanze associative di questi ultimi. Gli esperti sono chiamati: a svolgere compiti di sostegno alle amministrazioni nella gestione delle procedure complesse (valutazioni ambientali, urbanistica, edilizia, infrastrutture, ecc.) e nelle attività di velocizzazione degli iter procedurali; a collaborare al recupero dell'arretrato; a prestare assistenza tecnica ai soggetti proponenti per la presentazione dei progetti (chiaramente, soprattutto quelli facenti capo al PNRR), migliorandone la qualità e accelerando, in tal modo, i tempi di esame; a supportare le attività di misurazione dei tempi effettivi di conclusione delle procedure.

Infine, si prevede l'attivazione di iniziative di benchmarking nelle amministrazioni centrali, regionali e nei grandi comuni, al fine di promuovere misurazioni delle prestazioni orientate ai risultati ottenuti (outcome-based performance), introducendo specifici incentivi alle performance e mettendo in pratica gli istituti normativi che mirano a valorizzare il contributo dei dipendenti ai processi di innovazione, revisione organizzativa e miglioramento della qualità dei servizi. A questo scopo è altresì prevista una riforma degli organi di controllo interno delle amministrazioni (Organismi indipendenti di valutazione).

5.2. I provvedimenti attuativi

Dalla lettura del PNRR risulta chiaro che il processo di semplificazione dell'insieme estremamente numeroso e articolato dei procedimenti dei quali si avvale la pubblica amministrazione per lo svolgimento delle sue funzioni richiede tempi non brevi, e impone di procedere per tappe, partendo dai procedimenti sui quale appare più urgente intervenire, guardando sia agli ambiti maggiormente coinvolti dall'attuazione del PNRR, sia alle situazioni nelle quali la gravosità e la farraginosità dei meccanismi procedurali producono le maggiori disfunzioni nei rapporti delle amministrazioni con i cittadini e le imprese.

Per ora, quando il Piano era ancora in fase di approvazione, con il decreto legge n. 77 del 31 maggio 2021, convertito dalla legge n. 108 del 29 luglio 2021, si è intervenuti su quelli che sono stati definiti come i «colli di bottiglia» che avrebbero rallentato o impedito la realizzazione dei progetti previsti dal PNRR (procedure in materia ambientale, paesaggistica, urbanistica, appalti, digitale, ecc.¹⁴). Il provvedimento ha introdotto, particolare, importanti novità sull'assetto dei procedimenti in materia di valutazioni di impatto ambientale, infrastrutture digitali, fonti energetiche rinnovabili, oltre che in tema di contratti pubblici; si tratta di interventi che sono stati ritenuti necessari per rimuovere i principali vincoli burocratici e velocizzare, mediante la semplificazione delle procedure, la transizione energetica e la green economy.

¹⁴ Su alcuni di questi tipi di procedimento è poi intervenuto anche il decreto legge n. 152 del 6 novembre 2021, convertito dalla legge n. 233 del 29 dicembre 2021.

6. COMPETENZE

6.1. I contenuti del PNRR

Nella sezione del PNRR riguardante le «competenze» si ritorna, come prima accennato, alle questioni riguardanti i dipendenti pubblici: c'è, quindi, una evidente ed esplicita connessione con la parte sull'«accesso».

E' in effetti, fuori discussione che solo amministrazioni le quali dispongono di una dotazione di personale quantitativamente adeguata e di buona qualità possono produrre risultati soddisfacenti nella loro azione di cura degli interessi pubblici, tanto più quando sono chiamate ad essere protagoniste della realizzazione di programmi di attività particolarmente complessi e impegnativi: come si legge nel Piano, «sulle persone si gioca il successo non solo del PNRR, ma di qualsiasi politica pubblica indirizzata a cittadini e imprese».

Pertanto, è importante adottare sistemi di reclutamento che consentano di inserire rapidamente un consistente numero di nuovi addetti negli uffici pubblici, ma è necessario che i percorsi selettivi siano configurati in modo tale da «acquisire le migliori competenze»: la programmazione e la gestione dei meccanismi di acquisizione di nuove risorse non devono ridursi a una mera sostituzione di quanti cessano dal servizio, ma devono valutare quale tipo di personale, di quale livello e con quali competenze serve a ciascuna amministrazione.

Il tema si pone sicuramente nella fase dell'accesso agli impieghi, ma l'esigenza di definire una gestione «per competenze» riguarda, naturalmente, anche il personale già a disposizione delle amministrazioni. In proposito, il PNRR lamenta il fatto che nel sistema amministrativo italiano sia mancata la definizione di «una comune tassonomia di descrittori delle professionalità presenti e necessarie»: finora, si è tenuto conto solo di classificazioni giuridiche ed economiche dei dipendenti, come definite soprattutto nei contratti collettivi di lavoro, che le differenziano a seconda dei comparti di appartenenza. Ciò, oltre ad incidere negativamente sulla rispondenza delle politiche di reclutamento alle effettive esigenze delle amministrazioni, inficia la possibilità di comparare le caratteristiche e le situazioni di queste ultime, anche quando sono dello stesso tipo, e ostacola la mobilità dei dipendenti fra di esse:

Si aggiunge che nelle amministrazioni spesso è molto limitata, o del tutto assente, la capacità di proiettare nel futuro la propria fisionomia, traendone elementi in ordine alla identificazione delle competenze necessarie per rispondere in modo dinamico alle istanze dei cittadini e del mondo della produzione. Altrettanto deprecabile appare l'inadeguatezza dei sistemi di gestione delle risorse umane, nei quali mancano o sono inadeguati gli strumenti in grado di tenere alta la motivazione e valorizzare l'apporto dei dipendenti più capaci e motivati (si può rammentare che in Italia sono generalmente considerati insoddisfacenti, da questo punto di vista, i risultati dei sistemi di valutazione dei dirigenti e degli impiegati pubblici).

Partendo da questo quadro problematico, nel PNRR si afferma l'esigenza di dotare le amministrazioni di una nuova strumentazione che le metta in grado di delineare una pianificazione strategica delle risorse umane: il processo dovrebbe prendere le mosse dalla predisposizione di «un insieme di descrittori di competenze (incluse le soft skills) da utilizzare per comporre i diversi profili professionali» (da inserire nella piattaforma unica per il reclutamento), aggregando tali profili per famiglie e aree professionali e verificandone la corrispondenza con gli inquadramenti contrattuali.

Ne consegue la proposizione di una serie di obiettivi: il primo attiene alla definizione dei profili professionali quale parametro di riferimento per le politiche di assunzione.

Il secondo obiettivo riguarda il miglioramento della coerenza tra competenze e percorsi di carriera. In termini attuativi, si sollecita una revisione dei percorsi di carriera, che faciliti sia la mobilità orizzontale tra amministrazioni che quella verticale, favorisca gli avanzamenti di carriera dei più meritevoli e capaci e differenzi maggiormente i percorsi manageriali. Sempre nella prospettiva dell'agevolazione di forme di mobilità, viene anche espressa una opzione in favore dell'inserimento nel settore pubblico di persone che lavorano in aziende private qualificate, in organizzazioni internazionali, in università straniere o presso soggetti pubblici o privati all'estero.

A questi due obiettivi si affianca la richiesta di un incremento della cultura tecnico-gestionale degli amministratori, attraverso misure che favoriscano un approccio «proattivo e consapevole» alla transizione digitale, pongano in primo piano il raggiungimento dei risultati e facciano leva sull'etica e lo spirito di missione dei civil servant.

Sembra, peraltro, opportuno soffermarsi soprattutto su un altro obiettivo, che investe il versante della formazione di quanti operano nelle amministrazioni: si prospetta, infatti, la predisposizione di «percorsi formativi differenziati per target di riferimento, altamente qualificati e certificati all'interno di un sistema

di accreditamento, e individuati a partire dall'effettiva rilevazione di gap di competenze rispetto ad ambiti strategici comuni a tutti i dipendenti o specifici e professionalizzanti, tra cui interventi formativi sui temi dell'etica pubblica».

La situazione di grave inadeguatezza della formazione del personale delle amministrazioni italiane è ben chiara a chi ha redatto ed approvato il PNRR: infatti, si rileva che la carenza di competenze (specie di quelle nuove) deriva anche dalla riduzione, nello scorso decennio, delle spese di istruzione e formazione dei dipendenti pubblici, arrivando ad un dimezzamento degli investimenti, che si sono ridotti nel 2019 ad una media di soli 48 euro a persona. Inoltre, si sottolinea la scarsa finalizzazione di queste pur limitate risorse: ad esempio, nel 2019 poco più del 7% dei dipendenti delle amministrazioni locali è stato coinvolto nella formazione sulle ICT. Proprio le amministrazioni regionali e locali hanno particolarmente subito le conseguenze del contenimento della spesa per la formazione¹⁵.

Per affrontare questa situazione e migliorare la capacità formativa delle amministrazioni il PNRR propone una linea azione così articolata:

- a) va rafforzata, sia sul piano organizzativo che su quello funzionale, la Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA), che costituisce la principale istituzione formativa dello Stato italiano, anche attraverso la realizzazione di forme di collaborazione strategica con università ed enti di ricerca nazionali;
- b) va riorganizzata e razionalizzata l'offerta formativa, a partire dalla attivazione on-line di specifici corsi MOOC (Massive Online Open Course), con standard qualitativo certificato, aperti al personale delle amministrazioni, dedicati alle nuove competenze oggetto degli interventi del PNRR (quindi, si tratta di uno strumento collegato in prima battuta all'attuazione del Piano, ma che potrebbe essere utilizzato anche a regime e/o con riferimento ad altri ambiti di attività delle strutture pubbliche);
- c) vanno create, per le figure dirigenziali, Learning Communities tematiche, finalizzate alla condivisione di best practices e alla risoluzione di concreti casi di amministrazione;
- d) vanno sviluppati metodi e metriche di rigorosa misura dell'impatto delle attività formative a breve e a medio termine.

Si tratta, come è agevole notare, di una serie di misure sicuramente rilevanti e, almeno in parte, innovative (almeno per la realtà italiana), ma va notato che non configurano un programma organico di revisione e di rilancio del sistema formativo per il personale delle pubbliche amministrazioni, quale si renderebbe necessario per affrontare la situazione di grave crisi messa in evidenza dallo stesso PNRR.

Le pagine del Piano dedicate al rafforzamento delle competenze nelle amministrazioni si chiudono con la previsione di una azione a supporto delle amministrazioni locali di medie dimensioni (da 25.000 a 250.000 abitanti), basata su un modello già definito dall'Unione europea, da avviare con i fondi del PNRR, con il finanziamento di specifici programmi volti alla revisione dei processi decisionali e organizzativi, a una riorganizzazione degli spazi di lavoro, e a una crescente digitalizzazione delle procedure, tramite formazione o attraverso l'immissione in ruolo di nuovo personale.

6.2. I provvedimenti attuativi

Il segmento del PNRR dedicato a quello che è stato definito dal Ministro per la pubblica amministrazione come «rafforzamento del capitale umano»¹⁶ delle amministrazioni ha trovato attuazione soprattutto attraverso il già citato d.l. 80/2021, che all'art. 3 detta una serie di disposizioni destinate a «rendere più dinamico, moderno e attrattivo il mercato del lavoro pubblico, eliminando quelle rigidità strutturali che oggi penalizzano e demotivano le persone più capaci, rallentandone i percorsi di carriera e i processi di acquisizione e valorizzazione delle competenze necessarie per favorire la transizione amministrativa¹⁷: si tratta di un insieme di norme che toccano in vario modo i temi dello sviluppo di carriera, della mobilità e della formazione del personale.

¹⁵ Una serie di altri dati sulla scarsa consistenza, quantitativa e qualitativa, della formazione nella pubblica amministrazione sono contenuti in FPA, *Lavoro pubblico 2021*, cit.

¹⁶ R. Brunetta, *Reclutamento, merito e carriere: ecco come cambia il lavoro pubblico*, Audizione sul d.l. n. 80/2021 in Commissioni congiunte Affari costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica. Le slides illustrative dell'audizione sono disponibili all'indirizzo web https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/AUDIZIONE_BRUNETTA-DL_ATTUAZIONE_PNRR.pdf

¹⁷ Ibidem.

In primo luogo, troviamo previsioni che intendono agevolare la c.d. «mobilità verticale» dei dipendenti. Va ricordato che nell'ordinamento amministrativo italiano il personale –fatta eccezione per alcune categorie che conservano specifici regimi di diritto pubblico (magistrati, militari, prefetti, diplomatici, ecc.)– è dislocato su tre aree funzionali, definite in sede di contrattazione collettiva e differenziate per livello di compiti, mansioni e responsabilità. Finora per il progredire da un'area all'altra (c.d. progressioni verticali) era necessario partecipare e vincere un concorso: il d.l. 80/2021, invece, prevede che per il 50 % dei posti il passaggio a un'area superiore avvenga tramite prove selettive basate sulle valutazioni conseguite, sul possesso di titoli di studio e competenze professionali, sul numero e la tipologia degli incarichi ricoperti. Inoltre, il legislatore demanda ai contratti collettivi di lavoro l'individuazione e la definizione di una nuova area di inquadramento, di elevata qualificazione, superiore rispetto a quelle esistenti.

Anche per l'ingresso nei ruoli della dirigenza dello Stato e degli enti pubblici nazionali si dà spazio a una valorizzazione delle esperienze acquisite: per almeno la metà dei posti disponibili, certo, si conferma il sistema di accesso (apprezzato ed apprezzabile) del corso-concorso, aperto a soggetti esterni dotati di elevati titoli di studio, che prevede una selezione iniziale, un periodo formazione presso la SNA e una prova finale; ma ora si introduce una quota fino al 30 % dei posti da ricoprire che va riservata a personale in servizio in possesso con una esperienza di cinque anni di attività nell'area o categoria apicale attraverso procedure comparative, anch'esse bandite dalla SNA, basate sulla valutazione delle performance, dei titoli professionali, di studio e specializzazione (con specifico riferimento ai dottorati di ricerca) e della tipologia di incarichi ricoperti, e volte a verificare capacità, attitudini e motivazioni individuali dei candidati (c.d. assessment). La valutazione di questi elementi, accanto all'accertamento delle conoscenze, è richiesta anche nelle procedure di accesso alla dirigenza tramite concorso.

Sempre in riferimento alla dirigenza, nell'art. 3 del d.l. 80/2022 si ritrovano altre disposizioni di indubbio rilievo. Viene ripristinato, per la metà dei posti disponibili, un canale di passaggio dal grado meno elevato della qualifica dirigenziale (seconda fascia) a quello superiore (prima fascia) che consente di ricoprire gli incarichi di maggiore importanza, attraverso un sistema concorsuale, che era stato introdotto nel 2009 ma non aveva fin qui ricevuto applicazione: per l'altro 50 % dei posti rimane il sistema della transizione in prima fascia a seguito della copertura per un quinquennio di incarichi relativi a uffici di livello generale. E viene, altresì, consentito alle amministrazioni di coprire incarichi dirigenziali attribuendoli a soggetti provenienti da altri organismi pubblici anche andando al di là dei limiti percentuali finora stabiliti.

L'art. 3 del d.l. 80/2021 –sempre nell'ottica della introduzione di una maggiore flessibilità nell'uso delle risorse umane– detta pure norme dirette ad agevolare la «mobilità orizzontale» dei dipendenti fra le diverse amministrazioni: a tal fine, per il passaggio di una unità di personale da un'amministrazione all'altra viene abolita in generale la necessità di un assenso preventivo dell'amministrazione di appartenenza, fatti salvi i casi di posizioni infungibili, di personale assunto da meno di tre anni o i casi nei quali l'amministrazione cedente abbia una carenza di organico superiore al 20 % nella qualifica corrispondente a quella del richiedente.

Per quanto concerne la problematica relativa al rilancio e alla riqualificazione delle attività di formazione del personale pubblico, il d.l. 80/2021 all'art. 5 dispone una sostanziale riorganizzazione della Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA), la principale istituzione dello Stato preposta al reclutamento dei dirigenti e alla formazione d'eccellenza dei dipendenti pubblici, allo scopo di «sostenere e promuovere il processo di innovazione e riforma della pubblica amministrazione con l'obiettivo generale di fare della pubblica amministrazione un fattore di competitività del sistema economico e produttivo italiano» (art. 2 del decreto legislativo n. 178 del 1° dicembre 2009).

Un ulteriore richiamo va fatto all'art. 6, sempre del d.l. 80/2022, dove si prevede che le amministrazioni adottino il «Piano integrato di attività e organizzazione» (PIAO), di durata triennale ma aggiornato annualmente, nel quale si riunificano i diversi strumenti fin qui utilizzati per la pianificazione delle attività delle strutture pubbliche (piano della performance, piano per la prevenzione della corruzione e la trasparenza, piano dei fabbisogni di personale, piani di attività per la gestione dello smartworking, per il rispetto della parità di genere, per la semplificazione e la reingegnerizzazione): il PIAO, oltre a delineare la strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo deve, tra l'altro, definire «gli obiettivi formativi annuali e pluriennali, finalizzati ai processi di pianificazione secondo le logiche del project management, al raggiungimento della completa alfabetizzazione digitale, allo sviluppo delle conoscenze tecniche e delle competenze trasversali manageriali e all'accrescimento culturale e dei titoli di studio del personale, correlati all'ambito d'impiego e alla progressione di carriera del personale».

Riguardo a questo ultimo aspetto, va segnalata la presentazione in data 10 gennaio 2022, da parte del Ministro per la pubblica amministrazione, anche sulla base di un accordo con il Ministro dell'università e della

ricerca, di «Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese», un impegnativo piano straordinario per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano della pubblica amministrazione¹⁸, che si articola in due filoni: il primo punta all'accrescimento delle competenze e delle conoscenze dei lavoratori pubblici, agevolando, in collaborazione con le istituzioni universitarie, la loro iscrizione a corsi di laurea e master post-laurea in tutti gli atenei italiani; il secondo riguarda l'avvio di programmi formativi specifici per sostenere le transizioni previste dal PNRR, a cominciare da quella digitale, con partner pubblici e privati, nazionali e internazionali.

7. CONCLUSIONI

Come si è già avuto modo di rilevare, e come, del resto, risulta evidente dalla lettura del testo, quella contenuta nel PNRR non è una vera e propria riforma della pubblica amministrazione, se per riforma si intende un cambiamento radicale e di portata generale dell'insieme delle regole che presiedono all'organizzazione, al funzionamento e all'espletamento dei compiti istituzionali delle diverse articolazioni del corpo amministrativo.

Il PNRR prevede una serie di interventi, da realizzarsi attraverso atti legislativi e con altri strumenti di natura normativa o amministrativa, su alcuni rilevanti aspetti della realtà delle amministrazioni pubbliche: non pochi di questi interventi (per come definiti nel Piano e per come precisati nei primi provvedimenti attuativi) sono sicuramente incisivi e innovativi, ma non riguardano –o toccano solo marginalmente– gli assi portanti, i connotati fondamentali dell'ordinamento amministrativo.

Questo è, in realtà, comprensibile, perché lo scopo di tali interventi è principalmente quello di agevolare (anzi, di rendere concretamente possibile) la compiuta e tempestiva realizzazione dei progetti di investimento ricompresi nelle missioni del PNRR: ma, in realtà, dal Piano emerge la volontà di proiettare queste azioni, e i loro esiti, in una spinta utile al rinnovamento strutturale delle amministrazioni e del loro *modus operandi*.

In effetti, l'attuazione di quanto indicato dal PNRR in ordine al rafforzamento della capacità amministrativa potrà essere, al di là del contributo al successo del Piano, una occasione preziosa per valutare se proseguire, nello sforzo di modernizzare l'amministrazione, lungo le direttrici da esso indicate: quindi, si tratterà di valorizzare e sviluppare ulteriormente i risultati conseguiti, ma anche di individuare gli eventuali errori compiuti e di verificare le cause degli insuccessi che dovessero registrarsi in occasione o in conseguenza dell'attuazione delle previsioni del PNRR, cercando di comprendere se esse siano attribuibili alle scelte da esso adottate oppure dalla loro cattiva applicazione.

In ogni caso, al di là della loro maggiore o minore efficacia e della loro capacità di influire o meno in modo duraturo, e in termini positivi, sulla condizione e sull'operatività degli organismi amministrativi, un dato certo è che gli obiettivi fissati nella parte del PNRR dedicata alla pubblica amministrazione attengono essenzialmente a due profili: da un lato, la crescita quantitativa e lo sviluppo qualitativo delle risorse umane; dall'altro lo sveltimento e la semplificazione dei processi decisionali; ad essi si accompagna (o, per meglio dire, con essi si incrocia) la promozione di un uso diffuso e consapevole delle opportunità di evoluzione delle modalità di svolgimento delle attività delle amministrazioni e dei loro dipendenti offerte dalla tecnologia digitale¹⁹.

Che questi aspetti siano rilevanti, se non determinanti, per aggredire le carenze e le disfunzioni riscontrabili nel sistema amministrativo italiano è fuori discussione. Semmai, occorre fare attenzione a che il perseguimento di dette finalità non produca, in sede applicativa, eccessi tali da produrre esiti contraddittori rispetto a quanto auspicato: per fare un solo esempio, è giusto e opportuno snellire e accelerare le procedure di reclutamento del personale; ma questa semplificazione, se portata oltre un certo limite, potrebbe incidere negativamente sulla possibilità di selezionare i soggetti migliori (e, per la verità, sembra di poter affermare

¹⁸ Il documento è disponibile all'indirizzo web http://www.formez.it/sites/default/files/riformare_la_pa.pdf

¹⁹ Che questo sia lo spazio entro il quale si colloca il programma di riforma amministrativa enunciato nel PNRR emerge con chiarezza dalla efficace sintesi contenuta nella decisione con la quale il Consiglio dell'Unione europea ha provveduto alla sua approvazione (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-INIT/it/pdf>): «*Rientrano nel PRR anche importanti riforme e investimenti finalizzati ad aumentare l'efficienza della pubblica amministrazione, in particolare per migliorare la gestione del pubblico impiego e rafforzare la capacità amministrativa. Le misure relative al pubblico impiego sono incentrate sulla riforma della selezione e dell'assunzione dei dipendenti pubblici. Il nuovo sistema dovrebbe essere messo subito alla prova con la selezione del personale necessario alla governance del PRR. La riforma è accompagnata da investimenti finalizzati alla creazione di una piattaforma unica per le assunzioni, al miglioramento delle competenze e alla riqualificazione professionale, nonché da una riforma delle carriere della pubblica amministrazione. Sono previste una semplificazione amministrativa mediante interventi legislativi ad hoc ("fast track") per le procedure amministrative, oltre all'eliminazione delle autorizzazioni non giustificate dall'interesse pubblico. Tali misure sono integrate e rafforzate da importanti investimenti e riforme volti a promuovere la digitalizzazione delle varie amministrazioni pubbliche.*»

che da questo rischio non siano del tutto esenti alcune delle previsioni della più recente legislazione in tema di concorsi, delle quali si è sopra dato conto).

Il punto da sottolineare è, però, un altro, e va al di là dei contenuti del Piano e dei temi in esso affrontati. Per ora ci si è concentrati sull'incremento e la qualificazione delle risorse (umane, finanziarie e tecnologiche) da mettere a disposizione delle amministrazioni per garantire un significativo miglioramento delle loro performance e sulla razionalizzazione delle procedure attraverso le quali esse assumono le loro determinazioni, anche al fine di ridurre gli oneri burocratici che gravano su cittadini e operatori economici: nel quadro di riferimento del PNRR e del contesto in cui questo si colloca, si è trattato di una scelta opportuna, e probabilmente imprescindibile.

Ma, in una prospettiva di più ampio respiro, per aprire la strada ad un organico processo di riforma delle pubbliche amministrazioni bisognerebbe rivolgere lo sguardo non solo e non tanto ai mezzi e agli strumenti delle quali esse si servono per svolgere la loro azione di cura degli interessi pubblici, quanto piuttosto alla ridefinizione e all'aggiornamento del quadro delle funzioni di loro spettanza, al ridisegno della distribuzione delle attribuzioni fra i vari tipi di amministrazioni e delle competenze fra i vari organi all'interno di ciascuna di esse, al ripensamento e al riordino dei loro assetti organizzativi.

Un vasto programma, indubbiamente: ma ad esso, in una situazione come quella dell'amministrazione italiana negli anni a venire si dovrà inevitabilmente porre mano, anche per non dilapidare i risultati auspicabilmente conseguiti grazie alla realizzazione di quanto prefigurato dal PNRR.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Brunetta, R., *Reclutamento, merito e carriere: ecco come cambia il lavoro pubblico*, Audizione sul d.l. n. 80/2021 in Commissioni congiunte Affari costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica, su https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/AUDIZIONE_BRUNETTA-DL_ATTUAZIONE_PNRR.pdf
- DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese. Piano strategico per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano della Pubblica amministrazione*, su http://www.formez.it/sites/default/files/riformare_la_pa.pdf
- EUROPEAN COMMISSION, *Recommendation on the 2019 National Reform Programme of Italy*, su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1560258329493&uri=CELEX%3A52019DC0512>
- EUROPEAN COMMISSION, *Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Italy*, su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1591720698631&uri=CELEX%3A52020DC0512>
- EUROPEAN COMMISSION, *Guidance to Member Recovery and Resilience Plans*, su https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/document_travail_service_part1_v2_en.pdf
- FPA, *Lavoro pubblico 2021*, su https://profilo.forumpa.it/doc/?file=2021/2021_FPA_Data_Insight_Lavoro_pubblico_2021.pdf
- GOVERNO ITALIANO, *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, su <https://italiadomani.gov.it>
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE – RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *La risposta delle Istituzioni europee alla pandemia di Covid-19. Il programma NGEU e i Piani nazionali*, Roma, dicembre 2021, su <https://www.rgs.mef.gov.it>
- Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 23 dicembre 2021, su <https://italiadomani.gov.it>
- Semplificazione per la ripresa: Agenda 2020-2023*, su http://www.italiasemplice.gov.it/media/2635/agenda_semplificazione_2020-2023.pdf



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 08-09-2021
Modificado: 18-03-2022
Aceptado: 20-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.10983>
Páginas: 123-138

Cambio climático y transformaciones del derecho local¹

Climate change and transformations of local law

Blanca Soro Mateo

Universidad de Murcia (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2007-0279>

blancasm@um.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia. Directora del Centro de Estudios en Bioderecho ética y salud. Co-directora del Grupo de investigación BIDA de la Universidad de Murcia. Miembro del grupo de investigación Climalex-CNRS. Actualmente es investigadora Principal del Proyecto Derecho de la biodiversidad y cambio climático PID2020-115505RB-C22, financiado por MCIN / AEI · 0.13039 / 501100011033.

RESUMEN

El presente estudio tratar de ofrecer una respuesta a la eventual necesidad de adaptación del Derecho Local español para contribuir y facilitar el cumplimiento de los objetivos marcados por el nuevo marco jurídico del cambio climático. Aunque a nivel práctico se augura un importantísimo papel de los entes locales en la consecución de dichos objetivos, tanto de reducción como de adaptación, lo cierto es que a día de hoy la legislación no ha avanzado en este sentido. Lejos de ello, se denuncian ciertas regresiones derivadas de la reforma del régimen local de 2013 que, con motivo de la sostenibilidad financiera, vino a recortar el *status quo* alcanzado hasta el momento a nivel competencial, regresión, no obstante, corregida por el TC a golpe jurisprudencial. Por otra parte, nos encontramos con una escasa atención por parte de la LCCTE de la cuestión local. Y queda por ver qué espacio reconocen las leyes autonómicas de cambio climático que se vayan dictando, a falta de una homogeneización del techo competencial de la Administración Local en dicha norma estatal.

PALABRAS CLAVE

Competencias locales; cambio climático; corrección de la vulnerabilidad climática; ley de cambio climático.

ABSTRACT

This study attempts to provide a response to the possible need to adapt Spanish local legislation to contribute and facilitate the achievement of the climate objectives set by the new legal framework for climate change. Although on a practical level, a very important role for local authorities is foreseen in the achievement of these objectives, both reduction and adaptation, the truth is that today the available legal framework has not advanced. In this regard. On the contrary, the doctrine denounces certain regressions derived from the reform of the local regime of 2013 which, due to financial viability, reduced the status quo reached so far in terms of skills, although the TC has partially corrected this regression. The PLCCTE pays little attention to local issues. And we do not yet know what will be the space that regional laws on climate change will recognize, in the absence of a homogenization of the cap of competence of the local administration to the PLCCTE.

KEYWORDS

Municipal competences; climate change; climate vulnerability correction; climate change law.

¹ Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto "Proyecto Derecho de la biodiversidad y cambio climático PID2020-115505RB-C21/C22", financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

SUMARIO

1. EL MARCO JURÍDICO DE LA NUEVA ACCIÓN CLIMÁTICA EN EUROPA Y EN ESPAÑA. 2. LA NECESIDAD DE REVERTIR LA REGRESIÓN COMPETENCIAL Y DE DEPOSITAR CONFIANZA EN LOS MUNICIPIOS EN EL CONTEXTO DE DESCARBONIZACIÓN Y ADAPTACIÓN. 3. TÍMIDOS AVANCES DEL DERECHO LOCAL EN LA LCCTE. 3.1. MOVILIDAD SIN EMISIONES, ZONAS DE BAJAS EMISIONES, CONVENIOS DE TRANSICIÓN JUSTA Y COMPRENSIÓN DE LOS RIESGOS CLIMÁTICOS. 3.2. CLIMATIZACIÓN DEL URBANISMO. 3.3. LA INTEGRACIÓN CLIMÁTICA Y LOS SILENCIADOS PLANES MUNICIPALES DE CAMBIO CLIMÁTICO. 4. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. EL MARCO JURÍDICO DE LA NUEVA ACCIÓN CLIMÁTICA EN EUROPA Y EN ESPAÑA

Las siguientes reflexiones sobre los retos que tiene planteados el Derecho local para afrontar un desafío global como el cambio climático, se desenvuelven rodeadas de conceptos clave como la urgencia, la emergencia, la precaución, la relevancia de las alertas de la ciencia, la incertidumbre, el riesgo, la vulnerabilidad, la resiliencia, la no regresión, la solidaridad intergeneracional, la cooperación..., principios, objetivos y presupuestos que deben servirnos para enfocar jurídicamente estos cambios necesarios. Y es que el cambio climático como fenómeno viene irrumpiendo de lleno en el ordenamiento jurídico, y parece estar abriendo paso a líneas de evolución del Derecho Administrativo que exigen dar cabida en el ordenamiento jurídico a nuevas soluciones para afrontar nuevos desafíos.

Es conocido que el gran hito que marcará la acción jurídica en los próximos años es el Pacto Verde Europeo, anunciado en tiempos de pandemia y dirigido, por un lado, a alcanzar la neutralidad climática a 2050 y, por otro, a la urgente adaptación para corregir la vulnerabilidad climática, objetivos a conseguir a medio plazo que también asume también la denominada Ley del Clima Europea, aprobada por Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999².

Esta Ley del clima europea es, dada su naturaleza, una norma directamente aplicable en los Estados miembros, que exige el desenvolvimiento de instrumentos jurídicos ya conocidos como la planificación y su evaluación, la gobernanza y la información. Además, la ciencia y, en definitiva, los últimos datos científicos sobre el cambio climático y sus repercusiones, que recientemente acaban de completarse con el último Informe del Grupo de Trabajo I del IPCC (“Cambio Climático 2021: Bases físicas”), hecho público el 9 de agosto de 2021³, debe servir para la adopción de decisiones urgentes en este ámbito.

Constatada la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta el momento, y que tuvieron por protagonista en Europa el mercado de derechos de emisión, que afectó sólo a algunos sectores económicos, los marcos políticos y jurídicos que se configuren en esta nueva era para la consecución de los ambiciosos objetivos de descarbonización marcados en Europa, que deben procurar comprender el largo plazo y que serán evaluados periódicamente por la Comisión a partir del año 2023, deben comprometer ahora a toda la sociedad⁴. La disociación entre el desarrollo económico y el consumo de recursos debe inspirar un nuevo paradigma, un ya anunciado modelo de economía circular innovadora, donde nada se desperdicia y en la que los recursos naturales se gestionan de manera sostenible y la biodiversidad se protege, valora y restaura de tal manera que la resiliencia de nuestra sociedad resulta fortalecida⁵.

² La Ley europea del clima puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119&from=EN>

³ IPCC, 2021: *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change 2022*. <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>. El informe se estructura en 12 capítulos, que abordan, entre otras cuestiones el estado cambiante del sistema climático la influencia humana en el sistema climático, las proyecciones basadas en escenarios e información a corto, el balance energético de la Tierra, los cambios en el ciclo del agua y en el nivel del mar, los fenómenos meteorológicos y climáticos extremos en un clima cambiante y la información sobre el cambio climático para el impacto regional y para la evaluación de riesgos. Ello se acompaña de un atlas, y de material complementario sobre cada una de las temáticas abordadas de sumo interés.

⁴ El Informe de la Agencia Europea del Medio ambiente sobre “El medio ambiente en Europa: estado y perspectivas 2020, conocimiento para la transición hacia una Europa sostenible” advierte que el reto global de este siglo es cómo lograr en todo el mundo un desarrollo que equilibre las consideraciones de índole social, económica y medioambiental, y, añadiríamos ahora, también de salud. Vid. Agencia Europea del medio Ambiente, Informe *The European environment – state and outlook 2020: knowledge for transition to a sustainable Europe*, disponible en <https://www.eea.europa.eu/soer/2020>

⁵ La visión general para el medio ambiente y la sociedad en Europa figura en el Séptimo Programa de Acción en materia de Medio Ambiente (7.º PMA), que plantea para 2050: *Vivir bien, respetando los límites ecológicos del planeta*.

A nivel interno, con cierto retraso respecto de países de nuestro entorno y tras varios intentos fallidos, el 19 de mayo de 2020 el Gobierno de España anunciaba la remisión a las Cortes de un Proyecto de Ley de cambio climático y transición energética⁶, que un año después fue aprobado como Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE). Se trata de una flamante Ley dirigida a encarar el «mayor reto medioambiental al que nos enfrentamos hoy» sentando las bases de la transición justa y solidaria hacia una nueva economía y modo de vida, perfilando las líneas generales de la adaptación progresiva de nuestras ciudades y de nuestras actividades a los nuevos escenarios climáticos⁷.

Los grandes objetivos marcados ahora por este texto legal habían sido ya asumidos por unas pioneras leyes autonómicas que ya habían regulado la cuestión climática en España, concretamente Cataluña⁸, Andalucía⁹, Baleares¹⁰ y País Vasco aunque ya existen otras iniciativas bastante avanzadas en Castilla y León y Navarra¹¹. Se recurrió, pues, dada la tardanza del legislador estatal, a la frecuente anticipación autonómica en la regulación de cuestiones ambientales, sobre las que se ven obligadas a deducir las futuras bases estatales a la luz de objetivos y demás requerimientos europeos. En este sentido, y aún sin desdeñar la importancia de la LCCTE –a la que seguidamente nos referiremos–, auguramos que el papel de las CCAA va a continuar siendo clave en este ámbito, pues, a pesar de que la STC 87/2019, de 20 de junio, sobre la Ley catalana 16/2017, de Cambio climático tachó de inconstitucional que cada Comunidad Autónoma territorializara los objetivos de emisiones asignados «como si de Estados miembros de la Unión Europea se tratara», y determinando así el contenido de políticas sobre las que no se ostentan competencias, en cambio, la LCCTE sí admite después que la normativa autonómica establezca objetivos más estrictos que los que se derivan del texto estatal (Valencia, 2020, pp. 364-450), al amparo de las competencias autonómicas para establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23.ª CE). La norma estatal, pues, da carta de naturaleza a una normativa autonómica más ambiciosa, esto es, que establezca compromisos climáticos y estándares de calidad ambiental más elevados, fundados en la mayor vulnerabilidad del territorio de ciertas zonas de España a los efectos del cambio climático.

Además de las referidas posibilidades normativas aludidas, a las que el legislador estatal ha dado el visto bueno, el papel de las CCAA va a ser clave por una segunda razón, y en concreto cuando se encuentren plenamente vigentes los diversos planes que anuncia la Ley estatal.

Por un lado, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC¹²) y la Estrategia de Descarbonización a 2050 (ED), herramientas que fijarán los objetivos sectoriales y las políticas y medidas para alcanzarlos, no sólo respecto de los sectores que participan en régimen de comercio de derechos de emisión, sino también de las grandes industrias, del sector eléctrico y de los sectores difusos, entendidos por tales el agrario, el forestal, el transporte, el residencial, el institucional y comercial y los gases fluorados. Sin entrar de lleno en su contenido, puede destacarse que PNIEC 2021-2030 define los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, de penetración de energías renovables y de eficiencia energética, maximizando las oportunidades y beneficios para la economía, el empleo, la salud y el medio ambiente y minimizando los costes y respetando las necesidades de adecuación a los sectores más intensivos en CO₂¹³. Una vez el Estado despliegue las medidas contempladas en este plan, las CCAA tendrán un impor-

⁶ XIV LEGISLATURA, Serie A, PROYECTOS DE LEY, 29 de mayo de 2020, n.º 19-1, p. 1, BOCG, PROYECTO DE LEY 121/000019 Proyecto de Ley de cambio climático y transición energética. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-19-1.PDF

⁷ Los objetivos de reducción que marca la Ley son: a) El 40 % para el año 2030. b) El 90 % para el año 2050 (art. 12). Los objetivos de Penetración de renovables son: a) El 26 % para el año 2030. b) El 35 % para el año 2040. b) El 100 % para el año 2050 (art. 14).

⁸ Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático.

⁹ Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético.

¹⁰ Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética.

¹¹ Por ahora, también tenemos noticia de la fallida Proposición de Ley de cambio climático de la Región de Murcia, que por tercera vez fue registrada en la Asamblea el 5 de junio de 2020, siendo rechazada el 11 de noviembre de 2020.

¹² Los Planes Nacionales integrados de energía y clima son uno de los elementos fundamentales en la regulación europea sobre cambio climático, desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, también conocido como “Reglamento de Gobernanza”, que los regula estableciendo disposiciones sobre su contenido, evaluación por parte de la Comisión, previa remisión por los Estados miembros y emisión de informes de progreso y actualización, entre otros aspectos. El Reglamento de Gobernanza es una norma de aplicación inmediata y directa, por lo que no ha de ser objeto de transposición ni requiere, para desplegar sus efectos jurídicos, que el PLCCTE se remita a ella. Es el motivo por el que el PNIEC ya ha sido remitido a la Comisión Europea y es posible, incluso, que sea aprobado antes que la propia Ley interna de cambio climático y transición energética que los contempla.

¹³ El texto del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima enviado el 31 de marzo de 2020 a la Comisión Europea coincide con el que actualmente se encuentra incluido en la fase de consulta pública del Estudio Ambiental Estratégico (EAE) del plan y que ya

tante protagonismo en su ejecución, sobre todo en relación con las energías renovables, puntos de recarga y rehabilitación de edificios.

Por otro lado, el II Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) que acaba de ver la luz (2021-2030¹⁴) define los objetivos, criterios, ámbitos de aplicación y acciones para fomentar la resiliencia y la adaptación, a partir de un sistema de indicadores de impactos y adaptación al cambio climático y de los informes de riesgo. Este Plan nacional también será desarrollado por planes sectoriales de adaptación, que necesariamente afectará a la planificación sectorial preexistente y condicionará la que pueda aprobarse con posterioridad, tanto por el Estado como por las CCAA y por las AALL.

Con carácter complementario, el art. 17 LCCTE establece que el PNACC también se desarrollará mediante planes sectoriales de adaptación, que serán impulsados y elaborados por los Departamentos ministeriales competentes, los cuales identificarán los principales riesgos derivados del cambio climático sobre el sector, recurso o ámbito correspondiente y definirán medidas de respuesta oportunas para evitarlos o limitarlos. A la luz del precepto, no queda claro cómo se coordinarán estos planes sectoriales de adaptación estatales con la planificación sectorial preexistente o que pueda aprobarse con posterioridad, tanto estatal como autonómica y local, y si tendrán –parece que así debería ser– carácter prevalente y determinante respecto de aquellos, por lo que habría sido conveniente aclarar esta cuestión en el texto de la norma. Parece que se quiere autovincular a las AAPP a la hora de evaluar el impacto de los proyectos que tengan incidencia sobre el cambio climático y condicionar los planes sectoriales; ahora bien, para ello será necesario que dichos instrumentos gocen de carácter normativo y que, por ejemplo, se incardinan en el ejercicio de las competencias estatales *ex art. 149.1.23.ª CE*, pues de otro modo, podrán ser desconocidos por las CCAA, al incidir en sectores que pueden constituir materias de su competencia exclusiva. A mayor abundamiento, y por lo que hace al Estado, también planes aprobados por la Administración del Estado o por sus organismos (caso de las Confederaciones hidrográficas) pueden entrar en conflicto con aquello, por lo que será necesario determinar cuáles prevalecen. En conclusión, pues, queda pendiente resolver cómo interaccionan o interactúan los nuevos y diversos instrumentos planificadores estatales que contempla la LCCTE con los planes sectoriales estatales preexistentes y derivados, entre otras, del TRLA, LC y LPNB. Además de los planes nacionales, la LCCTE contempla diversos instrumentos planificadores que adoptarán la denominación de Estrategia, que se aprobarán por Acuerdo del Consejo de Ministros, sobre los que no se detalla ni el procedimiento de elaboración, ni su contenido, ni su naturaleza o carácter vinculante, lo cual, de nuevo, complicará la coordinación de las mismas con el resto de planes sectoriales derivados de la legislación de aguas, de Costas y de Biodiversidad¹⁵.

fue remitido a Bruselas el pasado mes de enero, como borrador actualizado. Con esta nueva comunicación a la Comisión Europea, España da cumplimiento al Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima. El documento se modificará –y, en su caso, se remitirá nuevamente a Bruselas– en aquellos aspectos que pudiera resultar necesario tras la finalización del proceso de evaluación ambiental y el análisis de la totalidad de las consultas recibidas. La fase de información pública debía haber concluido el pasado 25 de marzo y ha estado suspendida en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de alarma.

¹⁴ <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/plan-nacional-adaptacion-cambio-climatico/default.aspx>

¹⁵ Al menos sobre el papel, después de la aprobación de la LCCTE, el II Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) 2021-2030, que acaba de ver la luz, se alude a la necesaria adaptación al cambio climático de las políticas sectoriales, que se concretará con su integración en los planes y programas elaborados desde las administraciones públicas, así como en las normas que regulan la actividad en cada ámbito sectorial. Así, los nuevos y diversos instrumentos planificadores deberán coordinarse con los planes sectoriales preexistentes y derivados, entre otras, de la Ley de Aguas, de la Ley de Costas y de la Ley de Patrimonio Natural y la Biodiversidad, en el Marco de la Estrategia para la Biodiversidad 2030. Se trata de Estrategia del Agua para la Transición Ecológica (art. 18.2), la Estrategia de Adaptación de la Costa a los Efectos del Cambio Climático (art. 19.2) y la Estrategia específica de conservación y restauración de ecosistemas y especies especialmente sensibles a los efectos del cambio climático (art. 22.2). En la misma dirección, simultáneamente a las referidas estrategias del Agua, de la Costa y de Biodiversidad, los artículos 17.1 y 3, 18 y 21 contemplan la integración del cambio climático en la planificación y gestión de estos elementos integrantes del medio ambiente y la consideración de la adaptación y de los riesgos a partir de la información disponible.

La LCCTE también anuncia que, en el plazo de tres años, esto es, si todo va bien a partir de 2024, se presentarán a la Conferencia Sectorial de medio ambiente dos importantes instrumentos. En primer lugar, la Estrategia específica de conservación y restauración de ecosistemas y especies especialmente sensibles a los efectos del cambio climático, como puedan ser los ecosistemas naturales y las especies de alta montaña, los humedales terrestres españoles y las zonas de ribera de los ríos, así como aquellos que destaquen por su papel en la adaptación al cambio climático. Tampoco en este caso se establece instrumento formal de aprobación y naturaleza del plan, aunque sí se hace referencia a la participación de las CCAA en su elaboración. En segundo lugar, la Evaluación de la representatividad a medio y largo plazo de las redes de espacios naturales protegidos y espacios de la Red Natura 2000, en los diferentes escenarios climáticos posibles, con el fin de que, por parte de las AAPP se dispongan las medidas oportunas para que dichas redes sigan cumpliendo en los plazos que se establezcan los objetivos de conservación de hábitats y especies para las que fueron diseñadas. Del mismo modo,

Recientemente, desarrollando la senda para lograr la neutralidad climática a 2050, han sido aprobados el *II Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) 2021-2030*¹⁶ y la *Estrategia a largo plazo para una economía española moderna, competitiva y climáticamente neutra en 2050*¹⁷.

Como puede deducirse, se avocinan importantes cambios en un escenario de crisis económica, sanitaria y climática que quieren ser vistos como un abanico de oportunidades en materia económica y de generación de empleo hacia un mundo más circular y digital, atributos clave que pretenden garantizar, además, una reactivación de la economía española en línea con los instrumentos de recuperación comunitarios ya anunciados.

En efecto, la inversión derivada de los Fondos europeos de Recuperación y Resiliencia post-COVID, se orienta precisamente a acelerar la transición ecológica y a la anticipación de los daños derivados del cambio climático. El Reglamento por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) dispone que las medidas incluidas en un plan de recuperación y resiliencia (PRR) no deben ocasionar un perjuicio significativo a objetivos medioambientales en el sentido del artículo 17 del Reglamento de taxonomía. En este sentido, el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. El principio «no causar un daño significativo» debe interpretarse según lo previsto en el artículo 17 del Reglamento de taxonomía, según el cual las actividades económicas deben cumplir, con el fin de calificarlas ambientalmente sostenibles, con los siguientes requisitos: contribuir sustancialmente a, al menos, uno de los seis objetivos medioambientales enumerados en el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo. Debe señalarse, además, que el mero cumplimiento de la legislación vigente de la UE es un indicio muy sólido de que la medida no causa un perjuicio medioambiental, pero no conlleva automáticamente su conformidad con el principio DNSH, en particular debido a que algunos de los objetivos que engloba el art.17 no se han reflejado todavía por completo en el derecho ambiental europeo¹⁸.

En este contexto de cambio, que generará efectos positivos en la salud y en la calidad de vida de los municipios, favoreciendo también los objetivos marcados en materia de conservación de la biodiversidad, como otra de las prioridades¹⁹, y sin desdeñar el importante papel del Estado y de las CCAA, a las EELL les va a corresponder una importante función de corrección de la vulnerabilidad climática, especialmente de las ciudades (Gifreu, 2018), garantizando además una participación activa de la sociedad local en el

también como novedad, se establece la obligación de actualizar, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la LCCTE todos los atlas nacionales a los que hace referencia el Real Decreto 556/2011, de 20 de abril, para el desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, en los que se incluirá un análisis específico sobre el impacto que tendrá el cambio climático sobre las especies considerando los principales escenarios climáticos contemplados en ese momento. Además de este arsenal de nuevos instrumentos planificadores, de especial relevancia y alcance resulta la obligación dirigida a las Administraciones Públicas competentes de incluir en la actualización y revisión de los planes o instrumentos de gestión de los espacios naturales protegidos y espacios de la Red Natura 2000 un apartado sobre adaptación de los mismos al cambio climático con, al menos, un diagnóstico que incluya un listado de especies y hábitats especialmente vulnerables, objetivos, acciones e indicadores de progreso y cumplimiento, así como un plan de conectividad con otros espacios protegidos. En este sentido, al ser las CCAA las que en desarrollo del art. 17 de la LPNB establecerán la vigencia y plazos de revisión de los PORN, cuando sean ellas las competentes para la aprobación de los mismos, dependerá de estas previsiones la efectividad de dicha obligación.

¹⁶ <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/plan-nacional-adaptacion-cambio-climatico/default.aspx>

¹⁷ https://unfccc.int/sites/default/files/resource/LTS1_Spain_Annexes.pdf

¹⁸ Se considera que una actividad causa un daño significativo a la mitigación del cambio climático si conduce a importantes emisiones de gases de efecto invernadero (GEI); Adaptación al cambio climático. Se considera que una actividad causa un daño significativo a la adaptación al cambio climático si conduce a un mayor impacto adverso del clima actual y futuro, sobre la propia actividad o sobre las personas, la naturaleza o los activos; Uso sostenible y protección del agua y los recursos marinos. Se considera que una actividad causa un daño significativo al uso sostenible y a la protección de los recursos hídricos y marinos si es perjudicial para el buen estado o al buen potencial ecológico de las masas de agua, incluidas las aguas superficiales y subterráneas, o al buen estado ambiental de las aguas marinas; Transición a la economía circular. Se considera que una actividad causa un daño significativo a la economía circular, incluyendo la prevención y el reciclaje de residuos, si conduce a ineficiencias significativas en el uso de materiales o en el uso directo o indirecto de recursos naturales, o si aumenta la generación, incineración o eliminación de residuos, o si en el largo plazo la eliminación de desechos puede causar daños ambientales importantes; Prevención y control de la contaminación. Se considera que una actividad causa un daño significativo a la prevención y el control de la contaminación si conduce a un aumento significativo de las emisiones de contaminantes al aire, al agua o al suelo; Protección y restauración de la biodiversidad y el ecosistema. Se considera que una actividad causa un daño significativo a la protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas si es significativamente perjudicial para el buen estado y la resiliencia de los ecosistemas, o perjudicial para el estado de conservación de los hábitats y especies, incluidas las de interés para la Unión. no perjudicar significativamente ninguno de los objetivos medioambientales mencionados anteriormente.

¹⁹ Las estimaciones realizadas por el modelo que emplea la ELP calculan que la neutralidad climática irá ligada a una disminución de más del 60% en el número de muertes prematuras en el año 2050 con respecto a 2010.

diseño del bienestar presente y futuro. Las acciones de rehabilitación energética para transformar el parque de viviendas en consonancia con la denominada *Nueva Bauhaus Europea* serán claves en esta transición. *NextGenerationEU* se constituye como un fondo multifunción que irá más allá del medio ambiente y de la economía circular, con una confesada vocación de facilitar un nuevo proyecto cultural para Europa, en el que la creación y la innovación colectiva y local se convierta en el eje de la transformación de la sociedad hacia una nueva forma de pensar, de construir, de gestionar y, en definitiva, de vivir.

Ahora bien, aunque a nivel práctico, y por todo lo dicho, se atisba un importantísimo protagonismo de los entes locales en la consecución de los objetivos climáticos marcados, tanto en sede de reducción como en sede de adaptación, lo cierto es que a día de hoy el marco jurídico con el que contamos en España no ha avanzado para acoger esta realidad (Tolivar y Menéndez, 2009, pp. 1143-1159). Lejos de ello, han sido constantes las denuncias doctrinales sobre las regresiones derivadas de la reforma del régimen local de 2013 que, con motivo de la sostenibilidad financiera, vino a recortar el *estatus quo* alcanzado hasta el momento a nivel competencial por los municipios; regresión, no obstante, acertadamente corregida por el TC. Además, a ello se une la escasa atención por parte de la LCCTE a la cuestión local, por lo que la mirada debe ser puesta en el espacio que van reconociendo las leyes autonómicas de cambio climático ya vigentes y que se dicten a partir de ahora, en un panorama de falta de una deseable y silenciada homogeneización del techo competencial de la Administración Local por parte de la referida Ley estatal.

En estas breves líneas vamos a tratar de responder a la pregunta sobre la eventual conveniencia de adaptación del Derecho Local español para contribuir y facilitar el cumplimiento de los objetivos climáticos marcados y para dar acogida al papel que se demanda de los entes locales como necesarios ejes transformadores de la sociedad de aquí en adelante.

2. LA CONVENIENCIA DE REVERTIR LA REGRESIÓN COMPETENCIAL Y DE DEPOSITAR MAYOR CONFIANZA EN LOS MUNICIPIOS EN EL CONTEXTO DE DESCARBONIZACIÓN Y ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO

Como es sabido, las posibilidades normativas y de gestión de los EELL en materia de cambio climático deben ser buscadas en la atribución que los legisladores, estatal y autonómicos, de régimen local y sectorial efectúan a favor de aquéllos, como se trata a continuación.

Debe advertirse que el cambio climático no es configurado por nuestro ordenamiento jurídico como una materia competencial, ni en el texto constitucional ni en la LBRL, por lo que no están claramente definidas las competencias de la Administración local en este ámbito. Ello constituye *a priori* un importante reto a vencer, teniendo en cuenta que las competencias que ostenten las entidades locales van a limitar y condicionar las políticas climáticas a desplegar en el ámbito local.

Para profundizar en esta idea debe recurrirse a la LBRL, afectada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (LRSAL), que supuso una regresión en este orden de cosas convenientemente denunciada por la mayor parte de la doctrina. En el concreto ámbito que nos interesa, la reforma circunscribió la anterior y genérica referencia al medio ambiente al medio ambiente urbano, en especial a parques y jardines públicos, a la gestión de residuos sólidos urbanos y a la protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas (art. 25.2.b LBRL). Con anterioridad a la reforma, el art. 25.2.f LBRL recogía una referencia expresa al medio ambiente en general, como materia sobre la que el legislador sectorial debía reconocer competencias a la Administración Local ex art. 140 CE. La reforma de 2013 se plateaba inicialmente como una limitación que, en principio, dejaría fuera de las competencias locales relevantes campos de acción de los municipios en sede de mitigación y adaptación al cambio climático, como las relacionadas con los espacios naturales y demás suelo protegido, cuya finalidad, precisamente, se encontrara en corregir la vulnerabilidad climática y/o limitar las posibilidades de desarrollo de autorizaciones de uso excepcional en suelo no urbanizable con finalidades de mitigación. Así, la escasa referencia normativa a la adicionalidad local en el ámbito de la biodiversidad es el único fundamento jurídico que encontramos en la normativa estatal para encauzar el importante papel que deben desempeñar los municipios, no sólo en la lucha contra cambio climático desde el ámbito local, sino en lo que se ha dado en llamar la «ecologización de las ciudades». En este sentido, la disp. adic. 2 de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad (en adelante LPNB) establece que «Las entidades locales, en el ámbito de sus competencias y en el marco de lo establecido en la legislación estatal y autonómica, podrán establecer medidas normativas o administrativas adicionales de conservación del patrimonio natural

y la biodiversidad²⁰). Las soluciones centradas en la naturaleza, como la protección de la biodiversidad y la recuperación de los ecosistemas, constituyen un excelente medio para combatir los efectos del cambio climático en la ciudad, y dada la actual redacción del art. 25.2.b LBRL y la imprecisión de dicha disp. adic. 2 LPNB, no queda claro que los municipios puedan desplegar competencias propias en este ámbito, más allá de lo que pueda considerarse gestión del medio ambiente urbano en el ámbito de los parques y jardines.

En relación con ello, y en el ámbito de la biodiversidad, entendemos que la LPNB debería contemplar la figura del espacio natural de interés local. La implicación más directa de los entes locales en relación con los espacios naturales responde precisamente a aquéllos casos en que éstos se declaran por concurrir en ellos, por encima de otros intereses, el interés local (Hernández, 1998, pp. 3400-3407) y nuestro ordenamiento contempla algunas interesantes experiencias. Es el caso de los espacios naturales de interés local a los que se refiere el art. 9.1.h de la Ley gallega 9/2001, de 21 de agosto de Conservación de la naturaleza. Estos, aunque son declarados por el órgano correspondiente de la Administración autonómica (art. 17.1), son gestionados por los municipios²¹. Más avanzada, desde el punto de vista de la descentralización, resulta la Ley foral 9/1996, de 17 de junio, de Espacios Naturales de Navarra, que sí llega a atribuir competencias para la declaración y gestión de espacios naturales a los entes locales. Su art. 1.2 establece que, A efectos de esta Ley Foral, «se entienden por espacios naturales aquellas partes del territorio de la Comunidad Foral de Navarra que hayan sido declarados por ésta o por las entidades locales competentes como tales espacios, por contener ecosistemas de especial interés o valores naturales sobresalientes». A día de hoy, y puesto que la LPNB no ha contemplado la posibilidad local de declarar espacios naturales, pero sí de participar en la tarea de conservación, en el resto de CCAA será el planeamiento urbanístico municipal el que podría establecer una suerte de normas locales adicionales de protección de los espacios naturales.

Continuando con la regulación básica de las de las competencias locales, es cierto que, como contrapunto, el art. 27 LBRL prevé la posibilidad de que se deleguen en los EELL competencias ambientales con arreglo a los parámetros de eficiencia y equilibrio financieros de los mismos, pero en este caso es necesaria una previa intervención normativa del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente, de modo que habría que esperar a que tuvieran lugar dichas reformas normativas.

En esta línea referida, y como una segunda regresión a destacar, la LRSAL suprimió el art. 28 LBRL, que habilitaba la innovación normativa local, pues permitía a los municipios realizar actividades complementarias de las propias de otras AAPP, también en materia ambiental, y que ofrecía y habría ofrecido, sin lugar a dudas, interesantes posibilidades de avance local en materia de cambio climático. Ahora, tras su supresión, es necesario que se cumplan los requisitos que establece el art. 7.4 LBRL²² y, en todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en el corsé marcado por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas²³ que, lamentablemente, pueden guardar silencio al respecto (Fuentes i Gasó, 2018, pp. 59-60). Y eso es precisamente lo que ha sucedido con la LCCTE, la cual no establece dichos términos, quedando el espacio competencial de los entes locales al albur de lo que

²⁰ No debemos olvidar, que La Estrategia para a Biodiversidad 2030 contempla la infraestructura verde como aliada imprescindible llamada a desempeñar un papel fundamental frente a la pérdida de los ecosistemas urbanos, por contribuir a la reducción de consumo de energía, recursos y costes, gracias a la refrigeración y al aislamiento que proporcionan los árboles, los techos y las paredes verdes, así como a mitigar las catástrofes naturales. Los contenidos de la Infraestructura Verde incluyen también la infraestructura azul, esto es, los cursos fluviales. Dicha Estrategia contempla los «planes de ecologización urbana», que las ciudades de más de 20.000 habitantes hayan voluntariamente aprobado para 2021, sobre los que no se ofrecen más detalles.

²¹ El carácter autonómico de la declaración no es óbice para que la gestión y la responsabilidad derivada de la misma resulte municipal (art. 17.3). Resulta criticable, no obstante, que el diseño de dicha figura no contemple fórmula de financiación alguna a favor de los municipios que, eso sí, podrá tener preferencia en la obtención de ayudas para su conservación y gestión (art. 17.3). El interés local, no obstante, aparece recogido en otras normas autonómicas sobre espacios naturales como la Ley catalana 12/1985, de 13 de junio de espacios naturales, que legitima para promover la declaración de espacios naturales a las entidades locales (art. 27.1.a). Lo mismo cabe decir respecto de los propietarios de los terrenos que también podrán promover su declaración (art. 27.2. b). El art. 17.3 de la norma autonómica dispone que 3. Su declaración como tales no implicará la asignación de recursos de la Comunidad Autónoma, si bien podrán tener preferencia en la obtención de ayudas para su conservación y gestión.

²² Del art. 7.4 LBRL se derivan importantes limitaciones, pues los municipios únicamente podrán ejercer estas 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 servicio público con otra Administración pública, resultando, con carácter preceptivo y vinculante, los informes previos de la Administración competente por razón de la materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

²³ Así se deriva del art. 7.4 in fine LBRL, según el cual «En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas».

marquen, en su caso, las leyes autonómicas sobre cambio climático o las futuras leyes sectoriales estatales o autonómicas que resulten en cada caso de aplicación.

De este modo, si la anterior crisis supuso «un reequilibrio del Estado de las Autonomías con fortalecimiento del papel director y supervisor del Estado y el debilitamiento de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales» (Villar, 2013, p. 66), afrontar la salida de la crisis post-COVID en clave ecológica y climática exigirá revertir esta tendencia y reforzar las competencias de la Administración local, por lo que el legislador estatal, entendemos, podía haber aprovechado la ocasión a la hora de aprobar la LCCTE y, al menos, homogeneizar el techo competencial de los entes locales en materia climática.

No obstante, y con independencia de este marco normativo brevemente descrito, a nivel político-administrativo es cierto que las EELL, en la práctica, han venido desarrollando estrategias e iniciativas que han puesto en evidencia su potencial para protagonizar medidas imprescindibles en aras de la consecución de los objetivos climáticos marcados a nivel internacional y comunitario y ahora nacional y autonómico (Galera, 2018²⁴). Es más, algunos Ayuntamientos, a través de su limitada potestad normativa, han ido más allá de la elaboración de estrategias o planes y han venido aprobado Ordenanzas climáticas en toda regla. Estas Ordenanzas han supuesto la adopción de importantes compromisos como la incorporación de medidas que permitan reducir la contribución en emisiones de gases de efecto invernadero en el ámbito local y aumentar la adaptación y resiliencia²⁵, la reducción de su vulnerabilidad territorial, teniéndola en cuenta en las licencias de obras, proyectos de obras de urbanización y en general en cualesquiera actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo, entre otras²⁶. El obstáculo se encuentra en el complejo control de estas medidas cuando las actividades condicionadas se encuentren ahora sometidas a comunicación previa o declaración responsable.

Volviendo al plano teórico, debemos reparar en la justificación de la potestad normativa de los entes locales y recordar que el fundamento de la legalidad de las Ordenanzas sobre cambio climático referidas se encontraba hasta ahora en la interpretación que venía haciendo el TS del antiguo art. 28 de la LBRL²⁷. Pues bien, ahora, al desaparecer dicho precepto, se correría el riesgo de enfrentar una interpretación centralizadora y paralela a la del TC sobre fracking²⁸, en este caso del TS en caso de ser recurridas, en la línea de doctrina la vertida sobre contaminación electromagnética²⁹, y que pusiera freno al avance del Derecho ambiental y/o climático local como punta de lanza de la evolución del Derecho ambiental en su conjunto, tal y como conocemos ha tenido lugar en sectores emergentes en su momento, como lo fue el ruido o la contaminación lumínica. Porque, suprimido este precepto, podríamos preguntarnos si son entonces legales las ordenanzas locales sobre cambio climático que han comenzado a aprobarse, cuando no exista una habilitación sectorial que, en este caso, y de conformidad con la LCCTE, deberá establecerse en las normas autonómicas sobre cambio climático.

A la luz de lo anterior, pues, debe reiterarse que se torna imprescindible reforzar la autonomía local en la normativa básica estatal para la consecución de los objetivos climáticos marcados, pues resulta insuficiente el espacio que el legislador estatal y autonómico local y sectorial les ofrece. La responsabilidad climática de las ciudades, que comienza a generalizarse, exige una, si se quiere, responsabilización competencial paralela.

A renglón seguido, debe reconocerse que a pesar de lo anterior, los entes locales puedan desplegar, a través del ejercicio de sus competencias en materia urbanística, importantes políticas de mitigación y esencialmente de adaptación (Simou, 2020, pp. 82 y 91; Fuentes i Gasó, 2018; Casado, 2015; Navarro, 2018). Y en este sentido, el cambio climático, que a todas luces desborda el título competencial referido al medio ambiente, nos obliga a traer a colación, además de la urbanística (art. 25.2.a LBRL), también otras competencias municipales relevantes y que sí se mantienen a día de hoy en la vigente redacción del art. 25 LBRL,

²⁴ Por ejemplo las iniciativas *Climate-ADAPT* (disponible en <http://climate-adapt.eea.europa.eu/countries/spain>) y *Mayors Adapt* (<http://mayors-adapt.eu/>), de la que, en España, resultan partes las ciudades de: Barcelona, Bullas, Donostia San Sebastián, Gornalers, Madrid, Molina de Segura, Murcia, Puerto Lumbreras y Sant Cuget del Valles.

²⁵ El Ayuntamiento de Sevilla cuenta con la Ordenanza para la gestión de la energía, el cambio climático y la sostenibilidad de Sevilla de 2012, que estableció, en el marco normativo previo a la LRSAL, como medida de lucha contra el cambio climático, y como consecuencia de la adhesión de Sevilla al denominado Pacto de Alcaldes contra el Cambio Climático, la contribución al cumplimiento de los objetivos establecidos por la UE para 2020, reduciendo las emisiones de CO₂ en al menos el 20 % mediante la aplicación de un Plan de Acción para la Energía Sostenible.

²⁶ Así, desde hace más de una década, cuentan con ordenanzas de cambio climático los Ayuntamientos de Durango, Amurrio, Legazpi, Balmaseda, Areatza y Tolosa (País Vasco).

²⁷ *Vid.* por todas, STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) 22 de mayo de 2015.

²⁸ SsTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio, 208/2014, de 15 de diciembre y 8/2018, de 25 de enero.

²⁹ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 de abril de 2006.

especialmente el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales (art. 25.2.c LBRL), la infraestructura viaria y otros equipamientos de titularidad municipal (art. 25.2.d LBRL), el tráfico, el estacionamiento de vehículos y movilidad y el transporte colectivo urbano (art. 25.2.g LBRL), todas ellas competencias esenciales en las que basar una política municipal de lucha y adaptación frente al cambio climático³⁰.

En consecuencia, la regresión denunciada *supra* resulta de menor dimensión (Valcárcel, 2017, p. 168; Velasco, 2013, pp. 37-38), no sólo a tenor del reconocimiento de estas otras competencias inmediatamente relacionadas, sino también a resultas de la interpretación correctiva que de la reforma de 2013 ha ido ofreciendo durante estos últimos años el TC. En efecto, para el Alto Tribunal, el art. 25.2 LBRL constituye un mínimo competencial de los municipios, que puede ser ampliado por la legislación estatal o autonómica³¹). En consecuencia, a pesar de los requisitos derivados del nuevo art. 7 LBRL, el efecto reduccionista de las competencias de los municipios ha quedado en cierta medida descafeinado, aunque, eso sí, dependiendo del alcance que los legisladores estatal y autonómicos sectoriales quieran darle en los ámbitos sectoriales de su competencia, lo cual supone una reducción de la garantía de la autonomía local en la LBRL.

A lo anterior hay que añadir que ya es una constante que, independientemente de las competencias que ostentan los entes locales en derecho español, surjan iniciativas desde el ámbito local –desde las ciudades– frente a problemas globales como la crisis de refugiados, el cambio climático³² y la transición energética³³, entre otras cuestiones. Se trata, en definitiva, de ciudades conectadas entre sí en redes que cada vez más demandan un mayor protagonismo en el ámbito exterior. Este movimiento sucede en todo tipo de Estados y España no es una excepción (Michallet, 2017). En consecuencia, a pesar de la escasa regulación de la acción exterior de los entes locales, y de la doctrina constitucional al respecto, se prevé que esta vaya adquiriendo relevancia, superándose *de facto* el marco competencial definido para la defensa de los intereses locales, como una expresión más de su autonomía, siempre en el marco formal de las competencias estatales y autonómicas y teniendo en cuenta el art. 149.1.3 CE y el principio de lealtad institucional (Vandelli, 2019, p. 20). Así, si para nuestro TC el territorio es un elemento configurador de las competencias de las AAPP territoriales (STC 228/2016), según la postura que inspira la Carta Europea de Autonomía Local (art. 10.3) –que reconoce el derecho de los entes locales a cooperar con entidades de otros Estados–, el territorio ya no es el límite infranqueable para la acción de la Administración territorial, sino un elemento de identificación de la comunidad representada. En suma, el principio de territorialidad y su relativización y el interés local abren nuevos derroteros que facilitarán el protagonismo de las ciudades en el ámbito exterior y la adopción de compromisos climáticos adicionales, a los que será necesario dar acogida por el ordenamiento jurídico, para que los municipios puedan cumplir con esa creación e innovación colectiva y local que se les demanda, como eje de la transformación de la sociedad europea hacia una nueva forma de pensar, de construir, de gestionar y, en definitiva, de vivir, y que viene marcada por la nueva *Bauhaus Europe* y por la condicionalidad de los fondos *NextGenerationEU*.

3. TÍMIDOS AVANCES DEL DERECHO LOCAL EN LA LCCTE

3.1. Movilidad sin emisiones, zonas de bajas emisiones, convenios de transición justa y comprensión de los riesgos climáticos

En líneas generales puede afirmarse que la LCCTE dedica escasa atención a la Administración Local a pesar de tratarse de la Administración más cercana al ciudadano y la responsable de procurar el bienestar en

³⁰ Los mayores avances se observan en el desarrollo de aparcamientos disuasorios, carriles bici, fomento del vehículo eléctrico, alquiler de bicicletas,... pero, donde aún no se observan cambios que tengan que ver con las modificaciones de la planificación urbana y la comprensión de espacios agrícolas y forestales en las ciudades, más allá de testimoniales huertos urbanos como experiencias loables desde el punto de vista pedagógico pero muy lejos de transformar la fisonomía de nuestras ciudades. Es importante el diseño urbanístico dirigido a minimizar las necesidades de movilidad y la existencia de un transporte público eficaz, eficiente, asequible y competitivo y que dé cabida al desarrollo de transporte privado compartido. En este sentido, la Estrategia de descarbonización progresiva hasta 2050 señala que «la progresiva implantación de soluciones de movilidad inteligente y conectada, exigirá alianzas entre empresas de distintos sectores: energía, transporte, telecomunicaciones, aseguradoras, etc. La movilidad compartida facilitará mayores ratios de utilización de los vehículos, lo que permitirá optimizar la inversión en la adquisición de los mismos».

³¹ SsTC 41/2016, de 3 de marzo, 11/2016, de 1 de febrero, 168/2016, de 6 de octubre y 180/2016, de 20 de octubre, entre otras.

³² C-40: red global de ciudades que lideran iniciativas y políticas de Cambio climático.

³³ Movimiento de ciudades europeas hacia la transición ecológica.

la ciudad, donde las políticas de cambio climático (López, 2021, pp. 132-153). Ilustrativo de esta afirmación es que el art. 14 de la LCCTE alude a las entidades locales en dos ocasiones.

En primer lugar, en relación a la promoción de la movilidad sin emisiones, se establece que:

«La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, en el marco de sus respectivas competencias, adoptarán medidas para alcanzar en el año 2050 un parque de turismos y vehículos comerciales ligeros sin emisiones directas de CO₂, de conformidad con lo establecido en la normativa comunitaria. A estos efectos el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima establecerá para el año 2030 objetivos de penetración de vehículos con nulas o bajas emisiones directas de CO₂ en el parque nacional de vehículos según sus diferentes categorías» (art. 14.1).

Por otra parte, en relación con los municipios de más de 50.000 habitantes y los territorios insulares, se establece el deber de éstos de introducir en la planificación de ordenación urbana medidas de mitigación que permitan reducir las emisiones derivadas de la movilidad, incluyendo, al menos,

«a) el establecimiento de zonas de bajas emisiones de carbono (ZBEC) no más tarde de 2023»,

las cuales quedan definidas como el ámbito delimitado por una Administración Pública, en ejercicio de sus competencias, dentro de su territorio y de carácter continuo, en el que se aplican restricciones de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos para mejorar la calidad del aire y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, conforme a la clasificación de los vehículos por su nivel de emisiones de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Vehículos vigente;

«b) Medidas para facilitar los desplazamientos a pie, en bicicleta u otros medios de transporte activo, asociándolos con hábitos de vida saludables, así como corredores verdes intraurbanos que conecten los espacios verdes con las grandes áreas verdes periurbanas; c) Medidas para la mejora y uso de la red de transporte público, incluyendo medidas de integración multimodal; d) Medidas para la electrificación de la red de transporte público y otros combustibles sin emisiones de gases de efecto invernadero, como el biometano; e) Medidas para fomentar el uso de medios de transporte eléctricos privados, incluyendo puntos de recarga; f) Medidas de impulso de la movilidad eléctrica compartida; g) Medidas destinadas a fomentar el reparto de mercancías y la movilidad al trabajo sostenibles; h) El establecimiento de criterios específicos para mejorar la calidad del aire alrededor de centros escolares, sanitarios u otros de especial sensibilidad, cuando sea necesario de conformidad con la normativa en materia de calidad del aire; i) Integrar los planes específicos de electrificación de última milla con las zonas de bajas emisiones municipales» (art. 14.3 LCCTE).

Y añade el art. 14.4 que,

«De acuerdo con la normativa de movilidad limpia aprobada por la Unión Europea y con las revisiones y mejoras posteriores que se acuerden, las Comunidades Autónomas insulares, considerando su vulnerabilidad frente al cambio climático, podrán instar al Estado el establecimiento de medidas de promoción de movilidad limpia, consistentes en restricciones en su ámbito territorial de la circulación de turismos y furgonetas».

Se trata, esto último, de una operación inédita en el contexto del ejercicio de competencias autonómicas, el preverse una suerte de requerimiento de la CA al Estado para que establezca medidas restrictivas de circulación de vehículos en el territorio autonómico, discutible desde el punto de vista del constitucional.

En su tramitación, porque no estaba previsto en el texto del Proyecto de Ley, añade la LCCTE el deber de incluir estas medidas en los planes de ordenación urbana, deber que vincula en todo caso a los municipios de más de 50.000 habitantes y a los territorios insulares, y que resultará también de aplicación a los municipios de más de 20.000 habitantes cuando se superen los valores límite de los contaminantes regulados en Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire. Esta última precisión supone un importante avance en este sentido, al no hacer depender exclusivamente de la población la referida obligación.

Se añade, además, que los planes de movilidad urbana sostenible habrán de ser coherentes con los planes de calidad del aire con los que, en su caso, cuente el municipio con arreglo a lo previsto en dicho Real

Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire, lo cual supone dar prevalencia a las limitaciones que, en sede de movilidad y circulación, contemplan estos planes por motivos ambientales y de salud de la población.

El art. 14 PLCCTE no establece, sin embargo, plazo alguno para que las Administraciones competentes (CCAA en su caso y Administración local, por lo que al presente estudio interesa) cumplan con estas obligaciones de incorporar en la planificación territorial y urbanística los diversos aspectos referidos, salvo para el establecimiento de las Zonas de Bajas Emisiones –no más tarde de 2023– plazo que vincula a los municipios de más de 50.000 habitantes y a los territorios insulares en todo caso, y que por tanto obliga a modificar con urgencia su planeamiento urbanístico. No queda claro, sin embargo, el plazo a aplicar en el caso de que la superación de los niveles de contaminación de los municipios de más de 20.000 habitantes sobrevenga con posterioridad a la entrada en vigor de la LCCTE. Habría sido conveniente, entendemos, establecer un plazo en estos casos, así como para la adaptación de los planes urbanísticos al resto de medidas a que se refiere la LCCTE respecto de los municipios de más de 50.000 habitantes y territorios insulares, sin perjuicio de que, en puridad, ya están siendo introducidas desde hace años en algunos municipios españoles.

Por lo que se refiere a las ZBE, el legislador estatal pretende acudir, una vez más, a la técnica de la zonificación, como ya se haría desde los años setenta en relación con las zonas de atmósfera contaminada y después con las zonas acústicamente contaminadas, con la salvedad de que, en este caso, la declaración de las mismas parece que podría provenir también del Estado y de las CCAA, en su caso, lo cual reduciría la potestad del planificador local. Además, adicionalmente se establece un control estatal de la eventual regresión que pueda suponer la modificación de las medidas aplicables en una previa ZBE, en la línea de los principios que contempla el texto proyectado en su art. 2. Así parece desprenderse del art. 14.3 de la LCCTE.

A renglón seguido, debe señalarse que el art. 21 de la LCCTE, no como obligaciones, pero sí como objetivos de la planificación urbanística y de las intervenciones en el medio urbano, en la edificación y en las infraestructuras de transporte, se considerarán diversos aspectos relacionados con el cambio climático, como los riesgos derivados del mismo, la adaptación y resiliencia y la mitigación del efecto isla de calor. Sobre la consideración de los riesgos y de la adaptación y resiliencia, la disposición final cuarta de la LCCC establece que no resultarán de aplicación a los planes, programas y estudios cuya tramitación ya se hubiese completado en el momento de entrada en vigor de la LCCTE. En las modificaciones posteriores de dichos documentos, en cambio, sí se deberán integrar los criterios no incluidos en la fase estudio. Desconocemos el alcance que ha querido dar el legislador a la configuración de estas relevantes consideraciones como objetivos.

Por otro lado, y en virtud del art. 28 de la LCCTE, se contempla que los entes locales puedan participar –junto con las CCAA, empresas, organizaciones de los sectores empresariales, organizaciones sindicales, universidades, centros educativos, asociaciones, organizaciones ambientales no gubernamentales y demás entidades interesadas o afectadas– en los *convenios de transición justa* que se desarrollarán el marco de la Estrategia estatal para la transición justa³⁴, y que tendrán por objeto fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables a la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones.

Estos convenios de transición justa se articularán entre el Ministerio para la Transición Ecológica –previo informe del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio– y otras Administraciones públicas, en particular, entidades locales de áreas geográficas vulnerables a la transición hacia una economía baja en carbono. Para aquellas comarcas donde la transición energética y ecológica pueda poner en dificultades a las empresas y actividades económicas de dichas áreas se establecerán convenios de transición justa que propongan un plan de acción territorial integral. Los convenios de transición justa tendrán como objetivo prioritario el mantenimiento y creación de actividad y empleo en la comarca a través del acompañamiento a sectores y colectivos en riesgo, de la fijación de población en los territorios rurales y de la promoción de una diversificación y especialización coherente con el contexto socio-económico. Éstos aprovecharán los recursos endógenos del territorio, ya sean económicos, sociales o ambientales y atraerán inversiones exógenas, apostando prioritariamente por aquellos sectores que también presenten mejores resultados de sostenibilidad, tanto ambiental, como económica y social.

Los convenios de transición justa habrán de adecuarse al régimen básico de los convenios contemplado en la LRJSP, y deberán moverse dentro del ámbito marcado por la Estrategia, que se refiere de manera

³⁴ https://www.miteco.gob.es/images/en/5borradorestrategiainiciativajusta_tcm38-487304.pdf

prioritaria a proyectos que aceleren la transición ecológica: la energía renovable y la eficiencia energética, la movilidad sostenible, la rehabilitación de edificios, la economía circular, la eco-innovación, la restauración de ecosistemas, la biodiversidad, la adaptación al cambio climático, la agricultura ecológica o el turismo sostenible, entre otros, aunque se contemplarán otros nichos de empleo particularmente interesantes para las zonas afectadas.

Se augura, pues, un protagonismo esencial de los servicios públicos de empleo y de las agencias de desarrollo local, así como un condicionamiento importante de estos convenios respecto de la planificación territorial, que deberá adaptarse necesariamente a aquéllos (López, 2021, p. 16).

3.2. Climatización del urbanismo

Ya hemos avanzado que, de todo el elenco de competencias locales, la urbanística quizá sea de la que mayor desarrollo cabe esperar en relación con las políticas de cambio climático en general y de adaptación en particular en el ámbito local. También, aunque modestamente, la LCCTE pretende climatizar este sector a través de la modificación del 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 (TRLSRU) que, hasta la fecha, a pesar de centrar importantes esfuerzos en otorgar gran relevancia de la rehabilitación, no contenía referencia alguna al cambio climático. Puede avanzarse que en este punto la LCCTE no resulta muy ambiciosa, por lo que los avances en esta sede urbanística tendrán que venir, sobre todo, de la mano de la normativa autonómica (Soro, 2020).

Así, la LCCTE, en su disp. final 4 modifica el art. 20.1.c) TRLSRU que regula los criterios básicos de utilización del suelo. Las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística –esto es, las CCAA y la Administración local–, en la ordenación de los usos del suelo, además de atender a los principios a que se refería ya el art. 20.1.c) deberán tener en cuenta, incluir o comprender los riesgos derivados del cambio climático, entre ellos:

«... los derivados de los embates marinos, inundaciones costeras y ascenso del nivel del mar, de eventos meteorológicos extremos sobre las infraestructuras y los servicios públicos esenciales, los riesgos de mortalidad y morbilidad derivados de las altas temperaturas y, en particular, aquellos que afectan a poblaciones vulnerables, desagregando estos datos por sexo, los riesgos asociados a la pérdida de ecosistemas y biodiversidad y, en particular, de deterioro o pérdida de bienes, funciones y servicios ecosistémicos esenciales y, por último, los riesgos de incendios, con especial atención a los riesgos en la interfaz urbano-forestal y entre las infraestructuras y las zonas forestales».

Se trata, pues, de una omnicompreensiva obligación que condicionará el diseño de la planificación territorial, esto es, la toma de todas y cada una de las decisiones que afecten al territorio, reduciendo convenientemente el espacio de la discrecionalidad del planificador, que hasta ahora dependía de las medidas derivadas de la evaluación ambiental, cuando el instrumento que tuviera afección sobre el territorio se encontrara sometido a la misma. Para que esta nueva disposición resulte eficaz y cumpla con su finalidad es necesario y urgente que la Administración local cuente cuanto antes con estudios de riesgos en los diversos ámbitos que comprende.

En la línea de la anterior modificación del TRLSRU, el art. 21 de la LCCTE reitera la necesaria consideración del cambio climático en la planificación y gestión territorial y urbanística, así como en las intervenciones en el medio urbano, en la edificación y en las infraestructuras del transporte, que perseguirán principalmente los siguientes objetivos:

«a) La consideración, en su elaboración, de los riesgos derivados del cambio climático, en coherencia con las demás políticas relacionadas. b) La integración, en los instrumentos de planificación y de gestión, de las medidas necesarias para propiciar la adaptación progresiva y resiliencia frente al cambio climático. c) La adecuación de las nuevas instrucciones de cálculo y diseño de la edificación y las infraestructuras de transporte a los efectos derivados del cambio climático, así como la adaptación progresiva de las ya aprobadas».

Esta disposición, como norma básica sobre protección del medio ambiente, obligará al planificador autonómico y local, independientemente de lo que dispongan las normas autonómicas de ordenación territorial y urbanística, aunque no se establecen plazos concretos. Además, la disp. trans. tercera de la LCCTE

señala que, en relación con las previsiones establecidas en los apartados a) y b) del artículo 21 relativos a la consideración del cambio climático en la planificación y gestión del desarrollo urbano (Nogueira, 2018), de la edificación y de las infraestructuras del transporte, «estas disposiciones no serán de aplicación al caso de planes, programas y estudios cuya tramitación ya se hubiese completado en el momento de entrada en vigor de esta Ley», lo cual es criticable, porque desalienta modificaciones tempranas de la planificación urbanística que, de abordarse, se enfrentarían a demandas indemnizatorias que de otro modo podrían evitarse. No obstante, debe tenerse en cuenta que desde 2013, pero sobre todo desde la reforma operada por obra de la Ley 9/2018, el cambio climático quedó integrado en la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental. Mas a partir de ahora se generalizará su consideración independientemente de que resulte o no de aplicación la EIA, y en esta línea se encuentran ya algunas ordenanzas municipales sobre cambio climático que afectan al régimen de licencias y autorizaciones como se señaló *supra*.

Además de las modificaciones normativas referidas *supra*, consideramos que debe abordarse una más profunda «climatización del urbanismo», pues las ciudades, responsables del 80 % de las emisiones de CO₂, se deben convertir ahora en las verdaderas protagonistas del cambio en su contribución global a la lucha frente al cambio climático y la adaptación local. *En cambio*, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aprueba el TRLS y rehabilitación urbana contempla dos escuetas referencias al cambio climático y se trata, por ello, de un sector del ordenamiento jurídico pendiente de climatizar (DF 6.^a y DA 1.^a). Los objetivos a conseguir en el ámbito local pasan por reimaginar la vida sostenible, insistir en el valor de la sencillez, la funcionalidad y la circularidad de los materiales, garantizar que las renovaciones den lugar a una mayor eficiencia energética para que el sector de la edificación esté plenamente descarbonizado a mediados de siglo. La rehabilitación energética será clave desde 2021, abriendo un importante nicho de actividad económica, pero también será relevante luchar contra el efecto isla de calor propio de las ciudades, que amplifica los efectos de las altas temperaturas –la Estrategia de descarbonización progresiva hasta 2050 propone como paliativo la mejora de la infraestructura verde, que además de atenuar el efecto «isla de calor», también aporta beneficios evidentes al paisaje urbano, creando espacios más acogedores y relajantes para sus habitantes–, y contra el elevado grado de impermeabilización del suelo que constituye un factor de vulnerabilidad ante lluvias torrenciales. Unos microclimas urbanos saludables contribuirán de forma evidente a la calidad de vida en las ciudades y a desalmentar las expectativas de consumo de suelo en zonas residenciales y urbanizaciones –que han vuelto a ponerse sobre la mesa como consecuencia de la crisis sanitaria–, facilitándose así la revitalización de los centros históricos y del comercio local y la posibilidad de hacer realidad el abandono de los vehículos para realizar las actividades de la vida cotidiana.

El gobierno local en la segunda década del siglo XXI se encuentra con una sociedad que demanda tutela de derechos, como alternativa a una clásica protección institucional pública o público-privada que no ha sabido o podido llegar a todos los ciudadanos: han emergido la apropiación comunitaria de servicios públicos, los presupuestos participativos, la democracia activa, la economía cooperativa, la perspectiva común y los comunes urbanos, que no son más que conforme a la clasificación de bienes de dominio público de nuestro derecho patrimonial, aquellos destinados a un uso público. Se habla ahora de superar la alianza público-privada por una nueva alianza público-ciudadana (Socías, 2020).

Para responder a estos retos, a Administración local, como responsable de la planificación urbana, debe asumir importantes decisiones en situaciones de más o menos incertidumbre, lo que implicará, en ocasiones, la aplicación del principio de precaución, la difícil compatibilización entre las preocupaciones socioeconómicas, agravadas por la pandemia y que demandan respuestas en el corto plazo, con las climáticas, que tienen en cuenta el largo plazo y, sobre todo, el despliegue de políticas de adaptación, que exigen el desarrollo de mecanismos de evaluación de lo ya existente para, en su caso, promover su desmantelamiento o modificación. El nuevo derecho urbanístico en un contexto de cambio climático, además de facilitar los instrumentos que den acogida a la revisión de lo construido, debe dedicarse a desalmentar la expectativa del valor del suelo y de los derechos adquiridos, incorporando la variable ambiental, climática y social al urbanismo.

Así, el largo plazo, la incertidumbre y la evaluación continua de la adecuación de las medidas adoptadas a los objetivos marcados llevará a las entidades locales a desarrollar las potestades revocatorias. Pero nuestro ordenamiento jurídico no está del todo preparado para ello. Es criticable por ello que el art. 109.1 de la LPAC, en similares términos al derogado art. 105 de la LRJPAC, se refiera solo a la revocación de actos de gravamen o desfavorables para los interesados. En este sentido, la revocación de actos favorables por motivos ambientales, y en especial climáticos, o bien la revocación por ilegalidad sobrevenida, en los términos del artículo 16 RSCL y su interpretación jurisprudencial (Soro, 2009), sufrirá en los próximos años un desarrollo sin precedentes.

3.3. La integración climática y los silenciados planes municipales de cambio climático

La LCCTE apuesta por la integración de los riesgos climáticos y por la adaptación en las políticas de ordenación del territorio y urbanismo *pro futuro*, limitándose a establecer en su art. 38 que a partir del 31 de diciembre de 2021 las Comunidades Autónomas deberán informar en la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático de todos sus planes de energía y clima en vigor. Dichos planes, cuya naturaleza no se predetermina en la Ley, podrán consistir en un documento específico que recoja tanto las medidas adoptadas, como las medidas que prevean adoptar en coherencia con los objetivos de esta Ley (Galera, 2017). Como consecuencia, las CCAA decidirán, pues, si resulta más adecuado crear la figura de los planes integrados de cambio climático o si resulta más adecuado o bien suficiente o simultáneamente necesario integrar la cuestión climática en los planes sectoriales, incluidos los planes urbanísticos. Por lo que se refiere a la planificación climática municipal, las CCAA que hasta la fecha ya han legislado han optado de un modo más o menos determinante por contemplar los planes municipales de cambio climático, que se superpondrán al resto de la planificación sectorial.

Así, la Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del Cambio climático, en su art. 33 da por sentada la posibilidad de que se aprueben planes municipales de lucha contra el cambio climático, que podrán financiarse con el Fondo Climático que crea la Ley si los municipios aplican políticas fiscales que incentiven las buenas prácticas, favoreciendo la mitigación y disminuyendo la vulnerabilidad.

Por su parte, la Ley balear 10/2019, de 22 de febrero, de Cambio Climático y Transición Energética, establece en su art. 22 la obligación de todos los municipios de aprobar los Planes de acción municipales para el clima y la energía sostenible, de acuerdo con la metodología adoptada en el ámbito de la Unión Europea y en coherencia con el Plan de Transición Energética y Cambio Climático (art. 22.1 y 2). Los municipios de población inferior a 20.000 habitantes podrán aprobar los planes de forma mancomunada o individual (art. 22.3). Además, la norma establece el contenido mínimo de los PAM: a) El análisis y la evaluación de emisiones de gases de efecto invernadero. b) La identificación y la caracterización de los elementos vulnerables. c) Los objetivos y las estrategias para la mitigación y la adaptación al cambio climático, que incluya las posibles modificaciones adecuadas del planeamiento urbanístico y las ordenanzas municipales. d) Las acciones de sensibilización y formación. e) Las reglas para la evaluación y seguimiento del Plan (Blasco, 2021, pp. 117-131).

En tercer lugar, la Ley andaluza 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético resulta más ambiciosa y contempla una figura planificadora de ámbito autonómico *ad hoc* sobre cambio climático, el denominado Plan andaluz de acción por el clima (arts. 8 a 14), que será aprobado por Consejo de Gobierno. Éste se configura como un instrumento general de planificación de la Comunidad Autónoma de Andalucía para la lucha contra el cambio climático y sus determinaciones obligan a las distintas Administraciones públicas que ejerzan sus funciones en el territorio andaluz y a las personas físicas o jurídicas titulares de actividades incluidas en el ámbito de la ley. Se aclara que tendrá la consideración de plan con incidencia en la ordenación del territorio, a los efectos previstos en la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. De especial interés resulta la necesaria adaptación de la planificación a los escenarios climáticos contemplados en el plan andaluz y a los avances científicos (art. 17). Asimismo, crea los planes municipales contra el cambio climático (art. 15), cuya aprobación resulta obligatoria para todos los municipios, en el ámbito de las competencias propias que les atribuye el artículo 9 de la Ley 5/2010, de 11 junio, de Autonomía Local de Andalucía, y en el marco de las determinaciones del Plan Andaluz de Acción por el Clima (art. 15.1). Los planes municipales recaerán sobre las áreas estratégicas en materia de mitigación de emisiones y adaptación establecidas en la presente ley, sobre los que el art. 15.2 establece su contenido.

Por último, la Proposición de Ley de cambio climático de la Región de Murcia, que por tercera vez es registrada en la Asamblea Regional el 5 de junio de 2020 y que lamentablemente fue rechazada el 20 de noviembre de 2020, contemplaba, además de la Estrategia regional de cambio climático, los planes municipales de cambio climático de obligatoria aprobación en todos los municipios de la Región de Murcia, que se complementarían con las denominadas zonas especiales de adaptación al cambio climático (art. 19). Estas ZEACC, declaradas mediante Decreto por el Consejo de Gobierno a propuesta del Consejo Interdepartamental de Cambio Climático, se configuraban como zonas en las que la vulnerabilidad al cambio climático resulta de especial intensidad. Dicha vulnerabilidad justificaría las limitaciones de usos del suelo y deberían ser tenidas en cuenta en la ordenación territorial, física y urbanística. Se establecía que el instrumento de declaración contendría su delimitación, así como su régimen jurídico, incluidas las medidas de prevención,

amortiguación y adaptación necesarias para minimizar su vulnerabilidad climática. Entre otros objetivos, dichas medidas perseguían: amortiguar el efecto de las olas de calor y reducir el efecto de isla térmica de las ciudades, mejorar la seguridad alimentaria y la resiliencia en producción de alimentos autóctonos, mantener la biodiversidad como medida de protección frente al cambio climático y reducir los impactos del cambio climático sobre la salud. Las zonas especiales de adaptación al cambio climático (ZEACC) deberán ser tenidas en cuenta por los instrumentos de ordenación territorial y física y, en general, por los planes con incidencia en el cambio climático a que se refiere la Ley.

A la vista de lo anterior, parece que un nuevo instrumento planificador se incorporará de la mano de las leyes autonómicas sobre cambio climático al elenco de planes con incidencia territorial ya existentes, lo cual, desde luego, obliga a reproducir aquí la problemática derivada de las relaciones entre figuras planificadoras y la eventual prevalencia de unas sobre otras. Esta cuestión, dado el silencio del legislador estatal en este punto, deberá ser resuelta también por el derecho autonómico. La integración de la cuestión climática en la planificación existente, en cambio, resultará menos problemática, eso sí, partiendo de unos rigurosos mapas de riesgos e incluso de la declaración de zonas especiales de adaptación al cambio climático, que deban ser necesariamente tenidas en cuenta a la hora de diseñar y rediseñar el territorio y los usos del suelo.

4. CONCLUSIÓN

La *vis expansiva* del cambio climático va a afectar a multitud de sectores del ordenamiento jurídico de modo transversal, en los que los municipios pueden y deben desempeñar importantes iniciativas en sus ámbitos competenciales como el urbanismo, la energía, el transporte y la vivienda, entre otros. Pero no sólo eso. También debe incidir en numerosas normas ambientales horizontales, estatales y autonómicas cuya aplicación incumbe a la Administración local según la normativa sectorial. Piénsese en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que introdujo la obligación de tener en consideración el cambio climático (art. 18.1.d). Esta afección transversal y horizontal implica la progresiva consagración de la integración climática en todas las políticas locales, la cual encuentra su basamento en el art. 11 TFUE.

A falta de respuestas en la normativa básica, se ha de reivindicar la posibilidad de hacer una interpretación amplia y no desnaturalizadora de las normas adicionales de protección ex art. 149.1.23 CE, así como de la adicionalidad por parte de las entidades locales, que como Administración más cercana a la ciudadanía tiene más a la mano detectar las distorsiones al bienestar, como sucedió, por ejemplo, con la contaminación lumínica. Sabemos que la potestad normativa local es una línea de avance y conquista importante. En materia de cambio climático, por ejemplo, las ordenanzas locales vigentes, no sólo sobre cambio climático sino también sobre ahorro de agua, eficiencia energética, tráfico y movilidad, entre otras, están haciendo las veces de normas adicionales de protección, algunas de ellas cubriendo déficit normativos que ya fueron detectados por el Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español de 2010 (<https://www.mitma.gob.es/arquitectura-vivienda-y-suelo/urbanismo-y-politica-de-suelo/urbanismo-y-sostenibilidad-urbana/libro-blanco-de-la-sostenibilidad-en-el-planeamiento-urbanistico-espanol>).

Aunque no se ha tratado el cambio climático como materia competencial, sí se observa cómo se va internalizado en las competencias en materia de urbanismo y medio ambiente, por lo que es importante entender en clave climática las competencias locales, además de garantizar que los entes locales participen en todos los procedimientos decisorios tramitados por otras Administraciones Públicas que incidan sobre su territorio y que condicionen –sobre todo si la agravan– su vulnerabilidad y resiliencia, sus objetivos de mitigación como manifestación de la mejora en la calidad de vida en las ciudades y la adaptación al cambio climático como urgente objetivo lamentablemente ya a corto y medio plazo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blasco Esteve, A. (2021). Repercusiones de la Ley balear de Cambio Climático sobre la actividad urbanística. En J. M. Aguirre i Font, I. Araguàs Galcerà (coords.), J. M. Socías Camacho y J. M. Trayter Jiménez (dirs.), *Urbanismo ambiental y cambio climático: la ciudad turística sostenible* (pp. 117-131). Atelier.
- Casado Casado, L. (2015). Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 32 (ejemplar dedicado a: Homenaje a D. Ramón Martínez Mateo (III)), 201-283.

- Fuentes i Gasó, J. R. (2018). Sobre el ámbito competencial de los entes locales. La interpretación de la jurisprudencia constitucional de su alcance en materia ambiental. *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 112, 49-98. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.112.2018.02>
- Galera Rodrigo, S. (2017). Políticas locales de Clima: una razón (adicional) para renovar la planificación (¿local?) en España. En J. Gifreu i Font, M. Bassols Coma y A. Menéndez Reixach (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en Homenaje a Manuel Ballbé Prunés* (pp. 429-447). Instituto Nacional de Administraciones Públicas (INAP).
- Galera Rodrigo, S. (2018). Las entidades locales y su función en las políticas europeas de energía y clima. Una revolución silenciosa. En R. Alonso Ibáñez (dir.), *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado* (pp. 433-455). Tirant lo Blanch.
- Gifreu i Font, J. (2018). Ciudades adaptativas y resilientes ante el cambio climático: estrategias locales para contribuir a la sostenibilidad urbana. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 102-158. https://bibliotecavirtual.aragon.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=3715364
- Hernández Hernández, D. J. (1998). Las competencias municipales en relación con los espacios naturales protegidos, de modo especial en Canarias. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 23, 3400-3407.
- López Ramón, F. (2021). Notas a la Ley de Cambio Climático. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 114, 1-22. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-notas-a-la-ley-de-cambio-climatico/>
- Michallet, I. (2017). De l'action locale au droit global: l'engagement climatique des villes. *Revue juridique de l'environnement*, 2017/HS17 (n.º especial), 105-117. <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2017-HS17-page-105.html>
- Navarro Rodríguez, P. (2018). Las competencias medioambientales de los entes locales tras la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Cuadernos de Derecho Local*, 46 (ejemplar dedicado a: Medio Ambiente), 68-103.
- Nogueira López, A. (2018). Desarrollo urbano sostenible: ¿Actuar localmente sin cambio global? *Cuadernos de Derecho Local*, 46 (ejemplar dedicado a: Medio Ambiente), 32-66.
- Simou, S. (2020). *Derecho local del cambio climático*. Marcial Pons.
- Soro Mateo, B. (2009). El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 15, 61-80.
- Soro Mateo, B. (2020). Un derecho para el cambio climático. *Revista española de derecho administrativo*, 209, 279-316.
- Tolivar Alas, L. y Menéndez Sebastián, E. M. (2009). El cambio climático y los municipios. En A. R. Rodríguez Castaño y Z. Sánchez Sánchez (coords.) y V. Almonacid Lamelas (dir.), *Estudios sobre la modernización de la administración local: teoría y práctica* (pp. 1143-1159). La Ley.
- Valcárcel Fernández, P. (2017). Las competencias municipales propias en el vigente régimen local. *Revista da Asesoría Xurídica Xeral (REXUGA)*, 7, 156-180. https://www.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-web/Rexuga/Revista_7/156__REXUGA_7_2017_cas.pdf
- Valencia Martín, G. (2020). Jurisprudencia Constitucional: la Ley Catalana del Cambio Climático. En G. García-Álvarez García, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales*, (pp. 364-450). Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas – CIEMAT.
- Vandelli, L. (2019). Prólogo. En G. M. Díaz González, *La acción exterior local, Bases constitucionales*. Iustel.
- Velasco Caballero, F. (2013). Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Anuario de Derecho Municipal*, 6, 23-60. <https://www.idluam.org/blog/portfolio/anuario-2012/>
- Villar Rojas, F. J. (2013). Crisis económico-financiera; crisis de la Administración Pública. En A. M. González Sanfiel (dir.), *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego* (pp. 43-83). Atelier.



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 25-02-2022
Modificado: 30-03-2022
Aceptado: 01-04-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11058>
Páginas: 139-154

La controvertida interpretación y aplicación del artículo 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local¹

The controversial interpretation and application of article 26.2 of the Local Regime Basis Law

Teresa Franco Jiménez
Abogada (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9744-1125>
cortesygraena2016@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración, Sociología y Derecho. Master en abogacía. Competencias y administraciones públicas. Ha participado en la elaboración de la normativa municipal de Extremadura, participación ciudadana en Andalucía, Tratado Internacional Carta Latinoamericana de los gobiernos locales. Asesora técnica del Comité de educación para el análisis de las competencias en la materia de Desafección COVID-19 de los centros educativos de Andalucía de la FAMP.

Manuel Zafra Víctor

Universidad de Granada (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7620-5115>
manuelzafravictor@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Ciencias Políticas y de la Administración. Doctor en Derecho. Ha participado en la elaboración de normas de la Ley de Garantía Municipal de Extremadura, y ha coordinado un dictamen para la FEMP sobre reforma constitucional y autonomía local. Tratado Internacional Carta Latinoamericana de los Gobiernos Locales. Ex director general de administración local de la junta de Andalucía y del Ministerio de Administraciones Públicas.

RESUMEN

La ciudadanía se siente poco afectada por los conflictos de competencia, pero sí por la descoordinación entre diferentes administraciones públicas. A propósito de hechos reales se analiza la controvertida interpretación y aplicación del artículo 26.2 LBRL que prescribe la coordinación por la Diputación de una serie de servicios para los municipios con población inferior a 20.00 habitantes, uno de ellos, el acceso al núcleo de población donde unos vecinos sufren accidentes de tráfico y reclaman la correspondiente indemnización. ¿Cuál es la instancia pasivamente legitimada? ¿El municipio que debe prestar su conformidad al plan propuesto por la Diputación o la Diputación que debe proponerlo?

PALABRAS CLAVE

Coordinación; cooperación; asistencia; planificación; servicios municipales.

¹ Los autores agradecen la colaboración prestada por Maribel Balbás; Francisco Velasco; Secretaría General de Financiación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y a la Secretaría General del Pleno del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Citizens feel that competence conflict has little effect on them, but they do feel the effect of incoordination between different public administrations. Based on real events, the interpretation and application of article 26.2 of the Local Regime Basis Law in this study prescribes the coordination by the local government of a series of services for municipalities with a population under 20.000 inhabitants, one among them being access to the population nucleus where some neighbours suffer traffic accidents and claim damages. What is the passively legitimized instance? Does the municipality have to agree with the plan proposed by the Provincial Council or the Provincial Council must propose it?

KEYWORDS

Coordination; cooperation; assistance; planification; municipal services.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA PONDERACIÓN EFECTUADA POR EL LEGISLADOR BÁSICO: REDEFINICIÓN AL ALZA DE LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES Y A LA BAJA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES. 2. COORDINACIÓN PROVINCIAL Y CONFORMIDAD MUNICIPAL. COORDINARÁ, OFRECERÁ E INCLUIRÁ: DIFERENTE RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTAS FUNCIONES. 3. LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA JURISPRUDENCIA. 3.1. LA DOBLE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL. 3.2. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD. COORDINACIÓN PROVINCIAL Y AUTONOMÍA MUNICIPAL. 4. LA CONFORMIDAD DE LOS MUNICIPIOS NO CONVIERTE LA COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL EN COOPERACIÓN O ASISTENCIA. 5. LA SINGULARIDAD DE LA COORDINACIÓN Y LA COOPERACIÓN PROVINCIALES. 6. LA «DIRECTRIZ» DEL MINISTERIO DE HACIENDA. 7. LA DISCUTIBLE DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA AUTONOMÍA PROVINCIAL Y LA NECESIDAD DE INTERMEDIACIÓN LEGAL AUTONÓMICA PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD PLANIFICADORA POR LAS DIPUTACIONES. 8. BALANCE SOBRE LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL. 9. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La administración provincial, recibe cuatro decretos de alcaldía del municipio al que debe prestar asistencia jurídica en sendas reclamaciones presentadas por los vecinos con motivo de los accidentes de tráfico en el acceso al núcleo de población.

Tras la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), habría una falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento para recibir reclamaciones de indemnizaciones por la vía de la responsabilidad patrimonial, a causa de daños producidos en los vehículos de los reclamantes, debido al estado que presenta el acceso al núcleo de población donde residen. Al objeto de ordenar las ideas el tema se plantea desde las siguientes premisas:

1. La ponderación que hace el legislador básico: Redefinición al alza de las competencias provinciales y a la baja de las competencias municipales.
2. El control de constitucionalidad de la ponderación efectuada por el legislador básico: la concordancia práctica entre los principios de autonomía municipal y estabilidad presupuestaria.
3. El examen del juicio de legalidad, una vez declarada la constitucionalidad de las competencias provinciales. Los Dictámenes del Consejo de Estado resultan fundamentales para este propósito. El juicio de legalidad debe delimitar la competencia provincial de la municipal, determinado el alcance jurídico de la coordinación provincial y de la conformidad municipal en el nuevo artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local.
4. El Tribunal Constitucional (TC) entrecorilla, o pone entre paréntesis, el término coordinación para llamar la atención sobre sus diferentes acepciones. Es necesario examinar el significado jurídico de coordinación y cooperación en los artículos 26.2, 31 y 36 de la LBRL analizando la relación entre el 26.2, el 36.1.h) y el 36.2, establecida por el TC en la fundamentación jurídica del fallo.
5. El carácter interpretativo de los pronunciamientos judiciales de las bases estatales y la remisión a la normativa autonómica de desarrollo llevan a analizar la legislación autonómica dictada para la aplicación de la LRSAL.

6. Por último, entendiendo controvertida la afirmación del TC sobre la necesidad de intermediación legal para que las diputaciones ejerzan sus facultades coordinadoras, se vuelve a un tema tópico en el estudio de la autonomía local: la vinculación positiva o negativa de la potestad normativa local con respecto a la ley.

1. LA PONDERACIÓN EFECTUADA POR EL LEGISLADOR BÁSICO: REDEFINICIÓN AL ALZA DE LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES Y A LA BAJA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

Tal como reconoce la Exposición de Motivos de la LRSAL ha supuesto una redefinición de las competencias provinciales. Este ajuste entre las dos entidades locales, elevación de las competencias provinciales y la correlativa reducción de las municipales, toma como referencia la prestación de servicios y no el ejercicio de competencias. Aunque sea correcto hablar de la competencia para la prestación de servicios, no cabe obviar su diferente régimen jurídico: prestación no equivale a ordenación y gestión. Un servicio obligatorio es un derecho del vecino eventualmente reclamable ante los tribunales; una competencia es el marco jurídico para el impulso de políticas diferenciadas.

La conclusión parece clara: la racionalización consiste en la rebaja del coste de los servicios prestados por los municipios y en la fijación de unos criterios más estrictos para la atribución de competencias municipales, con el fin de rebajar el déficit y cumplir las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria. Y, en lo relativo a las competencias sectoriales, obliga a las comunidades autónomas a la atribución específica y a la consiguiente prohibición de cláusulas generales. El doble informe de ausencia de duplicidad y garantía de sostenibilidad es, igualmente, una muestra del rigor en los criterios para el ejercicio de competencias municipales.

Aunque la LRSAL intentó que el listado de materias del artículo 25.2 LBRL fuera un máximo y no un mínimo, acabó desistiendo ante la avalancha de críticas. La racionalización tenía corto recorrido en el propósito de reducir las competencias municipales.

El objetivo eran los servicios públicos obligatorios; configurados como derechos subjetivos de los vecinos, su regulación por las bases estatales no afecta a las competencias autonómicas. Tanto las competencias de coordinación, cooperación y asistencia como la prestación de servicios obligatorios, no están necesitados de desarrollo autonómico para su ejercicio por las provincias y municipios, están directamente atribuidas por el Estado y su título competencial además de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, estaría en el artículo 149.1 CE: la igualdad de derechos en cualquier parte del territorio nacional².

2. COORDINACIÓN PROVINCIAL Y CONFORMIDAD MUNICIPAL. COORDINARÁ, OFRECERÁ E INCLUIRÁ: DIFERENTE RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTAS FUNCIONES

El incremento de las competencias provinciales se explica por la supervisión y control del coste de los servicios prestados, la cuestión controvertida es el alcance de la coordinación provincial y la conformidad municipal.

En aras de la consistencia analítica del planteamiento, se identifican, en primer lugar, los artículos donde figura el coste efectivo como parámetro para el ejercicio de las competencias provinciales: artículo 26.2; 36.1.h); 36.2 y 116 ter LBRL. Se constata la diferencia en los efectos jurídicos de los artículos 26.2 y 36.2 de los previstos en el 36.1, h). En los dos primeros se aprecia una clara facultad coordinadora mientras que en el segundo una muestra inequívoca de la función de asistencia.

El tono imperativo confirma esta impresión inicial, la Diputación coordinará determinados servicios en municipios con menos de 20.000 habitantes y cuando detecte un coste efectivo superior en los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial de obras y servicios «fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir los costes efectivos», artículo 36.2.a) párrafo segundo. Pero el seguimiento de los costes tiene fundamento distinto en el artículo 36.1.h): «ofrecerá a los municipios su cola-

² Lo señala Ortega (2003, p. 292): «... el sistema de cooperación no está dirigido únicamente a un fin que podría ser calificado como institucional, sino que está estrechamente ligado a la concepción más elaborada de los servicios públicos en el marco de un Estado social».

boración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes». Es cierto que la coordinación aparece en los tres preceptos, pero en este último caso la oferta de colaboración no es equiparable a la obligación de coordinar la prestación de los servicios enumerados en el artículo 26.2 LBRL o a la de incluir en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal.

El denominador común entre los artículos 26.2 y 36.2 no debe llevar a la conclusión de la total coincidencia entre ellos:

- a) En el artículo 26.2 la coordinación se proyecta sobre determinados servicios y determinados municipios. Si la Diputación adopta la decisión de prestar directamente los servicios repercutirá el coste en los municipios afectados. La coordinación está, indefinidamente, condicionada a que los municipios afectados puedan acreditar un coste efectivo inferior.
- b) El ámbito objetivo del artículo 36.2 abarca a todos los servicios y todos los municipios; mientras que nada se dice sobre implicaciones financieras para las fórmulas de prestación unificada previstas en el artículo 36.2. También los tiempos difieren, el plan es de aprobación anual.

El principio que rige la relación institucional entre provincia y municipios es: las competencias atribuidas por la ley son de ejercicio obligatorio para la provincia, los tres términos empleados son claros: coordinará, ofrecerá e incluirá y, como veremos en lo que sigue, un derecho, con diferente intensidad para los municipios.

3. LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. La doble interpretación del artículo 26.2 LBRL

Para comprender la versión finalmente aprobada de la LRSAL y ajustar la *voluntas legislatoris* como criterio hermenéutico, procede examinar, en primer lugar, el debate académico sobre la doble interpretación³ que el artículo 26.2 puede motivar.

- a) Una interpretación conforme a la garantía constitucional de la autonomía municipal por el añadido en el Senado «de conformidad con los municipios afectados», tras las fundadas objeciones formuladas por el Consejo de Estado en el Dictamen 567/2013⁴ al coste estándar y al traslado a la Diputación de la titularidad de la competencia municipal;
- b) Una contraria, si el asentimiento municipal se reduce, no a la coordinación, sino a la modalidad propuesta para su ejercicio (gestión directa o compartida).

Antes de los pronunciamientos del TC sobre la LRSAL, la interpretación «conforme» cualificaría los efectos de la «conformidad municipal»; para que la Diputación presentara al Ministerio de Hacienda la propuesta de reducción de costes, sería requisito necesario contar con la conformidad de los municipios. De no haberla, la Diputación no podría plantearla. Aunque la Diputación tiene la obligación de impulsar la coordinación «no se perfeccionaría *ope legis* en caso de rechazo de los titulares de la competencia». El acuerdo municipal, pues, se erige en *conditio sine que non* para «la materialización» de la coordinación provincial en la prestación de los servicios enumerados en el artículo 26.2. Para que el artículo no incurra en inconstitucionalidad la coordinación debe ser entendida como «un mecanismo más propiamente cooperativo» y no «una fórmula pretendidamente coordinadora».

Manuel Medina aborda todos los aspectos de necesaria consideración para la instrucción y resolución de los expedientes: el diferente régimen jurídico de las competencias provinciales, el carácter impositivo de la coordinación y el voluntario de la cooperación y asistencia.

Atendiendo a la reiterada jurisprudencia constitucional⁵, la coordinación implica supremacía de la instancia coordinadora, dotada de un cierto poder de dirección con efectos limitadores en el ejercicio de las competencias de la coordinada; la cooperación, regida por la voluntariedad, supone paridad institucional.

³ De la múltiple literatura suscitada por el tema, resulta particularmente representativa el artículo de Medina (2014, pp. 147-161). Esta contribución doctrinal se reproduce literalmente en el recurso interpuesto por los grupos parlamentarios y resuelto en la STC 44/2017. Posterior a la jurisprudencia constitucional sobre la LRSAL Fernández Farreres (2017) y Barrero Rodríguez (2017).

⁴ Dictamen Consejo de Estado 567/2013. Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. 26-06-2013. BOE, Documento CE-D-2013-567.

⁵ STC 27/1987 y STC 214/1989.

La duda que suscita esta autorizada opinión es la alusión genérica a la conformidad municipal.

- a) Se entiende que esta conformidad es de cada municipio a la coordinación en sentido amplio y no solo a la modalidad para su ejercicio.
- b) Únicamente aquellos municipios que hubieran dado su conformidad a la propuesta de la Diputación se verían obligados a acreditar ante la propia Diputación un coste efectivo menor al prestado o coordinado por la Diputación para eludir los efectos de la coordinación propuesta.

Esta interpretación se revela discutible, de entrada todos los municipios quedan coordinados y la conformidad municipal permite eludir los efectos impositivos de la coordinación mediante la acreditación de un coste efectivo menor que el propuesto por la Diputación.

Las dudas se aclaran leyendo el Dictamen 338/2014 del Consejo de Estado⁶ emitido a solicitud del Ministerio de Hacienda y Administración Pública por la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local contra la LRSAL.

El artículo 26.2 parte de una premisa para fundamentar su compatibilidad o incompatibilidad con la garantía constitucional regulada en los artículos 137 y 140 CE:

«...su íntima conexión con los intereses propios de los Municipios, que por tal razón y en virtud de la garantía institucional contenida en los artículos 137 y 140 de la Constitución, no pueden verse excluidos de la prestación de tales servicios, por ministerio de la ley, sin la existencia de razones de orden constitucional que, tras el correspondiente juicio de ponderación, sean susceptibles de modular la referida autonomía local».

Las objeciones formuladas al coste estándar en el Dictamen 567/2013 se corrigen con la exigencia de la conformidad de los municipios afectados y con la precisión del coste efectivo frente a la indeterminación del coste estándar. Yendo más allá del estricto juicio de constitucionalidad, la nueva regulación, «aparentemente respetuosa con la autonomía local», presenta una carencia relevante: ni contempla ni resuelve el caso de los municipios, «en todas sus variantes». La única «variante» prevista es la de los municipios en condiciones de prestar el servicio a coste efectivo inferior; no se prevé, sin embargo, la de los municipios que lo presten a coste efectivo superior. En este supuesto se llegaría a un bloqueo sin salida: no podría prestarlo la Diputación por la negativa municipal, pero tampoco el municipio por hacerlo a coste efectivo superior. Una situación agravada por tratarse de servicios obligatorios. La recomendación del Consejo apremia a una reforma legislativa por «la desafortunada configuración técnica de los párrafos segundo y tercero del artículo 26.2 que precise el alcance de la expresión “conformidad de los Municipios afectados”».

Volviendo al juicio de constitucionalidad el Consejo encuentra conforme el artículo si la intervención provincial, cualquiera que fuese el coste efectivo de la prestación municipal, superior o inferior a los por ella prestados o coordinados, se entendiera supeditada a la conformidad de los Municipios interesados y los que no la dieran pudieran, por sí mismos, prestarlos. Aunque sea lateralmente existen argumentos para la resolución de los accidentes en el juicio de constitucionalidad planteado en este dictamen.

3.2. El Juicio de Constitucionalidad. Coordinación provincial y autonomía municipal

La recomendación del Consejo de una reforma legislativa para remediar la deficiencia técnica de un artículo tan confuso, cuya aplicación sería inevitablemente problemática, no encontró acogida.

Cuando el TC hubo de resolver la multitud de recursos planteados contra la LRSAL eludió pronunciarse sobre este punto. Reconoce en la sentencia clave STC 111/2016 «...la complejidad... directamente proporcional a la relevancia de los servicios implicados, típicamente municipales y, en efecto indispensables para el desenvolvimiento de la vida urbana»; considerando esta configuración legal una, entre otras posibles «no le corresponde valorar la conveniencia de esta regulación».

El cierto o desacierto en el empleo del término «coordinación», unas veces referido al significado genérico de «colaboración» y otras más precisas a «cooperación» o incluso «coordinación voluntaria», no corresponde al juicio de constitucionalidad. Su pronunciamiento ha de centrarse únicamente en si la coor-

⁶ Dictamen 338/2014. Consejo de Estado. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Interposición de un conflicto de defensa de la autonomía local contra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. BOE, Documento CE-D-2014-338.

dinación provincial menoscaba la autonomía municipal constitucionalmente garantizada; es esta la «única vulneración estrictamente jurídico-constitucional razonada en el recurso».

Caen fuera del juicio de constitucionalidad las objeciones expuestas por el Consejo sobre la deficiente técnica jurídica que provoca la imprecisión a la hora de delimitar la obligación de la provincia y el derecho de los municipios y dificulta la aplicación del artículo 26.2 LBRL; sería ese un juicio de legalidad ante la jurisdicción contenciosa. Al igual que en el artículo 36, este artículo tampoco precisa cuando procede una u otra técnica de «coordinación».

El problema consiste en la complejidad semántica y jurídica para diferenciar entre coordinación y cooperación, el factor decisivo es en qué medida el ejercicio de las competencias de una de las entidades resulta limitado por la decisión de la otra.

Este es el parecer autorizado de M. Sánchez Morón⁷: la diferencia entre las técnicas de coordinación y cooperación no está en el criterio de la voluntariedad, sino en qué medida el ejercicio de las competencias entre los entes que cooperan se ven o no limitadas y se mantiene o no en su integridad la respectiva capacidad decisoria.

La cooperación no es una función cuyo ejercicio requiera potestades directivas y coloque a una entidad en posición de supremacía respecto a la otra. Es este el rasgo diferencial a la hora de definir el concepto jurídico de cooperación.

No obstante, la falta de precisión legal de las «circunstancias habilitantes» en el ejercicio de la intervención provincial no entraña riesgo alguno para la autonomía municipal constitucionalmente garantizada; el municipio cuenta con la posibilidad de rechazar cualquiera de las técnicas previstas en el artículo 26.2 LBRL.

El TC parece ofrecer una puerta para salir del bloqueo apuntado por el Consejo de Estado: «El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones Públicas; es la voluntad municipal misma».

La categórica afirmación sobre la relevancia jurídica de la voluntad municipal y la irrelevancia del criterio económico supondría:

- a) Municipios que no prestaran su consentimiento, cualquiera que fuese el coste en la prestación de sus servicios, quedarían al margen de la coordinación provincial.
- b) Municipios que den su conformidad tendrían, para eludir la coordinación, que acreditar, ante la propia Diputación, la prestación del servicio a coste efectivo inferior. Pero en esta situación tampoco se ve lesionada la autonomía municipal por la previa concesión de conformidad. Las consecuencias para la planificación provincial de esta conformidad inicial justificarían, en contrapartida, la obligación del municipio de acreditar, para salir de ella, la prestación a menor coste.

Con la finalidad de aclarar los efectos jurídicos de la conformidad municipal y de la coordinación provincial, el TC equipara la regulación del artículo 26.2 a la establecida en el 36.1.h) LBRL que, como más arriba se indicó, da contenido a una típica función de asistencia con la oferta por la Diputación de cooperación a los municipios al comprobar una prestación de coste superior en relación al servicio prestado o coordinado por ella.

La similitud del paralelismo establecido por el Tribunal resulta problemática, no es lo mismo la obligación de ofrecer colaboración para la gestión coordinada de todos los servicios a todos los municipios que la de coordinar determinados servicios para determinados municipios.

La asistencia es obligatoria para la provincia, el tono imperativo del término es inequívoco, ofrecerá, y potestativa para el municipio, que puede o no acogerse.

La coordinación es obligatoria tanto para la provincia como para el municipio; la conformidad municipal, de entrada, no la convierte en potestativa y, correlativamente, la intervención provincial en asistencia.

Puede ser un requisito que la Diputación deba observar en la elaboración del plan para coordinar los servicios; la analogía está mejor establecida con la aprobación del plan provincial y la preceptiva participación de los municipios en su elaboración.

Es cierto que la conformidad del municipio en la elaboración y aprobación de un plan implica mayor concreción jurídica que la participación, pero en uno y otro caso, no impiden que la Diputación coordine ejerciendo la potestad de planificación y la competencia municipal quede limitada en su ejercicio.

La limitación no altera la titularidad; el municipio conservará su autonomía para dar prioridad temporal o asignar una mayor o menor cantidad de recursos a unos u otros servicios, pero deberá hacerlo a coste

⁷ Sánchez Morón (1992, pp. 11-30).

efectivo inferior o, de no conseguirlo, acogerse a la coordinación provincial limitada, a su vez, a rebajar el coste, en ningún caso a suprimir la capacidad decisoria municipal.

La coordinación implica limitaciones en el ejercicio de las competencias de ambas entidades; ni la diputación puede, unilateralmente, ejercer la coordinación, ni el municipio disponer de todas las opciones.

Esta argumentación confirma la interpretación inicial donde, al identificar los efectos jurídicos del coste efectivo, diferencia entre la regulación del artículo 36. 1, h) y la de los artículos 26.2 y 36.2 LBRL. El artículo 26.2 no guarda correspondencia con el artículo 36.1.h) sino con el 36.2 LBRL.

Este artículo había sido impugnado por la Junta de Andalucía argumentando el exceso de las bases y la lesión a la autonomía local. La representación procesal de la Junta relaciona este artículo 36.2 con el 26.2 LBRL, señalando las diferencias en los servicios y municipios afectados e insistiendo en la ausencia de alusión a la conformidad municipal en el primero.

En la STC 44/2017, de 27 de abril el Tribunal resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural; Unión para el Progreso y la Democracia y Mixto, puede comprobarse la coincidencia de los grupos recurrentes con su posición en la relación entre los artículos 26.2 y 36.2 y la diferencia con el artículo 36.1.h) LBRL:

«Consagrada una cuestionable competencia supervisora, el artículo 36.1.h) contempla una irreprochable fórmula de intervención provincial consistente en una oferta de colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios. Por el contrario, la nueva competencia de coordinación provincial incorporada en el artículo 36.1.c) que también se proyecta indiscriminadamente a la generalidad de los municipios, concretada en el artículo 36.2 LBRL, faculta en términos imperativos a la diputación para imponer a los municipios afectados la fórmula de prestación que considere pertinente».

Dado que la nueva competencia provincial afecta a los servicios de obligada prestación por los municipios, considerados por el Tribunal expresión del núcleo de autogobierno municipal, la mera participación en la elaboración del plan no guarda proporción con el interés municipal afectado. Análogo pronunciamiento hará en la STC 45/2017, de 27 de abril con motivo del recurso interpuesto por el Parlamento de Andalucía sobre el mismo objeto.

El TC, remitiendo a la STC 109/98 donde, por vez primera, se pronuncia sobre el contenido esencial de la autonomía provincial, recuerda que en la doctrina allí sentada: «el “núcleo” funcional característico de la diputación, en cuanto entidad local “determinada por la agrupación de Municipios”» consiste en la asistencia y cooperación con los municipios. Este núcleo funcional estaría «enraizado» en el artículo 141 CE, a partir de este mínimo el legislador básico puede configurarlo, «delimitando “las atribuciones de las Diputaciones Provinciales”», con mayor o menor amplitud. Las atribuidas a la diputación en el artículo 36.2 LBRL constituyen una de las opciones posibles. Por tanto, «Al regular facultades de coordinación provincial de la actividad municipal el Estado está desarrollando...» el mínimo de la autonomía provincial constitucionalmente garantizado.

El legislador básico, ponderando entre los principios de autonomía municipal y de estabilidad presupuestaria, ha decidido elevar la autonomía provincial y reducir la municipal⁸. Esta opción es plenamente compatible con el núcleo garantizado a los Municipios en el artículo 140 CE. La competencia atribuida a la provincia en el controvertido artículo 36.2 LBRL es de «coordinación en sentido estricto» que, en consecuencia, implica un «límite efectivo al ejercicio de las atribuciones municipales». Para que la ponderación entre los principios de autonomía municipal y estabilidad presupuestaria guarden la concordancia práctica requerida, deben observar los criterios de especificidad en la atribución, suficiencia en la determinación y responder a la protección de intereses supramunicipales.

En sentido opuesto, «una amplia indeterminación normativa» supondría dejar en manos de la diputación «la forma y el alcance» de su «cierto poder de dirección» sobre los municipios; un poder «autoatribuido» contrario a la doctrina constitucional asentada. La atribución a la diputación de facultades coordinadoras en sentido estricto debe salvaguardar la titularidad de la competencia municipal y la capacidad decisoria del municipio, según la doctrina constitucional, «tendencialmente» correlativa al interés municipal del servicio.

El Tribunal, a continuación, examina la concurrencia de estos criterios para el ejercicio de la competencia atribuida a las diputaciones en el artículo 36.2; a diferencia de la indeterminación del artículo 36.1, en el

⁸ La provincialización de la autonomía local, Bassols Coma (2014, p. 32).

36.2 LBRL es apreciable una mayor concreción vinculante de las competencias atribuidas por la LRSAL: la coordinación se hace efectiva a través de la potestad de planificación, el plan provincial de obras y servicios, una concreción vinculante pese a la indeterminación de las «las fórmulas de prestación unificada o supramunicipal» que la diputación «incluirá» en el plan.

El hecho que autoriza la inclusión es objetivo: la detección de coste superior en la prestación de servicios a los coordinados o prestados por la diputación con el objetivo de reducirlos y, al tiempo, «proteger intereses supramunicipales» justificados por «la eficiencia en el uso de los recursos públicos y la estabilidad presupuestaria».

El sacrificio de la autonomía municipal requerido por la estabilidad presupuestaria debe preservar la titularidad de las competencias municipales, su ejercicio corresponde siempre al ayuntamiento sin que la diputación pueda suplantarlos. Los municipios «deben participar» en la elaboración del plan y en la valoración de la conveniencia u oportunidad de la fórmula elegida por la diputación. Finalmente, en la provincia están representados los municipios a través de los concejales designados como diputados que, además de participar en la elaboración del plan y en la elección de la fórmula adoptada, participan en su aplicación y desarrollo.

Aun así, la mayor concreción del artículo 36.2.a) LBRL «no predetermina suficientemente la competencia provincial... ni precisa...» los requisitos que aseguren la correspondencia entre el interés municipal y su capacidad decisoria, ni las reglas para valorar la conveniencia de una u otra fórmula, tampoco las condiciones para promover las más «livianas» como estimular la creación de mancomunidades o las más «penetrantes» como la imposición de fórmulas de gestión indirecta. Esta indeterminación puede traducirse en técnicas de coordinación respetuosas de la autonomía municipal o, por el contrario, lesivas. El Tribunal, lo veremos a continuación, siguiendo el criterio de considerar fuera de lugar el carácter «autoatribuido» de la coordinación provincial, procede a una discutible sentencia interpretativa.

El artículo 36.2 LBRL sería contrario a la garantía constitucional de la autonomía municipal si se interpretara como «unas facultades de coordinación» cuyo recorrido, unilateralmente, fijara la propia diputación al desarrollar las potestades planificadoras.

Hay otra interpretación, igualmente fundada, pero conforme con la Constitución. Las bases no estarían aquejadas de indeterminación sino que, por su propia naturaleza, ni pretenden ni están autorizadas a pretender la regulación exhaustiva, dejan margen para la configuración legal (el TC reconoce que, en el aspecto competencial la relación de los municipios con la comunidad autónoma es más natural e intensa que con el estado) bien de las leyes de régimen local, bien de la legislación sectorial autonómica.

De ahí que la indeterminación no deba ser calificada como deficiente técnica legislativa sino como deficiencia obligada hacia el legislador correspondiente que desarrollará la previsión básica en una materia concreta. Son estas normas de desarrollo las llamadas a precisar las facultades coordinadoras de la diputación, ponderando la prescripción básica de tomar el coste efectivo como parámetro y la proporcional capacidad decisoria del municipio en función del interés municipal afectado.

4. LA CONFORMIDAD DE LOS MUNICIPIOS NO CONVIERTE LA COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL EN COOPERACIÓN O ASISTENCIA

Se clarifican así las ideas sobre la ausencia de legitimación pasiva del municipio y el entendimiento de la conformidad municipal como un requisito en la obligada elaboración del plan por la Diputación.

La STC 152/2016, de 22 de septiembre, ofrece un supuesto de complemento autonómico que, por analogía, proporciona claves para determinar los efectos jurídicos de la cláusula «conformidad de los municipios afectados». En esta sentencia el Tribunal resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por el Ayuntamiento de Abucena y otros 111 municipios contra diez de los artículos de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía. En primer lugar, declara que el punto de partida es la competencia autonómica para regular las competencias propias de los municipios en el marco de los principios constitucionales, las bases de régimen local y, eventualmente, los estatutos de autonomía.

En la STC 41/2016 el Tribunal reconoce que las bases estatales han sido poco incisivas en condicionar a los legisladores sectoriales autonómicos; con la aprobación de la LRSAL los requisitos se han vuelto más estrictos, pero el legislador autonómico conserva la prerrogativa de establecer la graduación de la competencia municipal en función del «alcance e intensidad de los intereses locales y supralocales implicados», su poder configurador, respetando el contenido mínimo, dependerá de su voluntad más o menos descentrali-

zadora, una modulación política no susceptible de control jurisdiccional: «La autonomía local permite configuraciones legales diversas debiendo limitarse el juicio de constitucionalidad a comprobar si el legislador ha respetado la garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario de autogobierno, que les hace reconocibles en tanto que dotados de autogobierno».

Significativamente el Tribunal trae a colación el artículo 26.2 LBRL y el FJ 12 de la STC 111/2016 donde caracteriza el seguimiento del coste efectivo y la inclusión de fórmulas de prestación unificada o supramunicipal en el plan provincial como una potestad coordinadora con efectos limitadores sobre la competencia municipal. Recuerda que, pese a la indeterminación, la ley, fija una serie de requisitos que la diputación debe observar al ejercer la potestad planificadora (fundamentalmente la cualificada participación de los municipios no solo en la elaboración y aprobación del plan sino también en su aplicación y desarrollo). Ahora bien, la previsión básica es, jurídicamente, una norma incompleta y de remisión, necesitada de complemento normativo, serán los legisladores autonómicos de régimen local o los sectoriales los que la concreten.

En coherencia con lo anterior pasa el Tribunal a examinar la ley de aguas andaluza para determinar si vulnera o no la garantía constitucional de la autonomía municipal. A tal efecto, como señala en la STC 41/2016, las bases proporcionan pocos criterios para juzgar la constitucionalidad de las leyes sectoriales y debe volver a la doctrina constitucional sobre autonomía local. Los puntos a considerar, asumiendo el poder configurador del legislador autonómico, serían los siguientes: la concurrencia de intereses supralocales que legitimen la regulación autonómica y la garantía de una intervención municipal proporcional a la intensidad de sus intereses.

La atención ha de centrarse en el FJ 7 donde el Tribunal valora si «la integración en un sistema de gestión supramunicipal es contraria a la autonomía local», el mismo supuesto de la gestión compartida, mancomunada o consorciada, previstas en el artículo 26.2⁹. El Tribunal parte en el FJ 5 de la competencia reconocida por el Estatuto de Andalucía a los municipios para la ordenación y prestación del servicio básico de abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales. Esta regulación estatutaria desarrolla el artículo 25.2.c) de la LBRL que remite al legislador sectorial correspondiente para la atribución como competencia propia el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Además, según el artículo 26.1 LBRL los municipios están obligados a prestar los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. La prestación de servicios obligatorios viene impuesta por el Estado que, pese a recaer sobre una materia de competencia autonómica, no necesita «ulterior legislación autonómica» por tratarse de un derecho subjetivo del vecino.

En consonancia con la cuestión fundamental sobre la que el Tribunal debe pronunciarse, la compatibilidad de la integración obligatoria de los municipios en un sistema de gestión supramunicipal con la autonomía local constitucionalmente garantizada, en este FJ7 expone con detenimiento el nuevo artículo 26.2 LBRL. Reproduce el fundamento jurídico 12 de la STC 111/2016, de 9 de junio, recordando que el artículo atribuye a la Diputación la competencia para la coordinación de los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Una modalidad de gestión supramunicipal que «se descarta que ponga en riesgo la autonomía constitucionalmente garantizada» toda vez que el municipio puede o no prestar su conformidad a la fórmula propuesta por la Diputación.

No pasa inadvertido que, a continuación, se alude al seguimiento por la Diputación de los costes efectivos en la prestación de los servicios municipales, previsto, no en el artículo 36.1.h) sino al del artículo 36.2.a) LBRL y si comprueba que son mayores que los por ella prestados o coordinados, incluirá «fórmulas de prestación unificada o supramunicipal» para reducirlos. El Tribunal declara que la coordinación regulada en este artículo atribuye a la provincia «una potestad de cuyo ejercicio pueden resultar decisiones de obligado cumplimiento para los municipios de su ámbito territorial con relación a la gestión de los servicios de su titularidad». Un supuesto análogo al del artículo 32.4 de la Ley de Aguas de Andalucía: «El Consejo de Gobierno, en función de criterios técnicos y de viabilidad económica, determinará... el ámbito territorial de cada sistema para la realización de la gestión el agua de manera conjunta». El paralelismo es evidente, «la gestión de manera conjunta» y «la fórmula de prestación unificada o supramunicipal». Estas decisiones con efectos limitadores sobre el ejercicio de la competencia municipal se justifican por el imperativo de proteger intereses supramunicipales: «la eficiencia en el uso de los recursos públicos y la estabilidad presupuestaria». Igualmente, el apartado 4 del artículo 32 justifica la obligatoriedad de la gestión supramunicipal de los servicios del agua por «razones técnicas, económicas o ambientales».

⁹ El artículo 32.4 prescribe la integración obligatoria en la gestión supramunicipal del agua: «Será obligatoria la gestión de los servicios del agua por los municipios de uso urbano, cuando resulte necesario por razones técnicas, económicas o ambientales...».

La limitación en el ejercicio de la competencia municipal tiene su correlato en la del ejercicio de la competencia autonómica o provincial, lo que obliga a la necesaria ponderación de los intereses municipales y supramunicipales. La variable clave para la efectividad de este ejercicio ponderado de ambas competencias es el procedimiento para la gestión conjunta o compartida. En el caso del agua, el Consejo de Gobierno debe, preceptivamente, proponer el sistema de gestión supramunicipal, previa audiencia con los municipios afectados. Quizás quede la impresión de una intervención devaluada el solo derecho de audiencia (o la habitual emisión de informe) pero, como veremos más abajo, a la coordinación, entendida en sentido estricto, como capacidad decisoria con efectos limitadores en las competencias de las entidades coordinadas, precede una fase de deliberación y negociación para que el resultado final sea un acuerdo, esto es, la gestión conjunta a la que alude la Ley de Aguas de Andalucía; esta coordinación fruto de la transacción sería la «coordinación voluntaria» a la que se refiere la jurisprudencia constitucional (empleada la expresión por vez primera en el voto particular del Magistrado Rubio Llorente en la STC 27/87). De no prosperar la cooperación entraría en juego la acepción unilateral e impositiva de la coordinación.

El Tribunal reitera en esta sentencia la fundamentación desarrollada en la STC 111/2016 sobre el carácter local de agrupaciones (diputaciones) o asociaciones (mancomunidades) integradas por municipios en cuanto entidades locales básicas. En efecto, se trata de «entidades directamente relacionadas con los intereses de los municipios» que facilitan el ejercicio de los intereses supramunicipales y municipales. Este argumento resulta más adecuado en el caso de la coordinación provincial del artículo 26.2. «No se priva a los municipios de la titularidad de sus competencias pues el precepto se refiere a la forma de “gestión del servicio del agua por los municipios”». Sólo se ve limitado su ejercicio. Participan los municipios, además de la doble audiencia antes aludida en la determinación de la gestión conjunta del agua y en la supramunicipal de uso urbano, en la ejecución de las infraestructuras de aducción y depuración mediante los correspondientes convenios con la Junta de Andalucía (artículo 31.1).

Estas garantías procedimentales para asegurar la eficacia jurídica de la «conformidad municipal» encuentran refuerzos en el recurso a la jurisdicción contenciosa-administrativa en el caso de, por ejemplo, determinación arbitraria de las razones técnicas, económicas o ambientales exigidas por la ley, son requisitos objetivables cuya inobservancia puede ser restablecida por los tribunales. Una vez más es constatable la coincidencia con la STC 111/2016 cuando el Tribunal salvaguarda la constitucionalidad del artículo 26.2 y remite a la jurisdicción contenciosa si el plan elaborado o aprobado por la provincia ha eludido la conformidad municipal. Sumadas todas las garantías para los municipios en la gestión conjunta o supramunicipal del agua, el TC entiende guardada la necesaria correspondencia entre la intervención del municipio y la intensidad y alcance del interés municipal. El comentario que esta doctrina suscita se deja en suspenso hasta las conclusiones.

Merece la pena concluir este análisis jurisprudencial con la argumentación alegada y reiterada por la Abogacía del Estado en las sentencias comentadas. La STC 44/2017, de 27 de abril detalla algunos puntos de interés. Cuando valora los motivos de impugnación del artículo 36.2.a) afirma la inexistencia de atribución competencial a las diputaciones, se trata «de una simple invitación que no imposición, a la inclusión de fórmulas de prestación coordinada de servicios, sin afectar ni interferir en la titularidad o ejercicio de las competencias propias de los municipios». Sin embargo, al analizar el artículo 116 ter admite que la exigencia del cálculo del coste efectivo de los servicios «Tiene importantes implicaciones competenciales, pues es determinante de la coordinación a cargo de las Diputaciones Provinciales (artículo 26.2) y del contenido de los planes provinciales de cooperación para la prestación de obras y servicios (artículo 36.2 LBRL)». Esta incongruencia entre una supuesta invitación (asistencia potestativa para el municipio) y la imposición limitadora del ejercicio de los municipios coordinados, obligaría a revisar la tesis sobre la voluntariedad en el requisito de conformidad municipal. Pero el Abogado del Estado no la realiza. Una muestra más de la confusión interpretativa del precepto.

5. LA SINGULARIDAD DE LA COORDINACIÓN Y LA COOPERACIÓN PROVINCIALES

A estas alturas de la argumentación, los términos coordinación y cooperación deben experimentar las modulaciones pertinentes al aplicarlos a las relaciones institucionales entre provincias y municipios. Alejandro Nieto demanda rigor para definir la coordinación provincial¹⁰. Si definir implica acotar y limitar el signifi-

¹⁰ Nieto (1991, pp. 145-165).

cado de un término, la polisemia y la sinonimia del término coordinación exige definir la especificidad de la coordinación provincial. El obstáculo fundamental para este propósito es su uso acrisolado en las teorías del federalismo. Cabe añadir al razonamiento convincente del ilustre jurista que las relaciones de coordinación se han concebido para regular las relaciones entre diferentes niveles de gobierno y la provincia y los municipios integran un mismo nivel de gobierno, el local.

Las competencias provinciales, de carácter funcional, se proyectan no sobre materias sino sobre las competencias municipales, bien para asistirles, dotándolas de la capacidad de gestión necesaria en aras de la efectividad del principio de subsidiariedad (artículo 36.1.b), bien para coordinarlas con el fin de garantizar la prestación integral de los servicios municipales (artículo 36.1.a) LBRL. No responde al criterio de la función coordinadora entre diferentes niveles de gobierno: flexibilizar el ejercicio de unas competencias definidas en su titularidad como exclusivas.

Aunque resulte forzada la argumentación, la diputación no delimita un interés provincial de un interés municipal, garantiza el equilibrio intermunicipal en el ejercicio de las competencias municipales para que la asistencia prestada a determinados municipios no perjudique al resto. Quizás el término más adecuado sea el de asistencia que no se refiere al ejercicio de una competencia concurrente o compartida que obligue a flexibilizar el ejercicio de ambas. La LBRL parece diferenciar cooperación y asistencia, pero en rigor, la diputación no coopera con los municipios para conseguir un objetivo común que, por separado, no alcanzarían, sino que los asiste para que la falta de capacidad de gestión no impida el ejercicio de las competencias de su titularidad. Ni la asistencia ni la coordinación provincial pueden privar al municipio de la competencia, eventualmente, como hemos reiterado, sólo limitar su ejercicio. La conclusión podría enunciarse de la siguiente forma: la diputación está obligada a gobernar con los municipios, tomar en consideración las solicitudes municipales para asistirlos o las prioridades por ellos fijadas para ejercer las funciones planificadoras, pero las facultades, constitucionalmente atribuidas a la diputación de gobierno y administración de la provincia (artículo 141 CE), autorizan a, llegado el caso, no satisfacerlas o a imponer un determinado ejercicio en garantía de la prestación integral de los servicios municipales.

La LBRL no precisa cuando procede la asistencia y cuando la coordinación, pero esta imprecisión no es óbice para que la coordinación provincial responda a los mismos principios y funcionamiento que la coordinación de las provincias por la comunidad autónoma. En el itinerario prescrito para la elaboración del plan, la provincia debe contar con la participación municipal y atender las prioridades fijadas desde los municipios; si las considera gravosas para otros municipios tratará de acordar con los afectados de rebajar la amplitud o el cambio de sus propuestas.

La idea aparece perfectamente expuesta en el artículo de L. Morell sobre la coordinación¹¹: «La coordinación no es sólo un imperativo de productividad en el contexto de las acciones plurales...», no cabe la planificación regida por la racionalidad unilateral coste-beneficio, minimizando medios y maximizando fines, el proceso es más complejo: «es también exigencia que se hace presente con carácter previo: se han de coordinar antes de emprender cualesquiera acciones, las distintas aspiraciones e intereses de los sujetos y grupos que habrán de llevarlas a cabo»¹². En el caso que nos ocupa, la gestión integral en la prestación del servicio de acceso al núcleo de población, el coste efectivo como parámetro económico ponderado con las características del entorno demográfico o geográfico de los municipios, para que los afectados presten su aquiescencia a un plan de elaboración conjunta, resultado del asentimiento común en lugar de impuesto, «Coordinación no es siempre un conjunto de actividades “racionales” —entendidas como las mejores—, sino las posibles, a partir de los intereses no coincidentes en los actores»¹³.

Congruente con este principio es iniciar el procedimiento para la elaboración del plan con el horizonte de la coordinación como un resultado comúnmente adoptado antes que, como el empleo de una determinada potestad planificadora, «lo adecuado es atenerse a un determinado modo de ejercicio de las actividades de que se trate... de sustantivar los criterios a que atenerse en el ejercicio, por cada uno de los sujetos en el ejercicio de la propia competencia». He aquí el doble sentido de la coordinación: el delicado equilibrio entre el fin (resultado) de la aplicación de un principio general del derecho para el buen funcionamiento de las

¹¹ Morell Ocaña (1992, pp. 75-129).

¹² Este es el sentido de los artículos 12 y 13 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía. El término concertación trata de sintetizar la doble fase cooperadora y coordinadora en la relación institucional entre provincia y municipios.

¹³ La diferencia entre eficiencia operativa y eficiencia adaptativa elaborada por L. Metcalfe para diferenciar la gestión pública de la empresarial, describe perfectamente la secuencia cooperación-coordinación. No en balde L. Morell advierte las connotaciones de «ciencia de la administración» del concepto de coordinación inaprehensibles con la sola acepción jurídica.

administraciones, y una potestad o competencia (el medio) atribuida a una de ellas para conseguirlo, con las certeras palabras de A. Nieto: «Colocada la coordinación en este nivel superior de objetivo final, adquiere una desmesurada importancia, de la que el legislador es consciente, puesto que le dedica una atención especial en un doble sentido: imponer su realización por un lado, y cuidar de que no produzca excesos por otro, para que no afecte a la autonomía (de las entidades coordinadas)». Con arreglo a estas premisas la interpretación adecuada de los términos cooperación y coordinación en el artículo 36 de la LBRL sería el de una secuencia ordenada que empieza por la cooperación y que puede concluir con la coordinación, bien comúnmente acordada, bien excepcionalmente impuesta; significativamente el plan es de cooperación, la cooperación debe ser el medio para conseguir el fin de la coordinación. Si la diputación pretendiera coordinar obviando la cooperación previa, estaría incurriendo en ilegalidad¹⁴.

Este largo proemio para determinar el ámbito de la coordinación atribuida a la provincia por el artículo 26.2 LBRL y el de la relevancia de la conformidad municipal, proporciona la argumentación para resolver el expediente sobre los accidentes de circulación en el acceso al núcleo de población del municipio. La hipótesis es la siguiente: la diputación, *ope legis*, debe elaborar un plan de coordinación, con independencia de los efectos jurídicos que se atribuyan a la conformidad municipal, bien se interprete en sentido amplio, como la plena disposición del municipio para sumarse o no a la coordinación provincial, sea mayor o menor el coste efectivo de su prestación que el coordinado o prestado por la provincia; bien en sentido estricto, en el que, de entrada, todos los municipios quedan sujetos a la coordinación provincial y sólo el municipio se situaría al margen de la coordinación acreditando prestarlo, ante la propia diputación, a menor coste efectivo que el prestado o coordinado por la diputación. Aunque pudiera parecer paradójico, el municipio tiene derecho a la referencia de un coste efectivo para decidir si se acoge a la prestación o coordinación provincial o lo presta por sí mismo.

El sentido de la coordinación en este artículo es la asistencia al municipio para la rebaja del coste efectivo en la prestación del servicio de acceso al núcleo de población; la asistencia es obligatoria para la provincia, pero potestativa para el municipio. En el caso del artículo 26.2 LBRL la asistencia provincial es obligatoria y el municipio, aun conservando la titularidad de la competencia, debe modular su ejercicio pres-tándolo al coste efectivo propuesto por la diputación, su ejercicio. L. Morell diferencia entre límite y limitación, mientras que un límite define o acota un poder o deber jurídico, fijando los umbrales que permiten identificar «lo que queda dentro y lo que queda fuera», una limitación circunscribe su ámbito a lo que queda dentro. En el entorno o esfera de dicho poder quedan eliminadas determinadas posibilidades de decisión o actividad. El límite se relaciona con la titularidad, la limitación con el ejercicio.

6. LA «DIRECTRIZ» DEL MINISTERIO DE HACIENDA

Según el requerimiento cursado desde la Secretaría de Estado de Hacienda a través de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local a las Presidencias de la Diputaciones, solicitado al Portal de Transparencia, se confirma la posición sostenida. La Secretaria General demanda la información necesaria «al objeto de tener conocimiento de la aplicación real del artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las 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, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 111/2016, de 9 de junio.» Reproducida la literalidad del artículo considera transcurrido «un plazo lo suficiente dilatado para poder evaluar la efectividad de esta norma», esto es, su «aplicación real». Para tener conocimiento de esta aplicación se solicita información relativa al número de municipios acogidos a «esta fórmula de prestación coordinada», y los servicios objeto de coordinación provincial de los enumerados en el artículo 26.2.

A continuación la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local interpreta en sentido estricto el alcance de la conformidad municipal concretando la información demandada sobre la relación de municipios que han mantenido la prestación de esos servicios en los mismo términos que los venían haciendo al haber acreditado que su gestión municipal les genera un coste efectivo menor que el que se derivaría de la modalidad que, en su caso, hubiese propuesto por esa Diputación provincial o entidad equivalente. En sentido contrario los municipios que presten los mencionados servicios a coste efectivo superior que el

¹⁴ La STS 3 de abril de 1998 reproduce en términos literales algunos párrafos del capítulo de A. Nieto antes citado.

propuesto por la Diputación quedarían coordinados y limitado el ejercicio de su prestación al menor coste propuesto por la Diputación.

Aunque la Secretaría General no califica el escrito parece adecuado caracterizarlo como una directriz. El sentido jurídico de la directriz consiste en «una previsión de conducta a seguir por los destinatarios», al igual que una norma jurídica, pero con una diferencia fundamental: la directriz no crea derecho, no innova el ordenamiento jurídico, sino que lo aplica. El rasgo definitorio de la directriz es «la elección de una de las interpretaciones posibles de la norma: la más adecuada al fin perseguido».

Para la comprensión cabal de los efectos de una directriz es necesario abordar dos puntos. En primer lugar, «la prefiguración de la conducta de los destinatarios (en nuestro caso las diputaciones provinciales)» está en función de la finalidad de la directriz (la rebaja de los costes efectivos en la prestación de determinados servicios por unos determinados municipios) al objeto de contemplar en la norma «las exigencias derivadas del estándar de coordinación (el coste efectivo¹⁵)». De esta manera, consideradas las interpretaciones posibles, decantarse por la más idónea para el cumplimiento de los objetivos fijados (la eficacia para asegurar los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera). En el caso analizado la directriz «concreta el modo de ejercicio» de la competencia provincial de coordinación. Para terminar este comentario sobre la notificación de la Secretaria General a las Diputaciones provinciales conviene recordar el criterio fijado por la jurisprudencia constitucional de la posibilidad de adoptar medidas coordinadoras inherente a las bases estatales: «correspondiendo al Estado como competencia exclusiva establecer las normas para coordinar la llevanza del catálogo por la Comunidad Autónoma con la debida información al Estado sobre sus datos, así como las normas a las que habría de ajustarse aquella llevanza o cualesquiera otras que tengan carácter el carácter de básicas y sirvan a los citados fines de coordinación y cooperación» STC 71/83, de 29 de julio. Sustituyendo las comunidades autónomas por las diputaciones queda claro el sentido de esta solicitud de información. En nueva solicitud dirigida al Portal de Transparencia para que, si lo estima oportuno, la Secretaria General confirme o no si el escrito admite la calificación de directriz y si la interpretación del artículo 26.2 LBRL es la sostenida. La respuesta recibida niega que se trate de una directriz interpretativa, es una mera solicitud de información sin más pretensiones que el conocimiento del estado de la cuestión. Esta respuesta es discutible. Valore el lector imparcial los términos del escrito.

7. LA DISCUTIBLE DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA AUTONOMÍA PROVINCIAL Y LA NECESIDAD DE INTERMEDIACIÓN LEGAL AUTONÓMICA PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD PLANIFICADORA POR LAS DIPUTACIONES

La ausencia de legislación autonómica en desarrollo del artículo 26.2 no libera a la Diputación de la obligación de aprobar el plan previsto.

El Tribunal admite la atribución de competencias de coordinación en sentido estricto a las diputaciones por el legislador básico con la consiguiente limitación para el ejercicio de las competencias municipales. Esta posibilidad está autorizada en los artículos 137 y 141 CE (queda la duda si forma parte del núcleo enraizado o del poder configurador del legislador básico) a condición de respetar el núcleo de autogobierno municipal. Al objeto de garantizar este mínimo la coordinación ha de reunir una serie de requisitos: especificidad en la atribución y suficiencia en la determinación, por una parte y, por otra, justificación por la concurrencia y protección de intereses supramunicipales. Las competencias atribuidas, en todo caso, en el artículo 36 LBRL a la provincia presentan, según el Tribunal, la indeterminación propia de las bases estatales, «están atribuidas de manera muy general»; a pesar de esta indeterminación este artículo 36.2.a) LBRL «perfila» la función coordinadora de la diputación con el fin de ponderar los intereses supramunicipales y los municipales al regular el procedimiento para la elaboración y aprobación del plan provincial de obras y servicios en el que los municipios deben participar; el plan, a su vez, consiste en «fórmulas de prestación unificada o supramunicipal» de contenido y alcance indeterminado dirigidas, entre otros fines, a la reducción de los costes efectivos. Esta ausencia de predeterminación legal autorizaría a la diputación a fijar unilateralmente el «cierto poder de dirección», propio de la coordinación.

Sin embargo, el carácter incompleto y de remisión, necesitado de complemento normativo de las bases, impide que las diputaciones ejerciten la potestad planificadora libremente. El Tribunal equipara las compe-

¹⁵ Una vez más la cita del artículo de Morell Ocaña (1992, pp. 126-128).

tencias provinciales al listado de materias en el que la legislación sectorial, fundamentalmente autonómica, debe atribuir competencias a los municipios.

La doctrina constitucional sobre la «instrumentalidad» de la potestad coordinadora con respecto a las competencias de cooperación y asistencia de la diputación, la expone el Tribunal en la STC 109/98, de 21 de mayo dictada con motivo de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El Tribunal proponente (también el Fiscal General del Estado) entiende que el Plan Único elaborado por la Generalidad, en modo alguno, puede erigirse en «mecanismo sustitutorio» de los planes provinciales de las diputaciones catalanas. En lo relativo al plan, el artículo 36.2 LBRL está explicitando «una atribución mínima» de la autonomía provincial garantizada en el artículo 141 CE. Hay que recordar la distinción, revisando la equiparación hecha en jurisprudencia anterior, expuesta en esta sentencia sobre la inconstitucionalidad mediata o indirecta (respecto de la constitución) e inmediata (respecto de la LBRL) efectuada, por vez primera y expresada en la STC 11/99 en términos más precisos: la relación entre los artículos 137; 140 y 141 no son «coextensos» con el 149.1.18 CE¹⁶.

Al abordar «la vertiente funcional de la autonomía provincial» considera «enraizado» (el término lleno de plasticidad empleado en la STC 159/2001) en el artículo 137 «un mínimo competencial» concretado en competencias propias de obligada atribución al ente local para que «(sus) órganos representativos» dispongan «de aquellas potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible». La imposibilidad de concebir una competencia carente de potestades, sin embargo, se ve desmentida a lo largo de la fundamentación jurídica (FJ 7) cuando diferencia entre «las competencias propias de las Diputaciones Provinciales –citadas en el artículo 36 LBRL– y lo que, de otra parte, no puede estrictamente calificarse sino como actividades instrumentales previstas por el legislador básico para el desempeño de algunas de dichas competencias...». El Plan Único sustituye la técnica sin, supuestamente, eliminar la competencia, esto es, limita el ejercicio, pero preserva la titularidad. Cuesta trabajo entender que una de las potestades reconocidas a las entidades locales (artículo 4.1 LBRL), como la planificación, tiene un carácter instrumental¹⁷.

Es cuestionable esta «vinculación positiva» de las competencias provinciales, atribuidas por el legislador básico, a la intermediación de la legislación autonómica. Con excepción de la Ley de Autonomía Local de Andalucía 5/2010, de 11 de junio, ninguna comunidad autónoma ha promulgado legislación de desarrollo que habilite a las diputaciones provinciales para la elaboración y aprobación del plan de obras y servicios. La potestad planificadora es consustancial a la competencia de coordinación, una competencia se define como potestades (funciones) sobre materias, el carácter funcional de las competencias provinciales las proyecta no sobre materias sino sobre las competencias municipales. La privación de la potestad planificadora merma, prácticamente suprime, el ejercicio de la competencia de coordinación. Teniendo en cuenta, además, la asociación efectuada por el legislador básico entre las competencias provinciales y la prestación de los servicios obligatorios municipales, la exigencia de vinculación positiva afecta negativamente al mínimo constitucionalmente garantizado de la autonomía provincial; difícilmente podrá la Diputación, carente de potestades planificadoras, cumplir la previsión del artículo 141 CE: el gobierno y la administración de la provincia.

De hecho, el Tribunal Supremo no ha planteado cuestión de inconstitucionalidad cuando ha resuelto los asuntos litigiosos relacionados con el plan provincial. Ha fundamentado los pronunciamientos en preceptos de la LBRL, por ejemplo, la observancia de la secuencia temporal de cooperación y coordinación en la elaboración del plan. La Diputación debe cooperar asumiendo la prioridad de la obra fijada por el Municipio no puede obviarla imponiendo otra conforme a su competencia coordinadora; ahora bien si la prioridad fijada por el Municipio menoscabara el equilibrio intermunicipal, quedaría legitimada la imposición aneja a la coordinación.

La legislación autonómica de Andalucía en desarrollo de la LRSAL, Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen Medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27 de Diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, reguló el doble informe de ausencia de duplicidad y garantía de sostenibilidad financiera del artículo 7.4 pero no de los artículos 26.2 y 36.2 LBRL. El Tribunal remite en ambos casos a los planes «aprobados al amparo de la norma legal de referencia» (artículo 26.2) o a la «legislación autonómica sobre régimen local o las regulaciones sectoriales (que) hayan de concretarlas».

¹⁶ El Tribunal acoge, en parte, la argumentación presentada por la representación procesal de la Generalitat en la STC 214/89, reiterada en esta sentencia.

¹⁷ Merece la pena leer el juicio tan severo como fundado de Aragonés (2003, pp. 93-134), Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: «El argumento resulta más bien un sofisma, porque a través de lo que se dice actividad instrumental, lo que en realidad se afecta es la competencia propia...».

Habría que preguntarse si la ausencia de esta normativa autonómica justifica el incumplimiento de la Diputación en la aprobación de los planes requeridos por ambos artículos. De la misma manera que la prestación de los servicios del artículo 26.1 no necesitan intermediación legal, tampoco las competencias provinciales diseñadas para la garantía de su prestación.

8. BALANCE SOBRE LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL

El carácter interpretativo de parte de las sentencias dictadas por el TC con motivo de los recursos planteados contra la LRSAL y la remisión a la legislación de desarrollo debido a la naturaleza «principal» de las bases, sume al artículo 26.2 LBRL en un limbo jurídico. Esta situación queda corroborada al comprobar que la Diputación no ha aprobado plan alguno ni los municipios lo han reclamado. Es un artículo fruto del «acarreo» propio de la negociación política y de la corrección a la vista de los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado. Si la pretensión de la LRSAL fue, en un primer momento, reducir la autonomía municipal fijando un techo a las competencias que las comunidades autónomas atribuyeran a los municipios y, frustrada esa vía, centrara la atención en reducir el coste de los servicios municipales, pocas dudas caben para afirmar que esta pretensión también ha resultado fallida.

El problema radica en la «elasticidad infinita» del mínimo competencial constitucionalmente garantizado y en la correlativa «elasticidad infinita» de la configuración legal, tanto por las bases como por la legislación sectorial, con una diferencia fundamental: en materia de competencias las bases son casi irrelevantes. Con vistas a una reforma constitucional «la ordenación de las competencias locales precisa de una reordenación, pero parece que debería abordarse en el modelo del Estado de las Autonomías»¹⁸.

A la vista de lo expuesto, de acuerdo con el título jurídico de la imputabilidad establecida en el artículo 26.2, la competencia para la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial correspondería a la Diputación Provincial.

Esta atribución se fundamenta en las funciones anejas a la potestad de planificación, por ejemplo, la eventual contratación. Será la Diputación la que contrate las obras necesarias para el mantenimiento o reparación del acceso al núcleo de población.

No hay responsabilidad concurrente (artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público), porque el municipio limita su intervención, en este caso, a acogerse o rechazar la coordinación provincial en función del coste efectivo ofrecido por la Diputación o acreditado por el municipio. El problema es la ausencia del correspondiente plan por parte de la Diputación. No obstante el carácter obligatorio de la asignación legal, las diputaciones no han elaborado el plan ni ha propuesto a los municipios la modalidad decidida.

El municipio no es sujeto de legitimación pasiva pese a ser titular de las vías y calles, evidencia que no lo convierte en pasivamente legitimado. Tras analizar el diferente régimen jurídico de las competencias, el carácter funcional de las competencias provinciales y el material de las municipales se infiere una concurrencia competencial sobre las mismas materias, pero no una concurrencia de responsabilidades.

Fundamento jurídico conforme a los artículos 11 y 13 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía que, significativamente, eluden los términos coordinación y cooperación y dotan a la asistencia de precisión jurídica.

9. CONCLUSIONES

La mejor manera de sistematizar la instrucción y resolución de expediente es el recurso a la metáfora del matrimonio y el divorcio para enmarcar las relaciones institucionales entre provincia y municipios reguladas en el artículo 26.2. Sería esta la manera más gráfica de exponer las diferentes vertientes apuntadas por el Consejo de Estado.

De entrada, la ley prescribe un matrimonio forzoso que solo admite el divorcio si el municipio acredita la prestación del servicio a coste efectivo menor que el prestado o coordinado por la Diputación. Esta primera posibilidad implica que si el municipio lo prestara a coste efectivo superior queda sujeto al matrimonio impuesto.

¹⁸ Bassols Coma (2014, p. 29).

En el caso de prestar el servicio a coste inferior permitiría al municipio contraer matrimonio con la Diputación voluntariamente pero si, transcurrido el tiempo, decidiera divorciarse, tendría que asumir el coste de acreditar ante la propia Diputación un menor coste efectivo. Este requisito preceptivo semejaría al convenio regulador y la liquidación del régimen económico matrimonial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragonés Beltrán, E. (2003). Incidencia del artículo 9.1 de la Ley 5/1987, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales. En F. M. Caamaño Domínguez (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo* (pp. 93-134). Fundación de Democracia y Gobierno Local.
- Barrero Rodríguez, C. (2017). La situación actual de las diputaciones: Los extremos esenciales de un debate por resolver. En L. Parejo (dir.) y A. Arroyo (coord.), *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 315-360). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Bassols Coma, M. (2014). La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general. *Cuadernos de Derecho Local*, 34, 21-48.
- Fernández Farreres, G. (2017). Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma). En L. Parejo (dir.) y A. Arroyo (coord.), *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 55-101). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Medina Guerrero, M. (2014). La reforma del régimen local: una honda transformación de las relaciones intergubernamentales. *Cuadernos de Derecho Local*, 34, 147-161.
- Morell Ocaña, L. (1992). La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas con la Administración Local. *Documentación Administrativa*, 230-231, 75-132. <https://doi.org/10.24965/da.v0i230-231.5287>
- Nieto, A. (1991). Cooperación y asistencia. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *La provincia en el sistema constitucional* (pp. 147-168). Diputación de Barcelona – Editorial Civitas.
- Ortega, L. (2003). La cooperación a las inversiones locales más allá de los planes provinciales. Especial referencia a la situación de Cataluña del Plan único de obras y servicios. *Anuario del Gobierno Local*, 1/2003, 291-306.
- Sánchez Morón, M. (1992). La coordinación administrativa como concepto jurídico. *Documentación Administrativa*, 230-231, 11-30. <https://doi.org/10.24965/da.v0i230-231.5284>



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 09-09-2021
Aceptado: 09-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.10984>
Páginas: 155-173

El difícil encaje de las diputaciones provinciales en el modelo de organización territorial del Estado: Una aproximación histórica (1812-1925)

The difficult fit of the diputaciones provinciales in the model of territorial organization of the State: A historical approach (1812-1925)

Rafael J. Vera Torrecillas

Universidad de Huelva (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8736-6416>

rafael.vera@dpub.uhu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Huelva. Es secretario general de la Diputación de Huelva y director del Servicio Jurídico Provincial; forma parte del Grupo de Investigación "Derecho, Economía y Sociedad" (SEJ397). Sus principales líneas de investigación se centran en la Función Pública, el Derecho local y la Historia de la Administración.

RESUMEN

El presente artículo pretende ofrecer un estudio sobre el proceso de evolución de las Diputaciones provinciales desde su creación en 1812 hasta su consolidación definitiva en el Estatuto Provincial de 1925, planteando las dificultades derivadas de su integración en el modelo de organización territorial implantado por el liberalismo. Desde su creación, la provincia y su organización a través de la diputación provincial ha sido objeto de continuos cuestionamientos tanto desde un punto de vista político como jurídico que deben llevarnos a reflexionar sobre su posición institucional desde el prisma de un modelo organizativo y competencial basado en la diversidad territorial.

PALABRAS CLAVE

Liberalismo; organización territorial del Estado; provincia; diputación provincial; centralismo; descentralización.

ABSTRACT

This paper is comprised of a study on the evolutionary process of provincial councils (Diputaciones provinciales), from their creation in 1812 to their definitive representation in the Provincial Statute of 1925, addressing the difficulties derived from their integration into the territorial structure model implemented by liberalism. Since its creation, the province and its structure through the provincial council has been the subject of continuous questioning from both a political and legal point of view alike, which should lead us to reflect on its institutional positioning from the point of view of a structural and power-related model, based on territorial diversity.

KEYWORDS

Liberalism; territorial structure of the State; province; provincial council; centralism; decentralisation.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN. 2. LA EVOLUCIÓN DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES DESDE 1812 HASTA 1868: EL CENTRALISMO Y LA DESCONCENTRACIÓN COMO PRINCIPIOS DE LAS RELACIONES CENTRO-PERIFERIA. 3. LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DURANTE EL SEXENIO REVOLUCIONARIO: LOS INTENTOS DESCENTRALIZADORES DE LAS LEYES DE 1868 Y 1870. 4. EL FRACASO DEL FEDERALISMO REPUBLICANO: LAS DIPUTACIONES EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE 1873. 5. LAS DIPUTACIONES EN LA RESTAURACIÓN Y LOS PROYECTOS REGIONALIZADORES: LA MANCOMUNIDAD DE DIPUTACIONES DE CATALUÑA 6. EL ESTATUTO PROVINCIAL: UNA VISIÓN AUTORITARIA DEL PROVINCIALISMO. 7. A MODO DE EPÍLOGO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN

Uno de los problemas políticos más complejos de cuantos tuvo que abordar el moderno Estado constitucional fue, y sigue siendo en la actualidad, el de la organización y vertebración territorial del poder. La consolidación de la organización territorial del Estado que se lleva a cabo entre los años 1833 y 1868 supone el triunfo del modelo moderado de subordinación de lo local a lo central, con una estructura territorial fuertemente centralizada que aproxima el Gobierno, a través de la figura del gobernador, a la Administración local. En este esquema, las diputaciones provinciales ocuparon un papel de singular importancia, pues permitían articular las relaciones entre el Gobierno y los municipios a través de una institución donde confluían tanto el poder central como el municipal. Tanto progresistas como moderados convergían en un planteamiento político, la necesidad de reforzar la unidad desde la uniformidad territorial y administrativa, y de subordinar las autoridades locales al gobierno central, aunque diferían en torno al grado de concentración o descentralización del poder local.

A lo largo del siglo XIX la Administración municipal va a ir aumentando su dependencia respecto a la Administración central, y pese a los intentos descentralizadores impulsados durante los gobiernos progresistas, la década moderada (1854-1864) logró asentar un modelo de Administración muy centralizada que va a favorecer la formación de una estructura oligárquica del poder local, donde la diputación ocuparía un lugar destacado de control de un sistema político de amplia base rural. Sin embargo, el fracaso de este modelo fue también el fracaso de los postulados progresistas, incapaces de desmontar ese esquema durante el Sexenio Revolucionario, a pesar de las reformas en la Administración local introducidas por la Ley de 1870, que constituye la base de la legislación local de la Restauración; precisamente una de sus aportaciones más importantes fue la de separar la esfera administrativa de la política, dotando de una amplia autonomía a lo administrativo y subordinando los aspectos políticos al Estado. Sin embargo, la Restauración supuso el triunfo de los postulados moderados, de la uniformidad y del centralismo a ultranza, que irían degenerando hacia la rigidez de un modelo que desconocería el problema territorial y que se serviría de las diputaciones provinciales como instrumentos institucionalizados que permitían al Estado intervenir directamente en lo local, garantizando al mismo tiempo que las oligarquías regionales asegurasen el control de la provincia.

De este modo, el fracaso de la Restauración constituye el fracaso del modelo provincial de organización del territorio articulado a través de las diputaciones. El propio Primo de Rivera el 12 de octubre de 1923 manifestaría al diario conservador *El Debate* su proyecto de suprimir «las 49 pequeñas administraciones provinciales», e iniciar un camino de descentralización administrativa, que a la postre se tornó en un mayor centralismo y en la transformación de las diputaciones, pese a las previsiones del Estatuto Provincial, en meros apéndices de la Administración central, señalando el camino que posteriormente tomaría el régimen franquista, pues pese a las previsiones contenidas en el Estatuto en la práctica las diputaciones serían designadas y renovadas directamente por el gobernador civil. La región, por el contrario, aparecía reconocida en el Estatuto Provincial y pudo ser la alternativa al modelo de organización provincial de corte centralista, pero la dictadura siempre pensó en impulsar un regionalismo desde arriba, controlado por el propio Estado, estableciendo un complejo procedimiento para su creación, e impidiendo legalmente que esta pudiera surgir desde las propias diputaciones provinciales, lo que sin duda hubiera facilitado la regionalización del Estado.

A lo largo del presente trabajo pretendemos reflexionar sobre el proceso de afianzamiento de las diputaciones provinciales desde su creación hasta su definitiva consolidación que se produce con el Estatuto Provincial de 1925. A partir de la reforma del régimen provincial de 1925, en la que se proclamó solemnemente que la provincia había adquirido carta de naturaleza y se había incorporado definitivamente a la realidad

española, puede decirse que la división provincial, así como la posición institucional de la diputación en la estructura territorial del Estado, fueron generalmente aceptadas y replicadas en las leyes posteriores sobre régimen local. De hecho, no podemos olvidar que el actual mapa autonómico tiene su punto de partida en la provincia, y que las diputaciones asumieron un papel esencial en el proceso autonómico. Pese a ello, el debate en torno a la utilidad de las diputaciones provinciales sigue estado vivo y siguen siendo ampliamente cuestionadas, lo que debe llevarnos a reflexionar sobre su posición institucional desde el prisma de un modelo organizativo y competencial basado en la diversidad territorial; la experiencia histórica demuestra que la razón de ser de esta institución, con más de dos siglos de existencia, no puede ser otra que su función de asistencia y cooperación municipal en sus diversos grados y ámbitos a fin de garantizar debidamente los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales, pero al mismo tiempo asumiendo una función de enlace entre el mundo local y el Estado y las Comunidades Autónomas.

2. LA EVOLUCIÓN DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES DESDE 1812 HASTA 1868: EL CENTRALISMO Y LA DESCONCENTRACIÓN COMO PRINCIPIOS DE LAS RELACIONES CENTRO-PERIFERIA

La historia de las diputaciones provinciales tiene su punto de partida en la Constitución de 1812. La constitución gaditana pretendió buscar un equilibrio en el gobierno político de las provincias en un momento especialmente complejo, un equilibrio entre la autoridad del Gobierno, responsable último del mantenimiento del orden y de la seguridad del Estado, y las diputaciones provinciales a las que se les atribuyó «el gobierno económico de la provincia»; en ellas se integraría el jefe político, el de la Hacienda Pública, junto a personas elegidas libremente por los pueblos de su distrito. Aparece desde un primer momento ese carácter dual, de profunda influencia francesa, que es el núcleo esencial de la institución y eje de las supuestas contradicciones que la han perseguido históricamente en el seno del sistema político español (González Casanovas, 1986, pp. 23 y 24). El liberalismo revolucionario partiría del carácter democrático del gobierno municipal (ayuntamientos) y territorial (diputaciones provinciales), constituyendo uno de los elementos característicos del modelo de Estado diseñado por la Constitución de 1812. Durante el siglo XIX se irá conformando ese carácter *bifronte* que va a definir a la provincia dentro de modelo de organización territorial; por un lado, como división territorial del propio Estado y circunscripción para el cumplimiento de los fines del Gobierno, pero además se reconocería finalmente el carácter de entidad local, con intereses propios y, en consecuencia, con facultades para la acción administrativa, de fomento y económica de los pueblos que la integran.

En efecto, en el primer tercio del siglo XIX tiene lugar la reforma del sistema de organización territorial y de funcionamiento del Estado, rompiendo con el modelo organizativo del Antiguo Régimen mediante la creación de una nueva pieza que encajaría perfectamente en la estructura territorial del Estado buscada por el liberalismo. La provincia, que encuentra claros antecedentes históricos en las entidades territoriales intermedias de carácter administrativo que caracterizaron la organización del Estado moderno, surge como una división territorial que el Estado va a utilizar para la prestación de sus servicios y el cumplimiento de sus fines en la periferia, con la finalidad de llegar fácilmente, con su acción y tutela, a todos los ámbitos y a todos los ciudadanos del Estado. Ciertamente el Estado liberal heredó del Antiguo Régimen una amalgama de corporaciones municipales, estructuradas en un nivel territorial superior a través de corregimientos e intendencias, a cuyo cargo estaba un oficial del rey o señorial. La Constitución de 1812 va a modificar de forma sustancial este sistema, pues divide la organización territorial del Reino en dos tipos de unidades: por un lado las corporaciones populares de naturaleza democrática, y por otro lado los oficios reales dependientes del Gobierno. Pero apunta Nieto que la gran novedad del sistema constitucional fue la politización de las estructuras administrativas, que pasaron a manos de las oligarquías políticas (Nieto, 2011, p. 29).

La provincia, tal y como fue conceptualizada por el liberalismo, obedece al fenómeno de desconcentración territorial de funciones y competencias estatales, y bajo este principio se consideró como una entidad intermedia entre el Estado y los municipios, encomendando al denominado jefe superior el gobierno político de las provincias e instituyendo las diputaciones provinciales para el cumplimiento de determinados fines y funciones de carácter local. De este modo, en la Constitución de 1812 aparece perfilada esa doble condición de la provincia, como circunscripción territorial del Estado y como entidad con unos fines propios de carácter supramunicipal y de enlace intermunicipal, aunque el reconocimiento legal de la provincia como entidad local tardaría aún en llegar, pues no es hasta 1868 cuando se le confiere legalmente este carácter. En esa conceptualización originaria de la provincia, a las diputaciones se les otorgó la función de fiscalizar el

funcionamiento de los ayuntamientos (art. 335.2 de la Constitución de 1812). Sin embargo, señala Nieto que este modelo fracasaría fundamentalmente porque las diputaciones se extralimitaron en el ejercicio de su función de control y tutela a los municipios, fruto de esa concepción paternalista de considerar a los ayuntamientos como menores de edad a los que había que tutelar (Nieto, 2011, pp. 11-31), aunque esa concepción con mayor o menor intensidad se mantiene hasta el vigente régimen constitucional. En realidad, las diputaciones constituían una nueva pieza que se insertaba en el modelo territorial del Estado, tradicionalmente conformado por dos niveles, el municipal y el estatal, representado este último por el Gobierno y por sus delegados territoriales; encajar una nueva pieza en este modelo no fue sencillo, pues desde el primer momento sufrirían las diputaciones tensiones con el nivel inferior, los municipios, y con el nivel superior, el Gobierno y sus representantes provinciales, a lo que hay que añadir a finales del siglo XIX el rechazo de los incipientes movimientos regionalistas y nacionalistas, principalmente el catalán, a un modelo de organización territorial que se identificaba claramente con los planeamientos centralistas y uniformistas del liberalismo moderado. En su reciente obra sobre el periodo moderado, Tomás-Ramón Fernández pone de manifiesto como la Ley de Organización y Atribuciones de las Diputaciones de 1945 atribuía a las diputaciones un modesto papel en la estructura territorial del Estado, configurándolas como simples auxiliares del Gobierno, pero permitiendo al Estado desarrollar a través de ella el reparto de las contribuciones a los ayuntamientos y la asignación a cada uno de ellos del cupo que le correspondían del reemplazo del ejército; apartándola, al mismo tiempo, del juego político y neutralizándolas, evitando cualquier atisbo de descentralización que pudiera generar un contrapoder provincial a Gobierno central (Tomás R. Fernández, 2021, p. 51); se trataba de evitar lo que Nieto calificó en su momento como *la rebelión de las provincias* (Nieto, 1996, p. 99 y ss.). De este modo, la política moderada repondría claramente a la ejecución de un proyecto claramente centralizador que tomaba de forma imperfecta como fundamento el modelo de organización administrativa francés. Las leyes de 1845 de Ayuntamientos, de organización y atribuciones de las Diputaciones y la de atribuciones de los Gobiernos Políticos, ponen en pie la estructura administrativa del Estado centralizado diseñado por los moderados que perduraría, con mayor o menor intensidad, hasta bien entrado el siglo XX. Dos notas caben destacar del modelo diseñado por estas normas: por un lado, la doble condición de los alcaldes como administradores de los pueblos y como delegados del Gobierno, bajo la superior autoridad del jefe político; y, por otro lado, la consideración de la provincia como unidad administrativa que requería una única autoridad superior. El Real Decreto de 29 de septiembre de 1847 organizaría la gobernación civil del reino, creando la figura de los gobernadores civiles generales, por encima de los gobernadores civiles provinciales, y en 1849 el Real Decreto de 28 de diciembre confirmaría a los recién creados gobernadores civiles como la única autoridad civil superior en las provincias, asumiendo al mismo tiempo la presidencia de las diputaciones provinciales.

Este modelo centralista implantado desde un primer momento por el liberalismo revolucionario y confirmado posteriormente por el régimen moderado, como ha apuntado Juan Pro, es fruto de una virtud y de una necesidad, pues por un lado es manifestación directa de dos principios sobre los que se levanta el modelo liberal: la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y la concepción unitaria de la nación, como poder único capaz de actuar sobre todo el territorio para hacer efectivo el aludido principio de igualdad, de forma que la resistencia a la centralización se identificaba como manifestación de la élites administrativa locales o con los residuos del Antiguo Régimen. Y por otro lado, es fruto de la necesidad de aglutinar fuerzas para derrotar el absolutismo y las resistencias a la construcción del Estado liberal (Pro, 2019, p. 286). El liberalismo trajo consigo además la uniformidad del régimen local que acarrea como consecuencia inmediata la rigidez de un modelo organizativo incapaz de adaptarse a las características propias de la diversidad territorial española. Esta rigidez continúa en la actualidad siendo un lastre para la gestión eficaz de determinados servicios públicos, pues incluso en el sistema actual de régimen local, establecido en la Ley de Bases del Régimen Local de 1985, tan solo se permiten limitadas adaptaciones en el régimen organizativo municipal, sin que se proyecten al ámbito competencial ni al de financiación. En este sentido, la uniformidad de las estructuras administrativas, organizativas y económicas de las provincias se convierte durante el siglo XIX en dogma, sobre la base del modelo francés de Administración periférica. En efecto, nuestro modelo organizativo provincial desde sus orígenes pretende ser un calco de la organización administrativa provincial francesa de neto y profundo centralismo, pero mientras que en Francia la creación de un Estado-Nación permitió establecer un sólido modelo de organización territorial centralista, sin aparentes fisuras en los territorios periféricos, el nacionalismo español no logró en el siglo XIX cohesionar el Estado, importando un modelo de organización territorial que a la larga demostró su inadecuación a la realidad territorial española; la corrupción generalizada, el auge de los nacionalismos y la propia debilidad de los últimos gobiernos de

la Restauración condujeron al fracaso del modelo liberal, cuestionando la división territorial del Estado en provincias y planteando alternativas al uniformismo y centralismo, principios que definen el modelo sobre el cual se articularon las diputaciones provinciales en el siglo XIX.

Como acabamos de señalar, desde su creación, la división de territorio en provincias y su organización a través de las diputaciones provinciales ha sido objeto de continuos cuestionamientos tanto desde un punto de vista tanto político como jurídico. En este sentido, Jornada de Pozas señaló que las principales críticas a la división de territorio en provincias obedecían básicamente a dos objeciones: Por un lado, las dirigidas sobre el carácter *artificial* de la división provincial del territorio; y por otro, la referida a la omisión de la región concebida en términos históricos (Jordana de Pozas, 1967, p. 646). Resulta llamativo que cerca de sesenta años después, el debate político continúe girando en torno a esta última cuestión apuntada en el año 1967 por quien fuera uno de los principales exponentes de la doctrina jurídico-administrativista de mediados del pasado siglo. Pero ya en el propio Estatuto Provincial se apuntaba la tensión existente entre la provincia y la región, como entidades intermedias entre el municipio y el propio Estado. En realidad esa tensión tiene claros fundamentos históricos que no pueden ser obviados en la discusión científica. Como hemos señalado la provincia es una creación del liberalismo, una división territorial ordenada por la Constitución de 1812 y llevada a cabo por el Real Decreto de 27 de enero de 1822. En esta norma se establecía la división del territorio español en 52 provincias. Pero este Real Decreto apenas tuvo vigencia ya que sería derogado, como toda la obra legislativa del Trienio Liberal, por el Real Decreto de 19 de octubre de 1823; la región, por su parte, con claros fundamentos históricos, generaría para el Estado una constante inquietud, manifestada con diversa intensidad según el momento histórico por el que atravesaba el Estado liberal decimonónico, motivado por las guerras carlistas, el federalismo y el cantonalismo, o los movimientos nacionalistas catalán y vasco que van adquiriendo una mayor intensidad a finales del siglo XIX. Pero la región, como entidad política y no solo geográfica o folclórica, siempre estuvo presente en cualquier planteamiento político relacionado con la organización territorial del Estado, bien para denostarla, como auténtico peligro para la unidad nacional, o bien para fundamentar la existencia de la diversidad cultural e histórica que, según otros, caracterizaba al Estado español.

Hubo que esperar hasta 1833, bajo el gobierno moderado de Cea Bermúdez, para la definitiva consagración de la provincia y de las diputaciones provinciales. El verdadero artífice de la reforma, Javier de Burgos, toma como fundamento la división territorial operada por el Real Decreto de 27 de enero de 1822, dividiendo el territorio nacional en 49 provincias. Pero, además, lo hace adscribiendo las provincias, con algunas excepciones principalmente derivadas del conflicto político con el carlismo, a 11 regiones que aparecerían designadas por orden alfabético, y a las que se les sumaba esas seis provincias no incluidas en región alguna: Canarias, Palma de Mallorca, Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, y que fueron relacionadas de manera independiente. Por tanto, la provincia y la región, tanto en la Constitución de 1812 como tras el Decreto de Javier de Burgos van indisolublemente unidas, aunque la región parecía referirse únicamente a un concepto geográfico en tanto que la provincia se concebía como una entidad territorial intermedia de carácter eminentemente administrativo artificialmente creada para el desarrollo de la acción gubernamental.

Durante el siglo XIX, como apunta Enrique Orduña, el conflicto entre moderados y progresistas tiene un impacto directo en la forma de entender las relaciones territoriales del Estado, partidarios los primeros de un mayor centralismo y los segundos con posturas favorables a la descentralización administrativa, precisamente porque era en los ayuntamientos y diputaciones donde el partido progresista había adquirido una mayor fuerza (Orduña Rebollo, 2003, p. 436). La Ley de 8 de enero de 1845, de organización y atribuciones de las Diputaciones provinciales, respondía claramente a los planteamientos moderados. Así, se trató de articular unas diputaciones encajonadas dentro de la estructura burocrática de la propia Administración central, de clara impronta francesa, con tres órganos entrelazados aunque siempre bajo la autoridad gubernativa: el gobernador o jefe político, la diputación y el denominado consejo provincial. Luciano Parejo ha incidido en la consideración de la Diputación como órgano de *marcado carácter estatal*, como un *instrumento de la acción administrativa del Estado en la provincia y de control de los Ayuntamientos*, aun cuando poco a poco vaya perfilándose su carácter de entidad local (Parejo Alfonso, 1988, p. 64)¹, aunque ciertamente es difícil ver todavía rasgos propios de una Administración local independiente de la del Estado. Sin actividad política y con funciones esencialmente de carácter administrativo, subordinada a la figura del gobernador civil, las diputaciones aparecían concebidas como meros apéndices de la Administración periférica del Estado. En la

¹ En sentido contrario se manifiesta García de Enterría (1986, p. 35).

intervención de Francisco Javier de Burgos en el Congreso con motivo de la discusión del dictamen sobre la autorización pedida por el Gobierno para arreglar la legislación de Ayuntamientos y Diputaciones provinciales el 5 de diciembre de 1844, señalaba lo siguiente:

«Enteramente nueva debe ser asimismo la de Diputaciones provinciales, y más laboriosa y difícil debe ser su compaginación que la de la Ley de Ayuntamientos, puesto que esta última puede fundarse hasta cierto punto en la vigente, de que con más o menos modificaciones cabe en rigor conservar algunos títulos, mientras que la de Diputaciones no tiene razonable ley anterior en que fundarse o a que referirse. Ayuntamientos hubo además de tiempo inmemorial, y no hay por tanto quien no entienda o presuma entender la manera de constituirlos, mientras que no todos atinarán con los medios para reformar las Diputaciones provinciales, engendradas pocos años ha por un espíritu de innovación turbulento y presuntuoso; dotadas al nacer de mala índole; criadas a los pechos de la revolución, y fortificadas después por el organismo autárquico de la ley de 3 de febrero de 1823»².

Ese organismo autárquico no era otro que la referida diputación del Trienio Liberal, cuya característica fundamental era su configuración como autoridad inmediata superior de los ayuntamientos. Tras la supresión por Fernando VII en 1823 de las diputaciones, su consolidación definitiva en nuestro sistema institucional viene de la mano del propio afianzamiento del Estado constitucional a través del Real Decreto de 21 de septiembre de 1833. Las diputaciones provinciales durante este periodo se convierten en un elemento de estabilidad institucional para el Estado constitucional, prestando un apoyo incondicional a la causa liberal durante la primera guerra carlista frente a las posiciones absolutistas que abogaban por su supresión en los territorios ocupados. Aprendida la lección, el Estado liberal no volvería a dudar sobre la utilidad de estos organismos, aunque convertidos siempre en instrumentos al servicio de más puro centralismo y articulados en torno al principio jerárquico. Los planteamientos de González Casanovas sobre el papel que desempeñaron las diputaciones provinciales en la implantación del caciquismo en nuestro país son relevadores precisamente de la utilidad de esta institución como instrumento al servicio de la causa liberal (González Casanovas, 1986, p. 31 y ss.). Hay que tener en cuenta que precisamente en este momento tiene lugar la sistematización jurídica del modelo de Estado que vino de la mano de la obra de Manuel Colmeiro, un Estado que en palabra del historiador Juan Pro es fundamentalmente Administración y que se rige por una lógica administrativa en sus funciones e instituciones (Pro, 2019, pp. 304 y 310).

La vuelta de los progresistas al poder, tras el pronunciamiento de O'Donnell en 1854, supuso la restauración de la Ley de 1823 y la redacción de un proyecto de reforma de la Administración local, con la que se pretendía iniciar un cierto proceso de descentralización administrativa, aunque siempre considerando a la provincia como un organismo integrado en la propia Administración General del Estado. Pero los proyectos de reforma del régimen provincial fracasaron. En este sentido, siempre fue más fácil al legislador liberal abordar procesos de reforma en el régimen municipal que en el provincial, quizás por estar el municipalismo plenamente asentado en nuestra cultura jurídica, mientras que la división provincial siempre fue vista como algo artificial y que adolecía de cierta indefinición, puesto que las diputaciones se conceptuaron como entes instrumentales al servicio de poder central más que como entidades con caracteres propios y autónomos. En el segundo periodo moderado se confirma la tendencia centralista y la incapacidad de afrontar la necesaria reforma y reestructuración de la organización territorial del Estado liberal; centralismo, principio jerárquico y uniformidad definen, de este modo, el modelo de organización territorial buscado por el liberalismo decimonónico. De este modo, la Ley de 25 de septiembre de 1863 regula tanto la figura del gobernador civil como autoridad superior en el orden administrativo y económico de las provincias (arts. 4 al 10), como las diputaciones provinciales, que se definen como corporaciones económico-administrativas, articulando un sistema claramente centralista que agravaría la crisis institucional del Estado, sometiendo la administración municipal a un régimen de dependencia directa de las autoridades gubernativas provinciales. Se trataba de promover y tutelar la vida municipal desde el ámbito provincial. El gobierno intentaría con el Real Decreto de 18 de octubre de 1863 dar un giro hacia la descentralización administrativa, para mejorar la gestión y eficacia de una Administración local cuya actuación estaba totalmente tutelada y controlada por el propio Estado, tratando de limitar las facultades del gobernador, llegándose incluso a presentar una proposición de ley en las Cortes el 16 de enero de 1864 con la que se pretendía que los gobernadores de provincia no tuvieran

² Diario de la Sesiones de Cortes, jueves 5 de diciembre de 1844, p. 842.

voto en los acuerdos de las diputaciones provinciales (Diario de Sesiones de 16 de enero de 1964. Apéndice 7, p. 63). Sin embargo, el Real Decreto de 21 de octubre de 1866, obra de González Bravo, vuelve a dar un giro centralizador ampliando una vez más las competencias del gobernador civil. En una extensa Exposición de Motivos, el ministro de la Gobernación justificaba la reforma, y a tal efecto señalaba que: «Es asimismo indispensable para los fines de nuestro plan gubernativo, no solo que se renueven por completo las Diputaciones de provincia, sino también que su acción quede en lo futuro encerrada dentro de los límites que nunca debió traspasar y que mientras nuestros propósitos y aspiraciones de ciertas parcialidades no se modifiquen y la aptitud de los pueblos no se perfeccione, será preciso mantener y fortificar á toda costa», para concluir señalando que «es de todo punto preciso que el Gobierno funcione exclusivamente como representante que es de los intereses generales de la nación, y se haga superior á las miras estrechas y á las gastadas preocupaciones de las diferentes parcialidades que se combaten en el campo de la política».

3. LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DURANTE EL SEXENIO REVOLUCIONARIO: LOS INTENTOS DESCENTRALIZADORES DE LAS LEYES DE 1868 Y 1870

Con la Revolución de 1868, el Gobierno provisional desempolvó el viejo proyecto de 1856 que no llegó a ver la luz en su momento, convirtiéndolo en la Ley Orgánica Provincial de 21 de octubre de 1868 en la que se acuerda la configuración orgánica de la diputación como un cuerpo de funcionamiento permanente e independiente respecto de la Administración del Estado y dotado de una serie de competencias exclusivas exentas del control gubernativo. Precisamente, la Exposición de Motivos de la Ley de 21 de octubre de 1868 recogía el planteamiento político que inspiraba la reforma: «si el Estado, la provincia y el municipio han de ser tres esferas concéntricas de dimensiones diversas dentro de las cuales se desarrolle armónicamente del país, es preciso que giren en el mismo sentido, pero sin tocarse en sus movimientos ni entorpecerse en su marcha, y para ello es necesario que aquellas tres instituciones tengan vida propia». Esta idea encierra la concepción de la Revolución sobre las relaciones entre las diversas instituciones territoriales del Estado, intentando poner freno a un centralismo a ultranza y abogando por una mayor autonomía e independencia de los municipios y provincias. Fruto de este ambiente revolucionario y liberal es la definición contenida en el art. 99 de la Constitución de 1869 de la diputación como corporación para el gobierno y dirección de los intereses peculiares de la provincia; por tanto, parece que por primera vez en el constitucionalismo español se recoge la configuración de la provincia como entidad local, situándola al nivel de los ayuntamientos en cuanto a su configuración constitucional. La ley provincial de 10 de agosto de 1870, inspirada por la ideología revolucionaria de 1868, configura un modelo de organización territorial articulado sobre una descentralización limitada de las diputaciones provinciales, a las que se les reconoce de forma clara el carácter de entidad local. Con esta ley las diputaciones se convierten en corporaciones descentralizadoras del poder del Estado, y por primera vez aparece netamente definida la figura del presidente de la Diputación como órgano separado del gobernador civil, aun cuando este seguiría acaparando importantes competencias como representante del Gobierno en la provincia.

Durante los debates parlamentarios de las Cortes Constituyentes de 1869 la cuestión de la organización provincial vuelve a ser objeto de discusión. En la sesión de 12 de marzo de 1869 se propone la creación de una comisión para el estudio de la organización municipal y provincial y en el debate parlamentario sobre la creación de la comisión el liberal Gabriel Rodríguez intervendría para exponer las ideas democráticas y descentralizadas que debían presidir la nueva organización territorial surgida de la Revolución, señalando que «La importancia de las leyes municipal y provincial excusado es encarecerla: casi podría decirse que un país es tanto más libre cuanto más libres son sus instituciones municipales; puede considerarse como el termómetro de la libertad de los pueblos la ley municipal: con una ley municipal que no deje independencia al ayuntamiento, aunque haya un gobierno republicano, no existe la libertad para el ciudadano; con una ley municipal que da independencia al individuo y al ayuntamiento, el poder más tiránico colocado sobre la Nación no puede ejercer una presión tan enérgica y tan invencible como la que podría ejercer un gobierno republicano con una ley municipal que no deje independencia al municipio»³.

Apenas un año después se registraba la Mesa del Congreso una proposición suscrita por varios diputados en la que se solicitaba que el Congreso declarase lo siguiente: «El Congreso de los Diputados ve con

³ Diario de Sesiones de la Cortes Constituyentes, 12 de marzo de 1869.

sentimiento el estado en que se encuentran las diputaciones y los ayuntamientos populares, por virtud de las disposiciones del Gobierno y del abandono de los principios de autonomía municipal y provincial proclamados por la Revolución de Septiembre». La intervención del diputado José Castilla Escobedo ante el Pleno del Congreso ponía el acento fundamentalmente en la grave situación económica en la que se encontraban los ayuntamientos y diputaciones, para concluir que «Como consecuencia, señores, de la situación en se encuentran los ayuntamientos, resulta que en los pueblos todo el mundo se va retirando de la Administración municipal; nadie quiere ser alcalde, a no ser aquellas personas que se proponen medrar a costa de la política, y el objeto que les lleva a ser alcaldes, no puede ser más que uno de estos dos: un medro de interés personal, o un medro de interés político»⁴. Y otro tanto cabe decir respecto a las diputaciones provinciales. Lo cierto era que en la práctica se mantenía la tendencia a convertir a los alcaldes y presidentes de las diputaciones en instrumentos al servicio de los intereses del propio gobierno, lo que falseaba el sistema político ideado por la Constitución de 1869 según la cual los ayuntamientos y las diputaciones debían desenvolverse en esferas distintas de la del Estado. Además, la falta de reglamentos de desarrollo de la Ley de 1870 dificultó considerablemente su aplicación en la práctica. Precisamente, el 14 de octubre de 1871 el diputado progresista Rodrigo González Alegre elevaba una pregunta en el Congreso al ministro de Gobernación en la que, al tiempo que preguntaba sobre el estado de tramitación de los reglamentos de desarrollo de las leyes municipal y provincial de 1870, manifestaba que no podían cumplirse ni aplicarse ambas normas precisamente por falta de desarrollo normativo⁵.

No obstante, la ley de 1870 marcará un importante paso adelante en el reconocimiento de la autonomía de las diputaciones provinciales y en la garantía de su independencia respecto al Gobierno civil que, sin embargo, sería contrarrestado posteriormente durante la Restauración cuando se vuelven a establecer mayores controles gubernativos sobre la actuación de las diputaciones provinciales que limitarían considerablemente su autonomía y que se mantendrían prácticamente hasta el vigente régimen constitucional. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada porque si bien es cierto que la Ley de 1870 aumenta considerablemente con relación a las anteriores la independencia y autonomía de las diputaciones provinciales, el art. 88 de la ley aclara que las diputaciones provinciales actúan bajo la dependencia del Gobierno y aunque ejercen atribuciones propias con total independencia, están sujetas a *inspección* que se reserva el propio Gobierno a fin de impedir infracciones legales, de la Constitución y de las demás generales del Estado; sin embargo, en garantía de esa independencia proclamada por la propia Ley, señala que corresponde exclusivamente al ministro de la Gobernación «transmitir a las diputaciones y comisiones provinciales las leyes y disposiciones del Gobierno en la parte que deban ser ejecutadas», con esto se limitan las facultades de los gobernadores civiles de interferir en la actuación de las diputaciones provinciales. En el dictamen de la comisión encargada de redactar el proyecto de ley se recoge cómo debe ser interpretado el concepto de autonomía local: «Así, pues, las corporaciones populares obrarán por derecho propio en lo relativo á la Administración de sus distritos; pero tendrán solo delegación en lo que se refiera al orden político. Es decir, que la autonomía local alcanza á cuanto sea necesario para la existencia de la colectividad y al buen orden de las relaciones que por este concepto haya de tener con los individuos que la componen; pero no se extiende en manera alguna a las relaciones del individuo con el Estado en general, ni mucho menos á los intereses colectivos de esta entidad superior».

Ciertamente aunque la ley proclamaba por primera vez el principio de autonomía, así como el de descentralización administrativa, presentándolo clara y terminantemente formulado ante la representación nacional⁶, en la práctica no se llegaría nunca a alcanzar una auténtica descentralización entre otras cosas por la falta de desarrollo normativo de la ley, por un lado, y por las reticencias del Gobierno a dar un mayor protagonismo a las corporaciones provinciales. Otro aspecto importante a destacar es que también por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico se reconoce explícitamente el derecho de las diputaciones a asociarse para la gestión común de competencias propias, poniendo los cimientos de lo que posteriormente se daría en denominar mancomunidades interprovinciales. De este modo, el art. 56 de la Ley Provincial de 20 de agosto de 1870 establece que, cuando para alguno de los servicios señalados en el artículo 46 quieran asociarse dos o más provincias, «constituirán una junta por medio de sus comisiones, cuyos acuerdos serán sometidos a las respectivas Diputaciones, y a falta de conformidad de una o de todas, al Gobierno». La formulación de estos principios de descentralización y autonomía, así como el reconocimiento del derecho de

⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 14 de julio de 1871.

⁵ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 14 de octubre de 1871.

⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 18 de febrero de 1870. Apéndice tercero, al número 221.

asociarse para la creación de entidades de carácter supramunicipal y supraprovincial para la defensa de los intereses locales y la prestación de servicios propios, constituye la esperanza de crear un Estado moderno y democrático, y el primer intento serio de otorgar a la Administración local una posición institucional sólida dentro de la estructura territorial del Estado (González Casanovas, 1986, p. 42).

4. EL FRACASO DEL FEDERALISMO REPUBLICANO: LAS DIPUTACIONES EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE 1873

Como señala González Casanovas, el «provincialismo» parecía no tener otra salida que el federalismo. Tras la proclamación de la República se planteó abiertamente desaparición de la división provincial con el proyecto de convertir a los antiguos reinos, algunos de ellos provincias, en Estados regionales que tenían la libertad de mantener o no las provincias (González Casanovas, 1986, p. 42). La región había quedado fuera de cualquier debate político hasta prácticamente la proclamación de la Primera República Española. La Comisión Constitucional encargada de redactar el proyecto de *Pacto Federal*, sobre el que debía descansar el modelo de Estado, elevó su dictamen a las Cortes Constituyentes el 17 de julio de 1873. Las dificultades a la hora de encontrar una fórmula de consenso sobre el modelo federal se pusieron de manifiesto desde un primer momento; así, tal y como se señalaba en el dictamen, «No todos los individuos de la comisión sienten y piensan de la misma suerte sobre los artículos y títulos del proyecto que presentan»⁷. La pugna entre radicales, que abogaban por un Estado unitario, y republicanos federales, quienes mirando a otros modelos de Estados europeos y americanos, propugnaban el federalismo como la forma política de distribución territorial del poder que más se adecuaba a la diversidad que caracterizaba al Estado español, se puso de manifiesto en los debates de la Comisión, evidenciando dos posturas difícilmente reconciliables sobre el modelo de Estado. El proyecto de Constitución se fundamentaba en tres exigencias puestas de manifiesto en el seno de la Comisión: primera, la de conservar la libertad y la democracia conquistadas por la Gloriosa Revolución de Septiembre; segunda, la de establecer, sin perjuicio del derecho de las provincias, una división territorial que, derivada de recuerdos históricos y del hecho diferencial, asegurase una sólida Federación, y con ella la unidad nacional; y tercera, la división de los poderes de forma que no puedan confundirse, ni menos concertarse para mermar derechos o establecer dictaduras. Sin embargo, el modelo federal se plantea sin que existiera realmente un consenso entre las distintas fuerzas políticas representadas en las Cortes, lo que abocaba claramente al fracaso de cualquier planteamiento reformista sobre la estructura territorial del Estado.

De este modo, en el proyecto de Constitución republicana de 1873 se daba carta blanca a los Estados para que pudieran hacer desaparecer a las provincias, con lo que desaparecerían del mismo modo las diputaciones provinciales. Si el art. 1 no dejaba lugar a dudas, el art. 100 del proyecto constitucional era concluyente pues atribuía a cada Estado la regulación de la provincia a su arbitrio y a expensas de su propia organización territorial. Así se expresaba el dictamen de la Comisión:

«En la división territorial hemos encontrado grandes dificultades ¿Sosteníamos las actuales provincias?, ¿Cómo entonces fundar una verdadera Federación? ¿Cómo conseguir que Estados pequeños pudiesen ejercer todas las funciones que al Estado competen, y pagar todas fundamentales instituciones que el Estado indispensablemente necesita? ¿Destruíamos las provincias? ¿Cómo desconocer que heríamos intereses que arraigan profundamente en el suelo y en las costumbres de la Patria? Para obviar todas estas dificultades Y conciliar todos estos extremos, señalamos como nuevos Estados de la República los antiguos reinos de la Monarquía, y dejamos que los Estados por sí conserven, si quieren, las provincias, y regulen a su arbitrio la más conveniente y sabia división territorial. De esta suerte llegamos a un arreglo prudentísimo en la cuestión que se halla quizá más erizada de dificultades y de peligros».

Ferrando Badía ha señalado que el federalismo que no pasó de ser una gran utopía, fue capaz de movilizar a diversos grupos sociales españoles, que vieron en ello el cumplimiento de sus aspiraciones. «La República de 1873 fue su coyuntura política, y el movimiento cantonal, su ensayo revolucionario. Y, aunque fracasó políticamente, influyó decisivamente en la conciencia política española, pues encontró en la persona y el pensamiento de Francisco Pi y Margall una sistematización que iba a conformar la mentalidad de dos grandes movimientos españoles: el regionalismo y el anarquismo» (Ferrando Badía, 1973. p. 67). Pero no

⁷ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 17 de julio de 1873, Apéndice 2, al n.º 43.

debemos olvidar que el rechazo de la provincia como entidad intermedia entre el Estado y los municipios encontraba su fundamento en las dificultades de integrar en el modelo territorial federal una institución que había servido fundamentalmente a los intereses del poder central. Sin embargo, durante la corta vida de la Primera República y pese a la previsible desaparición de las diputaciones conforme a lo establecido en el proyecto de Constitución federal, estas nuevamente mostraron su utilidad para el Estado, pues con motivo de la guerra carlista se dicta la ley de 24 de julio de 1873 donde se autorizaba a las diputaciones provinciales para imponer contribuciones especiales de guerra: «Las Diputaciones Provinciales en cuyo territorio haya o hubiese en lo sucesivo partidas carlistas están autorizadas a imponer, con destino a las necesidades de la guerra, las contribuciones extraordinarias que consideren indispensables para dominar la rebelión, procurando que recaigan especialmente sobre los carlistas que de cualquier manera patrocinen o coadyuven a la misma». Estos fondos serían aplicados por las propias diputaciones a sufragar los gastos derivados de la guerra carlista en la forma que considerasen más adecuada, de acuerdo con el gobernador de la provincia y con el delegado especial del Gobierno de la República; volvía a demostrarse la eficacia de las diputaciones provinciales a la hora de servir a los intereses del Estado.

Pese a ello, el empuje de los sectores más progresistas se refleja, sin lugar a dudas, en la regulación del régimen local y en el deseo de modificar la organización política del Estado, aunque este afán por implantar una forma de gobierno que implicase una mayor autonomía política se quedase en un mero intento (Polo Martín, 2014 p. 131). A pesar del fracaso del intento republicano no hay que perder de vista la influencia que tendrían estas ideas descentralizadoras en los planteamientos ideológicos de los movimientos políticos regionalistas, nacionalistas y socialistas que se desarrollarían solo unos años más tarde. Así, como señaló en su momento Posada, durante este período «las corrientes autonomistas que habían de producir su crisis más adelante, y que si entonces no pasaron de ser aspiraciones de carácter abstracto, doctrinal –como las que cristalizan en las ideas federales– habían de incorporarse al proceso de la vida nacional, resucitando más tarde, con su contenido histórico, en el movimiento regionalista» (Posada, 1910, p. 472).

El cuestionamiento de las diputaciones por el federalismo traerá consigo, tras el fracaso republicano de construir un Estado política y administrativamente descentralizado, el fortalecimiento de la institución en su concepción aún más centralista al servicio del Estado, que vendría de la mano de reforzamiento de la unidad nacional y de la estructura provincial, que encontraría su versión más acabada en la ideología del moderantismo canovista. En las diputaciones provinciales confluirían nuevamente el carácter bifronte como corporación representativa de los intereses propios de la provincia, en tanto entidad local, y como administración sometida a la intervención centralista y jerárquica del poder político central.

5. LAS DIPUTACIONES EN LA RESTAURACIÓN Y LOS PROYECTOS REGIONALIZADORES: LA MANCOMUNIDAD DE DIPUTACIONES DE CATALUÑA

Las diputaciones habían demostrado a la altura de 1876 su eficacia como mecanismo institucional para que las oligarquías políticas, los caciques, de ambos lados del espectro político (moderados y progresistas; conservadores y liberales) asegurasen el control de la provincia. De este modo, las instituciones provinciales se van a convertir en una pieza clave para el caciquismo. Si bien este aspecto, de sumo interés para comprender la trayectoria de las diputaciones hasta 1923 queda al margen de nuestro estudio, debe ser tenido en cuenta a la hora de comprender los distintos proyectos de reforma que se suceden desde finales del siglo XIX. De entrada, la Ley Provincial de 1870 fue aprovechada inicialmente por Cánovas adaptándola a su proyecto político. La constitución de 1876 no introduce novedades significativas con relación a la figura de las diputaciones provinciales y básicamente reproduce la de 1869, aunque parte una concepción distinta en cuanto a las relaciones entre el poder central y el local. Era necesario, por tanto, adaptar los principios que inspiraban la regulación del régimen local. La reforma de la Ley de 1870 tiene lugar por la denominada Ley de Bases de 16 de diciembre de 1876, por la que se implantaba el sufragio censitario en la elección de las diputaciones y se establecía que la Comisión provincial, órgano ejecutivo de la Diputación, era nombrada por el rey a propuesta en terna por la Diputación, pudiendo suspender y separar a los miembros de la Comisión. Con esta ley se ahondaba, aun manteniendo buena parte de régimen jurídico local de 1870, en la centralización administrativa, al establecer que las diputaciones ejercerían las competencias exclusivas previstas en la Ley de 1870, pero con sujeción a las leyes especiales y reglamentos de los distintos ramos de la Administración. Quedaron, de este modo, desdibujadas las diputaciones provinciales tal y como la Ley de 1870 las había configurado, limitada su autonomía y convertidas, una vez más, en una pieza al servicio de

los intereses del Gobierno. Precisamente ha señalado Enrique Orduña que la característica fundamental de la legislación local de la Restauración fue «el centralismo y su aspecto más falible, el incumplimiento práctico de la misma, lo que produjo una sensación permanente de provisionalidad e inestabilidad de la regulación legal de carácter local» (Orduña Rebollo, 2003, p. 424).

La Constitución de 1876 contiene una escueta regulación de la provincia, limitándose a señalar una serie de principios y estableciendo una remisión a la ley en lo que respecta a la regulación del régimen orgánico. En este punto no difiere mucho de lo regulado en otras Constituciones anteriores. Sin embargo, la amplia libertad que dejaba el texto constitucional en manos del legislador ordinario permitió modular la institución provincial a los intereses de los dos grandes partidos de la Restauración, y convertirla en una pieza esencial para el perfeccionamiento del sistema de alternancia bipartidista, configurando en las leyes de 1877 y de 1882 un sistema centralista y jerárquico, muy en la línea del liberalismo moderado, en el que pese a reconocer la autonomía administrativa de la diputación en orden a la gestión y administración de los intereses peculiares de la provincia, se integraba la tutela y el control de la vida municipal dentro del ámbito provincial, y al mismo tiempo se sometía la diputación a la intervención del gobernador civil, quien asumía el poder político delegado del Gobierno. La confusión de los aspectos políticos y administrativos era evidente. Por otro lado, desde 1812 la provincia aparece en las leyes como un superior jerárquico de los Municipios, y en este sentido la Ley provincial de 1882 regulaba en su art. 75 las funciones que correspondían a las diputaciones como superiores jerárquicos de los Ayuntamientos, y aparte de estas funciones tutelares, se le confería a la diputación administración de los intereses peculiares de la provincia y de ciertos servicios que le encomendaba el poder central, al que se encontraba igualmente subordinado.

Por otro lado, esta ley se daría cobertura jurídica al fenómeno del caciquismo y, en este sentido, como ha señalado Pastrana Morilla, «las Diputaciones van a transformarse en el medio más idóneo para que los caciques regionales de unos y otros, secundados por el resto de los parlamentarios, aseguran el control de la provincia. A lo largo de la Restauración las instituciones provinciales se convierten así en la pieza clave del caciquismo» (Pastrana Morilla, 1995, p. 55). Así, las diputaciones se convierten en una institución donde se irán fraguando los aspirantes a caciques y donde se controla el poder local por parte de los líderes provinciales que la controlan. González Casanovas considera con bastante acierto que el caciquismo es el fenómeno que más daño hizo a las diputaciones: «pues no es solo el carácter ambivalente (entre la centralización y autonomía) del esquema legal de la Provincia lo que enturbia dicha imagen para los juristas, sino la práctica política de un siglo y medio, según la cual las Diputaciones, dominadas por el jefe político o el gobernador civil, eran, por decirlo así, la sala de reunión del cacicazgo» (González Casanovas, 1986, p. 50). En este sentido, durante todo el régimen canovista y bajo la cobertura de la Constitución de 1876 las diputaciones continuaron desempeñando sobre todo una función de control político de los ayuntamientos al servicio del caciquismo (Jordà Fernández, 2018, p. 184). Esta función, que había pasado a formar parte de núcleo de la institución, había demostrado su eficacia, dada la extensa y compleja red municipal española.

No obstante, apenas aprobada la Ley Provincial de 1882 se van a ir sucediendo una serie de proyectos de reforma del régimen local, como los proyectos presentados por Segismundo Moret o por Romero Robledo en 1884, los de Sánchez de Toca en 1891, el de Venancio González 1893 o los de Silvela y Dato en 1899; y entrado el siglo XX habría que destacar los proyectos de Moret (1902) y Maura (1903 y 1907), entre otros. El contenido de todos estos proyectos de reforma es sobradamente conocido y pone de manifiesto el carácter de provisionalidad o transitoriedad de la legislación local vigente en la Restauración. Ciertamente la provincia había adquirido carta de naturaleza, se había incorporado a la realidad española de forma definitiva y había sido aceptada por los dos grandes partidos de la Restauración. Es innegable, por tanto, que la provincia y su órgano de gobierno, las diputaciones, casaban perfectamente con el carácter unitario y centralista de Estado español. Sin embargo, a finales del siglo XIX se pone de manifiesto claramente el fracaso de este modelo, no tanto por la naturaleza *per se* de las diputaciones, en tanto entidades que integran la Administración local para garantizar en su ámbito territorial unos servicios públicos básicos como los de beneficencia, sanidad, caminos rurales, fomento, etc., sino por su manipulación por parte del Gobierno central, que las convertiría en auténticos apéndices de la Administración periférica del Estado, y por su papel nuclear dentro de la maquinaria del gubernamental del «encasillado». La reacción a este modelo de organización territorial vendría de la mano de los movimientos de base regionalista que comienzan a florecer a finales del siglo XIX y del municipalismo regeneracionista, movimientos que tratan de ofrecer una alternativa al pretendido fracaso de proyecto provincial. Precisamente estos movimientos, en especial el regionalismo, suponían un choque frontal con el sistema caciquil de la Restauración (González Casanovas, 1986, p. 60). El proyecto político catalanista abogó desde un primer momento por la supresión de la división territorial basada en pro-

vincias y por ende de las diputaciones provinciales, aunque se serviría de ellas, y de la legislación provincial, para crear la Mancomunidad de diputaciones como vía jurídica para obtener un reconocimiento jurídico en el marco de la propia normativa vigente. Narcís Roca y Ferreres en 1877 ya proponía una única diputación general para toda Cataluña, y en 1883 desde el federalismo catalán se proponía un proyecto de Estado catalán en el que las comarcas venían a sustituir a las diputaciones provinciales. Tanto desde el catalanismo como desde los sectores próximos al federalismo, se partía de la incompatibilidad de la división en provincias con la autonomía para Cataluña, ya que la división provincial era una manifestación del centralismo liberal y de un modelo de organización territorial uniforme contrario al reconocimiento del derecho a la autonomía política y administrativa; precisamente una división territorial propia se consideraba desde estos sectores como una seña de identidad y signo de su soberanía frente al Estado español (Balcells, 2017, p. 218). Sin embargo, para los partidos conservador y liberal las reivindicaciones regionales se veían como un claro peligro para la unidad nacional; de hecho, el recuerdo al periodo revolucionario que concluiría con la declaración de la República y con el fracaso del federalismo como forma de organización territorial del Estado, servían de acicate para frenar cualquier intento por parte de estos movimientos regionalistas, de recuperación o establecimiento de sus órganos de representación y gobierno que pudieran conducir a la implantación de la región como entidad autónoma.

En este contexto, ha señalado Martín Bassols Coma, que los partidarios de la descentralización administrativa de base regionalista buscarían vías reivindicativas de carácter *funcional*, manteniendo la provincia como circunscripción territorial inamovible, pero posibilitando a las diputaciones de régimen común articular vías de cooperación para configurar espacios supraprovinciales, apelando a las mancomunidades, recuperando y modernizando una institución que ya estaba reconocida en nuestro Ordenamiento jurídico (Bassols Coma, 2014, p. 25). Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, pues la figura de la mancomunidad constituía en realidad un poderoso instrumento para desarrollar y extender la conciencia nacional catalana y su proyecto político, en el que precisamente no figuraban ni la provincia ni las diputaciones provinciales. A principios del siglo XX se evidenciaba ya de forma clara el fracaso del Estado liberal articulado territorialmente en torno al centralismo y la uniformidad. Así, desde planteamientos regionalistas y municipalistas se cuestionará abiertamente proyecto provincial, manifestación en última instancia de un centralismo articulado en torno a la provincia como eje de la organización periférica del Estado. El enfrentamiento entre estas dos concepciones relativas a la organización territorial del Estado, centralismo y regionalismo, tenía a la provincia y a su órgano de gobierno en el foco del debate. La provincia se tornaría en un ente antagónico a las pretensiones autonomistas de determinados regionalismos nacionalistas que comienzan a tomar fuerza en algunas regiones periféricas, principalmente en Cataluña, y a ser cuestionado desde la base por quienes defienden la autonomía e independencia del municipio, entidad territorial que hunde sus raíces en el pasado medieval donde había adquirido carta de naturaleza antes incluso que el propio Estado. Pero el temor a la disgregación nacional hacía que desde el poder central se planteara una defensa a ultranza de la provincia como entidad intermedia entre el Estado y el municipio, pues permitía canalizar de arriba abajo la política gubernamental en el territorio y, al tiempo, tutelar la actuaciones de los municipios, garantizando la prestación de los servicios mínimos a ellos encomendados. Es en este contexto de permanente cuestionamiento de la provincia cuando comienzan a tomar fuerza los movimientos regionalistas en la periferia, que si bien cuestionan a la provincia, al ser considerada esta como un instrumento al servicio del centralismo, se sirven de ella para articular una estructura de poder regional, mediante la agregación de las mismas para formar entes territoriales con personalidad jurídica propia.

Resulta, por otro lado, evidente que el regionalismo aspiraba a romper el sistema caciquil de base provincial, lo que suponía el rechazo frontal a la división provincial del territorio, y la supresión de las diputaciones provinciales por ser manifestación, en última instancia, de un modelo de organización territorial de corte centralista que era necesario superar. En este contexto, surge una clara estrategia regionalista dirigida a convertir a las diputaciones provinciales en un instrumento de reunificación para una futura autonomía política de Cataluña, para lo cual era necesario tomar el poder en las diputaciones, convirtiéndolas en portavoces de las reivindicaciones catalanistas (Balcells, 2017, p. 220). El 23 de marzo de 1904 el diputado de la *Lliga Regionalista*, Alberto Rusiñol (juntamente con los diputados Leoncio Soler y March, Ramón Nosedal, Luis Domenech Montaner, Francisco Pi y Arsuaga, Eduardo Vincenti y Antonio Aura Boronat) presentaría una enmienda a la base 19 del dictamen de la Comisión del proyecto de reforma de la Administración local y provincial de 1903 en el que trataba de introducir el régimen autonómico sobre la base de las diputaciones provinciales: «La organización administrativa de la nación se hará atendiendo al régimen autonómico de sus regiones naturales e históricas, estableciéndose sobre la base de sus actuales Diputaciones provinciales,

Diputaciones regionales, única para cada Región»⁸. Aunque esta enmienda fue rechazada, constituye «por su claridad y contundencia un compendio de un auténtico futuro sistema regional o autonómico» (Bassols Coma 2014, p. 30).

Precisamente, en ese contexto de propuestas de reforma del régimen local y de permanente presión por parte de los sectores catalanistas para la búsqueda de vías que permitieran canalizar legalmente las aspiraciones regionalistas de autogobierno, se sitúa el proyecto de Maura de 1907, uno de los proyectos estrella del denominado «Gobierno largo» (1907-1909), en línea con su proyecto de «revolución desde arriba», que no pudo completarse al producirse la caída del Gobierno como consecuencia de la crisis provocada por la Semana Trágica de Barcelona. Ha señalado Javier Tusell que el proyecto de Maura de reforma del régimen local de 1907 era producto del desarrollo y la maduración del de 1903, no rompía totalmente con el tradicional programa del partido conservador sobre régimen local, aunque incluiría muchos puntos de vista de los programas de otros partidos, incluidos el liberal, el republicano, los catalanes e incluso postulados carlistas (Tusell, 1988, p. 126). Este proyecto de Ley contemplaba sin ambigüedades la posibilidad de mancomunidades municipales, algo que no era ninguna novedad en nuestro Ordenamiento jurídico, como «asociaciones de municipios para fines comunes de competencia municipal», así como las uniones de municipios, constituidas únicamente para «servicios del Estado encomendados al poder central». Esto sí era una novedad, pues podía suponer el vaciamiento de las competencias de las diputaciones provinciales, aunque se especificaba que quedaban prohibidas cualesquiera de asociaciones entre municipios que adopten fines extraños a las dichas competencias o delegación, aun cuando la extralimitación no tuviera carácter político. Pero junto a esto, se preveía la posibilidad de que se crearan asociaciones de diputaciones, como un primer paso para generar cierto autogobierno regional, intentando atraerse a la *Lliga Regionalista*. Precisamente ha señalado Judith Gifreu i Font que en sede parlamentaria el asunto de las asociaciones provinciales se ampliaría hasta convertirse en un nuevo título del proyecto, en el que destaca también la amplitud de las funciones asignadas a las diputaciones provinciales, en comparación con la entonces vigente Ley Provincial de 1882 (Gifreu i Font, 2015, p. 34). De este modo, en un contexto político en el que se planteaba de forma unánime, aunque no coincidente en los planteamientos, la necesidad perentoria de abordar una reforma a fondo del régimen local, con vistas a modernizar sus estructuras organizativas y adecuarlas a las peculiaridades y a las necesidades reales del territorio, se sitúa el impulso del movimiento regionalista catalán y los planteamientos sobre la organización territorial sustentados la coalición *Solidaritat Catalana* (1906-1909) y por la *Lliga Regionalista*, quien contaba entre sus filas Enric Prat de la Riba, presidente de la Diputación de Barcelona, quien logra integrar en sus filas a la práctica totalidad del movimiento catalanista. En este sentido, no se puede perder de vista el papel desempeñado por las diputaciones provinciales catalanas en ese proceso de gestación de una identidad política propia.

Hay que recordar que después del fracaso del primer proyecto de reforma del régimen local de Maura de 1903, la Diputación de Barcelona aprobó una moción a favor de la mancomunidad provincial, que fue asumida en la primera Asamblea General de Diputaciones Provinciales celebrada en Barcelona en 1906 en la que se reivindica la autonomía administrativa regional, y no solo provincial, y el derecho de las provincias de formar mancomunidades regionales con competencias propias; también, en 1911 a iniciativa de la Diputación de Barcelona se constituye una ponencia formada por los presidentes de las cuatro diputaciones catalanas para elaborar unas «Bases de la Mancomunidad catalana», en estas bases se abordaría tanto la estructura política y administrativa de la Mancomunidad, como la competencial y la económica, constituyendo «una fórmula incipiente de descentralización» (Gifreu i Font, 2015, p. 41). De este modo se van a ir sentando las bases políticas y jurídicas del regionalismo, que constituye una de las vías de penetración del concepto de autonomía en nuestro sistema jurídico.

En el contexto de los distintos proyectos de reforma de la organización provincial y de la división territorial del Estado, que tienen lugar desde finales del siglo XIX, se comienza a plantear la necesidad de una mayor descentralización territorial con la finalidad de mejorar la eficacia de una gestión pública muy burocratizada y centralizada, y superar la uniformidad que caracterizaba al régimen local español. El principio de descentralización se abría camino tanto en el ámbito de la doctrina administrativista de la época como en los proyectos de reforma relativos a la organización territorial del Estado, y junto a este comienza también a hablarse de la autonomía, inicialmente referido al municipio y que pronto se iba a extender a otras entidades territoriales y de ámbito supramunicipal. Gumersindo de Azcárate (1875/1979), Pi y Margall (1877), Sánchez de Toca (1907)

⁸ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 23 de marzo de 1904. Apéndice décimo al n.º 151.

o Eduardo de Hinojosa (1896), ya hablan abiertamente de la autonomía como principio que debía regir las relaciones entre el Estado y las entidades municipales, pero sin duda es Manuel Colmeiro quien sienta en la doctrina administrativista de finales del siglo XIX los principios de autonomía y descentralización como mecanismos sobre los cuales debe articularse la organización territorial del Estado: «la centralización administrativa raya en lo absurdo cuando desconoce que el municipio tiene derechos propios anteriores a la organización del Estado y que negar a los pueblos toda intervención en el manejo de sus intereses comunes equivale a disolver la comunidad» (Colmeiro, 1876, p. 24). Como ha señalado Regina Polo Martín el fenómeno del regionalismo, que tiene lugar en la España de finales del siglo XIX y comienzos del XX, contribuyó decisivamente a conformar las aspiraciones a una descentralización política autonomista. La reacción frente a ese desafío regionalista, se articularía a través de una legislación que señala a las mancomunidades provinciales como la solución para mantener intacta la organización política del Estado (Polo Martín, 2014, p. 160).

De este modo, el Gobierno de Eduardo Dato el 18 de diciembre de 1913 aprobaba un Real Decreto por el que se autorizaba la constitución de mancomunidades provinciales con fundamento en la libre voluntad de las provincias de asociarse temporal o indefinidamente. La coyuntura política del momento requería el apoyo de la minoría catalana en el Congreso, y el reconocimiento jurídico de la mancomunidad de Cataluña jugó como moneda de cambio para garantizar la estabilidad del Gobierno, pero este reconocimiento no iba más allá de una mera descentralización de carácter administrativo, que en ningún caso suponía el reconocimiento de una autonomía de carácter político. Precisamente, en la Exposición de Motivos del Real Decreto se señalaba «(...) no debe inspirar recelo alguno el reconocimiento que ahora se hace a su derecho a mancomunarse, sobre todo, cuando a esta declaración acompañan resortes y garantías que ponen en todo caso en manos del Gobierno la vida y el funcionamiento de la nueva entidad». Un año antes, en 1912 ya se había presentado en el Congreso un proyecto de ley en este mismo sentido que finalmente no saldría adelante. El dictamen de la Comisión era sumamente revelador de los objetivos que se pretendían:

«convencido este Gobierno, como todos los anteriores, de la necesidad cada día más urgente de aquella reforma y deseoso de que no resulte estéril el extraordinario esfuerzo realizado por las Cortes en su concienzuda y prolija labor, nos proponemos someter separadamente en plazo no lejano á vuestra deliberación proyectos que, recogiendo lo principal de aquellos trabajos, se refieran al régimen de los Municipios y al de las provincias; pero concediendo, desde luego, la preferencia, para su presentación, por entender que puede lograr más fácilmente el voto favorable de las Cortes, este relativo á la constitución, dentro siempre de la soberanía del Estado, de las mancomunidades provinciales en términos muy análogos á los que ya merecieron la aprobación del Congreso y el dictamen favorable de la Comisión respectiva del Senado»⁹.

En efecto, la configuración jurídica de la mancomunación se plantea en términos exclusivamente administrativos, eliminando pretensión de reconocimiento de una personalidad jurídico-política regional.

Las diputaciones provinciales, de este modo, ofrecieron la vía para la creación de estas entidades territoriales de ámbito supraprovincial, camino para articular modelos de organización territorial que superaban la tradicional división provincial y al mismo tiempo se ponían sobre la mesa del debate político soluciones autonomistas que habían sido ya llevadas a cabo en el Derecho comparado de la época. Se estaba, de este modo, preparando el terreno para superar la vetusta idea liberal de una España unitaria y centralista. Muy acertadamente se ha indicado que la influencia del catalanismo político en el avance del ideal regionalista es evidente (Gifreu i Font, 2015, p. 40). Sin embargo, la creación de la Mancomunidad suponía situar a las diputaciones catalanas a un papel secundario y prácticamente irrelevante, vaciando de hecho sus competencias y su posición en la estructura constitucional del Estado. De este modo, la *Mancomunitat de Catalunya* supuso en primer intento de crear una región autónoma en el marco constitucional, dentro de los márgenes que permitía el Decreto de Mancomunidades de 1913, de iniciar un verdadero proceso descentralizador y de utilizar los mecanismos legales existentes para lograr unos objetivos políticos mediante la vía del acuerdo, y aunque estamos en el marco de una simple descentralización de carácter administrativo que, en ningún caso, supone un reconocimiento real de una autonomía de carácter político, se supo aprovechar el estrecho marco jurídico que ofrecía la legislación de régimen local para lograr las aspiraciones autonómicas del pueblo catalán, utilizando a la provincia y a las diputaciones como mecanismo para. De este modo, se anticipó a la Constitución de 1932 el reconocimiento de la *Generalitat* de Cataluña.

⁹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* del día 21 de mayo de 1912 (Ap. 1 al n.º 122).

6. EL ESTATUTO PROVINCIAL: UNA VISIÓN AUTORITARIA DEL PROVINCIALISMO

Desde su constitución el principal problema jurídico que limitaba la actuación de la Mancomunitat de Catalunya fue el competencial. La indefinición existente en su Estatuto respecto del alcance de las competencias atribuidas a la Mancomunidad fueron suplidas inteligentemente a través de una interpretación extensiva de las mismas; de este modo, la Mancomunitat desarrollaría una verdadera acción política que no tenía cabida en puridad en los estrechos márgenes que le permitían su norma constitutiva. Su actuación, por tanto, siempre fue mucho más allá de la mera gestión administrativa de los servicios traspasados, desarrollando políticas de corte autonomista dirigidas a vertebrar su territorio bajo la ficción del autogobierno de la nación catalana, lo que fue posible dada la coyuntura política nacional y la inestabilidad del propio Gobierno, incapaz de abrir conflictos con las autoridades catalanas. Culí y Verdaguer señaló en 1915 que la Mancomunitat «representa la consagración de una entidad territorial étnica, de una personalidad real. Es regionalista en el sentido político y administrativo. Su trascendencia deriva de que ella es un órgano expresivo de la unidad espiritual de Cataluña, y por esto aspira a delegaciones que no son propiamente administrativas» (Culí y Verdaguer, 1915, p. 61). La Mancomunitat representa, de este modo, una alternativa al modelo provincial de división territorial.

Sin embargo, la Restauración intentó desde un primer momento fortalecer los pilares del esquema provincial en la estructura político-constitucional española, sobre la base del centralismo y la uniformidad como principios inspiradores del sistema territorial, pero frente a ello una parte importante de los cuerpos locales comienzan distanciarse del modelo provincial, buscando soluciones y alternativas que permitieran superar la evidente crisis, derivada de las corruptelas y la deficiente gestión, en que se había colocado el modelo provincial (Demarchi, 2016, p. 19). Una de las alternativas planteadas fue el regionalismo, materializado jurídicamente en la figura de las Mancomunidades provinciales, que cuestionaba la propia división provincial y planteaba su sustitución por entidades supraprovinciales, acordes con la tradición histórica de los reinos peninsulares y con el particularismo jurídico que había caracterizado el sistema jurídico español hasta su codificación a finales del siglo XIX.

Sin embargo, la creciente tensión social en todo el Estado, el auge de los nacionalismos periféricos y ascenso de republicanos y del movimiento obrero, va a desplazar todo el debate político y jurídico hacía la necesidad de un cambio global en las instituciones implantadas por la Restauración. De este modo, el golpe de Estado del general Primo de Rivera de septiembre de 1923 marcará el fin de las mancomunidades provinciales, tras abandonar sus primeras intenciones regionalistas por una visión autoritaria del provincialismo, donde las diputaciones provinciales volvían a plantearse como instrumentos al servicio del gobernador para el desarrollo y ejecución de las políticas gubernamentales a escala provincial y municipal. Precisamente, a través del Real Decreto de 12 de enero de 1924, el presidente del Directorio Militar declaraba disueltas todas las diputaciones provinciales, excepto las de Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya, ordenando a los gobernadores civiles que procedieran a designar libremente los nuevos diputados, entre los habitantes de la provincia con más de veinticinco años que poseyeran títulos profesionales, fueran mayores contribuyentes o desempeñaran cargos directivos en las corporaciones representativas de intereses culturales, industriales y profesionales. Como señala la Exposición de Motivos de este Real Decreto: «Demuestra la realidad política española, que muchas de las corruptelas que el Directorio se propuso y quiere expulsar de los Ayuntamientos tienen franca cabida todavía en bastantes Diputaciones Provinciales», y añade más adelante «(...) bien entendido que; al renovar las Diputaciones anhela el Directorio que los elementos llamados a integrarlas con carácter transitorio, sí, pero con plena autoridad, se sientan animados del espíritu de expansión comarcal o regional preciso para dibujar el germen de futuras personalidades superprovinciales».

Este Real Decreto de 12 de enero de 1924 si bien no acaba con la figura jurídica de las mancomunidades provinciales, que parecía quedar definitivamente asentada en el sistema institucional español, sí operó un importante cambio delimitando de forma nítida sus competencias y su marco de actuación, al señalar que no debía ser otro que «el cumplimiento de los fines y mejora de los servicios que están actualmente encomendados y puedan encomendarse en lo sucesivo a las provincias». De este modo, se trataba de evitar que las mancomunidades provinciales pudieran abrir una vía para una posible regionalización del Estado español, mediante la creación de entidades regionales de carácter político que alterase la división provincial o que sustituyen a las diputaciones provinciales, para las que Primo de Rivera tenía reservadas una función esencial en la articulación de su modelo de Estado, como posteriormente se materializaría en el Estatuto de 1925. En este sentido, pese al carácter artificial de la división provincial del territorio, y transcurridos ochenta años desde su creación, la provincia estaba plenamente asentada en la estructura territorial del Estado y

ofrecía al gobierno un importante instrumento de control y de tutela respecto a los municipios, muchos de los cuales eran incapaces de gestionar adecuadamente los servicios públicos a ellos encomendados. Se trataba, pues, de reformar y de perfeccionar el modelo, pero en ningún caso de sustituirlo, aunque ciertamente en sus inicios la idea de una regionalización de España era una postura aceptada en algunos círculos cercanos a la propia dictadura militar.

De este modo, en un primer momento desde la propia Dirección General de Administración Local se alentaron iniciativas a favor de la constitución de mancomunidades provinciales, como ocurriría con el caso de Galicia, plenamente apoyada por el propio Calvo Sotelo; sin embargo, pronto se evidenciaría el cambio de rumbo, iniciando, como ha señalado Bassols Coma, una línea claramente reduccionista de las mancomunidades que va a orientar las nuevas disposiciones legales que se van a ir dictando a lo largo del periodo dictatorial, y que concluyen con la propia disolución de la *Mancomunitat de Catalunya* (Bassols Coma, 2014, p. 147) Ciertamente, en un primer momento el pronunciamiento de Primo de Rivera no generó rechazo por la burguesía catalana, fundamentalmente por la política de orden público contra el anarquismo revolucionario emprendido por el Directorio y por el aparente regionalismo del dictador que planteaba, en un primer momento, la supresión de las provincias y la creación de 10 o 12 unidades regionales (González Calleja, 2005, p. 100). Sin embargo, el 17 de septiembre de 1923, cuatro días después de su golpe de Estado, el general Primo de Rivera escribía lo siguiente: «De los males patrios que más demandan urgente y severo remedio, destacan el sentimiento, propaganda y actuación separatistas que vienen haciéndose por odiosas minorías. Que no por serlo quitan gravedad al daño y que, precisamente por serlo, ofenden el sentimiento de la mayoría de los españoles, especialmente el de los que viven en las regiones donde tan grave mal se ha manifestado»¹⁰. El presidente del Directorio militar pondría en marcha un conjunto de medidas y sanciones que pretendían la depuración de todos los elementos políticos e institucionales que ponían en peligro la unidad nacional. En estos primeros momentos se tenía el convencimiento de que la reforma de la Administración local iba a pasar necesariamente por una reforma a fondo de la Administración provincial y de las diputaciones, a las que se les hacía responsable de la corrupción generalizada y de la quiebra del propio sistema constitucional. La vía de regionalización ofrecía sin lugar a dudas un camino para la regeneración del país, siempre que se evitara cualquier tentativa de separatismo. En este sentido, se situaba sin lugar a dudas el Real Decreto de 18 de septiembre de 1923, que preveía juicios militares por los delitos «contra la unidad de la patria, cuando tiendan a disgregarla, restarle fortaleza y rebajar su concepto, ya sea por la palabra, por escrito, por la imprenta o por otro medio mecánico o gráfico de publicidad y difusión, o por cualquier otro acto o manifestación». Pero desde la proclamación de la dictadura todo el poder político en Cataluña se desplazaría hacia la Capitanía General, relegando a los gobernadores civiles a un papel muy secundario y subordinado a las autoridades militares; sería el primer paso del cambio de rumbo hacía un mayor centralismo mediante el abandono de esas primeras intenciones regionalistas por una nueva visión autoritaria del provincialismo que finalmente se materializaría jurídicamente en el Estatuto provincial.

El Estatuto Provincial (Real Decreto de 20 de marzo de 1925) marca el inicio de un proceso de involución de la institución provincial, que dejando al salvo el paréntesis de la Segunda República, que no lograría sacar adelante su proyecto de reforma de la Administración provincial, alcanza durante el periodo franquista su máxima expresión al convertirse las diputaciones provinciales en meros apéndices del gobernador civil dentro de un Estado centralista y rígidamente unitario. El Estatuto Provincial derogaría (disposición transitoria quinta) la Mancomunidad de las provincias de Barcelona, Lérida, Gerona y Tarragona, nombrando una «comisión gestora interina de los servicios coordinados» que debía de proceder a la liquidación de la Mancomunidad. No obstante, el Estatuto mantuvo la figura de las mancomunidades provinciales para obras y servicios intermunicipales (arts. 19 a 30), permitiendo que las diputaciones provinciales pudieran agruparse entre sí para la prestación de estos servicios. La propia Exposición de Motivos así lo reconocía, y señala con total rotundidad que las diputaciones nunca podrán organizarse en regiones, porque esta no era «la suma de diputaciones sino de municipios». De este modo, se evitaba la regionalización por la simple agrupación de varias provincias, impidiendo la creación de entidades que tuvieran por objeto la creación de circunscripciones sustitutivas de las provincias. Pero además, el Estatuto, siguiendo la línea del liberalismo decimonónico, viene a blindar la división provincial, y aunque preveía la creación de otras entidades territoriales dotadas de personalidad jurídica, reforzaba las diputaciones provinciales permitiendo que estas incluso pudieran asumir competencias delegadas por el propio Estado, e intervenir como auxiliares de la Administración del Estado

¹⁰ ABC miércoles 19 de septiembre de 1923. Edición de la mañana, p. 8.

(González Casanovas, 1986, p. 126). Para Primo de Rivera, las diputaciones, una vez liberadas de las antiguas oligarquías locales, podían servir a los intereses del propio Estado y actuar de freno a las aspiraciones nacionalistas que se habían hecho sentir en algunos territorios periféricos, pues era inevitable pensar que la adopción de la comarca y de la región, como niveles de organización territorial supramunicipal y supraprovincial respectivamente, constituían un evidente peligro para el mantenimiento simultáneo de las provincias (Jordana de Pozas, 1967, p. 658). En este contexto, la Dictadura de Primo de Rivera representaría la versión autoritaria de un provincialismo agonizante, consagrando a la provincia como una entidad territorial intermedia de carácter administrativo entre el Estado y el municipio, y excluyendo la posible existencia de otras circunscripciones territoriales de carácter supraprovincial.

El Estatuto atribuía a las diputaciones provinciales la administración y fomento de los intereses peculiares de la provincia y la organización de los servicios de la Administración local que no fuera de la competencia exclusiva municipal, así como aquellos delegados por el propio Estado. De este modo, se produce, siguiendo a García de Enterría, la verdadera consagración de la provincia como entidad local en nuestro Derecho (García de Enterría, 1986, p. 154). Como se señala en la Exposición de Motivos del Estatuto Provincial «(...) queda en la provincia un aspecto que realmente destaca sobre todos los demás: el de circunscripción territorial llamada a cumplir determinados fines de carácter local. Ya no nos interesa, por tanto, como circunscripción por y para el Estado, sino como circunscripción por y para sí misma. En este aspecto, han de definirla y caracterizarla sus fines esenciales, Y estos fines deberán ser todos aquellos de índole local que, rebasando las posibilidades de la acción municipal, escapen a la jurisdicción de cada Ayuntamiento». Sin embargo, pese a ello, la realidad es que las diputaciones quedaron integradas en la organización periférica del Estado, aspecto este que explotaría el régimen franquista hasta su máxima expresión, como mecanismo para articular su Estado autoritario. De hecho, como señaló en su momento Simón Tobalina, la inoperancia del Estatuto de 1925, que nunca fue objeto de desarrollo pleno, estuvo motivado por el hecho de que ningún régimen dictatorial era favorable a la descentralización, por el contrario, toda dictadura pretende a centralizar al máximo la Administración del Estado para mantener toda la vida nacional al alcance de la mano del ejecutivo (Simón Tobalina, 1981, p. 75).

7. A MODO DE EPÍLOGO

El liberalismo trajo consigo un conjunto de planteamientos ciertamente innovadores en relación con la estructura territorial del Estado que a la postre se tornaron en instituciones que no encontrarían el acomodo inicialmente deseado en el modelo de Estado. La coherencia, uniformidad y ordenación que caracterizan el pensamiento liberal del siglo XIX, que buscaba en el positivismo buena parte de la fuente de sus planteamientos teóricos sobre la organización administrativa, desembocaron en la rigidez de un modelo organizativo que llega hasta nuestros días. La complejidad de la ordenación territorial del Antiguo Régimen, fruto de la más abigarrada tradición histórica, encontraría el rechazo de quienes planteaban la necesidad de racionalizar las estructuras políticas, de lograr una mayor eficacia en la gestión y, sobre todo, de afianzar su poder frente al absolutismo. Bajo estos postulados, las Cortes de Cádiz trataron de resolver la difícil articulación territorial de España y vertebrar el Estado sobre la base de una estructura homogénea y centralizada. La consagración de la provincia sería la opción elegida. En la provincia confluían las competencias del poder central y de los poderes periféricos, donde los delegados gubernamentales (jefes políticos, jefes superiores, gobernadores civiles, etc.) asumían la faceta política, mientras que las diputaciones provinciales la administrativa y económica. El modelo, de clara impronta francesa, demostró a lo largo del siglo XIX su fracaso. El liberalismo moderado, claramente obsesionado por vincular la unidad nacional a un mayor centralismo, potenciaría la instrumentalización política de las diputaciones provinciales, aumentando su injerencia en ellas a través de la figura del gobernador civil; por el contrario, los sectores más progresistas igualmente fracasaron en su intento de dotar al sistema de mayores cotas de descentralización.

Ciertamente la dificultad derivada del encaje de las diputaciones provinciales en la estructura territorial del Estado tiene rasgos de auténtico problema constitucional, que se evidencia en los diferentes planteamientos políticos sobre la estructura territorial existente entre el liberalismo moderado y autoritario y el democrático y revolucionario. Los continuos proyectos de reforma se suceden, fracasando uno tras otro. Un último intento en este sentido fue el proyecto del liberal Maura; ya en su primer gobierno (1903-1904) intentaría llevar a cabo la reforma de la Administración local, aunque la brevedad del mandato le impidió llevar a cabo la misma. El planteamiento de Maura pasaba por una reestructuración integral de la Adminis-

tración territorial, concibiendo a las diputaciones no como agentes estatales, sino como delegados de los municipios, contrarrestando la tendencia a ser controladas por los ministerios; y al mismo tiempo afrontar el problema de la región, sin reparo alguno a la hora de concebir la agrupación de las diversas diputaciones como una posibilidad de ordenación en un nuevo marco territorial, pero la oposición frontal de los sectores más conservadores y el clima político que vivía el país impidieron cualquier reforma de calado y terminaron ahogando su proyecto *regeneracionista*. La aprobación de la Ley de Mancomunidades no tendría lugar hasta 1913, cuando el gabinete de Eduardo Dato, presionado por la *Lliga* regionalista, no tuvo más remedio que autorizarla. Pero la vía mancomunal no ofrecía más que una cicatera solución a la situación de colapso de la Administración local de finales de la Restauración. En lugar de buscar un modelo integral de vertebración territorial a desarrollar en todo el país, los últimos gobiernos de la Restauración tan solo intentaron complacer las demandas de determinadas áreas del país, a través del ensanchamiento de los fueros que aún poseían algunas provincias y del modelo mancomunal vigente en Cataluña. Sin embargo, el regionalismo no encontraba cabida en el modelo y las diputaciones provinciales se hallaban maniatadas por la corrupción, la ineficacia y el continuo intervencionismo estatal. El modelo de Administración territorial canovista había degenerado hasta el punto de tocar fondo y a la altura de los años veinte del pasado siglo ya no satisfacía a nadie. Ante esta situación, no es de extrañar que el pronunciamiento de Primo de Rivera fuera visto por amplios sectores de la población como la mejor solución que podía tener el país tras la dilatada crisis del liberalismo doctrinario.

Sin embargo, la dictadura tampoco fue capaz de solucionar el problema de la vertebración territorial de país. El régimen de Primo de Rivera marca una etapa fronteriza y de transición, separa claramente el siglo XIX del XX en nuestro país, y determinaría un importante revulsivo ideológico y social que va a marcar la evolución de los acontecimientos políticos que se sucederían en las décadas posteriores. Se presenta como una etapa de ruptura respecto al régimen liberal de la Restauración, y aunque logra con cierto éxito reformar el régimen municipal, fracasaría en la reforma del régimen provincial implantando un modelo claramente centralista, muy en la línea de los ideales conservadores que caracterizaron la Restauración *canovista* de una *revolución desde arriba*, aunque esta vez al margen del sistema parlamentario; iniciando un auténtico ensayo de un modelo institucional corporativo, dentro de cuyas coordenadas se desarrolló más tarde el régimen político franquista, donde las diputaciones provinciales ocuparon un papel muy secundario en el esquema institucional del Estado, relegadas a desarrollo de unas funciones muy concretas y subordinadas en todo momento al gobernador civil.

La evolución de las diputaciones provinciales no puede entenderse al margen de la configuración constitucional de las relaciones de poder centro-periferia, y representa claramente el fracaso del Estado liberal de consolidar un Estado-Nación sólidamente unificado en sus dimensiones jurídica, cultural y política bajo el paraguas de la pretendida identidad nacional española. Las diputaciones han jugado históricamente un papel destacado en la consolidación de un Estado centralista, claramente instrumentalizadas por la Administración del Estado para articular y controlar el poder municipal. No resulta, por tanto, sorprendente que tras la Constitución de 1978 y el inicio del proceso autonómico fueran el blanco de las críticas por parte de los sectores nacionalistas y regionalistas, así como del municipalismo que aspiraba a lograr mayores cotas de autonomía. Pero no debemos olvidar que en un Estado muy atomizado de pequeños municipios, con Comunidades Autónomas de considerable extensión territorial, la existencia de niveles intermedios entre el municipio y la región se hace inevitable como mecanismo para articular desde lo local las relaciones entre el municipio y la Comunidad Autónoma y el Estado, solo desde esta perspectiva cobra pleno sentido las diputaciones provinciales en nuestro actual sistema constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Azcárate, G. de (1979). *Municipalismo y regionalismo* (J. de Azcárate y E. Orduña, Estudio preliminar). Librería A&M Jimenez (Original publicado en 1875).
- Balcells, A. (2017). Enric Prat de la Riba y la Mancomunidad de Cataluña. En J. M. Pérez Collados y T. de Montagut i Estragués (dirs.), *Los juristas catalanes y el Estado español* [colección Cátedra de Cultura Jurídica]. Marcial Pons.
- Bassols Coma, M. (2014). *Las Mancomunidades provinciales entre la descentralización y el regionalismo. La Mancomunidad catalana (1914-1925)* (2.ª edición). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Colmeiro y Penido, M. (1876). *Derecho administrativo español*. Imprenta y Librería Eduardo Martínez.
- Culí y Verdaguer, F. (1915). *Las Mancomunidades Provinciales* [tesis doctoral]. Imprenta de la Casa Provincial de Caridad.

- Demarchi, G. (2016). *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral* [colecciones: Historia del Derecho, 43]. Dykinson. <http://hdl.handle.net/10016/22906>
- Fernández, T.-R. (2021). *La «década moderada» y la emergencia de la Administración contemporánea* [colección Ediciones de El Cronista]. Fundación Alfonso Martín Escudero – Iustel.
- Ferrando Badía, J. (1973). *La Primera República española*. Editorial Cuadernos para el Diálogo (Edicusa).
- García de Enterría, E. (1986). *Problemas actuales del Régimen Local* (2.ª edición). [colección Derecho. Instituto García Oviedo, 28]. Universidad de Sevilla. <http://dx.doi.org/10.12795/9788447221028>
- Gifreu i Font, J. (2015, diciembre). Las mancomunidades provinciales en el marco de la reforma de la Administración local de principios del siglo XX. El «eslabón perdido» en el proceso de descentralización del Estado. *Revista Catalana de Dret Públic*, 51, 34-53. <http://dx.doi.org/10.2436/20.8030.01.52>
- González Calleja, E. (2005). *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria 1923-1930*. Alianza Editorial.
- González Casanovas, J. A. (1986). Las Diputaciones provinciales en España, Historia de las Diputaciones 1812-1985. Mancomunidad General de Diputaciones de Régimen Común.
- Hinojosa y Naveros, E. (1974). Origen del régimen municipal en León y Castilla [conferencia dada en el Ateneo madrileño en el curso de 1895 a 1896]. En *Obras, tomo III. Estudios de Síntesis*. Ministerio de Justicia y CSIC.
- Jordà Fernández, A. (2018). Diputaciones provinciales y órganos intermedios locales: perspectiva histórica. En E. Orduña Prada, A. Jordà Fernández (coords.), *Diputaciones provinciales. Historia, actualidad, futuro*. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Jordana de Pozas, L. (1967). La previsible alteración de nuestra división territorial. *Revista de Estudios de la Vida Local*, 155, 641-660. <https://doi.org/10.24965/reala.vi155.7598>
- Nieto García, A. (2011). Las Diputaciones provinciales en el último período doceañista. En M. Salvador Crespo, A. Nieto García y E. Orduña Rebollo (auts.), *El bicentenario de las Diputaciones provinciales (Cádiz 1812)*. Fundación Democracia y Gobierno Local. <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1794>
- Nieto García, A. (1996). *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*. Ariel.
- Orduña Rebollo, E. (2003). *Municipios y provincias: historia de la organización territorial española*. Federación Española de Municipios y Provincias – Instituto Nacional de Administración Pública – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Parejo Alfonso, L. J. (1988). *Derecho básico de la Administración Local*. Ariel.
- Pastrana Morilla, H. (1995). El control de las Diputaciones por los caciques regionales: La diputación vallisoletana de la restauración. *Investigaciones históricas. Época moderna y contemporánea*, 15, 55-66.
- Pi y Margall, F. (1877). *Las Nacionalidades*. Imprenta de Enrique Rubiños. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/9395>
- Polo Martín, R. (2014). *Centralización, descentralización y autonomía en la España Constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1836*. Universidad Carlos III. <http://hdl.handle.net/10016/18340>
- Posada, A. (1910). *Evolución legislativa del régimen local en España (1812-1910)*. Librería General de Victoriano Suárez.
- Pro, J. (2019). *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*. Alianza Editorial.
- Sánchez de Toca, J. (1907). *Regionalismo, municipalismo y centralización*. R. Velasco Impresor.
- Simón Tobalina, J. L. (1981). El Estado autonómico y sus matices federales. Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL).
- Tusell, J. (1988). *La reforma de la Administración local en España (fines del siglo XIX a 1936)* (2.ª edición, colaboración de Diego Chacón Ortiz). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 08-10-2021
Aceptado: 14-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11001>
Páginas: 174-201

El nivel de puesto de trabajo y el grado personal con referencia a la función pública local de Canarias

The level of job and the personal degree with reference to the local public function of the Canary Islands

Antonio Miguel López González
Ayuntamiento de Teror. Las Palmas (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7602-412X>
sag@teror.es

NOTA BIOGRÁFICA

El autor es Licenciado en Derecho desde 1989 y funcionario de carrera del Ayuntamiento de Teror, donde ha desarrollado toda su carrera profesional desde 1991, año en que entró como Auxiliar Administrativo por oposición libre. En 1998 obtuvo una plaza de Administrativo mediante concurso-oposición y en 2011, mediante promoción interna, la plaza actual que ocupa de Técnico de Gestión de Administración General. Sus publicaciones tratan sobre Derecho Administrativo de Función Pública Local.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo: 1. analizar la figura jurídica del nivel de puesto de trabajo, desde el punto de vista de su utilidad para el ejercicio de la potestad de autoorganización en materia de ordenación del personal y del derecho a su promoción profesional; 2. extraer, del conjunto del ordenamiento jurídico, aquellos hechos determinantes del ejercicio y control de legalidad de la discrecionalidad administrativa, inherente a dicha potestad de autoorganización, cuando se aplica a determinar y motivar el nivel de puesto de trabajo; y 3. todo ello, combinando el Derecho de Función Pública Estatal Básico y el Autonómico de Canarias, aplicables a la función pública local canaria.

PALABRAS CLAVE

Función pública; nivel de puesto de trabajo; nivel de complemento de destino; grado personal; discrecionalidad administrativa; relación de puestos de trabajo; valoración de puestos de trabajo; Derecho Autonómico de Canarias.

ABSTRACT

The objective of this study is: 1. to analyze the legal figure of the job level, from the point of view of its usefulness for the exercise of the power of self-organization in matters of personnel management and the right to their professional promotion; 2. extract, from the legal system as a whole, those determining facts of the exercise and control of legality of the administrative discretionality, inherent to said power of self-organization, when it is applied to determine and motivate the level of job position; and 3. all this, combining the Basic State Public Function Law and the Canary Islands Regional Law, applicable to the canarian local public function.

KEYWORDS

Public function; job level; destiny complement level; personal grade; administrative discretionality; job openings relations; job evaluation; Canary Islands Regional Law.

SUMARIO

PLANTEAMIENTO. 1. CONCEPTO. 2. NATURALEZA JURÍDICA. 3. LOS HECHOS DETERMINANTES DE LA CLASIFICACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO MEDIANTE NIVELES. 3.1. EL INTERVALO DE NIVELES DE GRUPO/SUBGRUPO DE TITULACIÓN Y/O CUERPO O ESCALA Y SUBESCALA. 3.2. LOS PUESTOS TIPO Y SU NIVEL. 3.3. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS FUNCIONES DEL PUESTO DE TRABAJO. 4. LOS FINES Y EFECTOS DEL NIVEL DE PUESTO DE TRABAJO. 4.1. LA FINALIDAD ORGANIZATORIA DEL NIVEL DE PUESTO. 4.2. EN CUANTO A LOS FINES Y EFECTOS DE PROMOCIÓN PROFESIONAL DEL NIVEL DE PUESTO. 4.3. EN CUANTO A LOS EFECTOS RETRIBUTIVOS. 4.4. FINALMENTE, RESPECTO A LOS FINES O/Y EFECTOS SANCIONADORES. CONCLUSIONES. NORMATIVA CITADA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

PLANTEAMIENTO

El presente estudio tiene como objetivo: 1) analizar la figura jurídica del nivel de puesto de trabajo, desde el punto de vista de su utilidad para el ejercicio de la potestad de autoorganización en materia de ordenación del personal y del derecho a su promoción profesional, y 2) extraer, del conjunto del ordenamiento jurídico, aquellos hechos determinantes del ejercicio y control de legalidad de la discrecionalidad administrativa, inherente a dicha potestad de autoorganización, cuando se aplica a determinar y motivar el nivel de puesto de trabajo; y, 3) todo ello, combinando el Derecho de Función Pública Estatal Básico y el Autonómico de Canarias, aplicables a la función pública local canaria.

El nivel de puesto en la función pública local se determina conforme a los amplios criterios del artículo 3 del RD 861/1986, lo que puede llevar a la práctica administrativa de fijar el nivel de cada puesto considerando como única limitación los niveles mínimo y máximo del intervalo correspondiente a su subgrupo de titulación¹. La potestad organizatoria o de autoorganización aplicada a la determinación del nivel de puesto debe motivar el nivel de puesto adjudicado a cada puesto concreto con argumentos complementarios al de haber respetado los límites mínimo y máximo del intervalo de niveles correspondiente. *La motivación del acto de determinación del nivel de puesto de trabajo*, para garantizar un ejercicio legal de la potestad de autoorganización y su posterior control de legalidad, ha de basarse en los siguientes *aspectos reglados*: 1) La competencia y potestades administrativas del órgano administrativo actuante. 2) El procedimiento administrativo a seguir, que es el de aprobación o modificación de la RPT. 3) Los hechos determinantes subsumibles en los supuestos de hechos de las normas que regulan los grupos/subgrupos de titulación, los intervalos de niveles, los puestos tipo y las características de las funciones de cada puesto de trabajo real. 4) Las finalidades previstas por el Derecho de la Función Pública para el nivel de puesto de trabajo y sus posibles desviaciones invalidantes. 5) Los principios jurídicos que informan la determinación del nivel de puesto de trabajo.

En este estudio exponemos los hechos determinantes, fines y principios jurídicos a considerar en la motivación de la determinación del nivel de cada puesto de trabajo.

1. CONCEPTO

1. *El nivel de puesto es uno de los elementos de la técnica jurídica vigente de clasificación de puestos de trabajo de régimen funcionarial, en el que confluyen todos los demás, basada en una escala progresiva y*

¹ «FD 2.º.– ... El citado artículo 3 del Real-Decreto 861/1.986 ... faculta al Pleno de cada Corporación para que asigne el nivel de cada puesto de trabajo, ... atendiendo a unos criterios muy amplios y muy indeterminados: la especialización, la responsabilidad, la competencia, el mando, la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto de trabajo. Por tanto, las Corporaciones Locales deben hacer la clasificación y valoración de sus puestos de trabajo bajo el criterio de la objetividad y, ... además según criterios del artículo 3.3 del RD 861/1.986 ... y moverse dentro de las escalas de mínimos-máximos fijadas para el nivel del complemento de destino y conforme a cada grupo .../... la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la facultad de discrecionalidad de la que gozan las Corporaciones Locales bajo el principio de autoorganización en la asignación de niveles del complemento de destino a los puestos de trabajo, con la única limitación de que han de respetarse esos límites mínimos-máximos en función del grupo clasificatorio (Sentencias de 24 de enero de 1.991 y 9 de diciembre de 1.994 –Aranzadi 429 y 1653, respectivamente–)» (TSJ Canarias –Las Palmas– –Contencioso–, sec. 1.ª, S. 27-05-2006, núm. 581/2006, rec. 205/2004, FD 2.º).

«... en el ejercicio de su potestad de autoorganización, la Administración puede fijar libremente, dentro de los límites legalmente establecidos, el nivel de complemento de destino correspondiente a los puestos de trabajo de su organización, pero no lo es menos que esa potestad ha de actuarse de manera coherente con el fin de evitar desigualdades injustificadas que puedan dar lugar a discriminaciones inaceptables en el seno de su propia organización» (TSJ Canarias, S. 28-10-1994, FD 2.º, La Ley 12710/1994).

jerárquica desde el nivel 1 al 30 y que tiene finalidades y/o efectos organizativos, de promoción profesional, retributivos y sancionadores.

En el sistema actual de estructuración de puestos de trabajo hay 30 niveles, estando la norma básica que establece el número de niveles de puesto sujeta a la derogación suspensiva de la DD Única.b) y DF 4.ª.2 del RDLg 5/2015².

2. La misma escala de niveles de puesto de trabajo se aplica simultáneamente como una escala del progreso profesional y retributivo de cada funcionario³, recibiendo en este caso cada nivel de puesto la denominación de «grado personal»⁴.

2. NATURALEZA JURÍDICA

1. El nivel de puesto de trabajo tiene *doble naturaleza jurídica* pues sirve tanto a los fines organizativos de la Administración Pública como a los fines de promoción profesional del funcionario.

Para la Administración Pública es un *instrumento organizativo de clasificación y ordenación de los puestos de trabajo*, razón por la que es un contenido básico de las relaciones de puestos de trabajo (artículo 15.1.b) de la Ley 30/1984; art. 16.1.5.º de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de función pública de Canarias)⁵, dado que el nivel asigna al puesto una posición jerárquica en la estructura organizacional.

Por ello, el nivel de puesto es *un requisito de capacidad exigible para el desempeño del puesto*, pues el funcionario nombrado, provisional o definitivamente, para su desempeño solo puede desempeñar puestos cuyo nivel esté dentro del intervalo de niveles del grupo/subgrupo de titulación del cuerpo o escala y subescala de su plaza⁶.

El nivel de puesto (y el complemento de destino vinculado) tiene *carácter objetivo*, pues «... el complemento de destino no está determinado por la función atribuida al Cuerpo de pertenencia del funcionario, sino que se fija en consideración a las características del puesto de trabajo ... la índole del puesto desempeñado y no las cualidades profesionales del funcionario, ni el campo en que se desarrollan sus funciones, es el que determina las percepciones del complemento de destino»⁷.

2. Para el funcionario, el nivel de puesto es un *instrumento de promoción profesional en su carrera vertical* que produce la adquisición del derecho subjetivo denominado «grado personal» (Ley 30/1984: 21.1.c); Ley 2/1987: 27.1 y 28.1) y *de promoción económica*⁸ asociada a éste, *cuando asciende en la estructura (de*

² «Los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles» [Ley 30/1984: 21.1.a)–norma básica– y 1.3; RD 364/1995: 70.1; Ley 2/1987: 27.1.a) y 1.4]. La DD Única.b) y la DF 4.ª.2 del RDLg 5/2015 establecen una derogación de derecho básico sujeta a condición suspensiva que implica que el derecho estatal básico derogado continúa vigente hasta la entrada en vigor las leyes autonómicas y sus reglamentos que desarrollen al Estatuto Básico del Empleado Público. No obstante, esta derogación es efectiva tanto por el Derecho Autonómico anterior a la Ley 7/2007, refundida en el RDLg 5/2015, que reproducía a la Ley 30/1984, como por el Derecho Autonómico posterior a la Ley 7/2007, tanto si se trata de modificaciones legislativas del Derecho Autonómico posteriores a la Ley 7/2007, como si se trata de un Derecho Autonómico con un cuerpo legislativo nuevo que derogue al anterior.

³ «Todo funcionario posee un grado personal que corresponderá a alguno de los niveles en que se clasifiquen los puestos de trabajo» [Ley 30/1984: 21.1.c)]. «Todo funcionario posee un grado personal correspondiente a uno de los treinta niveles en que están clasificados los puestos de trabajo» (Ley 2/1987: 27.1).

⁴ No confundir el grado de la carrera horizontal en el mismo puesto, que solo tiene efectos retributivos, con el grado personal (de carrera vertical) que se adquiere por el desempeño de puestos con nivel de puesto superior o por la superación de cursos de formación u otros requisitos objetivos [Ley 30/1984, de 2 de agosto: 21.1.f); Ley –Canarias– 2/1987: 28.3].

⁵ Ley 30/1984: 15-1.b): «Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, ... el nivel de complemento de destino...» (sería más correcto decir «nivel de puesto»). Ley –Canarias– 2/1987:16.1.3.º: «Las relaciones de puestos de trabajo ... contendrán ... las siguientes circunstancias mínimas: ... 3.º Nivel ... con el que ha sido clasificado, del 1 al 30».

⁶ «En ningún caso los funcionarios podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al Grupo en el que figure clasificado su Cuerpo o Escala» (RD 364/1995: 71.2. Ley 2/1987: 27.2).

«En ningún caso los funcionarios de Administración Local podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al grupo de titulación en que figure clasificada su Escala, Subescala, clase o categoría» (RD 861/1986: 3.3).

⁷ TS, Sala 3.ª, S. 01-10-1991, rec. 187/1987, FD 2.º. TS, Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. 26-09-2011, rec. 1864/2008, FD 1.º. TSJ Cantabria, S. 967/2007, de 10-12-2007, rec. 134/2007, FD 5.º.

La STS 10-11-1994 indica que «el complemento de destino no está determinado por la función atribuida al Cuerpo de pertenencia del funcionario, sino que se fija en consideración a ciertas características del puesto de trabajo. ... el mencionado complemento es un concepto retributivo objetivo y singular relacionado con el puesto de trabajo desempeñado y, por ello, ni cabe conectarlo con la titulación y capacitación técnica exigidas para el ingreso en Cuerpos determinados, ...» (TSJ Baleares, contencioso, sec. 1.ª, S. núm. 875/2005, de 14-10-2005, rec. 698/2003, FD 3.º).

⁸ «La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán ... atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa» [RDLG 5/2015:

30 niveles) de puestos de trabajo, mediante el desempeño de puestos sucesivos, (1) cambiando de puesto de trabajo, por los procedimientos establecidos en el capítulo III del título V del RDLg 5/2015 (de provisión de puestos, de libre designación y de movilidad) [RDLg 5/2015: 16.3.b)] o por promoción interna horizontal, o (2) cambiando de plaza a otro grupo/subgrupo superior, mediante los procedimientos de nuevo ingreso o promoción interna vertical.

También es un *instrumento de promoción profesional en su carrera horizontal*, en el mismo puesto desempeñado y sin necesidad de cambiar de puesto [RDLg 5/2015: 16.3.a) y 17], cuando la norma de desarrollo de la carrera horizontal, con la que se dote la Administración Pública estatal, autonómica o local actuante, prevea la elevación del nivel de puesto como uno de los efectos de la carrera horizontal que diseña, dado que «los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical...» (RDLg 5/2015: 16.4) y tener la oportunidad (RDLg 5/2015: 16.2) de poder alcanzar «los ascensos que procedan según la modalidad de carrera aplicable en cada ámbito» (RDLg 5/2015: DA 9.^a).

Y, sin vinculación a puesto alguno, el grado personal puede ser adquirido mediante cursos de formación u otros requisitos objetivos, lo que, por razones sistemáticas y de orden, detallamos más adelante en el epígrafe 4.2, punto 2.

En consecuencia, el grado personal alcanza a todos los sistemas de ascenso profesional, siendo un elemento central, gradual y progresivo de la ordenación de la función pública, cuya fundamentación radica en los principios constitucionales rectores del acceso al empleo público (igualdad en las condiciones de acceso, mérito y capacidad)⁹.

Los anteriores principios jurídicos rectores constituyen el sustrato de la configuración legal del grado personal como *derecho subjetivo de todo funcionario* que se corresponde con alguno de los 30 niveles en que se clasifican los puestos de trabajo¹⁰, como condición de trabajo de la Directiva 1999/70/CE¹¹, como garantía retributiva¹², como mérito en los concursos¹³ y como concepto más amplio que el de funciones desempeñadas¹⁴.

3. LOS HECHOS DETERMINANTES DE LA CLASIFICACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO MEDIANTE NIVELES

Los siguientes elementos clasificatorios de puestos de trabajo constituyen *los hechos determinantes del ejercicio y control de legalidad de la actividad administrativa de determinación y motivación del nivel de puestos de trabajo*: i) El intervalo de niveles de grupo/subgrupo de titulación y/o Cuerpo o Escala y Subescala; ii) El puesto de trabajo tipo y su nivel mínimo; iii) Las características de las funciones del puesto de trabajo.

No incluimos en este epígrafe al grado personal, pues éste clasifica a los funcionarios.

24.a)]. «Son retribuciones complementarias: a) El complemento de destino correspondiente al nivel del puesto de trabajo que desempeñe» [Ley –Canarias– 2/1987: 82.3.a)].

⁹ «... la importancia que tiene el grado personal en la estructuración de la función pública que ha diseñado el legislador y también la tiene cuando señala la necesidad de que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad se observen no sólo en el momento del acceso a ella, sino también a lo largo del desarrollo de la carrera administrativa, particularmente en cuanto hace a la progresión en el grado personal, precisamente por la relevancia que tiene este elemento en el conjunto de la ordenación de la función pública. ... Únicamente de este modo podrá asegurarse la observancia de la regla según la cual el acceso y el ascenso en la función pública han de producirse en condiciones de igualdad y por razones de mérito y capacidad, que es lo que, conforme a la Constitución, quiere la ley» (Tribunal Supremo –Contencioso–, sec. 7.^a, S. 20-01-2003, rec. 6/2002, FD 3.^o).

¹⁰ Ver nota al pie 3. «El grado personal constituye un derecho del funcionario» (Ley –Canarias– 2/1987: 28.1).

¹¹ «... el grado personal y sus efectos jurídicos han de ser incluidos en el ámbito o en el concepto de condiciones de trabajo que utiliza la cláusula transcrita ...» –cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE– (TSJ Murcia, Sala de lo contencioso, S. núm. 332/2021, de 3-9-2021, rec. 227/2020, FD 4.^o).

¹² Ley 30/1984: 21.2.a). D. 48/1998: 23.2.d).

¹³ «Se considerarán méritos preferentes, conforme reglamentariamente se determine, la valoración del trabajo desarrollado en los anteriores puestos ocupados, los cursos de promoción y perfeccionamiento superados en las Escuelas de Administración Pública, las titulaciones académicas, en su caso, y la antigüedad» [Ley 30/1984: 20.1.a); Ley –Canarias– 2/1987: 78.2].

¹⁴ El Abogado del Estado: «... el complemento de destino no retribuye las funciones desempeñadas sino el concepto más amplio de nivel del puesto ...» (Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala contencioso-administrativo, Sentencia de 14-10-2005, recurso 698/2003, contra la que se impuso recurso de casación resuelto por TS, Sala 3.^a, sec. 7.^a, S. 14-09-2009, rec. 4/2006, FD 2.^o y 3.^o: resumen: es posible asignar nivel de puesto inferior a funcionario de nuevo ingreso si sus funciones son menores en cantidad y calidad a las de los que ya han consolidado grado inicial).

3.1. El intervalo de niveles de grupo/subgrupo de titulación y/o cuerpo o escala y subescala

1. Las competencias de las Administraciones Públicas se dividen en múltiples funciones y tareas jerarquizadas asumibles por una persona física (puesto de trabajo)¹⁵ o por una máquina dotada de inteligencia artificial suficiente (puesto de trabajo robotizado o funciones robotizadas). Esta forma de *distribución del trabajo entre personas físicas* tiene dos *elementos básicos estructurales*: las agrupaciones profesionales y los grupos/subgrupos de titulación profesional.

«Los funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo» (agrupaciones profesionales) (RDLg 5/2015: 75.1).

«Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos» (RDLg 5/2015: 76) en los *grupos y subgrupos de titulación profesional* de personal funcionario de carrera determinados en el art. 76, DA 6.ª y DT 3.ª del RDLg 5/2015.

A cada *grupo/subgrupo de titulación* (o cuerpo o escala de un mismo grupo de titulación) se le asigna un *intervalo de niveles de puesto* que, en el caso de la AGE (Administración General del Estado), lo establece el artículo 71.1 del RD 364/1995; para el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, lo determina la DA 4.ª del Decreto 48/1998; y, en el caso de los funcionarios de Administración Local, lo establece el artículo 3.1 del RD 861/1986, de 25 de abril, que remite a la norma aplicable a los funcionarios de la AGE.

La *tabla de intervalos de dicho artículo 71.1* ha de actualizarse en lo referente a los niveles mínimos y a la identificación de los grupos (y subgrupos) de titulación.

En lo relativo a los *niveles inferiores de cada intervalo*, dado que tienen un margen de discrecionalidad y están sujetos a criterios reglados de determinación y a previa valoración técnica y a *negociación colectiva*, los niveles mínimos preceptivos pueden elevarse mediante negociación colectiva. Así lo ha hecho la AGE mediante la Resolución de 18 de junio de 1998, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de junio de 1998, por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos sobre ordenación de retribuciones en el que se acuerda elevar los niveles mínimos de puestos (BOE 23-06-1998).

La elevación de niveles mínimos pactada en negociación colectiva por la AGE no implica modificación normativa del art. 71.1, ni es de aplicación directa a las Entidades Locales que podrán hacer sus propias negociaciones colectivas, también¹⁶.

En cuanto a los *grupos y subgrupos de titulación*, al ser dicho artículo 71.1 una norma previa a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, refundida en el actual RDLg 5/2015, hay que realizar la equivalencia de grupos entre los anteriores de la Ley 30/1984 y los del vigente art. 76 del RDLg 5/2015, lo que viene establecido en la DT 3.ª de este RDLg 5/2015.

Por otro lado, el Grupo B anterior a la Ley 7/2007, vinculado a la titulación universitaria de ingeniero técnico, arquitecto técnico, diplomado universitario, formación profesional de tercer grado o equivalente (Ley 30/1984: 25), es distinto del Grupo B del art. 76 de la Ley 7/2007, vinculado a la titulación de Técnico Superior (Formación Profesional).

El *nuevo grupo B*, creado por la Ley 7/2007 y actual RDLg 5/2015, tendrá el *intervalo de niveles* que le asigne la Ley de función pública que desarrolle al RDLg 5/2015 y, en ausencia de dicha norma con rango de ley, la norma local (reglamentaria) que resulte aprobada, pudiendo aplicarse un intervalo razonable del 20 al 24¹⁷.

En la siguiente tabla se resume la evolución de los intervalos de niveles de los grupos/subgrupos de titulación o cuerpos o escalas y subescalas:

¹⁵ Pérez Luque (2003, p. 110): «... las funciones o tareas del puesto de trabajo son antes funciones o atribuciones que las corporaciones locales tienen encomendadas por el ordenamiento jurídico y ellas, mediante sus empleados, las reparten para que cumplan o pongan en práctica sus funciones públicas».

¹⁶ «... hay que estar con la Administración demandada respecto a la inaplicabilidad del acuerdo entre la Administración General del Estado y las Organizaciones Sindicales y la resolución que ordena su publicación en el periódico oficial, por el carácter y extensión del mismo que vincula directamente a las partes que lo suscribieron, a menos que se produzca la aceptación expresa y formal del Pleno Municipal a quien compete la determinación del régimen retributivo de los funcionarios de la Administración Local» (TSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, sec. 2.ª, S. 29-04-2002, núm. 430/2002, rec. 3104/1998, FD 2.º, y la jurisprudencia del TS que cita).

¹⁷ Gil (2018).

TABLA 1. EVOLUCIÓN DEL GRUPO/SUBGRUPO DE TITULACIÓN DESDE LEY 30/1984

GRUPO/ SUBGRUPO O CUERPO/ESCALA		NIVEL MÍNIMO RD 364/1995: 71.1		NIVEL MÁXIMO RD 364/1995: 71.1	
Antes de Ley 7/2007 (Ley 30/1984)	Desde Ley 7/2007 GRUPO/SUBGRUPO		Desde Resolución 18-06-1998, AGE (negociación colectiva)		
GRUPO	GRUPO	SUBGRUPO	MÍNIMO LEGAL		
A	A	A1	20	22	30
B		A2	16	18	26
–	B		–	20	24
C	C	C1	11	14	22
D		C2	9	12	18
E	OAP (Otras Agrupaciones Profesionales)		7	10	14

Fuente: Elaboración propia.

2. Como consecuencia de las normas ya citadas, los intervalos de niveles de los puestos de trabajo (AGE y Entidades Locales que lo hayan negociado en el mismo sentido) pueden ser los siguientes¹⁸, según su adscripción a uno o a dos grupos/subgrupos:

TABLA 2. INTERVALOS DE NIVELES DE PUESTOS DE TRABAJO POR GRUPO/SUBGRUPO Y DOBLE GRUPO/SUBGRUPO DE TITULACIÓN (CON NEGOCIACIÓN COLECTIVA QUE ELEVA EL NIVEL MÍNIMO)

SUBGRUPO TITULACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO (ordenados de mayor a menor categoría)	INTERVALOS DE NIVELES DE PUESTOS DE TRABAJO (INP)	
	INP COMUNES	INP EXCLUSIVOS
A1	–	27 a 30
A1-A2 (o solo 1 de ellos)	22 a 26	
A2	–	No tiene
A2B	20 a 24	
A2-C1 (o 1 de ellos)	18 a 22	
B	–	No tiene
BC1	20 a 22	
C1	–	No tiene
C1C2 (o 1 de ellos)	14 a 18	
C2	–	No tiene
C2OAP (o 1 de ellos)	12 a 14	
OAP	–	10-11

Fuente: Elaboración propia.

¹⁸ Corral (2001, p. 84). Tabla extraída del libro y adaptada a la Resolución de 18 de junio de 1998, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de junio de 1998, por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos sobre ordenación de retribuciones en el que se acuerda elevar los niveles mínimos de puestos (BOE 23-06-1998).

Y las EE.LL que no hayan negociado incremento de nivel mínimo, tendrán estos intervalos:

TABLA 3. INTERVALOS DE NIVELES DE PUESTOS DE TRABAJO POR GRUPO/SUBGRUPO Y DOBLE GRUPO/SUBGRUPO DE TITULACIÓN (SIN NEGOCIACIÓN COLECTIVA QUE ELEVE EL NIVEL MÍNIMO)

SUBGRUPO TITULACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO (ordenados de mayor a menor categoría)	INTERVALOS DE NIVELES DE PUESTOS DE TRABAJO (INP)	
	INP COMUNES	INP EXCLUSIVOS
A1	–	27 a 30
A1A2 (o solo 1 de ellos)	20 a 26	
A2	–	No tiene
A2B	20 a 24	
A2C1 (o 1 de ellos)	16 a 22	
B	–	No tiene
BC1	20 a 22	
C1	–	No tiene
C1C2 (o 1 de ellos)	11 a 18	
C2	–	No tiene
C2OAP (o 1 de ellos)	9 a 14	
OAP	–	7 a 8

Fuente: Elaboración propia.

3. En el caso de la *Comunidad Autónoma de Canarias*, los intervalos de niveles de los subgrupos de titulación de los cuerpos o escalas y subescalas están determinados por la DA 4.ª del Decreto 48/1998, de 17 de abril, que regula la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias:

TABLA 4. INTERVALOS DE NIVELES DE PUESTOS DE TRABAJO POR GRUPO/SUBGRUPO DE TITULACIÓN EN COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS.

GRUPO/SUBGRUPO DE CLASIFICACIÓN DE CUERPOS O ESCALAS (*)	NIVEL MÍNIMO	NIVEL MÁXIMO
Subgrupo A1	24	30
Subgrupo A2	22	26
Subgrupo C1	18	22
Subgrupo C2	14	18
Otras agrupaciones	12	14

(*) Denominación de los grupos/subgrupos de titulación adaptada al RDLg 5/2015.

Fuente: DA 4.ª Decreto (Canarias) 48/1998.

4. Las reglas más importantes vinculadas a los intervalos de subgrupo de titulación de los cuerpos o escalas y subescalas y determinantes del nivel de puesto son las siguientes:

- Los niveles de clasificación de puestos son treinta (L. 30/1984: 21.1.a); RD 364/1995: 71.1; Ley canaria 2/1987: 27.1; D. 48/1998: DA 4.ª; RD 861/1986: 3.1).

- El nivel de puesto ha de estar dentro del intervalo de niveles del grupo o subgrupo de titulación a que se adscribe el puesto. (Ley 30/1984: 22.1¹⁹; Ley 2/1987: 27.3; RD 861/1986: 3.2).
- La regla general es que los puestos de trabajo se adscriban a dos subgrupos de titulación correlativos, lo cual es justa correspondencia con el principio de adscripción indistinta de puestos de trabajo²⁰. La adscripción a doble subgrupo es aplicable siempre a los puestos orgánicos (Orden 6-2-1989: 8.1.a) (por tanto, singularizados; ver las tablas 7 y 8). La adscripción a doble subgrupo está generalizada en las actuales RPTs de la AGE y es aplicable también a los puestos no singularizados en los niveles comunes con el subgrupo superior²¹. La adscripción a un solo grupo/subgrupo se reserva a (1) los niveles exclusivos de los subgrupos A1 (27 a 30) y OAP (7 a 8) y (2) a puestos no orgánicos (o puestos base o no singularizados) cuando «el contenido de dichos puestos, en lo que se refiere a capacidad técnica, responda a la titulación y cualificación propia de ese Grupo»²² [Orden 6-2-1989: 8.1.b)], por lo que, en sentido contrario, éstos pueden adscribirse a doble subgrupo cuando la capacidad técnica exigida por su contenido esté predeterminada por el nivel del puesto, común a los dos subgrupos asignados.

Cuando el puesto se adscribe a dos subgrupos de titulación²³, el nivel máximo del puesto es el máximo del subgrupo inmediato inferior (desde el que sea posible la promoción interna) y su nivel mínimo es el mínimo del subgrupo superior (Orden de 6-2-1989: Norma 8.2: «En cualquier caso, la adscripción respetará los intervalos de niveles de complemento de destino correspondientes a cada Grupo de Titulación...»). En la siguiente tabla se ilustra esta norma:

TABLA 5. NIVELES INICIALES Y SUPERIORES DE PUESTOS DE TRABAJO POR GRUPO/SUBGRUPO Y DOBLE GRUPO/SUBGRUPO DE TITULACIÓN

PLAZA-Grupo/ Subgr.	PUESTO: INTERVALO DE NIVELES Y ADSCRIPCIÓN A UN GRUPO/SUBGRUPO O DOBLE SUBGRUPO DE TITULACIÓN			
	NIVELES INICIALES	DOBLE SUBGRUPO	NIVELES SUPERIORES	DOBLE SUBGRUPO
A1	20-22	A1 o A1A2	27-30	A1
A2	16-22	A2 o A2C1	23-26	A2 o A1A2
B	20-22	B o BC1	23-24	B o A2B
C1	11-18	C1 o C1C2	19-22	C1 o A2C1
C2	9-14	C2 o C2OAP	15-18	C2 o C1C2
OAP	7-8	OAP	9-14	OAP o C2OAP

Fuente: Corral (2001, p.84) y elaboración propia.

De la tabla anterior podemos extraer estas dos reglas:

Regla Primera en relación a la expectativa profesional del funcionario ya ocupante del puesto: en función del subgrupo de la plaza del funcionario a que está adscrito el puesto de trabajo de doble subgrupo, podemos diferenciar estas dos situaciones: i) Puesto adscrito a doble subgrupo superior: cuando el funcionario que desempeña el puesto (definitiva o provisionalmente) tiene una plaza del subgrupo inferior; ii) Puesto

¹⁹ «... siempre que se encuentre incluido en el intervalo de niveles correspondiente al nuevo cuerpo o escala ...» (Ley 30/1984: 22.1).

²⁰ Adscripción indistinta significa que cada puesto de trabajo puede ser ocupado por cualquier funcionario que cumpla el requisito de titulación (Ley 30/1984: 15.2; RDLg 5/2015: 73.2 y 81) si pertenece a la Administración Pública actuante, o, en caso de provenir de otra Administración Pública, si el puesto está abierto en la RPT a esa otra Administración (Ley 7/1985: 101).

²¹ Portal de Transparencia de la AGE (2021, 22 de agosto).

²² Lo que afectaría, al menos, a los niveles de la mitad inferior del intervalo del subgrupo en puestos base de la Escala de Administración General y, por razón de la titulación exigida, a puestos base de la Escala de Administración Especial en todo su intervalo de niveles.

²³ Orden de 6 de febrero de 1989, por la que se publica el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración (Administración General del Estado) (BOE 07-02-1989): Norma 8.1.

adscrito a doble subgrupo inferior: cuando el funcionario que desempeña el puesto tiene una plaza del subgrupo superior.

Dicha distinción tiene la consecuencia de que cuando se ocupa un puesto de doble subgrupo inferior, al ser el funcionario titular de plaza del subgrupo superior, solo se podrá alcanzar por desempeño de ese puesto el nivel máximo de su subgrupo inferior. Ejemplo: funcionario titular de plaza de subgrupo A2 que ocupa un puesto A2-C1 (cuyo nivel máximo es el 22).

Regla Segunda en relación a la expectativa profesional del funcionario de nuevo ingreso que ocupe el puesto cuando quede vacante: cuando queda vacante un puesto que acumula un nivel elevado o máximo, por la larga trayectoria profesional de su titular definitivo anterior, si se prevé su cobertura con un funcionario de nuevo ingreso o por promoción interna (si opta por éste y no por el que venía desempeñando –ver nota al pie 29–), debe ser reclasificado su nivel para asignarle el inicial del puesto tipo al que esté adscrito, pues, de no hacerse así, el funcionario que acceda al mismo, desde su toma de posesión, consolidaría, como grado inicial, el nivel alcanzado por el funcionario anterior durante toda su carrera profesional, por el desempeño de ese puesto durante dos años continuados o tres con interrupción (RD 364/1995: 70.2; Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 7.ª, S. 04-01-2007, rec. 81/2004, FD 4.º y 5.ª).

- Cada puesto solo puede tener un único nivel²⁴, incluso cuando está adscrito a doble subgrupo de titulación.
- El nivel de los puestos subordinados a otro no tiene que ser necesariamente inferior al del puesto del superior jerárquico²⁵ y, además, un puesto de nivel inferior puede tener un complemento específico superior a otro de nivel superior²⁶.
- Niveles iniciales de la mitad inferior o superior de cada intervalo: dentro de cada intervalo de niveles, la franja o mitad inferior se reserva para los niveles iniciales de los puestos base y no singularizados, que se destinan, por regla general, para los funcionarios de nuevo ingreso²⁷, y la mitad superior para los niveles iniciales de los puestos singularizados, que se reservan a los funcionarios de carrera que acceden a ellos mediante los sistemas de promoción vertical²⁸ o promoción interna cuando continúan en el puesto singularizado de mayor nivel y adscrito a doble subgrupo de titulación que venían desempeñando con nombramiento definitivo²⁹. En la tabla que sigue se resume el impacto, en la clasificación del puesto y en la carrera profesional, de la distinción entre puesto tipo o real singularizado y puesto tipo o real no singularizado:

²⁴ «El Tribunal Supremo ha declarado que es adecuado y legal que un puesto de trabajo esté abierto a varios grupos de titulación, pero eso no significa que tenga que tener un nivel distinto según el grupo de quien lo desempeñe (STS 16-11-1995)» (TSJ Cantabria, S. 967/2007, de 10-12-2007, rec. 134/2007).

²⁵ En la redacción original del artículo 3.2 del RD 861/1986 se disponía: «La asignación de niveles deberá hacerse de tal forma que, en todo caso, el nivel de complemento de destino de un puesto de trabajo sea superior al que corresponda a cualquier otro subordinado al mismo». Dicha norma se suprimió por el RD 158/1996, de 2 de febrero.

²⁶ «... nada impide que un puesto de trabajo con un nivel de complemento de destino inferior tenga un complemento específico de cuantía superior ...» (Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 9 de julio de 1997, La Ley 14678/1997).

²⁷ «La carrera profesional de los funcionarios de carrera se iniciará en el grado, nivel, categoría, escalón y otros conceptos análogos correspondientes a la plaza inicialmente asignada al funcionario tras la superación del correspondiente proceso selectivo, que tendrán la consideración de mínimos» (RDLg 5/2015: DA 9.ª). «Los funcionarios de nuevo ingreso se incorporarán normalmente a los puestos de trabajo que tengan asignados un nivel inferior dentro de las vacantes comprendidas en el intervalo de niveles correspondiente a su Cuerpo» (Ley 2/1987: 27.2).

²⁸ «... no puede confundirse la asignación de funciones entre puestos no singularizados con la adscripción a un puesto singularizado u otro ... en la sentencia 329, de 28 de mayo de 1998 declaramos lo siguiente ...: “El sistema de concurso de traslados resulta de aplicación para la cobertura de aquellos puestos de trabajo que aparecen singularizados en las relaciones de puestos de trabajo ... entre puestos no singularizados se previene la posibilidad de adscripción unilateral por necesidades del servicio” ...» (TSJ Castilla-La Mancha, contencioso, sec. 2.ª, S. 22-05-2000, núm. 22/2000, rec. 6/2000, FD 2.º).

²⁹ Ley 30/1984: 22.1 –norma básica–: «... los aspirantes aprobados en el turno de promoción interna podrán solicitar ... destino en el puesto que vinieran desempeñando ... de necesaria cobertura y se cumplan los requisitos establecidos en la RPT». Decreto (Canarias) 143/1990: «Los funcionarios de carrera que se hallen prestando servicios en la Administración de esta Comunidad Autónoma, que desempeñen puesto de trabajo mediante convocatoria pública de concurso y superen pruebas selectivas para ingreso en Cuerpos y Escalas de esta Administración a los que dicho puesto se halle adscrito, podrán optar entre continuar desempeñándolo o solicitar la adjudicación de alguno de los que con carácter general sean ofrecidos a los aspirantes seleccionados en dichas pruebas. Sólo podrá ejercerse dicha opción si el puesto de trabajo ocupado tuviere la doble adscripción en la relación de puestos de trabajo con anterioridad a la fecha de publicación de la convocatoria de las pruebas selectivas». Este Decreto desarrolla el derecho a la carrera administrativa y a la promoción interna regulado en la Ley (Canarias) 2/1987, de 30 de marzo, de función pública canaria, cuyo artículo 1.4 establece su aplicación directa a los funcionarios de administración local «en aquellos aspectos no reservados a la legislación básica del estado o al desarrollo reglamentario de su autonomía organizativa».

TABLA 6. DIFERENCIAS ENTRE PUESTO TIPO NO SINGULARIZADO Y PUESTO TIPO SINGULARIZADO

COMPARACIÓN	PUESTO NO SINGULARIZADO	PUESTO SINGULARIZADO
ASIGNACIÓN INICIAL DE PUESTO	Asignación inicial de puesto en caso de nuevo ingreso o promoción interna en la que se opta por el puesto no singularizado (RD Lg 5/2015: DA 9. ^a).	Asignación inicial de puesto en caso de promoción interna en la que se opta por el puesto singularizado que se venía desempeñando con doble subgrupo (L 30/1984: 22.1; D 143/1990).
NIVEL INICIAL	En la mitad inferior del intervalo de niveles correspondiente (L 2/1987: 27.2: «un nivel inferior... en el intervalo de niveles correspondiente a su cuerpo»). Esta característica fundamenta la denominación de «puesto base».	En la mitad superior del intervalo de niveles correspondiente (en sentido contrario de L 2/1987: 27.2. Y puestos tipo de Orden de 6-2-1989 y de los Decretos 259/1989 y 21/1997).
CARACTERES ORGÁNICOS	Puesto no individualizado o distinguido en la RPT [RD 364/1995: 59.1. D 48/1998: 24.1.b)]. Carece de jefatura o mando. El puesto se adscribe a un único subgrupo de titulación, por regla general [ver las tablas 7 y 8; y Orden 6-2-1989: 8.1.b)].	Denominación propia del puesto. Es parte de la estructura orgánica interna (Orden 6-2-1989: 5.2) y está diferenciado en la RPT [en sentido contrario de: RD 364/1995: 59.1. D 48/1998: 24.1.b)]. El puesto se adscribe a doble subgrupo de titulación, por regla general (ver las tablas 7 y 8), excepto los subgrupos con niveles exclusivos (ver además las tablas 2 y 3).
CARACTERES FUNCIONALES	Puesto con denominación y contenido funcional común propio de puestos de trabajo del mismo puesto tipo.	Funciones de jefatura o mando de unidades con efectos frente a terceros. Clases de funciones propias de puestos de jefatura o mando (L 7/2015: 58). Funciones específicas de ese puesto (*) que lo diferencian de los demás del mismo puesto tipo.
CARRERA VERTICAL	Concurso de méritos a otro puesto real de un puesto tipo singularizado.	Concurso de méritos a otro puesto real singularizado del mismo o distinto puesto tipo singularizado. Libre designación en otro puesto real singularizado del mismo o distinto puesto tipo singularizado.
	Reclasificación del nivel del mismo puesto y sin cambio de puesto tipo.	
CARRERA HORIZONTAL Y CAMBIO DE FUNCIONES, DESTINO O/Y PUESTO	MOVILIDAD CON CARRERA HORIZONTAL EN EL MISMO PUESTO (distribución interna de funciones entre puestos no singularizados). Con incremento/modificación (cuantitativo o/y cualitativo) del valor de sus funciones y, además, del complemento específico.	RECLASIFICACIÓN de funciones con elevación del complemento específico del mismo puesto, sin elevación de nivel, ni cambio de puesto tipo, ni de puesto real. Ejemplo: puesto en su nivel máximo con incremento de funciones y del complemento específico.

COMPARACIÓN	PUESTO NO SINGULARIZADO	PUESTO SINGULARIZADO
	<ul style="list-style-type: none"> • MOVILIDAD SIN CARRERA HORIZONTAL EN EL MISMO PUESTO (distribución interna de funciones entre puestos no singularizados). Sin incremento/modificación (cuantitativo o/y cualitativo) del valor de sus funciones, ni del complemento específico. • REDISTRIBUCIÓN DE EFECTIVOS por necesidades del servicio. Adscripción a otro puesto de trabajo de la misma naturaleza, nivel y complemento específico sin cambio de municipio. La adscripción es definitiva. (RD 364/1995: 59.1. D 48/1998: 24.1). 	<ul style="list-style-type: none"> • RECLASIFICACIÓN de funciones sin elevación del complemento específico del mismo puesto, sin elevación de nivel, ni cambio de puesto tipo, ni de puesto real. • ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL A OTRO PUESTO SINGULARIZADO, en caso de: i) Remoción, en puesto obtenido en concurso de méritos; ii) Cese en puesto obtenido por libre designación; iii) Supresión o modificación sustancial del puesto en la RPT (RD 364/1995: 63; D 48/1998: 27, 16 y 23).
	MOVILIDAD (sin carrera horizontal en el mismo puesto) POR CAMBIO DE ADSCRIPCIÓN DE PUESTO DE TRABAJO Y DEL FUNCIONARIO TITULAR DEL MISMO a otra unidad, centro o departamento sin modificar las características y funciones esenciales del puesto y sin cambio de municipio (salvo conformidad del funcionario) (D 48/1998: DA 5. ^a). (El art. 61.1 del RD364/1995 restringe esta facultad a los puestos no singularizados).	

(*) Ejemplo: Jefe de Negociado (JN) de Urbanismo, JN de Tesorería, JN de Personal, etc.

Fuente: Elaboración propia.

- Cada puesto real tendrá como nivel inicial o mínimo el correspondiente al puesto tipo al que pertenece u otro superior y como nivel máximo, al que progresar, el que corresponda al intervalo de su subgrupo o doble subgrupo, sin que sea aplicable el límite de ascenso de dos niveles superiores al grado personal consolidado³⁰. En consecuencia, mediante promoción profesional en el mismo puesto o en otros se podrá alcanzar el máximo nivel correspondiente a su intervalo, independientemente de que el nivel inicial del puesto haya estado en su mitad inferior o superior.
- El nivel de puesto inferior al grado personal consolidado puede imponerse (sin conformidad del funcionario) hasta el segundo nivel inferior a éste (RD 364/1995: 72.3), debiendo estar esta decisión suficientemente motivada. En consecuencia, cuando el grado personal (y el nivel de puesto singularizado desempeñado) se sitúa en los niveles inferiores de la mitad superior del intervalo correspondiente, la imposición de ese segundo nivel inferior, por supresión del puesto singularizado obtenido en concurso de méritos, puede suponer la adscripción provisional a un puesto singularizado adscrito a doble subgrupo inferior al de la plaza del funcionario afectado, que debe cubrirse por concurso (RD 364/1995: 72.2), de lo que se deduce que no se le puede adscribir a un puesto base (ver nota 28: TSJ Castilla-La Mancha, contencioso, S. 22-05-2000, rec. 6/2000).

3.2. Los puestos tipo y su nivel

1. Cada Administración Pública determina los niveles de puesto conforme a su potestad de autoorganización, dentro del intervalo de cada grupo o subgrupo de titulación.

³⁰ «... el contenido originario de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, donde se consideraba que los funcionarios no podían ser designados para ocupar puestos de trabajo de un nivel superior o inferior, en más de dos, al correspondiente a su grado personal consolidado como funcionario. ... En la actualidad, después de las modificaciones que ha introducido la Ley 23/1988, de 28 de julio, los funcionarios pueden pasar a ocupar cualquier lugar de trabajo atribuido al grupo al que pertenecen, sin que se vean limitados inicialmente por el grado personal que hayan consolidado» [Tribunal Constitucional –Pleno–, S. 14-02-2002, núm. 37/2002, BOE 63/2002, de 14 de marzo de 2002, rec. 71/1994; 243/1995, AH 6.º.c): Alegaciones del Abogado del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña].

La lógica jurídica y fines que inspiran al sistema de estructuración de puestos de trabajo en niveles imponen que, para *determinar el nivel de un puesto de trabajo*, hay que hacer, al menos, las siguientes diferenciaciones o *clasificaciones básicas* inherentes al propio sistema: i) entre puesto tipo y puesto real; ii) entre puesto tipo base o no singularizado y puesto tipo singularizado y iii) entre nivel inicial del puesto (base o singularizado) y el nivel posterior al inicial.

El puesto real es el que ocupa una persona física y el puesto tipo es una figura jurídica genérica que agrupa a una clase homogénea de puestos reales. Hay puestos tipo que se corresponden con un único puesto real (ejemplo: el secretario de un Ayuntamiento), pero, la regla general es que un puesto tipo agrupe a varios o a un gran número de puestos reales (ejemplo: el puesto tipo Jefatura de Sección agrupa a todos los puestos reales de Jefatura de Sección en su diversidad funcional: urbanismo, tesorería, servicios sociales, personal, etc.).

2. En el caso de la AGE, la Orden de 6 de febrero de 1989, que aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario, dispone, en su Anexo II, la siguiente «plantilla tipo» de puestos de «denominación básica» con sus niveles de puesto (hemos añadido la columna grupo/subgrupo):

TABLA 7. PLANTILLA TIPO DE PUESTOS DE TRABAJO DE LA ORDEN DE 06/02/1989

NIVEL DE CD antes de la Resolución 18-06-1998	NIVEL DE CD desde la Resolución 18-06-1998 (negociación colectiva)	DENOMINACIÓN BÁSICA	GRUPO/SUBGRUPO (*)
30		Subdirector General	A1
30		Vocal Asesor	A1
30		Asesor ejecutivo	A1
29		Subdirector general adjunto	A1
28		Jefe de área	A1
28		Consejero técnico	A1
26		Jefe de servicio	A1; A1A2
20 a 24		Jefe de sección. Nivel (**)	20 a 24: A1A2; A2. 20 a 22: A2C1; C1.
14 a 18		Jefe de negociado. Nivel (**)	C1; C1C2
10 a 12		Jefe de equipo. Nivel (**)	C2
20 en adelante (A1)	22	Técnico superior. Nivel (**)	A1
16 en adelante (A2)	18	Técnico. Nivel (**)	A2
11 en adelante (C1)	14	Ayudante. Nivel (**)	C1
9 en adelante (C2)	12	Auxiliar. Nivel (**)	C2
7 en adelante (otras agrupaciones)	10	Subalterno. Nivel (**)	OAP

(*) Portal de Transparencia de la AGE (2021). Relaciones de puestos de trabajo de funcionarios de la AGE. De la del Ministerio de Hacienda y Función Pública hemos extraído los subgrupos y dobles subgrupos.

(**) “Se expresará el nivel de complemento de destino correspondiente al puesto de trabajo” (BOE nº 32, 07/02/1989, p. 3669). La Tabla indica los niveles iniciales mínimos, lo que se deduce de la expresión “en adelante”; la cual, aunque no se exprese, es aplicable también a los puestos singularizados.

Fuente: Orden 06/02/1989

En las RPTs de funcionarios de la AGE hay otras clases de puestos tipo distintos de los de denominación básica.

3. En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, el nivel de *puesto tipo* (base y singularizado por jefatura y función de alto cargo y secretariado) viene establecido por los Decretos 259/1989, de 19 de

octubre, y 21/1997, de 20 de febrero, por los que se establece la homogeneización de los niveles de complemento de destino y específico de determinados grupos, se ha fijado el nivel de puesto para puestos tipo base y de Jefaturas de Negociado, Sección y Servicio y para puestos de Altos Cargos y Secretarios de Consejero y Viceconsejero, de los que resulta la siguiente estructura de niveles y puestos tipo:

TABLA 8. PLANTILLA TIPO DE PUESTOS DE TRABAJO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS (DECRETOS 259/1989 Y 21/1997)

PUESTO	GRUPO/SUBGRUPO (adaptado a Ley 7/2007)	NIVEL MÍNIMO (*)
Jefe de servicio	A1	28
	A1A2	26
Jefe de sección	A1A2	24
Jefe de negociado (**)	C1C2	20
	C2	18
Puesto base	A1	24
	A2	22
	C1	18
	C2	14
	Otras Agrupaciones	12
Secretario/a de Consejero/a o Viceconsejero/a	No se indica, pero se deduce: C1/C2, C1, C2	18
Secretario/a de Alto cargo		16

(*) «Los puestos de trabajo correspondientes a Jefaturas de Servicio, Sección y Negociado, puestos base de los grupos A y B y Secretarios de Consejeros, Viceconsejeros y Altos Cargos tendrán asignados, en las respectivas relaciones de puestos de trabajo, como mínimo, los siguientes niveles de complemento de destino y puntos de complemento específico» (Decreto, Canarias, 259/1989, artículo 1).

(**) El grupo/subgrupo indicado en los Decretos 259/1989 y 21/1997 es el C1C2, lo que considero un error de derecho, pues el nivel máximo del subgrupo C2 es el 18. En consecuencia, al nivel 20 considero que le corresponde una Jefatura de Negociado de doble subgrupo A2C1. Lo que confirma, además, la Jefatura de Negociado de nivel 18 que se adscribe solo al subgrupo C2 porque el nivel 18 es el inicial del subgrupo C1 (ver tabla 4).

Fuente: Decretos (Canarias) 259/1989 y 21/1997.

Se establece para el puesto tipo un nivel mínimo solamente, lo que habilita a promocionar hasta el nivel máximo del intervalo, lo que impedía la anterior normativa contenida en la DA 2.^a de la Orden de 26 de junio de 1985, de la Presidencia del Gobierno, de desarrollo del Decreto 62/1985, de 15 de marzo, por el que se establecen los criterios generales y el procedimiento de aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de los Departamentos del Gobierno de Canarias³¹.

El catálogo de puestos tipo de la Comunidad Autónoma de Canarias asigna un nivel inicial a cada puesto tipo, siendo su nivel máximo el del intervalo correspondiente al grupo/subgrupo o doble subgrupo a que esté adscrito, el cual podrá alcanzar el funcionario que lo desempeñe con su trayectoria profesional en el mismo (sin cambiar de puesto), de tal manera que, en función del puesto tipo, el nivel inicial estará más próximo o más alejado del nivel máximo del intervalo, siendo así necesario mayor o menor tiempo de carrera

³¹ Orden de 26 de junio de 1985, de la Presidencia del Gobierno, de desarrollo del Decreto 62/1985, de 15 de marzo, por el que se establecen los criterios generales y el procedimiento de aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de los Departamentos del Gobierno de Canarias: DA 2.^a: 1. Podrán asignarse los siguientes niveles de complemento de destino: – Direcciones Territoriales y Jefaturas de Servicio, del 25 al 28. – Jefaturas de Sección, del 19 al 24. – Jefaturas de Negociado, del 14 al 18. – Secretarías de Presidente, Vicepresidente o Consejeros, del 12 al 15. – Secretarías de Titulares de Centros Directivos, del 10 al 12. – Asesorías Técnicas, del 20 al 26.

profesional para alcanzar el nivel máximo del intervalo, siendo ésta una *diferencia esencial, desde el punto de vista de la promoción profesional en la escala de niveles, entre puesto no singularizado y singularizado*. Ascenso de niveles que, si no viene acompañado de incremento cuantitativo o cualitativo de funciones o nueva valoración creciente de las preexistentes, no implicaría incremento del complemento específico.

4. Y, en el caso de las Entidades Locales, al amparo del artículo 3.1 y 2 del RD 861/1986 y en ejercicio de los principios de autonomía local y de autoorganización, pueden aprobar sus propias plantillas de *puestos tipo*, no singularizados (puesto base) o singularizados, a los que asignar niveles mínimos o intervalos de niveles dentro de los niveles mínimo y máximo de cada grupo/subgrupo de titulación o doble subgrupo de titulación. En todo caso, deben aplicar los puestos tipo de denominación básica u otros equivalentes de la Orden de 6 de febrero de 1989, que aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario, y del art. 60 de la Ley canaria 7/2015, sin perjuicio de crear otros puestos tipo. Dicha Orden es de aplicación supletoria a las EE.LL por ser desarrollo del artículo 15 de la Ley 30/1984 (dicho artículo es de aplicación supletoria a las EE.LL), y, por otro lado, (la Orden referida) es de aplicación directa en virtud de lo dispuesto por el artículo 90.2³² de la Ley 7/1985, cuya norma estatal de desarrollo a que alude no ha sido aún elaborada³³.

3.3. Las características de las funciones del puesto de trabajo

1. *Los puestos realmente existentes³⁴ en la organización (y en su RPT o instrumento análogo, estén o no dotados presupuestariamente) deben ser subsumidos en alguno de los puestos tipo creados y el nivel de puesto de cada uno de aquellos se motivará a partir del nivel mínimo de su respectivo puesto tipo y de los factores de valoración de nivel de puesto aplicados a las características de sus funciones que, en el caso de la Administración Local, se determinan en el artículo 3.2 del RD 861/1986.*

La «jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas» es uno de los «fundamentos de actuación» [RDLg 5/2015: 1.3.j)] de las Administraciones Públicas «en el marco de sus posteades de autoorganización ... de acuerdo con las normas que regulan ... la distribución de funciones» (RD 5/2015: 72), razón por la que estas normas, que imponen a las Administraciones Públicas el deber de estructurar a sus recursos humanos, constituyen, en consecuencia, *un sistema de control reglado de la legalidad del ejercicio de la discrecionalidad inherente a la potestad de autoorganización en materia de distribución de funciones* entre puestos de trabajo (y de las consecuentes reorganizaciones y reordenaciones de puestos causadas por reestructuraciones organizativas), *del que podemos extraer estos contenidos reglados y principios jurídicos rectores de la objetividad e imparcialidad en la determinación de los niveles de los puestos de trabajo vinculada a las características de sus funciones:*

- Idoneidad entre las funciones del puesto efectivamente desempeñado y las del cuerpo o escala y subescala a la que se adscribe la plaza del funcionario: con rango de norma básica estatal y de régimen local, las funciones del puesto de trabajo han de tener encaje o estar subsumidas en las funciones genéricas de las escalas y subescalas del personal funcionario (RDLg 5/2015: 75.2; Ley 30/1984: DA9.^a; Ley 2/1987: 24.1.d) y DA 2.^a; RDLg 781/1986: 169 a 175; Ley 7/2015: 59).
- Idoneidad entre las funciones determinadas del puesto real efectivamente desempeñado por el funcionario y las del puesto tipo en el que es clasificado por la RPT.
- Reconocimiento y/o regularización de las funciones efectivamente desempeñadas³⁵, con nombramiento formal previo o en vía de hecho (sin nombramiento previo alguno) que puede consistir,

³² «Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores» (Ley 7/1985: 90.2).

³³ El art.126.4 del RD 781/1986 «... hace remisión expresa al art.90.2 LRRL en el asunto de la confección de la RPT resultando transitoriamente de aplicación las previsiones del art.16 L 30/1984 y la Orden Ministerial de 2 de diciembre de 1988 sobre su contenido y la de 6 de febrero de 1989 sobre el modelo a utilizar» (TSJ Castilla-La Mancha, Contencioso, sec. 2.^a, S. 16-07-2014, núm. 466/2014, rec. 412/2010, FD 5.º.5.2).

³⁴ Puestos ocupados con nombramiento definitivo, puestos vacantes ocupados con nombramiento provisional (o sin él –irregularidad no invalidante–; ver nota 53: S. 07-05-2019, rec. 133/2018) y puestos vacantes y desocupados con o sin dotación presupuestaria.

³⁵ «... la ponderación de las funciones de un puesto de trabajo correspondiente a una Administración pública no puede hacerse con criterios meramente nominalistas sino atendiendo a las tareas efectivamente asignadas y al órgano del que jerárquicamente dependen. ... la Administración goza de gran libertad para definir esas funciones y, por lo mismo, de un amplio espacio de discrecionalidad

incluso, en la tolerancia (acto tácito) de la iniciativa del funcionario³⁶ que pudiera ser retribuida inicialmente mediante el complemento de productividad y que bien pudiera acabar generando un incremento de funciones retribuable con complemento específico e incremento de nivel de puesto.

- Posición jerárquica del puesto en la organización en función de: (1) la correspondencia con el nivel del puesto del superior jerárquico inmediato³⁷ al que se vincula orgánicamente por razón de las funciones desempeñadas (ver tabla 8: se asigna nivel máximo al Secretario/a de Consejero/a o Viceconsejero/a y al Secretario/a de Alto Cargo); y (2) de la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública, o la especial responsabilidad que lleva la adscripción a un servicio determinado³⁸. Es decir, correspondencia del nivel del puesto con su posición en el organigrama («posición que el mismo ocupa en la estructura del centro o unidad administrativo correspondiente»; ver nota al pie 37).
- Garantía del nivel de puesto: consistente en que la Administración Pública solo podrá «asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones» (RD/Lg 5/2015: 73.2). «La garantía del nivel del puesto de trabajo» implica que solo se podrán desempeñar puestos con este rango de niveles:

Puestos cuyo nivel esté dentro del intervalo de niveles del grupo de titulación del cuerpo o escala y subescala a que pertenezca el funcionario (RD 364/1995: 71.2; Ley 2/1987: 27.3; RD 861/1986: 3.3). No obstante, en casos de abuso de la temporalidad en el desempeño de funciones de categoría superior, el TS ha admitido incluso «que se puede asignar a un puesto de trabajo un nivel que se encuentre fuera de su intervalo...»³⁹ y la DT 5.ª de la Ley 2/1987 dispuso como efecto transitorio de su entrada en vigor que el fun-

para determinar los conocimientos convenientes para dichas funciones (lo que no significa arbitrariedad)» (TS, Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. 06-03-2013, rec. 4004/2010, FD 4.º).

«... para asignar y determinar tanto el complemento de destino como el específico en un puesto de trabajo, la Administración conforme a lo recogido en su día en el art. 23 de la Ley 30/1984 y actualmente en el art. 24 del Estatuto Básico del Empleado Público, está obligada a valorar previamente las funciones que tiene atribuidas cada puesto en concreto, el grupo de pertenencia del funcionario que ha de ocuparlo, y las condiciones particulares en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. La pasividad e inactividad legal de la Administración, no puede redundar en beneficio de la misma. De ahí que la obligación que tenía de actualizar las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT) de los Jefes de las Unidades de Impugnaciones y fijar el nivel de complemento de destino en un 27 o más, no puede perjudicar a los que actualmente ocupan ese puesto y, especialmente, a aquellos que lo vienen ejerciendo desde antes del año 2010, como es el caso de la parte, y han tenido que soportar ese cambio brusco en las nuevas tareas asignadas, independientemente del nivel y del intervalo en que se encuentran. .../... la Administración ... se opone a que un funcionario pueda ser reclasificado en su puesto, teniendo en cuenta un considerable aumento de sus funciones y responsabilidades, amparándose en la que considera normativa legislativa vigente sobre la clasificación de grupos de funcionarios ... FD 5.º.- ... que el puesto de trabajo del recurrente sea nuevamente valorado y clasificado por la administración responde a los criterios jurisprudenciales de esta Sala (por todas STS 6 de marzo de 2013, recurso casación 4004/2010) sobre que la ponderación de las funciones de un puesto de trabajo correspondiente a una Administración Pública debe hacerse atendiendo a las tareas efectivamente asignadas y al órgano del que jerárquicamente dependen. ... no parece razonable ni en consonancia con el principio de buena administración (art. 41, Carta Europea de los derechos fundamentales) ni con el principio de buena fe [art. 3.1.e)], Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que la atribución de nuevas competencias de gran calado, como pone de relieve la sentencia de instancia, no repercute en una nueva valoración del puesto de trabajo» (Tribunal Supremo, 3.ª, sec. 4.ª, S. núm. 1365/2020, de 21-10-2020, rec. 196/2019, FD 4.º).

³⁶ «... La pasividad e inactividad legal de la Administración, no puede redundar en beneficio de la misma. .../... la Administración ... se opone a que un funcionario pueda ser reclasificado en su puesto, teniendo en cuenta un considerable aumento de sus funciones y responsabilidades ...» (Tribunal Supremo, 3.ª, sec. 4.ª, S. núm. 1365/2020, de 21-10-2020, rec. 196/2019, FD 4.º). Ver notas al pie 49 y 53.

³⁷ «El nivel responde, además de las funciones asignadas al puesto de trabajo, a la posición que el mismo ocupa en la estructura del centro o unidad administrativo correspondiente en relación con los 30 niveles establecidos en el artículo 21 de la Ley 30/84 ...» (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 20-11-2006, Rec. 4408/2001, FD 1.º).

«... la ponderación de las funciones de un puesto de trabajo correspondiente a una Administración Pública debe hacerse atendiendo a las tareas asignadas y al órgano del que jerárquicamente dependen...» (TS, Sala 3.ª, S. 06-03-2013, rec. 4004/2010, FD 4.º).

³⁸ «... es doctrina legal correcta, como tiene declarado este Tribunal en sus sentencias de 17 de marzo de 1986 y 5 de octubre de 1987, dictadas en recursos extraordinarios de revisión, que el complemento de destino es un concepto retributivo objetivo y singular, relacionado con el puesto de trabajo desempeñado y desvinculado de la titulación exigida para ingresar como funcionario en la Administración, ya que la titulación y capacitación exigidas para el acceso al Cuerpo, tienen su reflejo económico en las retribuciones básicas, en tanto que mediante el complemento de destino se prima o la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública, o la especial responsabilidad que lleva aneja la adscripción a un servicio determinado» (TS, Sala 3.ª, S. 01-10-1991, rec. 187/1987, FD 2.º. TS, S. 3-3-1994, RJ 1994/1872).

³⁹ TS, Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. 1365/2020, de 21-10-2020, rec.196/2019, FD 6.º: «... en razón de las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, la respuesta es que se puede asignar a un puesto de trabajo un nivel que se encuentre fuera

cionario que «... desempeñaré ... un puesto o puestos de trabajo distintos de los que corresponden al intervalo de su Cuerpo, durante el tiempo exigible para consolidar un grado, se entenderá que ha consolidado el nivel máximo o el nivel mínimo del intervalo del Cuerpo, según que los puestos de referencia se encuentren clasificados por encima o por debajo del intervalo de su Cuerpo».

Puestos cuyo nivel no sea inferior en más de dos niveles al grado personal consolidado del funcionario (RD 364/1995: 72.3; Ley 2/1987: 28.1), salvo conformidad del funcionario en ocupar puestos de tres o más niveles inferiores. En consecuencia, en el caso de que el funcionario, mediante cursos de formación u otros requisitos objetivos, eleve su grado personal al segundo nivel superior al nivel de su puesto actual, este nivel de puesto actual ya no podrá ser reducido por imposición de la Administración Pública.

- Singularidad de determinadas funciones: los puestos de jefatura de servicio, sección o negociado o puestos equivalentes pueden tener asignadas funciones típicas determinadas que los distingan o singularicen (así lo hace el artículo 58⁴⁰ de la Ley –Canarias– 7/2015 y el art. 20 de la Ley 39/2015 que trata de la responsabilidad en la resolución o el despacho de asuntos⁴¹) por sus «efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tenga carácter preceptivo» (Ley 40/2015: 5.1) u otras circunstancias consideradas en la relación de puestos de trabajo (RPT) o instrumentos de ordenación análogo, conforme a la definición dada por la Norma 5.2 de la Orden de 6 de febrero de 1989, por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración⁴².
- El nivel máximo del intervalo respectivo puede asignarse a un puesto de trabajo considerando la naturaleza de sus funciones, su carácter directivo o de especial responsabilidad⁴³.
- Los puestos de jefatura siempre presuponen la existencia de, al menos, un puesto subordinado, pero, excepcionalmente, pueden existir puestos de jefatura sin subordinados⁴⁴ cuando una unidad administrativa la lleva una única persona⁴⁵, concentrando en ella las funciones ejecutivas (jefatura, mando y toma de decisiones) y las operativas⁴⁶. Además, el art. 3.2 del RD 861/1986 no considera a la jefatura en sentido estricto o con subordinado como factor de valoración, sino al mando (o jefatura

del intervalo legalmente establecido cuando, como en el caso de autos, la duración temporal de la disposición transitoria del Estatuto del Empleado Público se prolonga indefinidamente en el tiempo».

⁴⁰ «El personal de las Jefaturas de servicios, secciones, negociados o equivalentes, reservados a personal funcionario, tendrá, entre otras, las siguientes funciones generales: a) Impulsar los procedimientos administrativos que competan a su Unidad. b) Rubricar al margen las certificaciones de los documentos que se custodien en su Unidad y que deba expedir el titular de la Secretaría en el ejercicio de la fe pública corporativa. c) Firmar las notificaciones de las resoluciones del concejal titular del Área de Gobierno a que su Unidad esté orgánicamente adscrita. d) Practicar todos los actos de instrucción de los procedimientos administrativos que en la legislación general o sectorial no estén reservados a órganos políticos o de dirección. e) Despachar providencias y diligencias. f) Informar los expedientes cuando no esté reservado al titular de la función de asesoramiento legal preceptivo» (Ley 7/2015: 58.1).

⁴¹ «...el personal ... que tuviese a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación ... disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación ...» (L 39/2015: 20.1).

⁴² «Se consideran puestos singularizados aquellos que, por su denominación y contenido, se diferencian de los restantes puestos del Departamento en cada localidad. En todo caso, serán singularizados los puestos correspondientes a jefaturas de unidades orgánicas que tienen atribuidas funciones de producción de actos susceptibles de producir efectos frente a terceros y aparezcan contenidos en las Órdenes de estructura interna. Los restantes puestos de trabajo se consideran no singularizados» (Orden de 6 de febrero de 1989, por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración: Norma 5.2).

⁴³ TS, Sala 3.ª, S. núm. 4436/2012, de 12-06-2012, rec. 6397/2009, FD 3.º.

⁴⁴ «2. Los jefes de las unidades administrativas son responsables del correcto funcionamiento de la unidad y de la adecuada ejecución de las tareas asignadas a la misma» (Ley 40/2015: 56. Elementos organizativos básicos). Se da un concepto amplio de jefatura, desvinculado del concepto estricto de jefatura vinculado a la existencia de subordinado.

⁴⁵ Pérez Luque (2003, p. 287). «El propio nombre o denominación que se le dé al puesto de trabajo recogerá este contenido de jefatura, aunque la jefatura no la da solo el nombre, sino la subordinación a él de otros puestos de trabajo. Puede, no obstante, haber jefaturas sin subordinados, pero es un supuesto muy atípico. Es el caso de cuando un servicio lo lleva una sola persona, es decir, solo hay un puesto de trabajo en el mismo. En los pequeños municipios esto es muy frecuente». No obstante, en mi opinión, la Jefatura sin personal a cargo y con mando sobre su ámbito funcional robotizado tiene mucho futuro en las Organizaciones Humanas Robotizadas. En el artículo 3.1 de la Orden de 26 de junio de 1985 (Canarias), se distingue la «responsabilidad por mando o por decisiones», de lo que se deduce la eventualidad de jefes de unidades administrativas por razón de sus decisiones, aunque no tengan subordinados sobre los que ejercer mando.

⁴⁶ En mi opinión, un puesto de jefatura que tenga un subordinado y que desempeña las funciones singularizadas del artículo 58 de la Ley canaria 7/2015 y al que, como consecuencia de la introducción del procedimiento electrónico u otro cambio tecnológico análogo, le suprimen ese puesto subordinado o se le impone compartirlo con otro puesto de jefatura o con varios igualmente afectado/s por la robotización, adquiere más singularidad por el mando sobrevenido (sin subordinado o compartiéndolo) que por la jefatura con subordinado suprimida.

en sentido amplio), al igual que la Orden de 26 de junio de 1985, de desarrollo del Decreto 62/1985, de 15 de marzo (responsabilidad por mando o por decisiones)⁴⁷.

- La cantidad y calidad del trabajo y complejidad y responsabilidad de la gestión puede determinar diferencias de nivel entre puestos «aparentemente similares o de parecidas características»⁴⁸.
- Prohibición de duplicidad funcional: consistente en que la creación de una nueva unidad administrativa o la ampliación de otra ya existente (y puesto/s a ella/s adscrito/s con vinculación funcional –Ley 40/2015: 56.1.–) que tengan la consideración de órgano administrativo, por desempeñar funciones con «efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tenga carácter preceptivo» (Ley 40/2015: 5.1) y a la que se le dé la denominación de servicio, sección, negociado u otra equivalente, evitará duplicidades «de sus funciones y competencias» [Ley 40/2015: 5.3.b)] con otro (órgano administrativo) ya existente, por lo que debe hacerse una «previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población» (Ley 40/2015: 5.4). Este principio establece un importante elemento de control de legalidad a la reorganización administrativa pues da una preferencia al órgano administrativo preexistente sobre el de nueva creación si la duplicidad funcional o la inexistencia de vinculación funcional queda probada mediante la comparación de funciones de los puestos afectados y si la supresión o restricción de la competencia del órgano preexistente no queda suficientemente motivada.
- Prohibición de la infravaloración discriminatoria, como de la sobrevaloración fraudulenta del puesto con tareas o funciones ejercidas de forma puntual o esporádica⁴⁹, ficticias u opacas.
- No valoración del cuerpo o escala y subescala de procedencia del funcionario (TS, SS. 20-04-1994, RJ 1994/2962; 22-11-1994, RJ 1994/9271; 3-2-1995, RJ 1995/1217), ni de su titulación, ni de sus cualidades profesionales (ver nota al pie 7).
- Prohibición de la discriminación entre puestos iguales u homogéneos⁵⁰. La exigencia de objetividad de la valoración no impide que los puestos adscritos a un mismo Grupo o subgrupo o Cuerpo o

⁴⁷ «1. A los efectos de situar cada puesto en la estructura del Departamento, se atenderá a factores objetivos, como el nivel de conocimientos exigido a su titular, la responsabilidad por mando o por decisiones, la naturaleza y condiciones del trabajo a realizar, la responsabilidad en la utilización de recursos, el esfuerzo físico y cuantos otros contribuyan a su diferenciación y posicionamiento en la organización de la Consejería. 2. Las unidades administrativas, servicios, secciones y negociados, se configurarán en razón a los factores objetivos a que se refiere el apartado anterior como divisiones organizativas de cada Departamento siendo, en términos generales, recomendable que para establecer una unidad superior se cuente con un número mínimo de unidades inferiores» (Orden de 26 de Junio de 1985 de desarrollo del Decreto 62/1985, de 15 de Marzo, por el que se establecen los criterios generales y el procedimiento de aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de los Departamentos del Gobierno de Canarias: 3).

⁴⁸ «La STS 10-11-1994 indica que “el complemento de destino ... sólo se reconoce a los puestos que requieran una especial preparación técnica añadida a la genérica para el ingreso en la función pública o supongan una especial responsabilidad (SS 17 marzo 1986, 5 octubre 1987, 28 enero 1988 y 1 octubre 1991, entre otras), precisándose en la S. de 6 abril de 1989 que los distintos puestos de trabajo pueden generar complementos diferentes, aunque sean desempeñados por funcionarios del mismo Cuerpo o Escala, así como que puestos de trabajo, aparentemente similares o de parecidas características, pueden originar retribuciones distintas por las condiciones insitas en cada uno de ellos, por el volumen y complejidad del trabajo que se desempeña, o por la complejidad y responsabilidad de la gestión”...» (TSJ Baleares, contencioso, sec. 1.ª, S. núm. 875/2005, de 14-10-2005, rec. 698/2003, FD 3.º). (Ver también la nota al pie 7).

«El complemento de destino es un concepto retributivo objetivo relacionado con el contenido del puesto de trabajo y no con la titulación ni con el Cuerpo de procedencia del funcionario, de manera que tratándose de puestos de trabajo con iguales funciones la diferencia de complemento sólo podrá justificarse por la distinta calidad o cantidad de los asuntos que le son encomendados» (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2006, Rec. 4408/2001, FD 4.º).

⁴⁹ «... mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último... solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración ... Por esa razón, en la sentencia núm. 605/2019, hemos dicho que “ha de interpretarse el artículo 26. Uno D), párrafo segundo, de la Ley 17/2012 –y los artículos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado posteriores que lo han reproducido y relaciona el auto de admisión– en el sentido de que no impide que los funcionarios que desempeñen la totalidad o las tareas esenciales de un puesto de trabajo distinto de aquél para el que fueron nombrados perciban las diferencias retributivas entre los complementos de destino y específico del puesto efectivamente desempeñado y los del suyo”» (TS, Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. 1364/2020, de 21-10-2020, rec. 7114/2018, FD 5.º. TS, Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. 323/2020, 4-3-2020, rec. 3611/2017. TS, Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. 52/2018, 18-01-2018, rec. 874/2017).

⁵⁰ «La asignación de niveles de puestos de trabajo no incluidos en la relación de puestos tipo se efectuará por las Corporaciones sobre la base de la responsabilidad que se derive de las funciones a ellos encomendadas y/o por analogía o similitud con los puestos de la estructura establecida» (RD 861/1986: 3.3, derogado por RD 158/1996, de 2 de febrero). «Dentro de los límites máximo y mínimo señalados, el Pleno de la Corporación asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto» (RD 861/1986: 3.2 –vigente–). Ver nota al pie 60: «... la relación de puestos de trabajo no puede introducir diferencias no justificadas de trato entre

Escala y Subescala puedan tener diferentes niveles⁵¹, pero sí impide las valoraciones subjetivas de puestos de trabajo⁵² en las que dichos factores no son considerados o, siéndolo, son defraudados o valorados en fraude de ley o incurriendo en otros vicios invalidantes para asignar niveles diferentes a puestos sustancialmente idénticos u homogéneos (con funciones cuyas características los igualan o equiparan), por lo que, cuando un funcionario desempeña funciones de categoría superior, con o sin nombramiento provisional explícito de larga duración, los Tribunales le suelen reconocer el derecho al complemento de destino de ese nivel superior⁵³, dado que «resultaría contradictorio que la Administración le reconociera a un funcionario capacidad o aptitud suficiente para el desempeño provisional de un puesto y, simultáneamente, le negara los derechos económicos a ese mismo puesto...» (TS, Sala 3.ª, S. 21-06-2011. Rec. 2488/2009, FD 3.º).

- Los factores de valoración del nivel de puesto y del complemento específico (RD 861/1986: 3.2 y 4.1) son conceptos jurídicos indeterminados –por tanto, reglados– (Tribunal Supremo, Contencioso, sec. 1.ª, S. 22-12-1994, rec. 600/1993, FD 3.º; Tribunal Supremo, Contencioso, S. 01-07-1994, rec. 9074/1992, FD 3.º; TSJ Andalucía, Sevilla, Contencioso, sec. 3.ª, S. 12-02-2009, rec. 776/2005, FD 3.º) para cuya determinación la Administración Pública dispone de un amplio margen de apreciación (que se va acotando y reduciendo por «la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico» –CE: 9.1–, la jurisprudencia, el análisis y descripción de cada puesto y las reglas del manual aplicado a su valoración) equivalente al de la discrecionalidad administrativa y técnica (Navarro, 2017, pp. 371-374: la motivación en supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados), por lo que resultan aplicables las técnicas de ejercicio y control de legalidad de las potestades administrativas discrecionales (también aplicables a las regladas), cuya larga evolución jurisprudencial (Tribunal Supremo, Contencioso, sec. 4.ª, S. 31-01-2019, núm. 104/2019, rec. 1306/2016, FD 4.º) ha añadido en su última fase estos requisitos de validez del contenido de la motivación del acto discrecional: «(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás» (o a un nivel de puesto frente a los otros del grupo/subgrupo/doble subgrupo de titulación a que se adscribe el puesto o a una determinada puntuación por factor en el caso del complemento específico).

puestos de trabajo iguales, ni en el ámbito retributivo ni en el de la clasificación del puesto» (TSJ Castilla y León –Burgos– –Contencioso–, sec. 2.ª, S. 28-06-2019, núm. 138/2019, rec. 61/2018, FD 7.º).

⁵¹ «El complemento de destino es un concepto retributivo objetivo relacionado con el contenido del puesto de trabajo y no con la titulación ni con el Cuerpo de procedencia del funcionario, de manera que tratándose de puestos de trabajo con iguales funciones la diferencia de complemento sólo podrá justificarse por la distinta calidad o cantidad de los asuntos que le son encomendados.

Esta línea de razonamiento ha sido reiterado por esta Sala en sentencias de 16 de febrero de 2004 [casación 8688/98 (La Ley 11717/2004)] y 28 de junio de 2004 [casación 3266/99 (La Ley 13253/2004)], donde, después de declarar que no es objetivo ni razonable diferenciar a través de los complementos de destino y específico unos puestos de trabajo que tienen el mismo cometido, hemos destacado que la consideración que merece ese trato desigual injustificado no puede reducirse a una mera irregularidad administrativa compatible con las exigencias del artículo 23.2 de la Constitución. Y es que, en efecto, un trato discriminatorio como el aquí examinado, lejos de ser una mera irregularidad administrativa, supone una vulneración el derecho fundamental que ese precepto reconoce a acceder y a permanecer en la función pública en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes» (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2006, Rec. 4408/2001, FD 4.º).

⁵² Sancho (2016) y Recio (2008, pp. 263-320).

⁵³ «Según todo lo anterior y como hemos señalado ya, por ejemplo, en las sentencias de la Sala números 871/2007, 239/2009, 379/2009, 108/2012, 103/2012 y 567/2016, para que puedan ser percibidas las retribuciones propias del puesto de superior categoría, esto es, para que un funcionario quede habilitado para la prestación efectiva de las funciones de un puesto de superior categoría, se requiere: 1.– Que el funcionario acredite que efectivamente desempeña las funciones del puesto de superior categoría de forma completa y exclusiva. 2.– Que exista un acto de encomienda de funciones, es decir, un nombramiento o investidura formal, o, por lo menos, que el desempeño haya sido autorizado, consentido u ordenado por vía de hecho por un superior, esto es, que existan actos concluyentes del mismo significado que el nombramiento o encomienda.

Acreditado por el funcionario todo lo anterior, la Administración ya no podrá oponer con éxito la inexistencia de nombramiento oficial. El grupo, escala o categoría a la que pertenece un funcionario constituye el punto de apoyo o criterio fundamental para la configuración de sus retribuciones básicas. Por el contrario, el devengo de retribuciones complementarias se encuentra vinculado al puesto de trabajo que efectivamente se desempeña ese funcionario, esto es, prescindiendo por tanto del grupo, escala o categoría a la que pertenece.

Como es natural, si se ha de evitar –y se tiene que evitar– un enriquecimiento injusto, y si tiene en todo caso que existir –y ha de existir– la ecuación responsabilidad/retribución, en definitiva, en tanto que se haya acreditado el ejercicio de las funciones que se alegan, se tiene derecho a cobrar, no los complementos personales, pero sí todas las retribuciones objetivamente vinculadas» (TSJ Illes Balears –Contencioso–, sec. 1.ª, S. 07-05-2019, núm. 233/2019, rec. 133/2018, FD 3.º).

La asignación de nivel de puesto incurre en invalidez y es revisable cuando vulnera dichas técnicas de ejercicio y control o viene causada por arbitrariedad, irracionalidad, error manifiesto o desviación de poder⁵⁴.

- Valoración objetiva de las funciones de los puestos de trabajo: mediante el instrumento denominado «valoración de puestos de trabajo» (VPT) conforme a los factores de valoración previstos en los artículos 3 y 4 del RD 861/1986 para los complementos retributivos de destino y específico, dado que «las retribuciones complementarias retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, ...» (RDLg 5/2015: 22.3).

Aunque solo el referido artículo 4 hace alusión al instrumento técnico de la valoración (del complemento específico) de los puestos de trabajo, éste es de aplicación al artículo 3 (sobre valoración del complemento de destino de los puestos de trabajo)⁵⁵, en virtud del principio de analogía del artículo 4.1 del Código Civil.

El carácter objetivo del nivel de puesto impone su valoración con criterios objetivos aplicando las reglas anteriores.

El nivel valorado a cada puesto de trabajo debe incluirse en la RPT quedando asignado a cada puesto con la aprobación de ésta (Ley 30/1984: 15.1.b) y 1.3 –derecho estatal supletorio–; Ley 2/1987: 16.1.5.º; Ley 7/1985: 90.2, que remite al 15.1.b) de la Ley 30/1984 y a las Ordenes de 2-12-1988 y 6-2-1989 que son desarrollo de dicho art. 15, al no existir la legislación estatal de régimen local en materia de RPT del referido artículo 90.2, párrafo 2). En consecuencia, el *procedimiento de determinación y modificación del nivel de puesto* es el procedimiento de aprobación o modificación de la RPT o instrumento organizativo análogo, de obligatoria existencia (RD 5/2015: 74) y que debe estar dotada de una VPT que constituye su motivación⁵⁶ y, dado que afecta al derecho fundamental previsto en el artículo 23.2 de la Constitución, debe fundamentarse en un «estudio preciso, complejo y laborioso»⁵⁷.

- Todos los anteriores elementos limitadores del ejercicio de la potestad organizatoria en materia de personal y, especialmente, en materia de determinación del nivel de puesto de trabajo, aportan contenido a los principios de racionalidad, economía y eficiencia que rigen la elaboración de la plantilla presupuestaria (y de la RPT de la que trae causa), conforme determina el artículo 90.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local. Estos principios tienen importancia en las reordenaciones de puestos de trabajo asociadas a una nueva RPT o a su modificación, cuando se invoca como motivación una reestructuración organizativa, por lo que los hechos determinantes y causales de la misma deben estar suficientemente acreditados⁵⁸.

⁵⁴ TS, Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. 26-07-2011, rec. 3124/2010, FD 5.º.

⁵⁵ «No es compartible, por el contrario, la tesis del Ayuntamiento, ... de que para el complemento de destino con arreglo al art. 3.4 del Real Decreto 861/1986 no sea exigible la previa valoración del puesto, ...» (Tribunal Supremo, 3.ª, sec. 7.ª, S. 4-12-2012, rec. 6043/2011, FD 6.º). Ver nota 35: STS 21-10-2020, FD 4.º.

⁵⁶ «... la Relación de Puestos de Trabajo que examinamos aprueba la creación de diversos puestos de trabajo, los clasifica de conformidad con un código de identificación, un requisito de titulación para su provisión y un perfil lingüístico, les atribuye un nivel de complemento de destino, así como una cuantía a devengar por complemento específico, y modifica además los complementos de destino y específico de puestos ya existentes, todo ello sin haber efectuado una previa valoración ... Por tanto, carece de la obligada motivación la actuación administrativa de ordenación de personal expresada en la Relación de Puestos de Trabajo impugnada, y en el particular ... deja sin base objetiva el establecimiento de las retribuciones complementarias para los puestos de nueva creación ..., así como la modificación de los complementos de destino y específico en los puestos ya creados ... En suma, en lo que a estos puestos de trabajo se refiere, la actuación administrativa recurrida infringe la garantía de motivación de los actos administrativos dictados en el ejercicio de facultades discrecionales [artículo 54.1.f) de la Ley 30/92]» (Tribunal Supremo –Contencioso–, sec. 7.ª, S. 11-12-2012, rec. 2860/2011, FD 5.º).

⁵⁷ «En el nuevo marco de la Función Pública diseñado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto y, según se deduce de su Exposición de Motivos se concibe la clasificación de los puestos de trabajo como la base sobre la que ha de asentarse la carrera administrativa, estableciendo una primacía importante dentro del sistema retributivo a aquellas retribuciones que van ligadas al desempeño del puesto de trabajo, anunciándose la unificación, supresión, modificación y ordenación de puestos de trabajo y la realización de estudios precisos para su clasificación. Este espíritu renovador que se deduce de la parte expositiva, se traduce en el texto articulado en la implantación de las llamadas relaciones de puestos de trabajo como instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto (arts. 15 y 16)» (TSJ Canarias –Las Palmas– –Contencioso–, sec. 1.ª, S. 27-05-2006, núm. 581/2006, rec. 205/2004, FD 4.º, EDJ 2006/268845).

«... en la determinación o asignación de complementos específicos vinculados al puesto de trabajo ... si bien puede exigir un estudio complejo y laborioso por parte de la administración que corresponda, no puede ser eludido» (TS, Sala 3.ª, sec. 4.ª, S. 21-05-2017, núm. 650/2017, rec. 331/2017, FD 7.º).

⁵⁸ «La sentencia de instancia no desconoce la potestad autoorganizativa de la Administración recurrente en casación, lo que viene a razonar, y lo hace con acierto, es que en esta materia rige el límite constitucional de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) y que ese límite no es respetado cuando el ejercicio de dicha potestad se ampara en motivaciones inauténticas o en hechos inexactos. La sentencia admite expresamente la discrecionalidad que corresponde a la Administración en el ejercicio de la potestad autoorganizativa que legalmen-

Las medidas organizativas que afecten a las funciones, dependencia jerárquica inmediata, clasificación y valoración de los puestos de trabajo⁵⁹ cumplen el requisito de racionalidad cuando aplican un trato igualitario y equitativo a los empleados públicos⁶⁰ y cumplen los criterios de eficiencia y economía⁶¹ cuando las competencias de la Administración Pública actuante se desempeñan con el menor número de empleados y el máximo aprovechamiento de la competencia de cada uno de éstos, de tal modo que las cargas de trabajo estén distribuidas entre todos los puestos, evitando sobrecargas e infracargas de trabajo, obstruccionismo profesional (por ejemplo: nombramientos provisionales encadenados⁶² con temporalidad abusiva o/y en puestos infraclásificados), promoción profesional desleal (trepismo⁶³) y los consecuentes desequilibrios retributivos⁶⁴ y ambientes profesionales tóxicos proclives a la vulneración del principio de proporcionalidad en la valoración de la experiencia adquirida en el trabajo desarrollado inherente a la antigüedad del funcionario en el mismo o distinto puesto⁶⁵, causando petrificaciones abusivas del nivel de puesto de trabajo y del grado personal del funcionario o la obstaculización del ascenso al nivel y grado máximo del intervalo correspondiente. Y a la inversa, como presunción *iuris tantum* de la selección *ad personam*, cuando se consuman carreras fulgurantes o meteóricas.

2. El nivel inicial de un puesto de trabajo puede modificarse con posterioridad, tanto para ser incrementado como para ser rebajado, para lo cual hay que modificar la RPT. A esta operación se la denomina *reclasificación de puesto*.

te tiene reconocida, pero concluye que, en el caso litigioso, se ha hecho un mal uso de esa discrecionalidad por haberse apoyado en un dato fáctico que no es auténtico o exacto (el de la supresión del puesto de la actora)» (que fue cesada en su puesto de trabajo y adscrita provisionalmente a otro, invocándose como causa la supresión de aquél). (TS, Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. 22-02-2005, rec. 1901/1999, FD 4.º).

⁵⁹ «FD 7.º.— ...ninguna tacha cabe hacer a la postura de la Administración demandada cuando recuerda las facultades de autoorganización que ostenta a la hora de aprobar y modificar las RPT, lo que por otro lado no discute la actora; pero ello es distinto a que en el uso de tal facultad se puedan quebrantar los límites legales y reglamentarios establecidos, y en particular en este caso los criterios legales que definen el complemento específico,... la relación de puestos de trabajo no puede introducir diferencias no justificadas de trato entre puestos de trabajo iguales, ni en el ámbito retributivo ni en el de la clasificación del puesto. ... la propia Ley ha querido delimitar el uso de aquella discrecionalidad al supeditarla a la existencia, en el puesto en cuestión, de dos parámetros o elementos fundamentadores, esto es, la "preparación técnica" y la "responsabilidad" (respecto del complemento de destino) o las circunstancias de dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad (respecto del complemento específico)» (TSJ Castilla y León –Burgos– –Contencioso–, sec. 2.ª, S. 28-06-2019, núm. 138/2019, rec. 61/2018, FD 7.º).

⁶⁰ «... como tiene declarado esta Sala, entre otras en sentencia de treinta de noviembre de dos mil dieciocho, rec. núm. 152/2017: "... para resolver la cuestión controvertida hemos de partir de la especial intensidad que tiene el principio de igualdad en el seno de la Administración Pública, pues no solo queda prohibido el trato discriminatorio, esto es, el trato desigual por razón de circunstancias de significación social y jurídica, como son las expresadas en el artículo 14 de la Constitución, sino que los poderes públicos, tanto en el ejercicio de su potestad normativa como en el de la ejecutiva tienen un deber de trato igual, quedando proscrita toda diferencia de trato no justificada entre situaciones iguales".

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 161/1991 (EDJ 1991/8070), analizando precisamente la diferencia de trato retributivo en el seno de la Administración Pública entre puestos de trabajo de iguales características, ya dijo que la Administración Pública "en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución Española), con una interdicción expresa de arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución Española)" y, "como sujeto público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la Ley que, como hemos declarado, constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales", lo que igualmente comprende un trato retributivo idéntico respecto al aplicado a los funcionarios que estén en condiciones iguales a las del afectado.

Desde esta perspectiva, la relación de puestos de trabajo no puede introducir diferencias no justificadas de trato entre puestos de trabajo iguales, ni en el ámbito retributivo ni en el de la clasificación del puesto» (TSJ Castilla y León –Burgos– –Contencioso–, sec. 2.ª, S. 28-06-2019, núm. 138/2019, rec. 61/2018, FD 7.º).

⁶¹ «Eficacia en la prestación de los servicios y ... eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad» (RD 5/2015: 69.1).

⁶² «... se evidencia la instrumentalización por parte de la Administración, del sistema de nombramiento provisional, para encubrir lo que debería ser un auténtico traslado por concurso, de tal manera que de legitimar tal proceder se impediría la denominada "promoción intracorporativa" del funcionario, en cuanto posibilidad de ir ascendiendo, dentro de su Cuerpo o Escala, de unos puestos a otros de superior nivel, dado que tal movilidad, al llevarse a cabo siempre mediante "nombramientos provisionales" impediría la consolidación de grado» (TSJ de la Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso, Sentencia núm. 732/1995, de 22-07-1995, recurso 2082/1993).

⁶³ «1. Introducción. ... El trepismo debilita los cimientos éticos sobre los cuales debe desarrollarse una organización y provoca sentimientos de injusticia e indefensión y desmotiva a aquellos trabajadores que lo sufren.

Por ello, consideramos que el personal con responsabilidad de las organizaciones debiera estar familiarizado con las características de este fenómeno para prevenirlo y controlarlo». Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (2007).

⁶⁴ Por ejemplo: organizar los servicios de tal modo que las horas extras o las acumulaciones de funciones retribuíbles con productividad siempre se repartan entre los mismos funcionarios o bloqueen la oportunidad para otros, hacer una reestructuración administrativa con el efecto de intercambiar entre dos puestos las funciones más valoradas de uno por las peor valoradas de otro o asignar a un funcionario en vía de hecho las tareas y funciones atribuidas a otro en la RPT o sustituir un auxiliar administrativo eficiente por otro que no lo es para socavar el rendimiento de su superior jerárquico y luego justificar su adscripción provisional a un puesto de inferior nivel.

⁶⁵ Ver nota al pie 13.

La reducción del nivel de puesto de trabajo impuesta (sin conformidad del funcionario) tiene el límite del segundo nivel inferior al grado personal consolidado del funcionario titular del puesto, pero su elevación puede alcanzar al nivel máximo del intervalo correspondiente. *Cuando (el nivel de) un puesto de trabajo es reclasificado, el principal dilema* que debe resolverse, y que puede causar situaciones bastante opacas⁶⁶, es el de si pervive el puesto anteriormente existente o si ha sido suprimido y sustituido por un nuevo puesto de trabajo para el que, en consecuencia, se necesitaría un nuevo nombramiento definitivo para poder consolidar como grado personal el nuevo nivel superior que le ha sido atribuido, lo que supondría, en este segundo caso, que el funcionario quedaría en la situación de adscripción provisional por supresión de puesto anterior, debiendo cubrirse el nuevo puesto mediante un procedimiento de provisión definitiva (Ley 30/1984:29.bis.3 –norma básica–; RD 364/1995: 62.2, 63, 64.4, 72.2. Decreto 48/1998: 27).

En el siguiente esquema se proponen unos supuestos de hecho que nos permiten diferenciar entre reclasificación en sentido amplio o del mismo puesto y en sentido estricto o causante de otro puesto distinto.

TABLA 9. EJEMPLOS DE RECLASIFICACIÓN DE PUESTO EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO ESTRICTO

MISMO PUESTO (reclasificación en sentido amplio)					
NIVEL DE PUESTO	C. ESPECÍFICO	FUNCIONES/ PUESTO TIPO	AGRUPACIÓN PROFESIONAL: CUERPO O ESCALA (PLAZA)	GRUPO / SUBGRUPO TITULACIÓN (PUESTO)	EJEMPLOS según puestos tipo básicos de la Orden de 06-02-1989
X					Técnico Administración General (TAG) o Técnico de Gestión (TG) al que le modifican su nivel de puesto base del 22 al 24 o del 24 al 22 en una modificación de la RPT.
	X				Administrativo al que le suben o bajan el Específico a causa de una nueva valoración de puesto y modificación de RPT. Nueva puntuación del específico.
		X			Técnico de Gestión (TG) al que le incrementan o reducen las funciones a fin de justificar su nivel de puesto y su Específico en una nueva valoración del puesto y modificación de RPT.
					Cualquier combinación de los tres supuestos anteriores.
			El funcionario obtiene plaza de subgrupo superior.		Administrativo que promociona a TAG o TG optando por su anterior puesto definitivo de doble subgrupo A2/C1 y nivel 22. Acceso: promoción interna. No hay reclasificación de puesto pese a ser adscrito a nueva plaza de subgrupo A2.

⁶⁶ Un ejemplo de esta opacidad se enjuició por el Tribunal Supremo, Sala 3.ª, sec. 7.ª, S. 02-02-2011, rec. 210/2008. Resumen: Alteración sustancial del contenido de varios puestos de trabajo que incrementó sus funciones y complementos retributivos, causando la singularización de los puestos, que continuaron siendo desempeñados por los mismos funcionarios que ocupaban los puestos anteriores, sin que se procediera a abrir un procedimiento para su provisión definitiva. «... la creación o modificación sustancial de puestos que conlleva esta reorganización no puede llevar aparejada la adscripción directa de las personas que libremente elija (la Administración), sin justificación, ni motivación alguna, pues conlleva una provisión arbitraria, fuera de los cauces legales previstos, que conculca los principios de mérito y capacidad».

NUEVO PUESTO (reclasificación en sentido estricto)

NIVEL DE PUESTO	C. ESPECIFICO	FUNCIONES/ PUESTO TIPO	AGRUPACIÓN PROFESIONAL: CUERPO O ESCALA (PLAZA)	GRUPO / SUBGRUPO TITULACIÓN (PUESTO)	EJEMPLOS (*) según puestos tipo básicos de la Orden de 06-02-1989
	X	Nuevo puesto tipo (NPT) y nuevo puesto real singularizados (NPRS)			Administrativo en puesto base definitivo de subgrupo C1 y nivel 22, alcanzado tras más de 20 años en el puesto, que pasa a puesto singularizado de jefatura de sección de doble subgrupo A2/C1, nivel 22, con nuevo específico superior. Acceso: adscripción provisional en puesto singularizado (por supresión puesto anterior). Un año después se convoca el concurso y obtiene el puesto. Acceso: nombramiento definitivo.
		NPRS			El administrativo anterior dos años después gana otro concurso en otro puesto de jefatura del mismo puesto tipo (Jefatura de Sección). Acceso: nombramiento definitivo en otro puesto real singularizado del mismo puesto tipo singularizado.
		NPT y NPRNS	X		TAG que pasa a Letrado o viceversa. Acceso: promoción interna horizontal.
X	X	NPT y NPRS			Un TAG o TG en puesto de Jefe de Sección, A1A2, nivel 24, se reclasifica como Jefe de Servicio, A1A2, nivel 26 e incrementa su específico. Acceso: adscripción provisional (supresión puesto anterior y nuevo puesto tipo).
X	X	NPT y NPRS		X	TG que ocupa puesto de «Jefe de Sección, A2C1, nivel 22» (máximo), que se reclasifica como «Jefe de Sección, A1A2 y nivel 25». Acceso: adscripción provisional (supresión del puesto anterior y nuevo puesto tipo).

* Causa común de los ejemplos sugeridos de adscripción provisional: «alteración en el contenido del puesto, realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria» (del puesto anterior suprimido) (RD 364/1995: 50).

Fuente: Elaboración propia.

4. LOS FINES Y EFECTOS DEL NIVEL DE PUESTO DE TRABAJO

La finalidad de la norma jurídica es un requisito de legalidad de la actividad administrativa que la aplica y que puede ser objeto de control judicial⁶⁷.

⁶⁷ «Los tribunales controlan... la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (CE: 106.1) y «la constitución garantiza ... la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (CE: 9.3).

El nivel de puesto tiene fines (y efectos) organizativos, de promoción profesional, retributivos y sancionadores. La normativa que determina esos fines aporta los contenidos para el ejercicio y control de legalidad de la discrecionalidad en la determinación del nivel de cada puesto.

4.1. La finalidad organizatoria del nivel de puesto

Consiste, en esencia, en asignar a cada puesto una posición jerárquica en relación a todos los demás, según su grupo/subgrupo de titulación, intervalo de niveles correspondiente y posición determinada en el organigrama de su respectiva organización.

Es por todo ello que el *nivel de puesto es, para la Administración Pública, un requisito de capacidad del funcionario que le es exigido para el desempeño de los puestos de trabajo*, dado que cada funcionario solo puede desempeñar puestos de trabajo en el intervalo de los niveles del grupo o subgrupo de titulación correspondiente al Cuerpo o Escala al que pertenezca la plaza de la que sea titular definitivo⁶⁸ y que, también, implica reconocimiento de una capacidad o competencia profesional que se le presume cuando se le reconoce el derecho a conservar su puesto de trabajo adscrito a doble subgrupo si, mediante promoción interna, accede a un subgrupo superior (Ley 30/1984: 22.1: «... los aspirantes aprobados en el turno de promoción interna podrán solicitar que se les adjudique ... el puesto que vinieran desempeñando...»; Decreto –Canarias– 143/1990) o cuando se eleva el nivel del puesto que desempeña en reconocimiento del mayor valor de sus factores de valoración implementado por su mayor experiencia profesional⁶⁹, evitando, en todo caso, la utilización discriminatorio del concepto jurídico indeterminado «experiencia profesional» para dar un trato discriminatorio a funcionarios de nuevo ingreso a los que se imponen funciones similares a los que ya tienen consolidado su grado inicial⁷⁰.

4.2. En cuanto a los fines y efectos de promoción profesional del nivel de puesto

1. «... en el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones Públicas *estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan ... la promoción profesional, ...*» (RD 5/2015: 72) resultando para sus funcionarios un «conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de (1) igualdad, mérito y capacidad» (RD 5/2015: 16.2 –concepto de carrera profesional–), (2) «eficacia en la prestación de los servicios y ... (3) eficiencia en

⁶⁸ «En ningún caso los funcionarios podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al Grupo en el que figure clasificado su Cuerpo o Escala» (RD 364/1995: 71.2). «En ningún caso podrán consolidar un grado personal superior al nivel máximo ... del grupo o escala a que pertenezca» (Ley 2/1987: 27.3).

«En ningún caso los funcionarios de Administración Local podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al grupo de titulación en que figure clasificada su Escala, Subescala, clase o categoría» (RD 861/1986: 3.3).

⁶⁹ «... la consideración de los servicios prestados no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad» del artículo 103.3 CE, «... pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados» (STC 67/1989, FJ 3, STC 60/1994, FJ 6, y STC 185/1994, FJ 6). «La consecución de un personal capacitado no se obtiene de la mera superación de las pruebas, sino que se obtiene de la permanencia en el servicio del Cuerpo y ésta se consigue garantizando un límite de edad para acceder al mismo» (TSJ Madrid –Contencioso–, sec. 6.ª, S. 22-05-2012, núm. 535/2012, rec. 1032/2008, FD 4, EDJ 2012/230236; TSJ Madrid –Contencioso–, sec. 1.ª, S. 10-04-2015, núm. 375/2015, rec. 940/2014, FD 5, EDJ 2015/77795; TSJ Madrid –Contencioso–, sec. 6.ª, S. 28-04-2017, núm. 262/2017, rec. 221/2016, FD 4, EDJ 2017/174108).

⁷⁰ «La sentencia recurrida no ignora las potestades autoorganizativas de la Administración, ni la discrecionalidad que en ejercicio de las mismas puede ser plasmada en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo; como tampoco cuestiona esa posibilidad legal invocada de definir determinados puestos de trabajo como especialmente idóneos para el primer destino funcional. Dicha sentencia de instancia, valorada en su conjunto (en lo que razona y en lo que decide), lo que viene a argumentar es que, no habiendo diferencias en ninguno de los aspectos objetivos o materiales del desempeño de los puestos de trabajo aquí litigiosos, carece de justificación tanto el diferente nivel de complemento de destino asignado como el diferente complemento específico; es decir, viene a sostener que no hay diferencia alguna ni desde la plano del contenido funcional del puesto de trabajo ni desde el plano de las condiciones particulares que legalmente determinan el complemento específico. Esa manera de razonar y decidir es acertada. Y lo es porque significa proclamar la primacía que corresponde al principio de igualdad (art. 14 CE), con la consiguiente necesaria observancia del mismo, que rige también cuando por la Administración se ejercitan potestades discrecionales» (TS, Sala 3.ª, S. 02-07-2008, rec. 6416/2005, FD 3.º).

«... no resulta admisible establecer complementos de destino diferentes para los puestos reservados a funcionarios de nuevo ingreso, considerando artificial la distinción entre los puestos de trabajo con idénticas funciones, pues si las funciones (competencias, complejidad de asuntos, carga de trabajo) son las mismas, no procede establecer diferentes complementos de destino» (TS, Sala 3.ª, sec. 7, S. 07-11-2008, rec. 183/2004, FD 1.º).

la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad» (RD 5/2015:69.1).

En el marco de (1) esas normas estructuradoras de recursos humanos y (2) de las *expectativas de promoción profesional* que deriven de ellas, mediante el desempeño de uno o sucesivos puestos de trabajo, cursos de formación y otros requisitos objetivos, «los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional» (RD 5/2015: 16.1) adquiriendo el *derecho subjetivo denominado «grado personal»*, progresando en él y adquiriendo un derecho subjetivo a una determinada clasificación, grado o categoría profesional⁷¹.

El grado personal (equivalente al nivel del puesto desempeñado) es adquirido por el funcionario (por desempeño de puestos) cuando cumple un tiempo mínimo de desempeño efectivo de uno o sucesivos puestos de trabajo (1) de su subgrupo de titulación, mediante los sistemas de carrera horizontal (si la norma creadora prevé el incremento de nivel del puesto) y vertical o de promoción interna horizontal (RDLg 5/2015: 16), o (2) de subgrupos superiores, por su ascenso mediante procedimientos de nuevo ingreso o promoción interna vertical, o a través de ascensos en cualquier otra modalidad de carrera diseñada por las leyes de función pública que desarrollen el RDLg 5/2015 (art. 16.3: «... entre otras ...»⁷²).

El grado personal es un indicador⁷³ (1) de la «progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa» [RD Lg 5/2015: 24.a)] y, por tanto, el instrumento de graduación (progresión o ascenso y regresión o descenso) de la carrera profesional del funcionario en la estructura de puestos de trabajo ordenada en treinta niveles de puesto y, por otro lado, (2) atribuye una *competencia profesional al funcionario*. Por ello, al igual que «el grado de carrera horizontal» valora en el funcionario su «trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño», así como, facultativamente, «otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida» [RDLg 5/2015: 17.b)], en el ascenso de nivel de puesto (y, en consecuencia, de «grado personal» –de carrera vertical–) por desempeño de puestos de trabajo se valoran méritos como los del artículo 44 del RD 364/1995 y artículo 10 del Decreto 48/1998 (grado personal consolidado, trabajo desarrollado, cursos de formación, antigüedad, y otros), que, también, tienen encaje conceptual en los criterios de valoración anteriores de la carrera horizontal.

El grado personal se adquiere «sin ... superar ... al (nivel) del puesto desempeñado⁷⁴, ni el intervalo de niveles correspondiente a su Cuerpo o Escala» [Ley 30/1984: 21.1.d); RD 364/1995: 70.2; Ley 2/1987: 27.3].

El grado personal queda vinculado al cuerpo o escala y subescala en el que ha sido adquirido, por lo que no puede trasladarse a otro cuando el funcionario cambia de cuerpo o escala y subescala⁷⁵.

2. Además del anterior sistema de adquisición de grado por desempeño de uno o sucesivos puestos de trabajo, existe una «segunda forma de promoción profesional de los funcionarios»⁷⁶ para elevar su grado

⁷¹ «Todo funcionario posee un grado personal correspondiente a uno de los treinta niveles en que están clasificados los puestos de trabajo» [Ley 30/1984: 21.1.c); RD 364/1995: 70; Ley 2/1987: 27.1].

⁷² «Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: ...» (RDLg. 5/2015: 16.3).

⁷³ Ley 30/1984: 1.3 y 21. Ley –Canarias– 2/1987: 1.4 y 27.

⁷⁴ Cuando se adquiere por desempeño de puesto, pero puede superar el nivel del puesto desempeñado cuando se adquiere por cursos de formación u otros requisitos objetivos.

⁷⁵ «FD 1.º.– ...el grado personal se consolida en función de la pertenencia a un determinado Cuerpo o Escala, por ser la manifestación del desarrollo de la carrera profesional en aquellos; que el que un funcionario tenga reconocido un grado personal en un cuerpo al que pertenezca, no implica en absoluto que tenga reconocido ese mismo grado en otro cuerpo del que sea miembro o al que acceda en el futuro, sino que tendrá un grado personal en cada uno de dichos cuerpos, aun cuando sean del mismo grupo de titulación, siendo la única excepción el acceso por promoción interna a un cuerpo del Subgrupo superior. FD 3.º.– ...el grado personal dentro de la Administración General del Estado es, efectivamente como pone de relieve la parte actora, una manifestación del desarrollo de la carrera profesional de un funcionario, consolidándose el mismo por el desempeño de un puesto de trabajo determinado perteneciente o desempeñado desde un Cuerpo o Escala también concreto y determinado. ... / ... Es cierto, conforme a la normativa expuesta que se conserva el grado personal consolidado por parte de los funcionarios que accedan a un Cuerpo o Escala por promoción interna (art. 78.3 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, pero es acorde con lo relatado, ya que se trata de una promoción interna, es decir, dentro el mismo Cuerpo o Escala)» (TSJ Castilla-La Mancha, Contencioso, sec. 2.ª, S. 06-07-2018, núm. 353/2018, rec. 253/2017)

⁷⁶ «El art. 21.1.f) permite que la adquisición de los grados superiores de los funcionarios de los Cuerpos y Escalas de cada grupo puede realizarse también, aparte de por el sistema normal del desempeño de puestos de trabajo de cada nivel, durante 2 años continuados o 3 sin interrupción –art. 21.1.d)–, mediante la superación de cursos de formación u otros requisitos objetivos a determinar por el Gobierno, por el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas o por el pleno de las Corporaciones Locales, según los casos. Estos órganos ejecutivos quedan así habilitados para regular, en desarrollo o complemento de la Ley, esta segunda forma de promoción profesional de los funcionarios. Ciertamente la Ley no señala qué cursos de formación y, menos aún, qué tipo de requisitos

personal, sin cambiar de puesto de trabajo, mediante «cursos de formación⁷⁷ u otros requisitos objetivos»⁷⁸ acreditados en concurso de méritos de acceso a los cursos o de promoción de grado personal⁷⁹. La adquisición de grado en esta segunda forma «permitirá al funcionario participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo correspondientes a dicho grado» (Ley –Canarias– 2/1987: 28.3).

La expresión «otros requisitos objetivos» incluye una amplia habilitación discrecional para determinarlos, pudiendo tener encaje en ella los diferentes casos de «sobretitulación» (mérito análogo al de la formación continua mediante cursos de formación)⁸⁰, lo que palía en parte la escasez de oportunidades de ascenso al subgrupo superior en las pequeñas Administraciones Públicas. Esta medida tiene sentido cuando la sobretitulación del funcionario implica una mejora o incremento de las funciones del puesto que desempeña y tiene respaldo en un estudio del INAP⁸¹ del año 2015 del que se deduce un alto «Porcentaje de funcionarios con mayor titulación de la exigida para el acceso (promociones 2007-2011)» (pág. 55 del estudio).

El ascenso de grado mediante cursos de formación u otros requisitos objetivos pone de manifiesto que, aunque el grado personal impide reclasificaciones del puesto desempeñado en más de dos niveles inferiores al grado personal consolidado (Ley 2/1987: 28.1), el nivel del puesto desempeñado no impide ascender en grado mediante cursos de formación u otros requisitos objetivos hasta el grado máximo del intervalo de niveles correspondiente al subgrupo de la plaza del funcionario; es decir, que, en estos casos, se invierte la regla general de que la adquisición del nivel por el desempeño del puesto precede a la del grado por el funcionario.

El tiempo de desempeño de puestos de un determinado nivel es el requisito general determinante para la adquisición y ascenso de grado personal y la sanción de demérito la causa de su descenso, por lo que se pueden dar las situaciones típicas de adquisición de grado previstas en la siguiente normativa: Ley 30/1984: 21; el RD 364/1995: 70 y 78.3; Ley (Canarias) 2/1987: 2.4, 27 y 28; Decreto (Canarias) 48/1998: 16).

4.3. En cuanto a los efectos retributivos

El principal derecho inherente al grado personal consolidado es el derecho a percibir el complemento de destino correspondiente al nivel de puesto adquirido como grado personal⁸², por lo que, cuando el funcionario (de carrera o interino⁸³) tiene un grado personal consolidado superior al nivel del puesto que esté desempeñando, percibirá el complemento de destino del nivel del puesto y, además, la diferencia hasta su

objetivos pueden exigirse para la adquisición de los grados superiores de acuerdo con este art. 21.1.f), por lo que la remisión a la postestad reglamentaria que contiene es muy amplia.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, referido el precepto a los funcionarios de cualesquiera Cuerpos y Escalas, sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística del contenido de los cursos o de los tipos de requisitos objetivos que pueden establecerse para esta promoción, dado que aquel contenido y estos requisitos habrán de variar sustancialmente en cada caso. Por ello no puede estimarse que este precepto vulnere la reserva constitucional de Ley relativa al Estatuto de los Funcionarios Públicos. Bien entendido que los requisitos que se establezcan deben ser objetivos, como la propia Ley ordena y en este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 23.2 y 103.3 CE, fundarse exclusivamente en criterios de mérito y capacidad, evitando toda discriminación» [Tribunal Constitucional –Pleno–, S. 11-06-1987, núm. 99/1987, de 26 de junio de 1987, rec. 763/1984, FD 3.º, d)].

⁷⁷ Ver nota al pie 13.

⁷⁸ Ley 30/1984: 21.1.f); y Ley –Canarias– 2/1987: 28.3.

⁷⁹ Un ejemplo de convocatoria y bases reguladoras de concurso de méritos para promoción de grado personal puede hallarse en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas de 24 de diciembre de 2007, páginas 23463 a 23468.

⁸⁰ «Se considerarán méritos preferentes conforme reglamentariamente se determine... las titulaciones académicas, en su caso...» [Ley 30/1984: 20.1.a)].

⁸¹ Pérez Guerrero (2015, p. 55). Otro estudio que confirma esta tendencia: Ruano et al. (2021).

⁸² «El principal derecho que es inherente al grado personal es este: el derecho “al percibo, al menos, del complemento de destino de los puestos de nivel correspondiente a su grado personal”» (Tribunal Supremo –Contencioso–, sec. 7.ª, S. 04-01-2007, rec. 81/2004, FD 5.º). «Los funcionarios tendrán derecho, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñen, al percibo, al menos, del complemento de destino de los puestos del nivel correspondiente a su grado personal» [Ley 30/1984: 21.2.a)].

⁸³ La equiparación del funcionario interino de larga duración sin causa objetiva con el funcionario de carrera en materia de grado personal la ha reconocido el Tribunal Supremo, Sala 3.ª, en su sentencia núm. 1592/2018, de 7 de noviembre de 2018, rec. 1781/2017, FD 7.º. Dicha doctrina abre una expectativa de equiparación de los funcionarios de carrera con nombramientos provisionales de larga duración sin causa objetiva (comisión de servicios o adscripción provisional) con los funcionarios interinos de larga duración sin causa objetiva, máxime cuando aquellos ya tienen la condición de funcionarios de carrera. Esta cuestión fue planteada al TS en el recurso de casación 3395/2020, admitido por el Auto del TS de 3 de diciembre de 2020. A la misma ya anticipó una respuesta la Sentencia núm. 732/1995, de 22-07-1995, recurso 2082/1993, del TSJ de la Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso: «... el tiempo servido en destinos obtenidos por adscripción provisional debe computarse a efectos de consolidación del grado personal, de igual manera que si tales destinos se hubieran obtenido a través de concurso ordinario...».

grado personal consolidado, pero si el descenso de nivel es causado por una reclasificación con reducción funcional del puesto o por la supresión del mismo (cese por alteración del contenido o supresión del puesto), la disminución consecuente del «complemento específico» no puede ser compensada con el complemento personal transitorio (CPT) de la DT 1.ª.4 del RD 861/1986 u otra norma análoga, y solo será posible su percepción durante el plazo máximo de tres meses⁸⁴.

Los incrementos de nivel de puesto (y, en su caso, de complemento específico) pueden conceptuarse como «adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo» (art. 19.7 –básico– de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, y preceptos análogos de las que la han precedido), por lo que están excepcionados de las limitaciones del gasto público de personal de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

4.4. Finalmente, respecto a los fines o/y efectos sancionadores

El nivel de puesto de trabajo se puede perder como consecuencia de la sanción disciplinaria de «demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria» [RDLg 5/2015: 96.1.e)].

La sanción de demérito exige la tramitación previa de un procedimiento disciplinario y el desarrollo legal, estatal o autonómico, correspondiente.

A efectos de carrera, la sanción de demérito puede tipificarse como una disminución del grado personal consolidado⁸⁵.

Es obvio que, para que la sanción de demérito sea efectiva, hay que reclasificar el puesto al nivel del nuevo grado personal o dar un nuevo destino de ese nuevo nivel al sancionado, salvo que al funcionario se le haya reconocido un grado personal superior al nivel del puesto y éste descienda hasta dicho nivel (TC, S. 37/2002: Antecedente 6.c) párrafos 4 y 5).

La sanción disciplinaria de demérito puede coincidir con la resolución de cese en el puesto tras sucesivas evaluaciones de desempeño negativas (RDLg 5/2015: 20.4), pues son procedimientos totalmente diferentes y no se excluyen entre sí.

CONCLUSIONES

1. El nivel inicial de puesto de trabajo es un indicador diferenciador entre puestos singularizados y no singularizados, sobre todo cuando los puestos tipo están opacados o no expresados en la RPT o ésta no existe. En consecuencia, un puesto de trabajo carente de puesto tipo de referencia y que contenga elementos que lo singularizan debe situar su nivel inicial en la mitad superior del intervalo de niveles correspondiente a su subgrupo de titulación.

2. Los puestos, sean singularizados o no, pueden alcanzar el nivel máximo del intervalo de niveles de su correspondiente subgrupo de titulación, como consecuencia de su mayor cualificación funcional derivada de la mayor competencia y promoción profesionales reconocidas al funcionario que lo desempeña.

3. La promoción de grado en el mismo puesto mediante cursos de formación u otros requisitos objetivos es una medida de promoción profesional de fácil aplicación en las Entidades Locales, que solo requiere la publicación de unas bases reguladoras del concurso de méritos correspondiente, por lo que es un buen

⁸⁴ Garantía temporal de las retribuciones en caso de cese en un puesto modificado o suprimido: En caso de cese «por alteración del contenido o supresión de sus puestos en las relaciones de puestos de trabajo, continuarán percibiendo, en tanto se les atribuye otro puesto, y durante un plazo máximo de tres meses, las retribuciones complementarias correspondientes al puesto suprimido o cuyo contenido haya sido alterado» [Ley 30/1984: 21.2.b) –norma básica–].

⁸⁵ «AH 6.c) ... En relación con el art. 97.1 d) de la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, ... la sanción de pérdida de uno a tres grados personales contenida en el precepto legal cuestionado. .../... no vulnera lo establecido en el art. 149.1.1 CE, pues se limita a sancionar, aunque de diferente manera, que no resulta arbitraria o desproporcionada la sanción establecida para las conductas que también son consideradas faltas graves por el régimen disciplinario de los funcionarios estatales. ... / ... FD 12.ª.– ...las Comunidades Autónomas pueden establecer, con fundamento razonable, tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no las contradigan ... FD 15.– ...el artículo 97.1.d)» [Tribunal Constitucional –Pleno–, S. 14-02-2002, núm. 37/2002, BOE 63/2002, de 14 de marzo de 2002, rec. 71/1994; 243/1995, AH 6.º.c): Alegaciones del Abogado del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña].

sustitutivo de los sistemas de carrera horizontal cuyos previsibles costes económicos de organización y mantenimiento lastran su implementación.

4. Hay una relación dinámica entre la objetividad del nivel de puesto y el carácter subjetivo del grado personal, pues la propia normativa permite la elevación del grado personal con independencia de la elevación del nivel de puesto, mediante «cursos de formación u otros requisitos objetivos» [Ley 30/1984: 21.1.f) y Ley 2/1987: 28.3], lo que amplía las expectativas de carrera profesional del funcionario 1) para participar en procedimientos de provisión de otros puestos de nivel superior al de su puesto actual o 2) para que, en un momento posterior, el nivel de su puesto pueda ser reclasificado al alza, si se incrementan sus funciones de forma cuantitativa o/y cualitativa, con lo que la promoción profesional podrá ser acompañada de la promoción económica correspondiente, para lo cual es muy importante que se acompañen el diseño de itinerarios profesionales y el incremento de la cantidad, calidad y complejidad de los servicios públicos de prestación directa o de control de los de prestación indirecta.

5. La potestad organizatoria o de autoorganización incluye al deber de la Administración Pública actuante de aprovechar las expectativas de promoción profesional de sus funcionarios que surjan con ocasión de su ejercicio, siendo tal deber una finalidad legítima de la actividad administrativa de planificación y ordenación del personal funcionario, prevista en la normativa (RD/Lg 5/2015: 69.1 y 72; y punto 1 del epígrafe 4.2), por lo que desaprovecharlas sin una motivación suficiente puede constituir un vicio de anulabilidad por falta de motivación debida de la actividad discrecional [Ley 39/2015: 35.1.i) –ver nota al pie 56–].

NORMATIVA CITADA

DERECHO EUROPEO: Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

DERECHO ESTATAL: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (EBEP) y Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del texto refundido de la ley del estatuto básico del empleado público. Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, del reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Orden de 6 de febrero de 1989, por la que se publica el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración (Administración General del Estado) (BOE 07-02-1989).

DERECHO LOCAL ESTATAL: Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local. Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Real Decreto 861/1986, de 25 de abril de 1986, del régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración Local.

DERECHO AUTONÓMICO DE CANARIAS: Ley 2/1987, de 30 de marzo, de función pública canaria. Decreto 259/1989, de 19 de octubre, por el que se establece la homogeneización de los niveles de complemento de destino y específico de las Jefaturas de Servicio, Sección y Negociado, puestos base de los grupos A y B, y Secretarios de Consejeros, Viceconsejeros y Altos Cargos. Decreto 21/1997, de 20 de febrero, por el que se establece la homogeneización de los complementos de destino y específico mínimos de los puestos de trabajo adscritos a Cuerpos clasificados en los Grupos C, D y E. Decreto 143/1990, de 31 de julio, que regula la asignación de destino a los funcionarios de la Administración de esta comunidad Autónoma que superen pruebas selectivas para ingreso en Cuerpos o Escalas de la misma. Decreto 196/1994, de 30 de septiembre, sobre adquisición y reconocimiento de grado personal. Decreto 48/1998, de 17 de abril, que regula la provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. Ley 7/2015, de 1 de abril, de municipios de Canarias. Decreto 164/1994, de 29 de julio, por el que se adaptan los procedimientos de la Comunidad Autónoma a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Orden de 26 de junio de 1985, de la Presidencia del Gobierno, de desarrollo del Decreto 62/1985, de 15 de marzo, por el que se establecen los criterios generales y el procedimiento de aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de los Departamentos del Gobierno de Canarias (BOC 13-05-1985 y 28-06-1985).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corral Villalba, J. (2001). *Como hacer la valoración de puestos de trabajo en un Ayuntamiento: la relación de puestos de trabajo* (1.ª ed.). Editorial Civitas.
- Gil Franco, A. J. (2018). Sobre la aplicabilidad del grupo B del artículo 76 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público como grupo de clasificación profesional del personal funcionario de carrera en las Administraciones Públicas con especial referencia a las Administraciones Locales. *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 10, 96-108. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10514>
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (2007). *Nota Técnica de Prevención 776. Promoción organizacional desleal: trepismo*. <https://www.insst.es/documents/94886/326775/ntp-776.pdf/43e62d7d-fc7c-48b6-9005-207fd3be7670?version=1.0&t=1617977875004>
- Navarro González, R. M. (2017). *La motivación de los actos administrativos* (1.ª ed., pp. 371-374). Editorial Thomson Reuters/Aranzadi.
- Pérez Guerrero, P. (dir.) (2015). *La formación para el ingreso en la función pública superior. Condicionantes educativos, económicos, geográficos y familiares de los cuerpos superiores adscritos a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas*. Banco de Conocimientos del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). INAP. <https://bci.inap.es/material-la-formaci%C3%B3n-para-el-ingreso-en-la-funci%C3%B3n-p%C3%BAblica-superior-condicionantes-educativos>
- Pérez Luque, A. (2003). *La relación de puestos de trabajo de las corporaciones locales* (1.ª ed). Editorial El Consultor de los Ayuntamientos.
- Portal de Transparencia de la Administración General del Estado (2021, 22 de agosto). *Relaciones de Puestos de Trabajo del Ministerio de Hacienda y Función Pública*. https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo/RPT-MHFP.html
- Recio Sáez de Guinoa, J. M. (2008). Potestad organizatoria de las administraciones públicas, ordenación de puestos de trabajo y control judicial. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 32, 263-320.
- Ruano de la Fuente, J. M. (dir.), Crespo González, J. y Polo Villar, C. (2021, agosto). *Los funcionarios ante el espejo. Análisis del ciclo de la selección de personal en la Administración General del Estado* [publicado en papel en el año 2015 en la Colección Monografías del INAP]. Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/51135/1/LIBRO%20TOTAL%201.pdf>
- Sancho Calatrava, J. A. (2016). Relaciones de puesto de trabajo y fraude de ley. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 10(1172).



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 14-09-2021
Aceptado: 08-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.10986>
Páginas: 202-217

La gestión de los residuos municipales al amparo del nuevo modelo de economía circular. A propósito del Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados¹

Municipal waste management under the new circular economy model. Regarding the Draft Law on Waste and Contaminated Soils

Juan Alejandro Martínez Navarro
Universidad de Almería (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5705-7097>
jmn055@ual.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Almería. Desde 2018 ejerce como Profesor Sustituto Interino en la Universidad de Almería, actualmente imparte docencia en el área de Derecho Administrativo. Sus principales líneas de investigación se centran en el Derecho sanitario y gestión de residuos.

RESUMEN

Las intervenciones y acciones medioambientales, consecuencia principalmente de la creciente repercusión de fenómenos como el cambio climático, están ocasionando un pausado pero constante e imparable proceso transformador de carácter social, económico y jurídico, entre otros. Su incidencia repercute en innumerables ámbitos y, en concreto, en la gestión de residuos los efectos jurídicos son de acuciante actualidad. Así pues, en el presente trabajo se analizará la reciente legislación (Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética y Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular) y los efectos que, al amparo de la economía circular, se prevén sobre la gestión de residuos municipales.

PALABRAS CLAVE

Residuos municipales; economía circular; gestión municipal de residuos; cambio climático.

ABSTRACT

Environmental interventions and actions, mainly the consequence of the growing impact of phenomena such as climate change, are causing a slow but constant and unstoppable transformative process of a social, economic, legal nature, among others. Its incidence has repercussions in innumerable areas and, specifically, in waste management, the legal effects are of pressing relevance. To this end, in this paper, the recent legislation (Law 7/2021, of May 20, on Climate Change and Energy Transition and Draft Law on Waste and Contaminated Soils) and the effects that, under the protection of the circular economy, they are foreseen on municipal waste management.

KEYWORDS

Municipal waste; circular economy; municipal waste management; climate change.

¹ Esta colaboración ha sido elaborada en el seno del Proyecto de Investigación P18-RT-2327, titulado "Enabling interdisciplinary COllaboration to FOster Mediterranean foREST sustainable management and socio-ECONomic valuation (ECO2-FOREST)", de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad – Dirección General de Investigación y Transferencia del Conocimiento, Junta de Andalucía (España).

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO. 2. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS: LA LEY 22/2011, DE 28 DE JULIO, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS. 3. LA NUEVA GESTIÓN DE RESIDUOS MUNICIPALES EN ESPAÑA. 3.1. EL FRACASO DEL MODELO ESPAÑOL. LOS OBJETIVOS FIJADOS PARA LA GESTIÓN DE RESIDUOS MUNICIPALES. 3.2. EL REAL DECRETO 646/2020, DE 7 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA LA ELIMINACIÓN DE RESIDUOS MEDIANTE DEPÓSITO EN VERTEDERO. 4. LA ECONOMÍA CIRCULAR Y EL CAMBIO CLIMÁTICO. 4.1. DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN LA GESTIÓN MUNICIPAL DE RESIDUOS. 4.2. LA LEY 7/2021, DE 20 DE MAYO, DE CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA. 5. EL PROYECTO DE LEY DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR. 5.1. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS NOVEDOSOS DEL PROYECTO DE LEY DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR. 5.2. EL PROYECTO DE LEY DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR Y LA GESTIÓN MUNICIPAL DE RESIDUOS. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. PLANTEAMIENTO

En la actualidad, los objetivos medioambientales y la elaboración de programas, acciones y normas desarrolladas a tal fin no representan novedad alguna. En efecto, la Unión Europea (UE) en el marco de sus competencias, y a lo largo de las últimas décadas, ha perfeccionado un prolífico marco de acción tan amplio y ambicioso como complejo y difuso, afectando a materias diversas pero interrelacionadas como energía, consumo, salud pública, entre otras.

No obstante, parece evidente que las políticas descritas han alcanzado un insólito nivel que nos lleva a un nuevo marco de regulación. En este contexto, la UE ha asumido un papel protagonista a escala internacional a través de un nuevo impulso legal y de ambiciosos objetivos. Por su parte, los Estados miembros, por iniciativa propia (caso de Alemania), o estimulados por las políticas comunitarias (caso de España), están atravesando una convulsa nueva etapa de acción y desarrollo legislativo. En este extenso marco de acción diseñado, el ámbito de los residuos ha conseguido adquirir un creciente y paulatino protagonismo.

Conscientes o no, la urgencia nos obliga a actuar, y los objetivos asumidos a escala internacional frente a la lucha contra el cambio climático requieren de políticas de acción. En este sentido, el Acuerdo de París, alcanzado en diciembre de 2015, en la XXI conferencia de las Partes (COP21) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, pudo ser un punto de inflexión (Fernández, 2011, pp. 39-45)².

Complementariamente, la UE ha diseñado un marco de actuación multidisciplinar donde, como es evidente, las políticas en materia de residuos han adquirido un papel esencial y, a su vez, la gestión de residuos municipales, en atención a su incidencia y repercusión, destaca sobremanera. Así, la UE a través de importantes programas y relevantes regulaciones normativas [especialmente, a partir de la Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos; y la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos] ha fijado ambiciosos objetivos de reducción de vertidos municipales a corto y medio plazo (marcando porcentajes de vertidos concretos para 2020, 2025 y 2030) y ha generado un nuevo proceso legislativo a escala nacional de trasposición y adecuación del marco regulador interno.

En consecuencia, el presente estudio pretende poner de relieve cuál ha sido el progreso de la gestión de residuos municipales en España, especialmente a raíz de los objetivos de reducción de vertidos fijados a nivel comunitario; y realizar un análisis exhaustivo de las novedades previstas en el actual marco regulador que se ha conformado recientemente a través del Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero (incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva UE 2018/850); la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (en

² El objetivo fijado en el Acuerdo de París fue tratado con anterioridad en el Acuerdo de Copenhague. Así, entre los aspectos positivos del Acuerdo de Copenhague destaca el reconocimiento de la necesidad de limitar el incremento en la temperatura global a 2°C y de alcanzar un techo de emisiones global y por países lo antes posible. Se trataba de una simple declaración de intenciones ya que los Estados afirman su voluntad de evitar que la temperatura del planeta aumentara por encima de los 2°C con respecto a los niveles preindustriales; por lo tanto, el texto adoptado en dicha Cumbre no era vinculante, y ni tampoco explicaba cómo debía procederse para llevar a cabo la reducción de emisiones.

adelante, LCCTE); y, finalmente, el novedoso Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular (en adelante, Proyecto de LRSCEC), consecuencia de la Directiva UE 2018/851, y la Directiva UE 2019/904, de 5 de junio, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente.

2. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS: LA LEY 22/2011, DE 28 DE JULIO, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS

La política europea en materia de residuos se basa en los principios de cautela, prevención y corrección de la contaminación en su fuente. Los programas de acción en materia de residuos fijan el marco de las acciones futuras en todos los ámbitos de la política de medio ambiente, se integran en estrategias horizontales y se tienen en cuenta en las negociaciones internacionales.

La primera norma de referencia fue la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, que instauró a nivel comunitario la primera reglamentación para la eliminación de residuos³. Esta norma pretendía resolver la disparidad entre las disposiciones aplicables entre los diferentes Estados miembros. La propia Comisión Europea consideró que la falta de un marco de coordinación estaba generando condiciones de competencia desiguales y, por consiguiente, una incidencia directa en el funcionamiento del mercado común⁴.

En España, la primera ley general de residuos fue la Ley 19/1975, de desechos y residuos sólidos urbanos, que fue complementada, tiempo después, por la Ley 20/1986, de 14 de mayo, de Residuos Tóxicos y Peligrosos (Alenza, 2013, p. 15). Ambas normas convivieron y compartieron vigencia hasta su derogación por la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (Alenza, 1997; Poveda, 1998; Santamaría, 2007)⁵.

Las diversas modificaciones y distintas ampliaciones normativas desembocaron en una necesidad codificadora en aras a alcanzar una mayor racionalidad y claridad. Por ello, en la resolución de 20 de abril de 2004, el Parlamento Europeo llamaba a la Comisión a examinar la posibilidad de que la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación abarcase todo el sector de los residuos. Por lo cual, se aprobó la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2006 relativa a los residuos⁶.

Finalmente, con objeto de aclarar conceptos clave, como las definiciones de residuos, valorización y eliminación, reforzar las medidas que deben tomarse respecto a la prevención de residuos, introducir un enfoque que tenga en cuenta no sólo la fase de residuo sino todo el ciclo de vida de los productos y materiales, y centrar los esfuerzos en disminuir el impacto en el medio ambiente de la generación y gestión de residuos, reforzando el valor económico de los residuos, se optó por derogar la Directiva 2006/12/CE y su sustitución por un nuevo texto legal.

El resultado fue la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, que se presenta con una ambiciosa gama de objetivos con el que se renuevan y actualizan las disposiciones comunes relativas a los

³ La integración de los residuos en la política europea se remonta al Consejo Europeo celebrado en París en 1972 tras la primera conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente. Por primera vez, los gobiernos europeos reconocen la necesidad de desarrollar la expansión económica a través de programas de acción respetuosos con el medio ambiente.

⁴ Desde esta primera regulación, ya se planteaba la gestión de los residuos como un instrumento elemental para la protección de la salud y esencial en la reutilización de materiales de recuperación a fin de preservar los recursos materiales. En este sentido, el contenido regulado en la Directiva 75/442/CEE se sustenta bajo el principio «quien contamina, paga». Este fundamento ha acompañado a la política europea en materia de residuos hasta la actualidad.

⁵ La Ley 10/1998 fue diseñada con gran ambición, siendo la primera regulación con carácter general de los residuos en nuestro ordenamiento jurídico. Por primera vez, la Ley de Residuos incluyó también la regulación legal de los suelos contaminados (aunque no aparece reflejado en el título de la norma), precedente que se ha mantenido constante en las futuras regulaciones.

⁶ La Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos establece el marco legislativo para la manipulación de residuos en la Comunidad. En ella se definen conceptos clave como residuos, valorización y eliminación y se establecen los requisitos esenciales para la gestión de residuos, en particular la obligación de que las entidades o empresas que lleven a cabo operaciones de gestión de residuos tengan una autorización o estén registradas, la obligación de que los Estados miembros tengan planes de gestión de residuos, y otros principios fundamentales, como la obligación de manipular los residuos de manera que no causen un impacto negativo en el medio ambiente y la salud, el fomento de la aplicación de la jerarquía de residuos y, de conformidad con el principio «quien contamina paga», el requisito de que los costes de la eliminación de los residuos recaiga sobre el poseedor de los residuos o el anterior poseedor, o el productor del producto del que proceden los residuos.

residuos y se imponen nuevas obligaciones para conseguir transformar la Unión Europea en una «sociedad del reciclado» (Alenza, 2009)⁷.

En España, tras doce años de aplicación de la Ley 10/1998, la necesaria modificación del marco legislativo interno en materia de residuos se vio impulsada por la transposición de la Directiva 2008/97/CE. La renovación legislativa tuvo como resultado la aprobación de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados (en adelante, LRSC).

La LRSC mostró la madurez legislativa adquirida en materia de residuos. Esta norma vino a aportar claridad conceptual y una mejora sistemática, en concordancia con la Directiva 2008/98/CE. Asimismo, adopta un enfoque integral de todo el ciclo de vida de los productos y materiales. Aunque la regulación anterior contenía escasas referencias a las fases previas a la generación de residuos, la LRSC incorpora además una responsabilidad ampliada a los productores, a través de la imposición de obligaciones sobre el diseño de los productos, su composición, su comercialización, etc (Alenza, 2013, p. 20).

Una de las más destacadas deficiencias de la LRSC fue la ausencia de alusiones relevantes sobre el cambio climático. Esta carencia, objeto de debate parlamentario, derivó en la inclusión de algunas enmiendas que aderezaron el contenido final de la norma.

Al respecto, Alenza García aporta algunas conclusiones que conviene destacar (Alenza, 2013, pp. 27-28). En primer lugar, el legislador reconoce en la exposición de motivos que la lucha contra el cambio climático es una prioridad de la política ambiental y, aunque la contribución de los residuos al cambio climático es pequeña en relación con el resto de sectores, existe un potencial margen de reducción de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI), asociado al sector de los residuos. En este sentido, a través del principio de coherencia se fija la necesidad de supeditar las políticas de residuos a la estrategia de lucha contra el cambio climático⁸.

En segundo lugar, los planes y programas de gestión de residuos que deriven como instrumentación y complemento de la LRSC que fijen y establezcan objetivos concretos estarán sujetos, una vez más, por el principio de coherencia con los compromisos internacionales sobre cambio climático⁹.

Finalmente, para aquellas medidas económicas, financieras y fiscales que contribuyan a «fomentar la prevención de la generación de residuos, mejorar su gestión, fortalecer los mercados del reciclado e incrementar la contribución del sector de los residuos a la lucha contra el cambio climático, se tendrán en cuenta las peculiaridades de las pequeñas y medianas empresas»¹⁰.

En definitiva, si por algo se caracteriza la LRSC es por un incremento del intervencionismo de la Administración pública. Por un lado, adquiere una mayor relevancia la figura de la comunicación previa para determinadas operaciones que con anterioridad no estaban sometidas a intervención alguna. Por otro lado, se refuerzan potestades administrativas de inspección, sanción y reparación de los daños derivados de la gestión de residuos.

3. LA NUEVA GESTIÓN DE RESIDUOS MUNICIPALES EN ESPAÑA

En el sistema español de determinación de las competencias locales hay que partir de las materias competenciales establecidas en la Ley 7/1985, Reguladoras de Bases de Régimen Local (LBRL) y acudir luego a la legislación sectorial (Alenza, 2018, p. 275).

En la LBRL los residuos aparecen como título material específico, junto al genérico de la protección ambiental y a otros que pueden incidir en materia de residuos como la salubridad, urbanismo, o el tratamiento de aguas residuales (Alenza, 2018, p. 275). Con carácter general, la LBRL en su art. 25 cede importantes competencias a los municipios sobre medio ambiente urbano, en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en

⁷ Asimismo, contempla algunos otros aspectos a destacar. En primer lugar, la clarificación conceptual. En segundo lugar, se refuerzan las medidas sobre la prevención de residuos. En tercer lugar, se pretende la adopción de un enfoque que tenga en cuenta no sólo la fase de residuo sino todo el ciclo de vida de los productos y materiales, para lo cual se contempla la posibilidad de adoptar medidas para incentivar el diseño de productos que reduzcan su impacto ambiental (art. 8). Finalmente, el cuarto objetivo es la disminución del impacto ambiental de la generación y gestión de residuos y reforzar el valor económico de los residuos, favoreciendo la valorización de residuos y la utilización de materiales valorizados. Otras novedades son la previsión de inspecciones periódicas a los gestores de residuos y la obligación de los Estados miembros de tipificar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para los supuestos de infracción de las disposiciones de la directiva.

⁸ Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, art. 7.2.: «Las medidas que se adopten en materia de residuos deberán ser coherentes con las estrategias de lucha contra el cambio climático».

⁹ Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, art. 14.1.

¹⁰ Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, Disposición adicional decimocuarta.

las zonas urbanas. La recogida de residuos es una competencia que deberán asumir todos los municipios. Aquellos con una población superior a 5.000 habitantes, además, deberán asumir el servicio de tratamiento de residuos.

Por su parte, la actual LRSC, art. 12.5, desarrolla este mandato y establece como servicio obligatorio para las Entidades locales, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas. Asimismo, el ejercicio de la potestad de vigilancia e inspección, y la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias.

En síntesis, las Entidades locales «son competentes para la gestión de sus residuos y, por tanto, se encuentran en el eje para la transformación de un modelo que se encuentra obsoleto» (Zamora, 2018a, p. 33).

Con independencia de las competencias en sentido amplio, las Entidades locales pueden elaborar programas de prevención y de gestión de los residuos; gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas; u obligar al productor o a otro poseedor de residuos peligrosos domésticos o de residuos cuyas características dificultan su gestión a que adopten medidas para eliminar o reducir dichas características o a que los depositen en la forma y lugar adecuado. Por su parte, el Proyecto de LRSCEC no amplía las competencias locales establecidas en el actual marco regulador.

3.1. El fracaso del modelo español. Los objetivos fijados para la gestión de residuos municipales

La experiencia adquirida en materia de gestión de residuos nos permite afirmar que las Entidades locales tienen una gran responsabilidad y un papel esencial para la consecución de los objetivos fijados por los distintos programas de acción¹¹. Ahora bien, este protagonismo lleva aparejado un gran esfuerzo de índole económico que requiere de la financiación adecuada.

El pasado 16 de febrero de 2021, EUROSTAT hizo públicos los datos de generación y gestión de residuos municipales en la Unión Europea. Según los mismos, se generaron 224,5 millones de toneladas de estos residuos, unos 502 kg por persona. En cómputo global, la producción de residuos municipales supone entre el 7-10 por ciento de los residuos totales generados en la Unión Europea (Fernández y Oteiza, 2020).

En cualquier caso, la relevancia de la gestión municipal no radica exclusivamente en la cantidad de residuos producidos, sino también en la modalidad y heterogeneidad de su composición. En tal sentido, la Directiva 2018/851 incorpora una nueva definición de residuos municipales como aquellos mezclados y recogidos de forma separada de origen doméstico, incluidos papel y cartón, vidrio, metales, plásticos, biorresiduos, madera, textiles, envases, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, residuos de pilas y acumuladores, y residuos voluminosos, incluidos los colchones y los muebles¹². De esta nueva definición se hace eco el Proyecto de LRSCEC.

En concreto, en España se generan 23 millones de toneladas de residuos municipales al año. Para cumplir con los objetivos del Plan de Acción de Economía Circular de la Unión Europea, España debería reciclar el 65 por ciento de los residuos municipales y reducir su vertido al 10 por ciento para el año 2035. Por el contrario, la gestión de residuos municipales apenas ha presentado mejoras sustanciales en las cifras de reciclaje y vertidos. Según los datos aportados por EUROSTAT, en España el reciclado y compostaje de los residuos se sitúa en el 33,5 por ciento; la incineración y valor energético representa un 13 por ciento; y el vertido de residuos alcanza un 53,6 por ciento¹³. Son cifras que reflejan una distancia sideral con los objetivos fijados, y no alcanzarlos supondría un incumplimiento legal e implicaría importantes sanciones económicas para España (Sancho, 2021, pp. 14 y ss.)¹⁴.

¹¹ En palabras de D. Daniel Calleja, Director General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, «La Economía Circular no se puede concebir sin un papel muy activo de los municipios». Disponible en el siguiente enlace web: <https://www.municipiosyeconomia-circular.org/entrevistas/2017/11/28/debatimos-sobre-economia-circular-daniel-calleja>

¹² Directiva 2018/851, art. 2. La Directiva también considera como residuo municipal a «los residuos mezclados y los residuos recogidos de forma separada procedentes de otras fuentes, cuando esos residuos sean similares en naturaleza y composición a los residuos de origen doméstico». Al contrario, «los residuos municipales no comprenden los residuos procedentes de la producción, la agricultura, la silvicultura, la pesca, las fosas sépticas y la red de alcantarillado y plantas de tratamiento de aguas residuales, incluidos los lodos de depuradora, los vehículos al final de su vida útil ni los residuos de construcción y demolición».

¹³ Eurostat. Statistics Explained. Municipal waste statistics. Disponible en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Municipal_waste_statistics#Further_Eurostat_information [última revisión 18-08-2021].

¹⁴ En consecuencia, Ecologistas en Acción a finales de marzo de 2020 presentó una denuncia ante la Comisión Europea por lo que está ocurriendo en varias Comunidades Autónomas y que son hechos semejantes a lo que en 2014 causó la condena del Tribunal Europeo contra Italia por el caso de Malagrotta. Según ha puesto de manifiesto Ecologistas en Acción, la Comisión ha iniciado una

En resumidas cuentas, la gestión de residuos municipales en España muestra unos resultados claramente deficientes, especialmente en la comparativa con el resto de los Estados miembros de la UE. La media de los 27 se sitúa en un reciclado y compostaje del 47,8 por ciento; una incineración y valor energético del 26,7 por ciento; y un vertido de apenas el 23,9 por ciento. Aunque los objetivos fijados para 2035 puedan parecer ambiciosos, lo cierto es que hay multitud de países que los han alcanzado. Particularmente, Alemania, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Bélgica, Austria y Luxemburgo tienen un vertido de residuos muy por debajo del 10 por ciento fijado, y un porcentaje de reciclado y compostaje que supera el 50 por ciento.

De vuelta al modelo español de gestión de residuos municipales, no solo nos encontramos lejos del plan de la UE, sino que se ha incumplido el objetivo intermedio implantado en la LRSC de reciclar el 50 por ciento de los residuos municipales para el año 2020 (Fernández y Oteiza, 2020). La situación no es muy satisfactoria, atendiendo al déficit ambiental del país. A pesar de que se están dando algunos pasos significativos, especialmente de carácter legal, o mediante iniciativas administrativas (regionales y locales), empresariales y sociales, en línea con lo marcado por la UE, la transición hacia una economía circular en España, en general, se encuentra retrasada. «Las iniciativas son incipientes y hasta ahora las medidas adoptadas han estado centradas, sobre todo, en las políticas ambientales de la fase final del ciclo económico, como es la gestión de los residuos, con modestos avances en las fases de ecodiseño y “ecoinnovación”» (Jiménez, 2020, p. 12).

A este respecto, el Proyecto de LRSCEC presenta un conveniente cambio de tendencia. Si hasta ahora la política en gestión de residuos se ha caracterizado por un carácter tibio y poco ambicioso, el nuevo Proyecto recoge los objetivos de reutilización del Plan de Acción de Economía Circular de la UE: «para 2035, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 65 por ciento en peso; al menos un 15 por ciento corresponderá a la preparación para la reutilización, fundamentalmente de residuos textiles, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, muebles y otros residuos susceptibles de ser preparados para su reutilización»¹⁵.

El nuevo Proyecto cede a las Comunidades Autónomas la responsabilidad de garantizar la consecución de los objetivos establecidos, otorgando una posición secundaria a las Entidades locales. De tal modo que, para el cumplimiento de los objetivos de los residuos municipales, las Comunidades Autónomas podrán determinar la contribución de las Entidades locales, de forma independiente o asociada.

3.2. El Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero

La gestión y vertido de residuos municipales en España ha resultado ser un fracaso evidente y, sin embargo, la reacción continúa siendo tardía y poco ambiciosa. Como muestra de esta afirmación, conviene destacar al Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero, que transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva (UE) 2018/850.

El fin de la norma es garantizar una reducción progresiva de los residuos depositados en vertedero, especialmente de aquellos que son aptos para la reutilización, reciclado y valorización¹⁶. Para ello, la norma se sustenta sobre un principio elemental de la economía circular, que no es otro que situar el vertido de residuos como «la opción de gestión de residuos menos deseable». Nuevamente fija los objetivos de reducción de vertido de residuos municipales¹⁷: reducir al 40 por ciento para el año 2025; al 20 por ciento para 2030; y al 10 por ciento o menos para el 2035.

Esta norma incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2018/850¹⁸, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos, que adopta, entre otros criterios, las conclusiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia *Malagrotta* (Tribunal de Justicia de 15 de

investigación de oficio (ref. EU-PILOT 2018/9328) en la que invita a España a adoptar urgentemente las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la sentencia *Malagrotta* en todo su territorio y en todos los vertederos. Tales medidas también deben abordar el tratamiento de residuos peligrosos y, cuando sea técnicamente posible, de residuos inertes antes de su depósito en vertederos. En el siguiente enlace: <https://www.ecologistasenaccion.org/141691/la-comision-europea-reconoce-que-espana-podria-estar-incumpliendo-la-normativa-europea-de-tratamiento-de-residuos-domesticos/> [última revisión el día 19-08-2021].

¹⁵ Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados, art. 26.1.e).

¹⁶ Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero, art. 1.b).

¹⁷ Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero, art. 8.

¹⁸ Esta Directiva ha sido complementada con la Decisión de ejecución (UE) 2019/1885 de la Comisión, de 6 de noviembre de 2019, por la que se establecen normas relativas al cálculo, la verificación y la comunicación de datos relativos al vertido de residuos municipales de acuerdo con la Directiva 1999/31/CE del Consejo, y se deroga la Decisión 2000/738/CE de la Comisión.

octubre de 2014, en el asunto C-323/13) donde confirma el principio de la Directiva sobre vertidos que exige que todos los residuos susceptibles de ser sometidos a tratamiento previo sean tratados previamente a su depósito en vertedero. Además, aclaró que las Entidades locales no pueden aplicar cualquier tratamiento previo, al contrario, deben emplear la opción de tratamiento más adecuada para reducir en la medida de lo posible los efectos negativos sobre el medio ambiente y la salud humana (Revuelta, 2020)¹⁹.

Ahora bien, más allá de determinadas proclamas, el Real Decreto 646/2020 aporta pocos aspectos novedosos y reducidos mecanismos de acción. Pueden ser resumidos del siguiente modo:

- *Incentivos económico-financieros para reducir el depósito en vertederos.* En su artículo 4, el legislador establece un mandato a las Entidades locales para que hagan uso de los instrumentos económicos o de otras medidas al objeto de incentivar la aplicación del principio de jerarquía de residuos (es decir, degradar el vertido a la última opción en la gestión de residuos municipales). Ahora bien, esta consigna no trae aparejada ninguna herramienta económica o financiera específica, por el contrario, se anima a emplear las herramientas contempladas en la actual LRSC.

Sin duda, se pierde una inmejorable oportunidad para adoptar nuevos mecanismos de incentivo que desarrollen, complementen o mejoren los previstos en el actual marco normativo regulador que se han mostrado claramente ineficientes e insuficientes.

- *Nuevos residuos no admisibles en vertederos.* Con la nueva regulación, los vertederos no admitirán neumáticos usados (NFU o Neumáticos Fuera de Uso), en concreto, aquellos con un diámetro exterior superior a 1.400 milímetros. Del mismo modo, no se admitirán los residuos recogidos separadamente para la reutilización. Es decir, aquellos residuos aptos para la preparación, reutilización, y reciclado u otro tipo de valorización, en particular para los residuos municipales²⁰. La concreción de este tipo de residuos queda en manos del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que deberá identificarlos a través de una orden ministerial antes del 1 de enero de 2023 (Lozano y Poveda, 2021, p. 4).

Finalmente, queda prohibida la dilución o mezcla de residuos cuando su finalidad sea cumplir los criterios de admisión de los residuos en vertedero²¹.

- *Costes de vertido de residuos.* Una de las novedades más interesantes del RD 646/2020, radica en la obligación de fijar el precio que la entidad explotadora cobre por la eliminación de los residuos tomando en valoración, por lo menos²²: los costes de explotación; los gastos de seguros; los costes de clausura y mantenimiento del establecimiento; los costes de fianzas constituidas; y, los más interesante, los costes ligados a la emisión de gases²³. Las cantidades recaudadas en concepto de costes de emisión serán destinadas con carácter exclusivo a la implantación de programas de refuerzo y mejora de los sistemas de recogida y tratamiento de gases.

En pocas palabras, el Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, se desarrolla como la respuesta legal a la ineficiente gestión de residuos municipales, y surge como una herramienta más enfocada en el nuevo horizonte de la economía circular. Sin embargo, esta norma peca de dos deficiencias evidentes: por un lado, aporta escasos mecanismos de acción que, previsiblemente, tendrán un efecto insuficiente en la gestión de residuos y en los propios objetivos que asume; por otro lado, es una norma inacabada que recoge excesivas remisiones a posteriores desarrollos reglamentarios mediante orden ministerial²⁴.

¹⁹ El TJUE en la Sentencia de 14 de octubre de 2020, asunto C-629/19 (Caso varios contra Landeshauptmann von Steiermark), analiza la valorización de lodos de Depuración y los riesgos para el medio ambiente y para la salud Humana que implica, especialmente relacionados con la presencia potencial de sustancias peligrosas. Al respecto concluye que «en la valorización de residuos debe garantizarse un alto nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente».

²⁰ Esta restricción se regula de conformidad con lo estipulado en la Directiva 2018/851, art. 3 bis: «Los Estados miembros se esforzarán por garantizar que, a partir de 2030, todos los residuos aptos para el reciclado u otro tipo de valorización, en particular los residuos municipales, no sean admitidos en vertederos, con excepción de los residuos para los cuales el depósito en un vertedero proporcione el mejor resultado medioambiental, de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 2008/98/CE».

²¹ Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero, art. 6.2.

²² Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero, art. 9.1.e).

²³ Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero, Disposición final tercera: «El método de cálculo del coste de emisión de gases de efecto invernadero señalado en el artículo 9.1.e) se establecerá por orden ministerial en el plazo de 2 años desde la entrada en vigor de este real decreto, previa consulta a la Comisión de coordinación en materia de residuos».

²⁴ En concreto, por orden ministerial se desarrollará la citada relación de residuos que no se aceptarán en vertedero, por ser aptos para su reutilización, reciclado u otro tipo de valoración (RD 646/2020, art. 6.3); se establecerán los mínimos exigibles de tratamiento previo para residuos municipales, puesto que sólo podrán depositarse en vertedero residuos que hayan sido objeto de algún

Sin duda, nos encontramos ante elementos que requieren, en mayor o menor medida, una revisión permanente y una adecuación continua. Por ello, su regulación mediante orden ministerial otorga una mayor agilidad y una adaptación más eficiente. Ahora bien, si el Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, llega tarde, la remisión a futuros complementos reglamentarios prolonga más aún su plena aplicación. De lo expuesto, podemos deducir que el legislador ha abandonado cualquier pretensión de cumplir los objetivos fijados a corto plazo, y se centra en alcanzar resultados a medio y largo plazo.

4. LA ECONOMÍA CIRCULAR Y EL CAMBIO CLIMÁTICO

4.1. De la economía circular en la gestión de residuos municipales

El término «economía circular» es de reciente concepción y, sin embargo, sobre el mismo se han formulado multitud de definiciones. Por un lado, su carácter indeterminado y su ámbito de difícil concreción han convertido a este término en un fenómeno de difusión. Por otro lado, su mensaje ético lo ha transformado en un eslogan difícil de criticar y cuyos objetivos tienen una aceptación unánime.

No obstante, la esencia que transmite la economía circular, su idea, no representa novedad alguna en la política de residuos. Como indica Alenza García, «resulta exagerado hablar de la economía circular como un nuevo paradigma ambiental» (Alenza, 2020, p. 242). Y es que, la economía circular sólo tiene de novedosa la expresión. «Las ideas que encierra y la concepción sistémica del ciclo de los materiales vienen de lejos y han sido denominadas en la política europea de residuos con otros términos que, en su día, tuvieron también un notable éxito» (Alenza, 2020, p. 242). En cualquier caso, es innegable su valor inspirador.

Por el contrario, es un término obviado en los textos normativos. Ni las recientes Directivas europeas, ni la regulación básica estatal (LRSC) desarrollan una definición sobre esta expresión. Esta deficiencia de nuestro ordenamiento jurídico ha sido solventada en el Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular donde se define el término «economía circular» como el «sistema económico en el que el valor de los productos, materiales y demás recursos de la economía dura el mayor tiempo posible, potenciando su uso eficiente en la producción y el consumo, reduciendo de este modo el impacto medioambiental de su uso, y reduciendo al mínimo los residuos y la liberación de sustancias peligrosas en todas las fases del ciclo de vida, en su caso mediante la aplicación de la jerarquía de residuos»²⁵.

Ahora bien, con independencia del Proyecto, nuestro ordenamiento jurídico no está huérfano de una definición de este término, sin embargo, es necesario recurrir a la regulación autonómica, en concreto a la Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático de la Comunidad de Cataluña. Esta norma es pionera dentro de nuestro ordenamiento jurídico en adoptar una definición de economía circular en los siguientes términos [art. 2, d)]: «economía que promueve la eficiencia en el uso de los recursos para alcanzar un alto nivel de sostenibilidad, mediante el ecodiseño, la prevención y minimización de la generación de residuos, la reutilización, la reparación, la remanufacturación y el reciclaje de los materiales y productos, frente a la utilización de materias primas vírgenes»²⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la economía circular surge como un principio instrumental con vocación transformadora, transversal y generalista. Más aún, la economía circular es entendida como un «principio de principios» a tenor de su proyección hacia objetivos heterogéneos y diversos, y a ello se une esa vocación generalista que le lleva a trascender del ámbito del sistema de los productos y residuos e influir en otro tipo de sistemas socioeconómicos y culturales (Alenza, 2020, p. 233).

tratamiento previo (RD 646/2020, art. 7.1); se concretará la instrucción técnica complementaria para determinar bajo qué circunstancias un vertedero clausurado ya no constituye un riesgo significativo para el medio ambiente (RD 646/2020, art. 16.5); se fijarán los requisitos mínimos exigibles de clasificación de los residuos, madurez y estabilización de la fracción orgánica de los residuos municipales tratados con carácter previo al vertido (RD 646/2020, Disposición adicional primera); y se aprobará el método de cálculo del coste de emisión de gases de efecto invernadero (RD 646/2020, Disposición final tercera).

²⁵ Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular, artículo 2, bc).

²⁶ La Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía recoge la misma definición desarrollada en la Ley catalana. Sin embargo, la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, define la economía circular como «una economía en que el valor de los productos y de los materiales se mantiene durante el mayor tiempo posible y la producción de residuos y el uso de los recursos naturales se minimizan, de forma que, cuando un producto o material llega al final de su vida útil, se puede volver a usar y seguir creando valor para la economía y la sociedad, evitando la generación de residuos y el consumo de recursos naturales vírgenes» [art. 4 d)].

En la realidad, la economía circular ha desempeñado más bien una función inspiradora de las políticas ambientales y, sin embargo, está todavía lejos de manifestar el carácter transformador y revolucionario que se le presume. Ciertamente, los objetivos que se establecen a través de la economía circular requieren un profundo cambio en el paradigma productivo, económico y social. Hasta ahora las economías han desarrollado un patrón de crecimiento sustentado en la secuencia tomar-fabricar-consumir-eliminar (*take-make-dispose*) (Cerdá y Khalilova, 2016, p. 11)²⁷. Este estándar deriva irremediablemente en el vertido y acumulación de residuos. Frente a este patrón, la economía circular pretende establecer una secuencia circular donde los residuos generados pasen, nuevamente, a ser recursos productivos.

Efectivamente, la consolidación de una economía circular exige necesariamente avances en nuestra regulación en materia de residuos, en la que todavía la noción de residuo está demasiado arraigada en detrimento de su potencial consideración como recurso (Blázquez, 2020, p. 223) o a través de un necesario proceso de valorización (Zamora, 2018b, p. 395). Este nuevo modelo de producción y consumo es irreprochable, pero requiere un cambio social extremadamente complejo a todos los niveles.

Esta dificultad queda patente en las normas de cabecera en materia de residuos, donde la actual jerarquía de residuos es una muestra evidente de la falta de asimilación por parte del legislador de los principios que inspiran la economía circular. La actual LRSC y, de igual modo, el nuevo Proyecto de LRSCEC recogen en su artículo 8 la jerarquía de residuos con el siguiente orden de prioridad (Fernández de Gatta, 2021, p. 35): prevención, preparación para la reutilización, reciclado, otro tipo de valoración, eliminación. En tal medida, una norma que promueva la economía circular debe tender a prescindir del último eslabón de la jerarquía de residuos, la «eliminación» (Seguí et al., 2018, p. 35)²⁸.

No hay soluciones mágicas, el modelo tradicional es la solución simple, la economía circular implica innovación, creatividad e inversión. Es necesario identificar nuevas oportunidades de negocio y cubrir los retos a través de la cadena de valor, diseñando estrategias exitosas que minimicen el uso de recursos y energía (Zamorano, 2021, p. 90).

En suma, la extrapolación de la economía circular a la gestión de los residuos municipales requiere también de una fuerte financiación que permita desarrollar un sistema de gestión completo, que abarque desde una recogida eficiente, con trazabilidad de todos los flujos de residuos, pasando por sistemas eficaces de clasificación y tratamiento en infraestructuras adaptadas a la naturaleza de cada residuo, y finalizando en procesos de reciclado de alta calidad que garanticen su consideración final como recursos (Fernández y Oteiza, 2020). Pero no todo es aportar financiación. Al contrario, el Comité Europeo de las Regiones destaca la necesidad de integrar plenamente la bioeconomía en el planteamiento europeo de la economía circular. Con un volumen de negocios anual de 22.000 millones de euros, la bioeconomía proporciona una importante contribución a un crecimiento ecológico y sostenible y a la creación de puestos de trabajo y oportunidades de negocio²⁹.

4.2. La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética

La necesidad de adoptar un nuevo acuerdo climático global era de rabiosa urgencia, dado que desde la adopción del Protocolo de Kioto las emisiones mundiales habían aumentado un 30 por ciento respecto al año 1990 a nivel global. El Acuerdo de París, alcanzado en diciembre de 2015, en la XXI conferencia de las Partes (COP21) de la Convención Marco de la Naciones Unidas sobre Cambio Climático, ha sido el último hito histórico en la lucha mundial contra el cambio climático³⁰.

²⁷ «El modelo económico lineal, vigente hoy día, consistente en “tomar, hacer, tirar”, que confía en la disposición de grandes cantidades baratas y fácilmente accesibles de materiales y energía, además de medios baratos para deshacerse de lo que ya no interesa que ha estado en el corazón del desarrollo industrial y ha generado un nivel de crecimiento sin precedentes, está alcanzando sus límites físicos. Tal modelo no es sostenible».

²⁸ El TJUE analiza el principio de jerarquía de residuos en la Sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-305/18 (Caso Verdi Ambiente e Società). En la mencionada resolución el TJUE reconoce que «la jerarquía de residuos tal como debe servir de orden de prioridades en la legislación y la política sobre la prevención y la gestión de los residuos, no permite inferir que sea necesario dar prioridad a un sistema que permita a los productores de residuos eliminarlos por sí mismos. Por el contrario, la eliminación de los residuos solo aparece en último lugar de la citada jerarquía».

²⁹ Comité Europeo de las Regiones. *Hacia una economía circular: revisión de la legislación de la UE en materia de residuos*. 2015.

³⁰ Con la firma del Acuerdo de París en el año 2015, el Protocolo de Kioto quedó relegado a un segundo plano. Si bien Kioto establece unos compromisos concretos de reducción y un calendario de cumplimiento, el Acuerdo de París tiene un enfoque distinto basado en el objetivo de no superar un aumento de 2 °C en las temperaturas, respecto a la época preindustrial, sin imponer metas de reducción concretas.

Pese a que el Acuerdo no es jurídicamente vinculante, los Estados que lo ratificaron se comprometieron a preparar, comunicar y mantener las contribuciones nacionales en el futuro (llamadas «NDCs» por sus siglas en inglés) para alcanzar los objetivos marcados. De conformidad con las exigencias procedentes de la Unión Europea, el gobierno español se ve obligado a impulsar el Marco Estratégico de Energía y Clima en 2019, integrado por tres medidas: a) la Estrategia de Transición Justa; b) el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima; c) la Ley de Cambio Climático y Transición Energética.

En consecuencia, se aprueba en España la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (LCCTE). Nos encontramos ante un texto normativo cuya principal característica ha sido la inclusión de unos objetivos determinados y más característicos de un programa de acción que de una norma de rango legal. Con la vista fijada en 2030, se busca reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del conjunto de la economía española en, al menos, un 23 por ciento respecto del año 1990; alcanzar una penetración de energías de origen renovable en el consumo de energía final de, al menos, un 42 por ciento; alcanzar un sistema eléctrico con, al menos, un 74 por ciento de generación a partir de energías de origen renovables; y mejorar la eficiencia energética disminuyendo el consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5 por ciento, con respecto a la línea de base conforme a normativa comunitaria.

La norma en cuestión incluye objetivos ambiciosos previendo medios para obtenerlos, aunque requiere de sucesivos desarrollos reguladores y programadores, que quedan en manos del Gobierno y particularmente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (López, 2021, p. 20). En palabras de Pallares Serrano, «cabe afirmar que estamos ante un texto en el que se apunta la línea que se ha de seguir en los sectores que se considera que han de introducir cambios para conseguir los objetivos establecidos. De manera que más allá de determinar lo que ha de cambiar y en algunos casos de apuntar cómo, la ordenación de cómo ha de cambiar y los mecanismos para materializarlo quedan residenciados a desarrollos posteriores» (Pallares, 2020, p. 40).

Entre los ámbitos de acción directamente relacionados con la consecución de los objetivos fijados destacan las energías renovables, transporte, combustibles alternativos, etc. Si bien, no podemos obviar los importantes efectos que tiene la generación y gestión de los residuos sobre la reducción de los GEI. Actualmente, se estima que el 3 por ciento de las emisiones de GEI mundiales están relacionados con la gestión de residuos, esta cifra aumenta a un 3,7 por ciento en el caso de España³¹. Todo ello, sin tener en previsión las emisiones que emite la fabricación de industrias como la textil o la alimenticia, que podrían reducirse significativamente aplicando los principios de la economía circular.

A tenor de los datos expuestos, cabe plantearse qué espacio se concede a la economía circular y qué papel tiene la gestión de residuos en la reciente LCCTE. En lo que respecta a la economía circular, las alusiones o menciones son escasas y de nula relevancia. A pesar de la evidente vinculación entre el cambio climático y la economía circular, todo el entramado jurídico que se diseña en la LCCTE se prevé al margen de este elemento.

La única mención notable a la economía circular la podemos encontrar en la Disposición adicional quinta, donde se establece el siguiente mandato: «el Gobierno remitirá a las Cortes, en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, un Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados, que incluirá como uno de sus principales ejes el impulso a la economía circular, en la línea de lo establecido en la Estrategia Española de Economía Circular, España Circular 2030, con el objetivo de contribuir a lograr una economía sostenible, descarbonizada, eficiente en el uso de los recursos y competitiva»³². No obstante, desarrollado el Proyecto de LRSCEC, es llamativo que el mismo no se realice mención alguna a la citada LCCTE.

En lo referente a la gestión de residuos, ciertamente la norma en su afán integrador incorpora algunas referencias superficiales en relación con los residuos cediendo, sin embargo, un protagonismo muy se-

³¹ Disponible en el siguiente enlace web: <https://www.laboratorioderesiduos.es/la-gestion-de-residuos-en-la-nueva-ley-del-clima/> [última revisión 01-09-2021].

³² Adicionalmente, la LCCTE, disposición adicional quinta, establece: «El Gobierno, en el marco de la Estrategia Española de Economía Circular, desarrollará Planes de Acción trienales que incluirán medidas y planes de acción sectorial alineados con los objetivos climáticos acordados por el Acuerdo de París, las líneas de actuación del Green New Deal, los objetivos de la estrategia de la Comisión Europea sobre economía circular y los objetivos de la propia Estrategia Española. El Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, la Federación Española de Municipios y Provincias y las Comunidades Autónomas, a través de los organismos de cooperación interadministrativa existentes, coordinarán las actuaciones que se lleven a cabo en materia de Economía Circular que contribuyan a la descarbonización de la economía».

cundario a este ámbito. Básicamente, se pueden destacar dos disposiciones en relación con la política de residuos. En primer lugar, la Ley establece un mandato al Gobierno para fomentar planes específicos para la fabricación de combustible a partir de materias primas y energía de origen renovable que permitan la reutilización de residuos orgánicos (Zamora, 2021, pp. 699 y ss.)³³. En segundo lugar, como ha sido expuesto, se fija, para un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, la elaboración y presentación de un Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados³⁴.

Este último mandato merece mención especial. Por un lado, el desarrollo del Proyecto de LRSCEC es previo a la entrada en vigor de la LCCTE, por lo que este requerimiento tiene poco efecto. De otro lado, el nuevo Proyecto de LRSCEC es el resultado de la trasposición de la Directiva (UE) 2018/851, de 30 de mayo de 2018, cuyo plazo llegaba a fin en julio de 2020.

El resto de las referencias al ámbito de los residuos son intrascendentes y de escasa repercusión. Por lo cual, es razonable concluir que la gestión de residuos y los principios que representa la economía circular han quedado fuera, en gran medida, de la LCCTE. De este modo, a pesar de la evidente vinculación entre la gestión de residuos y la neutralidad climática y del desarrollo casi simultáneo de ambas normas (LCCTE y Proyecto LRSCEC), se evidencia la total desconexión entre las mismas y la independencia de los objetivos climáticos y de gestión residual fijados.

Finalmente, la LCCTE presenta un fuerte carácter centralizador, que había quedado patente en otras políticas medioambientales desde tiempo atrás, dejando al margen a las administraciones autonómicas y Entidades locales en cuestiones de gran relevancia. Como prueba de esta afirmación conviene destacar la Sentencia Núm. 87/2019, de 20 de junio de 2019, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5334-2017, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático. En su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional considera que todas las disposiciones autonómicas que establezcan objetivos medioambientales genéricos deben ser consideradas constitucionales, pero en cambio todas aquellas que supongan una mínima concreción y que involucren a otras materias más allá de la protección ambiental, sobre todo del ámbito energético, tendrán que ser anuladas, por entender que deben reservarse a la regulación del Estado. Para algunos autores, las conclusiones que alcanza el Tribunal Constitucional en la citada sentencia son una muestra más de la línea seguida en los últimos tiempos, que tiende a la recentralización de competencias en manos del Estado, y afecta al impulso de iniciativas y propicia un vaciado de competencias autonómicas y locales (De la Varga, 2020, p. 44)³⁵.

5. EL PROYECTO DE LEY DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS PARA UNA ECONOMÍA CIRCULAR

Con fecha de 02 de junio de 2021, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, aprobó el texto del borrador del Proyecto de LRSCEC³⁶.

El objeto del Proyecto de Ley es transponer dos Directivas comunitarias: la Directiva (UE) 2018/851, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos; y la Directiva (UE) 2019/904, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente.

Se trata de una propuesta normativa que aborda, en un mismo texto, un amplio abanico de materias, algunas de ellas con un carácter novedoso nunca antes tratadas en el ordenamiento jurídico estatal. Junto al Proyecto de LRSCEC, el Gobierno ha aprobado la Estrategia Española de Economía Circular (EEEC), «España Circular 2030», así como un real decreto para mejorar la trazabilidad y el control de los traslados de residuos, configurándolos como elementos clave del Marco de Economía Circular.

³³ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, art. 12.1.

³⁴ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, Disposición adicional quinta.

³⁵ En esta misma línea, véase TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) Sentencia núm. 1120/2020 de 27 julio (RJ\2020\3157).

³⁶ Recientemente, el Congreso de los Diputados ha aprobado con fecha de 23 de diciembre de 2021 el Dictamen de la Comisión de Transición Ecológica y Reto Demográfico sobre el Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular. El último borrador aprobado presenta importantes novedades respecto de las revisiones precedentes. Por ejemplo, incluye en el título de la norma la referencia expresa a la economía circular. Además, a través de las enmiendas incorporadas se han tratado aspectos como la inclusión, por primera vez a nivel nacional, del concepto de economía circular en un texto jurídico.

5.1. Una breve aproximación a los elementos novedosos del Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular

Antes de abordar su implicación en el ámbito municipal, es conveniente destacar, aunque sea de modo sucinto, las principales novedades que presenta el Proyecto de Ley.

- a) *La economía circular como eje vertebrador de la gestión de residuos.* El Proyecto de Ley es la primera norma española de rango legal que incorpora el paquete europeo de economía circular (Lozano et al., 2021, p. 2).
- b) *Nuevos procedimientos para determinar el «fin de la condición de residuo» y los «subproductos».* A efectos legales, se considera «subproducto» a la «sustancia u objeto, resultante de un proceso de producción, cuya finalidad primaria no sea la producción de esa sustancia u objeto». Estos «subproductos» tendrán un tratamiento distinto a los residuos.

El Proyecto establece un mecanismo más simplificado para determinar los subproductos, cediendo esta potestad a las Comunidades Autónomas. Al respecto, las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas evaluarán y autorizarán como subproductos, si procede, las sustancias u objetos que tengan origen en una instalación productora ubicada en su territorio siempre que se destinen a una actividad o proceso industrial concreto en el territorio de la propia comunidad autónoma³⁷.

Actualmente, la Comisión de coordinación en materia de residuos es el único órgano con potestad para evaluar y determinar los subproductos³⁸.

- c) *Revisión de los regímenes de responsabilidad ampliada del productor.* En los arts. 37 y 41 hacen referencia a las obligaciones que pueden imponer los reales decretos que regulen un régimen de responsabilidad ampliada del productor. De esta manera, lo que hace el Proyecto es establecer el marco normativo general dentro del cual se desarrollará la regulación de los regímenes de responsabilidad ampliada del productor, correspondiendo luego a los reglamentos de desarrollo.

En cuestión, plantea alguna duda el tenor del último apartado g) del artículo 41, que determina que el real decreto que regule estas obligaciones podrá «establecer cualquier otra medida que se considere necesaria para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo».

Ciertamente, en el trámite de audiencia seguido ante el Consejo de Estado, alguna de las entidades ha puesto de manifiesto el carácter abierto de esta cláusula que, a fin de cuentas, puede interpretarse en el sentido de permitir la imposición de cualquier obligación.

- d) *La reducción de comercialización de productos de plástico de un solo uso.* El Proyecto incorpora a su contenido la regulación prevista en la Directiva 2019/904, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente [coloquialmente conocida como la Directiva Single-Uso Plastic (SUP)]. El legislador establece unos objetivos fijados a un calendario con vistas al año 2030: en 2026, se ha de conseguir una reducción del 50 por ciento en peso, con respecto a 2022; y en 2030, se ha de conseguir una reducción del 70 por ciento en peso, con respecto a 2022³⁹.

Más aún, el Proyecto de Ley vincula los objetivos a medidas muy concretas como la prohibición de introducir determinados productos de plástico en el mercado; o requisitos específicos de diseño de recipientes de plástico para bebidas (con fecha prevista de 3 de julio de 2024).

- e) *El Sistema electrónico de Información de Residuos.* El Proyecto de Ley hace acopio del Sistema electrónico de Información de Residuos (eSIR) que está constituido por aquellos registros, plataformas y herramientas informáticas que permitan disponer de la información necesaria para realizar el seguimiento y control de la gestión de los residuos y suelos contaminados en España. Este sistema es una novedad respecto de la actual LRSC, sin embargo, su desarrollo había sido previsto en Real Decreto 553/2020, de 2 de junio, por el que se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado.
- f) *Medidas fiscales para incentivar la economía circular.* La nueva fiscalidad ambiental destaca como el elemento más novedoso. Con independencia de la tasa de la recogida, transporte y tratamiento de residuos domésticos, que será tratada con posterioridad, el Proyecto prevé dos nuevos impuestos. En primer lugar, el Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables que es un tributo

³⁷ Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados, art. 4.4.

³⁸ Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, art. 4.2.

³⁹ Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados, art. 55.1.

de naturaleza indirecta que recae sobre la utilización, en el territorio de aplicación del impuesto, de envases no reutilizables que contengan plástico, tanto si se presentan vacíos, como si se presentan conteniendo, protegiendo, manipulando, distribuyendo y presentando mercancías. En segundo lugar, el Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos. Cabe entender que el objetivo de este último impuesto es desincentivar esta opción de gestión (depósito e incineración de residuos) en favor de la preparación para la reutilización y el reciclado y el cumplimiento de los objetivos comunitarios.

5.2. El Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular y la gestión municipal de residuos

Exclusivamente, en lo referente a las Entidades locales, el Proyecto de Ley presenta las siguientes novedades:

- a) *Fomento de la recogida separada de residuos de competencia local.* Una de las grandes novedades que aporta el Proyecto de Ley es la extensión de la recogida separada de los residuos. De este modo, para facilitar la preparación para la reutilización y el reciclado de alta calidad, las Entidades locales establecerán la recogida separada de al menos⁴⁰: papel, metales, plástico y vidrio; biorresiduos de origen doméstico; y con carácter novedosos, residuos textiles; aceites de cocina usados; residuos domésticos peligrosos; y residuos voluminosos (muebles y enseres).

Los biorresiduos adquieren un mayor protagonismo con la nueva regulación, que requiere su recogida separada antes del 30 de junio de 2022. Por su parte, los residuos textiles, aceites de cocina usados, residuos domésticos peligrosos y residuos voluminosos iniciarán el sistema de recogida separada, a más tardar, a partir del 31 de diciembre de 2024.

- b) *Bonificación de la tasa de recogida de residuos.* El Proyecto de Ley prevé la modificación del artículo 24 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, al que se le añade un apartado 6. Con la nueva regulación, las Entidades locales podrán establecer mediante ordenanza una bonificación de hasta un 95 por ciento de la cuota íntegra de las tasas que se exijan por la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos para aquellas empresas de distribución alimentaria y de restauración que tengan establecidos, con carácter prioritario, en colaboración con entidades de economía social carentes de ánimo de lucro, sistemas de gestión que reduzcan de forma significativa y verificable los residuos alimentarios, siempre que el funcionamiento de dichos sistemas haya sido previamente verificado por la entidad local⁴¹.

En efecto, la nueva regulación prevé un interesante sistema de incentivo de economía circular, a través de un sistema de prevención aplicado a los alimentos que impida que deriven en residuos.

- c) *Fijación de objetivos de reutilización de los residuos.* Consecuentemente, con la finalidad de romper el vínculo entre el crecimiento económico y los impactos sobre el medio ambiente asociados a la generación de residuos, las políticas de prevención se deben encaminar a lograr un objetivo de reducción en peso de los residuos generados, conforme al siguiente calendario: en 2025, un 13 por ciento respecto a los generados en 2010; y en 2030, un 15 por ciento respecto a los generados en 2010.

En esencia, la actual LRSC presenta un claro carácter centralizador que queda evidenciado en los objetivos establecidos a nivel nacional y otros elementos como la Comisión de coordinación en materia de residuos; o la creación de un Registro de Producción y gestión de residuos (Alenza, 2011, p. 12). En este sentido, no se puede negar que el nuevo Proyecto de Ley nace con una orientación similar. No obstante, del contenido de la norma se desprende una ligera tendencia a la descentralización normativa mediante el desarrollo reglamentario, que será determinante para definir el alcance de las nuevas obligaciones (Lozano et al., 2021, p. 2).

6. CONCLUSIONES

- La priorización del principio de jerarquía en la gestión de residuos municipales es esencial. Fomentar programas para la prevención de la generación de residuos y la valorización a nivel municipal es

⁴⁰ Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados, art. 25.

⁴¹ Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular, Disposición final octava.

clave, por ejemplo, a través de campañas de recuperación de alimentos para personas sin recursos económicos; o programas de reciclado o valorización energética de aquellos residuos cuya generación no pueda evitarse. Aunque esta conclusión parece evidente, lo cierto es que, hasta ahora, la política de gestión de residuos municipales ha obviado este principio.

- Impulsar el empleo de tasas diversificadas y de instrumentos económicos de apoyo a las opciones prioritarias de gestión de residuos, con arreglo al principio de jerarquía de gestión de residuos, y que penalicen las opciones menos sostenibles, como es el caso del depósito en vertedero. Así pues, experiencias como la bonificación en las tasas de basura municipales por una correcta segregación en origen o el uso de modelos de «pago por generación», están teniendo unos resultados excepcionales (Federación Española de Municipios y Provincias, 2017, p. 80). En este sentido, conviene esperar a la plena aplicación de la bonificación de la tasa de recogida de residuos prevista en el Proyecto de LRSC.
- El gran objetivo en la gestión de residuos municipales es reducir sustancialmente el depósito en vertedero como opción para la gestión de residuos. Como acertadamente se expone desde la doctrina, «conviene señalar que los beneficios esperables no se limitarían a una mejora estrictamente formal en materia de medio ambiente, sino que se traducirían en la creación de condiciones para el desarrollo de un sector económico potente generador de riqueza y puestos de trabajo para personas de todo tipo de cualificación» (Ruiz et al., 2016, pp. 20-21). Es decir, se debe afrontar este complejo reto con vistas a las posibilidades económicas, productivas y de nueva industria yacentes.
- El nuevo Proyecto de LRSC extiende los sistemas de segregación en origen y de mejora de la gestión de la fracción orgánica. Sin embargo, en la práctica los municipios de mayor tamaño tienen implementados mecanismos de recogida separada de residuos como aceites usados, textiles o biorresiduos, por lo que no cabe esperar una mejora destacable en cuanto al vertido y gestión de residuos. Por ello, parece evidente que las Entidades locales deben centrar sus esfuerzos, no sólo en la segregación de origen, sino con carácter especial en la disminución de la generación de residuos (Seguí et al., 2018, p. 38)⁴². Para ello, un nuevo modelo de gestión de residuos municipales requiere del implemento de sistemas de información y mecanismos de interoperabilidad (Leturiondo et al., 2014, p. 149).
- Fomentar el inestimable papel de la contratación pública. La contratación de servicios y productos que considere no sólo los aspectos económicos o técnicos, sino también el impacto ambiental de los mismos a lo largo de todo su ciclo de vida.
- En esta línea, conviene destacar a la LCCTE que, en su artículo 31.2, fija el carácter obligatorio para que entre los criterios de adjudicación de los contratos de obra o concesión de obra se incluya el uso de materiales de construcción sostenibles, teniendo en cuenta su vida útil y la minimización de generación de residuos. Sin duda, esta disposición supone un nuevo paso y desarrollo de la inclusión de criterios ambientales en la contratación pública que promueve la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁴³.
- Empoderar a los consumidores y brindarles oportunidades de ahorro de costos puede ser un componente fundamental. Con ello, es interesante el nuevo paquete de medidas que propone la Comisión Europea, a partir del cual se pretende potenciar la información del consumidor sobre los

⁴² En España, el principal sistema de recogida utilizado es el sistema de contenedores (soterrados y superficiales), que se emplea casi con total unanimidad en la totalidad de municipios españoles. Sin embargo, la demostración empírica en determinados países (como Bélgica) ponen de relieve los beneficiosos datos que aportan los sistemas de recogida puerta a puerta donde los residuos son clasificados según su tipo o fracción en contenedores, bolsas, sacos, cubos, etc., y colocados junto a la propiedad por los residentes, resultando el sistema donde los usuarios deben recorrer la menor distancia, y permite la implementación de sistemas de multas o incentivos o el rechazo de residuos mal clasificados y la implantación del sistema de facturación por peso, fomentando la reducción de la generación de residuos. Ciertamente, es un modelo que plantea importantes dificultades organizativas y de adaptación.

⁴³ Las medidas destinadas al seguimiento de la calidad de los servicios, a la verificación del cumplimiento de los parámetros de servicio y al control del uso de los servicios, son elementos imprescindibles para garantizar la eficacia y la eficiencia en la gestión. Mayor control de las empresas adjudicatarias y previsión de mecanismos de control en el pliego de cláusulas administrativas y pliego de prescripciones técnicas particulares; implementación de tecnologías como sensores en contenedores o infraestructuras de comunicaciones para recogida de datos a tiempo real; instalación de equipamientos de campo que tienen como objetivo la captura y transmisión de los datos del servicio en sus diferentes vertientes; desarrollo de aplicaciones específicas (APPs) que permiten actualizar, modificar, anular e incorporar información del servicio en tiempo real (ciudadanos, operarios de limpieza viaria, operarios de mantenimiento de papeleras y de contenedores y rutas de recogida).

productos que adquiere, como su vida útil, la disponibilidad de servicios de reutilización, reciclado, o el valor energético de los mismos⁴⁴. Es necesario cambiar el paradigma del consumo, alargar los ciclos de vida de los productos, su reutilización y posibilidad de reparación (Yébenes, 2018).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alenza García, J. F. (1997). *El sistema de gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*. INAP.
- Alenza García, J. F. (2009, 21 de enero). *Una nueva Directiva europea renueva la regulación de los residuos*. LegalToday. Por y para profesionales del Derecho. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/una-nueva-directiva-europea-renueva-la-regulacion-de-los-residuos-y-endurece-las-obligaciones-de-los-estados-de-los-productores-y-de-los-gestores-de-residuos-2009-01-21/>
- Alenza García, J. F. (2011). Características, novedades y carencias en el Proyecto de (nueva) Ley de Residuos y Suelos Contaminados. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 4, 10-19. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-caracteristicas-novedades-y-carencias-en-el-proyecto-de-nueva-ley-de-residuos-y-suelos-contaminados/>
- Alenza García, J. F. (2013). El nuevo régimen legal de los residuos. En E. Blasco Hedo (coord.) y B. Muyo Redondo (ed.), *La nueva Ley de Residuos y Suelos Contaminados* (pp. 15-28). Editorial CIEMAT. <http://documenta.ciemat.es/handle/123456789/219>
- Alenza García, J. F. (2018). Los municipios ante los retos de la prevención, el aprovechamiento y la eliminación segura de los residuos. En M. R. Alonso Ibáñez (dir.), *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado* (pp. 269-296). Tirant lo Blanch.
- Alenza García, J. F. (2020). La economía circular en el Derecho Ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental, Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, 2(102), 225-249.
- Blázquez Alonso, N. (2020). Subproductos y fin de condición de residuos: elementos clave para la economía circular. *Actualidad Jurídica Ambiental, Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, 2(102), 204-224.
- Cerdá, E. y Khalilova, A. (2016). Economía circular. *Economía industrial*, 401(3), 11-20. <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/401/CERD%C3%81%20Y%20KHALILOVA.pdf>
- De la Varga Pastor, A. (2020). La ley catalana de cambio climático tras la sentencia del Tribunal Constitucional. Estudio de las repercusiones de la sentencia y su evolución legislativa. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 11(1), 1-47. <https://doi.org/10.17345/rcda2837>
- Federación Española de Municipios y Provincias (2017). *Guía de experiencias locales en prevención, reutilización y reciclado de residuos*. <http://femp.femp.es/files/3580-1525-fichero/Guia%20Residuos%20FEMP-DEF%2024-11.pdf>
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2021). Avances en la economía circular: nueva legislación sobre residuos y plásticos. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 108 (Sección «Artículos doctrinales»), 1-45. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-avances-en-la-economia-circular-nueva-legislacion-sobre-residuos-y-plasticos/>
- Fernández Homar, Á. y Oteiza Fernández-Llebrecz, J. M. (2020). Diagnóstico y escenario de cumplimiento de los objetivos de residuos municipales 2025-2030-2035. *CONAMA 2020. Congreso Nacional del Medio Ambiente*, Madrid, España. <http://www.conama2020.org/web/generico.php?idpaginas=&lang=es&menu=438&id=753&op=view&tipo=C>
- Fernández, A. (2011). De Copenhague a Cancún. La urgencia de salvar el planeta y la emergencia de una nueva ética. *Dilemata*, 6, 39-45. <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/90>
- Jiménez Herrero, L. M. (2020). Economía circular-espiral. Opciones estratégicas desde el reciclaje al cambio sistémico. *Dossieres EsF*, 37, 7-15 [ejemplar dedicado a: La economía circular: una opción inteligente]. <https://ecosfron.org/portfolio/dossieres-esf-n-o-37-la-economia-circular-una-opcion-inteligente/>
- Leturiondo Aranzamendi, A., Escala Urdapileta, J. I., Olarreaga Tellechea, F. y Cañadas, A. (2014). Hacia una Administración Pública moderna. Experiencia de la Administración ambiental vasca. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, 1, 145-159. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i1.10145>
- López Ramón, F. (2021). Notas de la Ley de Cambio Climático [Sección «Comentarios legislativos»]. *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, 114, 1-22. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-notas-a-la-ley-de-cambio-climatico/>
- Lozano Cutanda, B. y Poveda Gómez, P. (2021). Real Decreto 646/2020 sobre la eliminación de residuos mediante depósito en vertederos: principales novedades [Sección «Comentarios legislativos»]. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 108, 52-64. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/?s=Real+Decreto+646%2F2020+sobre+la+eliminaci%C3%B3n+de+residuos+mediante+dep%C3%B3sito+en+vertederos%3A+principales+novedades>

⁴⁴ Alemania ha sido el primer país perteneciente a la UE que ha dado impulso legal a la lucha frente a la obsolescencia programada. Con fecha de 06 de septiembre de 2021, se presentó el borrador de ley para que los fabricantes de teléfonos, tabletas, ordenadores y demás dispositivos electrónicos ofrezcan actualizaciones de software y piezas originales a precios razonables durante al menos siete años. Con esta proposición el Gobierno alemán amplía la propuesta de la Comisión Europea.

- Lozano Cutanda, B., Poveda Gómez, P. y Orteu Berrocal, E. (2021, 31 de mayo). *Principales novedades del proyecto de ley de residuos y suelos contaminados* [Análisis]. Gómez-Acebo & Pombo (GA_P). <https://www.ga-p.com/publicaciones/principales-novedades-del-proyecto-de-ley-de-residuos-y-suelos-contaminados/>
- Pallares Serrano, A. (2020). Análisis del Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética: Luces y sombras. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 11(1), 1-42. <https://doi.org/10.17345/rcda2725>
- Poveda Gómez, P. (1998). *Comentarios a la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos*. Comares.
- Revuelta Pérez, I. (2020, 11 de junio). Jurisprudencia al día. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Italia. Residuos. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 11. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-italia-residuos/>
- Ruiz Saiz-Aja, M., Fabrellas Rodríguez, B., Dávila Sena, S., Santervás Gómez, G., Cabrera Marianini, A., Gonzalo Pedrero, G., Tapia Carrasco, C. y Callaba de Roa, A. (2016). La economía circular. *Ambienta: Revista del Ministerio de Medio Ambiente*, 117, 4-21. https://www.miteco.gob.es/app/publicaciones/art_datos.asp?articuloId=1728&codreVista=AM
- Sancho, M. (2021, 4 de agosto). *La UE sancionará a España si no cumple los objetivos del Plan de Acción de Economía Circular*. Equipamiento y Servicios Municipales. <https://www.eysmunicipales.es/actualidad/la-ue-sancionara-a-espana-si-no-cumple-los-objetivos-del-plan-de-accion-de-economia-circular>
- Santamaría Arinas, R. J. (2007). *Régimen jurídico de la producción y gestión de residuos*. Thomson Aranzadi.
- Seguí, L., Medina, R. y Guerrero, H. (2018). *Gestión de residuos y economía circular* (p. 35). EAE Business School.
- Yébenes, J. (2018, 30 de septiembre). *La economía circular se abre paso entre la cultura de usar y tirar*. Lanzadigital. <https://www.lanzadigital.com/campo-2/la-economia-circular-se-abre-paso-entre-la-cultura-de-usar-y-tirar/>
- Zamora Roselló, M. R. (2018a). Administración Local y residuos: desafíos ambientales y energéticos. *Revista Administrativa de la Abogacía*, 1, 21-34. http://www.administrativistas.es/wp-content/uploads/2018/10/READA_2018_n%C2%BA1_AALLResiduos.pdf
- Zamora Roselló, M. R. (2018b). La energía de los residuos: un paso más en la economía circular. En I. González Ríos (dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)* (pp. 395-409). Dykinson.
- Zamora Roselló, M. R. (2021). Residuos: transición energética y administración local. En F. Delgado Piqueras, R. Galán Vioque, N. M. Garrido Cuenca e I. González Ríos (dirs.), I. Ruiz Olmo y J. M. Amaral Winter (coords.), *Los desafíos jurídicos de la transición energética* (pp. 699-737). Aranzadi Thomson Reuters.
- Zamorano Wisnes, J. (2021). El derecho a la ciudad sostenible. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, 15, 86-106. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10883>



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: RECENSIONES
Recibido: 29-11-2021
Aceptado: 14-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11020>
Páginas: 218-220

González Ríos, Isabel, *Los Entes Locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídicos-administrativos para 2030-2050*

Carmen María Ávila Rodríguez

Universidad de Málaga (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7225-9324>

cmavila@uma.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Tiene estancias de investigación en la Università di Bologna y en Law School (University of Leicester). Subdirectora académica de la Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva época) y colaboradora permanente de la Sección de Energía de la Revista General de Derecho de los Sectores Regulados de Iustel.

RESUMEN

Recensión del libro de González Ríos, Isabel: *Los Entes Locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídicos-administrativos para 2030-2050*. Thomson Reuters Aranzadi. 2021. 423 pp. Prólogo Ángel Sánchez Blanco.

Esta obra analiza, de forma rigurosa y completa, las distintas competencias y el papel que los entes locales tienen que asumir para ser los auténticos protagonistas de la transición justa energética que nos conduzcan a la descarbonización de la economía. La autora presenta interesantes críticas al régimen jurídico vigente y nuevas propuestas *lege ferenda*.

PALABRAS CLAVE

Sostenibilidad energética; entes locales; contratación ecológica; edificación sostenible; movilidad urbana; comunidades locales de energía.

ABSTRACT

Review of the book from González Ríos, Isabel: *Los Entes Locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídicos-administrativos para 2030-2050*. Thomson Reuters Aranzadi. 2021. 423 pp. Prólogo Ángel Sánchez Blanco.

This monograph analyzes, in a rigorous and complete way, the different competences and the role that local entities have to assume to be the authentic protagonists of the just energy transition that will lead us to the decarbonization of the economy. The author presents interesting criticisms of the current legal regime and new *lege ferenda* proposals.

KEYWORDS

Energy sustainability; local entities; green public procurement; sustainable building; urban mobility; local energy communities.

En esta brillante monografía, cuyo prólogo ha sido escrito por el profesor Sánchez Blanco, la profesora Isabel González Ríos aborda el análisis jurídico de la transición y sostenibilidad energética en el ámbito local,

materia y ámbito que conjuntamente han sido poco tratado por la doctrina. La autora señala la necesidad de este estudio, pues el ámbito urbano se revela como el más adecuado para ejecutar algunas de las más recientes actuaciones de sostenibilidad energética propuestas por el Derecho europeo como la renovación de la edificación por razones de eficiencia energética, la movilidad sostenible, las redes de calefacción y refrigeración urbanas, la contratación ecológica. Esta obra es, sin duda, un referente en la materia para los operadores jurídico-económicos, pues contiene una completa y actualizada base de datos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales que interpretados por la autora proporciona valiosas propuestas *lege ferenda*.

La monografía se estructura en diez capítulos, estando el último de ellos dedicado a reflexiones y propuestas a modo de conclusión. Es interesante señalar que esta obra es fruto de los resultados de un proyecto de investigación de excelencia, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, en el marco de un proyecto coordinado con las Universidades de Sevilla y Castilla-La Mancha.

El capítulo primero se dedica a la exposición del concepto de sostenibilidad energética, identificándolo la autora con el concepto de transición energética, prestando especial atención a un uso de la energía respetuoso con el medio ambiente, sin olvidar la vertiente social y económica del concepto. En el análisis de la vertiente social se centra la autora en la superación de las situaciones de pobreza energética y en las reformas legales efectuadas para introducir medidas de «confort energético» y en la vertiente económica analiza la movilización de fondos públicos y privados para el fomento del ahorro y la eficiencia energética mediante la incorporación de las energías renovables.

El capítulo segundo aborda las fórmulas de que disponen las entidades locales para intervenir en la planificación y construcción sostenible de infraestructuras energéticas, haciendo un especial estudio del marco normativo de Andalucía. En el primero de estos aspectos, la autora no sólo analiza el carácter vinculante de la planificación sostenible de las infraestructuras energéticas (eléctrica y de hidrocarburos), sino que aborda la necesidad de coordinación entre ésta y la planificación territorial, urbanística y climática. De forma especialmente novedosa, el estudio pone de manifiesto la incidencia que los planes autonómicos y locales sobre clima van a tener respecto a la planificación energética. Respecto a la ejecución, se analizan tanto el procedimiento de autorizaciones, sustantivas y ambientales, como el procedimiento de licencias urbanísticas de las instalaciones de producción energética bajo el prisma convencido de la necesidad de la simplificación de los mismos. En este capítulo también se aborda el análisis del marco normativo de las instalaciones de autoconsumo eléctrico y las instalaciones de calefacción y refrigeración a partir de energías renovables. Como cierre, la autora hace un estudio de la jurisprudencia sobre la competencia regulatoria de las entidades locales para la introducción de las energías renovables en la edificación teniendo como cobertura sus competencias en materia de protección de medio ambiente y urbanismo.

El capítulo tercero contiene un exhaustivo estudio del papel de los entes locales en la edificación energéticamente sostenible. La autora inicia su estudio en base a una pregunta ¿Cómo condiciona a los entes locales las exigencias básicas de ahorro de energía en la construcción, reforma y gestión de los edificios? Y para dar respuesta analiza el marco normativo regulador comunitario e interno, abordando el papel de los entes locales como meros sujetos pasivos de obligaciones, al ser titular de bienes, y como sujetos públicos con potestades administrativas para imponer el deber de conservación y determinadas actuaciones de rehabilitación y regeneración urbana. Para cerrar el capítulo, se analiza el concepto y el marco normativo de los edificios de consumo energético casi nulo y de los edificios de alto rendimiento energético, sugiriendo, muy acertadamente, la necesidad de reforma de las normas internas en coherencia con las reformas energéticas de la UE de 2018. Una completa investigación que integra la normativa sobre edificación, la normativa reguladora del suelo y la rehabilitación urbana y la normativa urbanística, pero que a la vez no se olvida de la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas dado el carácter ejemplarizante que deben cumplir los edificios públicos en la descarbonización de la economía.

El capítulo cuarto analiza el marco de actuación de los entes locales sobre el patrimonio histórico y bajo la exigencia de la sostenibilidad energética. Para ello la autora analiza con exhaustividad las competencias locales sobre el patrimonio histórico, la intervención municipal en las actuaciones sobre los edificios históricos, el control de las obras, las obligaciones de conservación y rehabilitación de estos edificios y muy especialmente se abordan dos cuestiones, por un lado, las intervenciones en edificios históricos por razón de sostenibilidad energética y la iluminación exterior y la eficiencia energética en los edificios históricos.

El capítulo quinto lo dedica la autora a analizar los instrumentos de intervención municipal hacia la sostenibilidad energética en el alumbrado público. Comienza con un estudio del marco normativo estatal y autonómico, se detiene en el régimen jurídico de prevención de la contaminación lumínica, en especial, en el de Andalucía y prosigue con un acertado estudio sobre las infraestructuras de iluminación y la intervención municipal.

El capítulo sexto se centra en el estudio de la sostenibilidad energética en el sector del transporte y la movilidad sostenible en el entorno urbano. Partiendo de la normativa comunitaria e interna, tanto a nivel estatal como autonómico, la autora analiza con brillantez los elementos esenciales que deben conducir a la descarbonización del sector del transporte en el ámbito urbano, como son: los planes de movilidad urbana sostenible, los planes de movilidad de empresas, la planificación urbanística y territorial, el uso de biocombustibles y el fomento del vehículo eléctrico abastecido por fuentes de energía renovable. En este ámbito urbano, al igual que en el de la edificación, se percibe el aumento de instrumentos en manos de los municipios para mejorar la sostenibilidad del transporte y reducir sus emisiones contaminantes. Destaca la irrupción en las más recientes políticas de la Unión Europea de la digitalización del transporte al servicio de su ecologización.

El capítulo séptimo analiza una cuestión de especial interés práctico, cual es la contratación local energéticamente sostenible y la figura de las comunidades locales de energía. La autora realiza un profundo y riguroso estudio de los aspectos más relevantes en la contratación local energéticamente sostenible. Así, en cuanto a los entes locales como sujetos contratantes analiza el consumo energético como «criterio ambiental», la adquisición de bienes, servicios y edificios de alto rendimiento energético, la adquisición de productos energéticamente más eficientes basados en el diseño ecológico y el etiquetado energético y, finalmente, la adquisición de vehículos por carretera limpios y energéticamente eficientes. La autora aborda, singularmente, el estudio de los contratos de servicios energéticos y las novedosas figuras de las Comunidades de energías renovables en donde las entidades locales pueden asumir un nuevo papel protagonista.

El capítulo octavo contiene una sistematización del disperso marco normativo referido al régimen sancionador en materia de eficiencia energética y energías renovables, del que se carece a nivel dogmático. En este capítulo, la autora, con el máximo rigor jurídico, determina los ámbitos en los que los entes locales pueden desplegar su potestad sancionadora. En lógica coherencia a la propia dispersión normativa, puesta en evidencia a lo largo de las páginas de esta obra, la autora para estudiar el régimen sancionador tiene que acudir a ese disperso marco normativo regulador y analizar el régimen sancionador referido a la eficiencia energética en la edificación, en el transporte, respecto de las empresas de servicios y auditorías energéticas y en materia de eficiencia energética en el alumbrado exterior.

Completísimo es el capítulo noveno que se orienta al análisis de la financiación europea y nacional para la sostenibilidad energética a fin de servir de guía a las entidades locales sobre las ayudas de que se puedan valer para poner en marcha sus proyectos e implementar medidas de sostenibilidad energética. Es por ello que la autora primeramente analiza con profundidad la política comunitaria favorable al aumento de financiación en base a importantes documentos como son el Pacto de los alcaldes para el clima y la energía, el Libro Verde: un marco para las políticas de clima y energía en 2030 o el Pacto Verde Europeo de 2019. En segundo lugar, se analizan las concretas ayudas diseñadas por la Unión Europea articuladas a través de los Fondos Estructurales y de Inversión, principalmente los Fondos FEDER y los Fondos de Cohesión a los que se suman otros instrumentos de financiación como el Programa Marco de Investigación e Innovación "Horizonte Europa", el Programa LIFE de la UE y el Mecanismo "Conectar Europa". Respecto al estudio de las ayudas nacionales a la sostenibilidad energética, la autora analiza los distintos instrumentos propuestos en diversas normas, así: El Fondo para Operaciones de Inversión en el Exterior de la Pequeña y Mediana Empresa (FONPYME) y el Fondo Nacional de Eficiencia Energética, creados ambos por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Completando lo anterior, se analizan también los mecanismos de financiación de los sectores del transporte, vivienda, el desarrollo urbano sostenible y el sector eléctrico.

Para cerrar este espléndido trabajo de investigación, la autora redacta unas reflexiones y propuestas finales con la claridad expositiva y profundidad de argumentos a los que nos tiene habituados. La profesora González Ríos no sólo clarifica y encuadra el papel de los entes locales en la transición y la sostenibilidad energética, sino que brinda valientes aportaciones para que sean protagonistas en la transición justa a la que debemos dirigirnos.

Sin duda, nos encontramos ante una obra rotunda, actual, lúcida, crítica y propositiva fruto de un incansable espíritu de analizar los temas más relevantes y ejemplo de rigurosa metodología científico-jurídica.



REALA, número 17, abril de 2022
Sección: RECENSIONES
Recibido: 11-03-2022
Aceptado: 20-03-2022
Publicado: 07-04-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11068>
Páginas: 221-223

Fuentes i Gasó, Josep Ramón, *La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis*

Susana Eva Franco Escobar

Universidad de La Laguna (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7986-6717>

sefranco@ull.edu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Defendida tesis doctoral en 2015 *cum laude*, publicada como “La autorización en los servicios de interés económico general”, Tirant Lo Blanch, 2017. Prof.^ª Contratada doctora de Derecho administrativo en diversas titulaciones. Grados: Derecho, Aparejadores, RRL, Trabajo Social, Sociología. Docente en el Máster de Innovación de la comunicación de las organizaciones y en Máster de RRHH de la ULL. Secretaria de la Facultad de Derecho desde abril de 2019 y hasta la actualidad.

RESUMEN

Esta recensión se refiere a la obra “La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis” (Tirant lo Blanch, 2021, 388 pp.), del Dr. Fuentes i Gasó, quien ha realizado un estudio profundo de la institución de la concesión, y su concomitancia con el procedimiento administrativo. El autor analiza la concesión como institución clásica en el derecho administrativo, a la par que profundiza en el cauce procedimental que conduce al otorgamiento de la misma. Para ello parte de las modalidades que en la LCSP del año 2017 ha incluido el legislador estatal y, pasa a analizar las sucesivas modificaciones acaecidas desde esa redacción inicial. El examen de la evolución de esta modalidad contractual se extiende incluso a aquellas otras consecuencias derivadas de los cambios normativos, como el del régimen de los Fondos Next Generation de la UE.

PALABRAS CLAVE

Concesiones de servicios; procedimiento administrativo; contratos del sector público.

ABSTRACT

This review refers to the work “La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis” (Tirant lo Blanch, 2021, 388 pp.), by Dr. Fuentes i Gasó, who has carried out an in-depth study of the institution of the concession and its concomitance with the administrative procedure. The author analyses the concession as a classic institution in administrative law, at the same time as he delves into the procedural channel that leads to the granting of the concession. To do so, he starts with the modalities included in the LCSP of 2017 by the state legislator and goes on to analyse the successive modifications that have occurred since that initial drafting. The examination of the evolution of this contractual modality even extends to those other consequences derived from the regulatory changes, such as that of the EU’s Next Generation Funds regime.

KEYWORDS

Service concessions; administrative procedure; public sector contracts.

La actualidad del tema tratado en esta monografía es incuestionable, porque la temática de la contratación del sector público se ha convertido hoy en día en el objeto más estudiado, investigado, debatido y reglamentado del Derecho administrativo de nuestro tiempo.

Como expone el segundo Informe anual de la OIRESCON relativo al año 2020, de un total de 129.594 licitaciones, 1.340 lo fueron de concesiones de servicios.

La aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público supuso, al menos formalmente, la desaparición del contrato de gestión de servicio público y, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios que se contenía en el ahora derogado texto refundido del año 2000. En su lugar, y para la transposición de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, lo que aparece en la norma es la concesión de servicios, que se ubica en el texto junto a la concesión de obras.

En este nuevo régimen jurídico el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios, como es bien sabido, descansa sobre la asunción del riesgo operacional. Analizado en esta obra con enorme acierto. El legislador advierte que si este riesgo lo asume el contratista, el contrato es concesión de servicios, y cuando el riesgo operacional lo asume la Administración, se entenderá que el contrato es de servicios.

En la monografía «La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis», el Dr. Fuentes i Gasó hace un estudio profundo de la categoría clásica de la concesión, y analiza el procedimiento administrativo necesario para el otorgamiento.

Se analiza la concesión como institución administrativa, y se profundiza en el cauce procedimental que conduce a la adjudicación. A partir de las modalidades que en la LCSP del año 2017 incluyó el legislador estatal y tras el análisis de las modificaciones posteriores a esa redacción inicial, tanto como consecuencia de las medidas para combatir las consecuencias de la pandemia como las derivadas del régimen de los Fondos Next Generation.

La estructura de la obra es acertada, ni excesiva ni breve, sino equilibrada en sus siete (7) capítulos: I. Introducción. Concesiones y procedimiento administrativo, II. El procedimiento administrativo para las concesiones como especialidad del procedimiento administrativo común tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, III. La Directiva de Concesiones y su impacto sobre la contratación local en España; IV. La Directiva de Concesiones y su impacto sobre la contratación local en España; V. Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones: Especial referencia a la concesión de servicios; VI. Algunas reflexiones sobre las concesiones en Cataluña y VII. Epílogo.

En su capítulo primero “Introducción. Concesiones y procedimiento administrativo”, el autor ubica el contrato de concesión entre las técnicas de intervención administrativa. Para acotar su objeto se repasa la herencia de la legislación precedente. En este capítulo se delimita el objeto de estudio y se sitúa el contrato de concesión dentro del campo de la intervención administrativa.

En el capítulo segundo “El procedimiento administrativo para las concesiones como especialidad del procedimiento administrativo común tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre”, realiza un examen concienzudo pero conciso de la legislación reguladora del procedimiento administrativo común. Desde ese análisis del marco legislativo general, procede a exponer el autor las particulares razones por las cuales la concesión requiere un procedimiento específico.

En el capítulo tercero “La Directiva de Concesiones y su impacto sobre la contratación local en España” se repasan los cambios normativos de la regulación europea de concesiones. El autor explica el cambio acaecido en la contratación pública a partir de las reformas sucesivas de la normativa de la Unión Europea, hasta lograr una mejora en la eficiencia en el gasto público.

Se repasan los antecedentes europeos de las Directivas de contratación pública -Directivas 2014/24/UE, 2014/23/UE y 2014/25/UE- pero centra su estudio en la Directiva 2014/23/UE de concesiones, revelando los cambios en esta clase de contrato.

En el capítulo cuarto sobre “La LCSP como presupuesto de la normativa y el procedimiento de las concesiones”, nos explica el autor cómo se ha realizado la transposición de las directivas europeas, y los efectos de este régimen transnacional sobre la LCSP interna. Se presta aquí una especial atención a los principios, como referentes estables dentro de la normativa cambiante de contratación pública, pues como resalta la doctrina, se aporta con ellos algo de seguridad jurídica.

Es en el capítulo quinto donde nos revela el autor “Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones: Especial referencia a la concesión de servicios”, con su aportación más excelsa al régimen del contrato de concesión. Aquí repasa el autor los orígenes del concepto de servicio público, y las que a su juicio, supusieron las tres etapas más relevantes de esta institución. Para llegar a una cuarta etapa donde sitúa el autor los servicios de interés económico general. Todo lo anterior, en coherencia con el examen del tema más relevante sobre la asunción del riesgo operacional por parte del contratista, y su configuración como elemento característico y distintivo de esta modalidad contractual.

En el capítulo sexto se nos presentan: “Algunas reflexiones sobre las concesiones en Cataluña”, donde se expone cómo las concesiones han constituido la fórmula tradicional de gestión de los servicios y de implementación de obras en el ámbito local.

Termina la monografía con un interesante Epílogo, en el que se plasman con acierto cuáles son los asuntos más problemáticos no resueltos, en especial dentro de la aplicación práctica. Adolece la legislación de un régimen coherente y sin lagunas. Como dice el autor: “estas graves omisiones obligan al gestor a un peligroso ejercicio de creatividad interpretativa”.

Se trata, por tanto, de una monografía muy oportuna, de un tema en boga, con un análisis riguroso del régimen de las concesiones y el procedimiento, que se presenta como obra de referencia en esta materia, y cuya lectura consideramos imprescindible para todo aquel que quiera profundizar en el estudio de esta categoría.