

Artículos

- Debilidades en la cohesión sanitaria. Un balance tras dos décadas de vigencia de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
Weakness in health cohesion. A balance after two decades since the enactment of the Law on Cohesion and Quality of de National Health System
PEMÁN GAVÍN, JUAN MARÍA 6-30
- Las competencias educativas de las entidades locales
The educational competences of local authorities
MIGUEZ MACHO, LUIS 31-54
- La aplicación del derecho de la Unión Europea sobre transición energética por las comunidades autónomas
The implementation of European Union law on energy transition by the autonomous regions
GONZÁLEZ RÍOS, ISABEL 55-73
- Mancomunidades de municipios 2.0: hacia su reconversión, además de proseguir con sus tradicionales funciones, en instrumentos de sostenibilidad, desarrollo rural y lucha contra la despoblación
Commonwealth of Municipalities 2.0: Towards their reconversion, in addition to continuing with their traditional functions, into instruments of sustainability, rural development and the fight against depopulation
GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, FERNANDO / CANTERA CUARTANGO, JOSÉ MANUEL 74-95
- Las limitaciones a la publicidad de productos alimentarios no saludables desde una perspectiva comparada: su regulación en Portugal y Reino Unido como referentes para una reforma en España
The limitations on the advertising of unhealthy food products from a comparative perspective: Their regulation in Portugal and the United Kingdom as references for a reform in Spain
ROZADOS OLIVA, MANUEL JESÚS 96-115
- El régimen jurídico de las alteraciones de los grupos políticos locales
The legal regime of alterations to local political groups
PAVEL, EDUARD-VALENTIN 116-139
- Análisis y balance del estatuto económico de los cargos electos locales
Analysis and balance of the economic status of local elected officers
CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA E. 140-159
- La importancia de las actuaciones municipales en la garantía del derecho a la vivienda. Entre el urbanismo y la colaboración público-privada
The significance of municipal actions in safeguarding the right to housing. Urban planning and public-private collaboration
BASTÚS RUIZ, BERTA 160-184



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **21**
Nueva época
Abril, **2024**



FECYT/394/2023
Fecha de publicación: 11 de julio de 2019 (9ª convocatoria)
Válida hasta 28 de julio de 2024



INAP
INSTITUTO NACIONAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ISSN: 1989-8975
DOI: <https://doi.org/10.24965/10.24965/reala.21.2024>
<https://inap.es>
<https://reala.inap.es>

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Editor jefe: 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 13 20
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 231-24-003-5
Depósito legal: M-1.582-1958

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

Equipo editorial

Editor jefe: José María Baño León, Universidad Complutense de Madrid (España).

Secretaría: Lucía Alarcón Sotomayor, Universidad de Córdoba (España).

Secretaría-Gestión editorial: Carmen Martín Fernández, Universidad de Córdoba (España).

COMITÉ EDITORIAL

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

Editor técnico: Roberto Tomé Pérez, INAP (España)

COMITÉ CIENTÍFICO CONSULTIVO

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

La **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**, 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. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica** 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 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.



La **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica** 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

Debilidades en la cohesión sanitaria. Un balance tras dos décadas de vigencia de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud <i>Weakness in health cohesion. A balance after two decades since the enactment of the Law on Cohesion and Quality of de National Health System</i>	
PEMÁN GAVÍN, JUAN MARÍA	6
Las competencias educativas de las entidades locales <i>The educational competences of local authorities</i>	
MIGUEZ MACHO, LUIS	31
La aplicación del derecho de la Unión Europea sobre transición energética por las comunidades autónomas <i>The implementation of European Union law on energy transition by the autonomous regions</i>	
GONZÁLEZ RÍOS, ISABEL	55
Mancomunidades de municipios 2.0: hacia su reconversión, además de proseguir con sus tradicionales funciones, en instrumentos de sostenibilidad, desarrollo rural y lucha contra la despoblación <i>Commonwealth of Municipalities 2.0: Towards their reconversion, in addition to continuing with their traditional functions, into instruments of sustainability, rural development and the fight against depopulation</i>	
GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, FERNANDO / CANTERA CUARTANGO, JOSÉ MANUEL	74
Las limitaciones a la publicidad de productos alimentarios no saludables desde una perspectiva comparada: su regulación en Portugal y Reino Unido como referentes para una reforma en España <i>The limitations on the advertising of unhealthy food products from a comparative perspective: Their regulation in Portugal and the United Kingdom as references for a reform in Spain</i>	
ROZADOS OLIVA, MANUEL JESÚS	96
El régimen jurídico de las alteraciones de los grupos políticos locales <i>The legal regime of alterations to local political groups</i>	
PAVEL, EDUARD-VALENTIN	116
Análisis y balance del estatuto económico de los cargos electos locales <i>Analysis and balance of the economic status of local elected officers</i>	
CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA E.	140
La importancia de las actuaciones municipales en la garantía del derecho a la vivienda. Entre el urbanismo y la colaboración público-privada <i>The significance of municipal actions in safeguarding the right to housing. Urban planning and public-private collaboration</i>	
BASTÚS RUIZ, BERTA	160

Estudios breves

Patrimonio cultural: protección de valores, desplazamiento de garantías

Cultural heritage: Protection of values, displacement of guarantees

GONZÁLEZ SANFIEL, ANDRÉS MANUEL 185

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

La coordinación como técnica para exigir la participación provincial en un fondo autonómico de cooperación municipal (a propósito de la STC 124/2023, de 26 de septiembre)

Coordination as a technique for demanding provincial participation in an autonomous municipal cooperation background (with regard to STC 124/2023, of 26th september)

COFRADES AQUILUÉ, LUCÍA 200

Los actores de la reforma local española de 2013

The actors of the Spanish 2013 local reform

ARENILLA SÁEZ, MANUEL 218

La situación de la Administración electrónica en el ámbito local a la luz de varios informes. Atención particular al caso de Aragón

The situation of electronic Administration at the local level by the light of two reports. Particular attention to the case of Aragon

MAGALLÓN-SALEGUI, JAIME 237

Recensiones

M.^a Dolores Utrilla Fernández-Bermejo (dir.): *El Derecho Administrativo de Castilla-La Mancha. Diagnóstico y posibilidades de evolución en un contexto multinivel*

VALERO-TORRIJOS, JULIÁN 258

Gianluca Gardini: *Le regole dell'informazione: verso la Gigabit Society* (5.^a ed.)

MARTÍN FERNÁNDEZ, CARMEN 262

Sergio Pérez Castaños: *Repartiendo el café. 40 años de descentralización política en España*

ANTÓN-MERINO, JAVIER 266

Ismael Crespo, José Miguel Rojo-Martínez, Claudia Mayordomo, Salvador Moreno y Alejandro Soler: *Redes sociales y comunicación gubernamental digital en el ámbito local*

MOLINA RÍOS, ARTURO 268

Esther Rando Burgos: *Urbanismo territorial sostenible*

ZAPATA SEVILLA, JOSÉ 271



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 11-12-2023
Modificado: 30-01-2024
Aceptado: 30-01-2024
Prepublicado: 26-03-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11316>
Páginas: 6-30

Referencia: Pemán Gavín, J. M. (2024). Debilidades en la cohesión sanitaria. Un balance tras dos décadas de vigencia de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 6-30. <https://doi.org/10.24965/reala.11316>

Debilidades en la cohesión sanitaria. Un balance tras dos décadas de vigencia de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud¹

Weakness in health cohesion. A balance after two decades since the enactment of the Law on Cohesion and Quality of de National Health System

Pemán Gavín, Juan María

Universidad de Zaragoza. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0277-8153>

jpemang@unizar.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza, con extensa experiencia docente e investigadora en diversos campos del derecho público. Sus principales líneas de investigación se sitúan en el ámbito del derecho sanitario y del derecho público económico. También se ha ocupado, entre otras materias, del sistema español de autonomías territoriales, del régimen local y del derecho sancionador.

RESUMEN

Objetivos: el trabajo lleva a cabo una aproximación global a la cohesión sanitaria en España tras dos décadas de vigencia de la Ley 16/2003. **Metodología:** se ha empleado la metodología habitual en las ciencias jurídicas; es decir, estudio de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia. **Resultados:** en la primera parte del trabajo se identifican diversas señales de debilidad en el grado de cohesión efectiva del Sistema Nacional de Salud durante el período anterior a la crisis pandémica (2004-2019). En la segunda, se analiza la experiencia vivida en torno a la pandemia desde el punto de vista de la cohesión sanitaria. **Conclusiones:** se ha dejado pasar una circunstancia muy propicia para llevar a cabo rectificaciones de calado en la materia. Por eso, se formulan algunas propuestas para revertir la situación.

PALABRAS CLAVE

Sistema Nacional de Salud; cohesión sanitaria; COVID-19; emergencias graves en salud pública; Ley de Cohesión y Calidad del SNS.

ABSTRACT

Objectives: The paper carries out a global approach to health cohesion in Spain after two decades of Law 16/2003 has been in force. **Methodology:** The usual methodology used in the legal sciences has

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Salud pública en transformación (Proyecto SPenT)», dirigido por la profesora Laura Salamero Teixidó, que cuenta con financiación otorgada por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2019-107212RA-100). También forma parte de las actividades del grupo de investigación ADESTER, reconocido por el Gobierno de Aragón (proyecto S22_23R). Se cierra el 30 de noviembre de 2023. Agradezco al profesor César Cierco Seira y a los evaluadores anónimos del artículo las observaciones que me han hecho llegar sobre la penúltima versión del mismo.

been employed, i.e. a study of legislation, doctrine, and jurisprudence. **Results:** The first part of the study identifies various signs of weakness in the degree of effective cohesion of the National Health System during the period prior to the pandemic crisis (2004-2019). The second part of the paper analyses the experience of the pandemic from the point of view of health cohesion. **Conclusions:** A circumstance has been overlooked that is very conducive to making significant corrections in this area. For this reason, some proposals are put forward to reverse the situation.

KEYWORDS

National Health System; health cohesion; COVID-19; serious public health emergencies; Law on Cohesion and Quality of the National Health System.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. VIEJAS Y NUEVAS PROBLEMÁTICAS EN EL SECTOR SANITARIO. 2. SEÑALES DE DEBILITAMIENTO EN LA COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DURANTE EL PERIODO 2004-2019. 2.1. PRELIMINAR. 2.2. DEBILIDAD DE LA COHESIÓN SANITARIA EN CUESTIONES DE PROYECCIÓN GENERAL. 2.3. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE SINGULAR RELEVANCIA: MOVILIDAD DE PACIENTES, EVALUACIÓN DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍAS SANITARIAS, POLÍTICAS DE VACUNACIÓN. 2.4. VISIONES CRÍTICAS SOBRE EL GRADO DE COHESIÓN EFECTIVA DE NUESTRO SISTEMA SANITARIO. 2.5. ÁMBITOS SANITARIOS EN LOS QUE EL ESTADO SÍ HA EJERCIDO UN LIDERAZGO EFECTIVO. 2.6. UNA LAGUNA ESPECIALMENTE LAMENTABLE: LA INEXISTENTE PUESTA AL DÍA DE NUESTRA PRECARIA LEGISLACIÓN SOBRE LUCHA CONTRA LAS AMENAZAS GRAVES PARA LA SALUD PÚBLICA. 3. LAS EXPERIENCIAS EN TORNO A LA PANDEMIA Y SUS DERIVACIONES: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA RECTIFICACIONES DE CALADO EN MATERIA DE COHESIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS. 3.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. COVID-19 Y ESTADO AUTONÓMICO. 3.2. LAS DISTINTAS FASES EN TORNO A LAS CUALES SE ARTICULÓ LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA. ERRORES DISCULPABLES Y OMISIONES INCOMPREENSIBLES. 3.3. LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LAS MEDIDAS PARA HACER FRENTE A LAS EMERGENCIAS GRAVES DE SALUD PÚBLICA. 3.4. LA FALTA DE REFORZAMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS DE DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN EN PODER DEL ESTADO PARA AFRONTAR LAS CRISIS SANITARIAS. 3.5. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS. 4. CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN. VIEJAS Y NUEVAS PROBLEMÁTICAS EN EL SECTOR SANITARIO

Los efectos de la pandemia producida por la COVID-19 se han proyectado sobre múltiples esferas sociales, políticas y económicas –con impactos de gran alcance en cada una de ellas–, pero de una manera especial, como no podía ser de otra manera, sobre el sector sanitario, que se ha visto sometido a una «prueba de resistencia» sin precedentes que resulten comparables. Aunque ha quedado ya atrás el punto álgido del *tsunami* que significó la pandemia para el sector, que tuvo que afrontar durante su primera fase una demanda asistencial del todo inasumible con unos recursos humanos diezmados por la propia situación pandémica, perviven sin duda secuelas y problemas que plantean retos de no fácil solución para los gestores de la sanidad pública.

No obstante, si echamos la vista atrás y nos retrotraemos a la etapa anterior a la crisis del coronavirus, podemos observar que no pocos de los problemas que hoy afrontan los servicios públicos de salud estaban ya planteados desde hacía algunos años, y no resultan privativos de nuestro país.

En este sentido, es perfectamente sabido que nuestro Sistema Nacional de Salud (SNS)² viene afrontando desde hace ya algún tiempo problemáticas estructurales de difícil abordaje que constituyen retos de

² Las abreviaturas que utilizo en el presente texto son las siguientes: SNS (Sistema Nacional de Salud); CE (Constitución española de 1978); CI (Consejo Interterritorial del SNS); LCC (Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS); LGS (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad); LGSP (Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública); LGURM (Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento y Productos Sanitarios); texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/2015, de 24 de julio); LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); LOEAS (LO 4/1981, de 1 de junio, Reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio); LOMESP (LO 3/1986, de 25 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública); LRJSP (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

carácter crónico o permanente. Entre ellos están, sin duda, los problemas derivados del envejecimiento de la población –vinculado a una mayor longevidad media, consecuencia en gran parte de los propios avances sanitarios, a los cuales se une el bajísimo dinamismo demográfico existente–, la continua aparición de nuevos métodos diagnósticos y terapéuticos derivados del progreso técnico y científico que pugnan por incorporarse a las carteras de servicios que se ofrecen, así como la gran velocidad con la que tendemos a elevar el listón de las expectativas que depositamos sobre la medicina y los servicios de salud para afrontar situaciones de la más diversa índole³. También viene de atrás la problemática para planificar adecuadamente las necesidades de recursos humanos en el sector sanitario, que requiere la adopción de perspectivas de medio y largo plazo, dado el extenso período de formación que caracteriza a las profesiones sanitarias, lo cual determina que las soluciones que pretenden abordar con carácter inmediato las situaciones de carencia de personal difícilmente puedan ser satisfactorias.

A ello debe agregarse la dinámica de fragmentación en las políticas públicas de salud que en la práctica viene prevaleciendo en las últimas décadas, como consecuencia del notorio protagonismo que asumen las CC. AA. en la materia y la debilidad de los instrumentos de cohesión del Sistema. En efecto, la tendencia natural de las CC. AA. a recorrer un camino de progresiva diferenciación en sus opciones de regulación y de gestión de la sanidad se ha hecho cada vez más intensa y no ha podido insertarse en un espacio común de cierta consistencia, pese a las frecuentes proclamas y aspiraciones que se expresan en los discursos oficiales y en los textos legales en pro de la cohesión y armonía del Sistema, que frecuentemente no se acomodan a la realidad de las cosas. Esta tendencia a la fragmentación, unida a los enfoques cortoplacistas que tienden a prevalecer en las diversas esferas de la acción política en nuestros días, vienen dificultando que se aborden con determinación y éxito los retos estructurales a los que aludíamos, entre ellos los relativos a la suficiencia financiera y a la planificación de los recursos humanos.

Pero no cabe duda de que la experiencia de la pandemia ha agudizado considerablemente estos problemas y ha planteado otros nuevos, impactando de forma traumática sobre diferentes aspectos de nuestro sistema de salud. Así, la dedicación preferente a las patologías vinculadas a la COVID –en algunos momentos casi exclusiva– implicó la postergación y el debilitamiento de la atención hacia otras patologías y otras situaciones que no tuvieran un carácter urgente o perentorio⁴. De manera que el problema de las listas de espera, que tenía ya antes una dimensión considerable, vino a agudizarse, determinando unos tiempos de espera inaceptables ya no solo para las intervenciones quirúrgicas, sino también para las consultas y pruebas diagnósticas. Respecto al personal sanitario, las señales de agotamiento y desaliento en médicos y personal de enfermería han sido patentes, lo que se ha unido a las necesidades de relevo generacional derivadas de las situaciones de baja laboral y de la jubilación de un colectivo numeroso de profesionales.

Ello explica una situación en la que, por un lado, aflora una patente insatisfacción de los usuarios de los servicios públicos de salud, manifestada en las quejas que se expresan por diversas vías, pero también en la utilización de los seguros privados de salud como complemento de las prestaciones públicas. Una utilización del aseguramiento privado que implica una cobertura dual de la asistencia sanitaria que se está expandiendo considerablemente también entre los sectores de la población de mediana capacidad adquisitiva ante las tardanzas e insuficiencias que está mostrando el sistema sanitario público en determinados ámbitos en los que se están produciendo recortes *de facto* a través de la demora en las prestaciones (consultas en atención primaria y especializada, realización de pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, etc.). Por otro lado, hay señales que reflejan un clima laboral enrarecido, con tensiones que han dado lugar a expresiones de descontento y conflictos colectivos, incluyendo episodios de huelga en la sanidad pública.

Hay, por tanto, un escenario de ebullición, en el que afloran no pocas cuestiones controvertidas que suscitan un debate muy amplio entre expertos de diversa índole, en los medios de comunicación y la opinión pública y, por supuesto, en el ámbito político. Un debate que alcanza tanto a las problemáticas ya veteranas como a las más novedosas.

Dentro de este abigarrado panorama, me propongo acercarme en este texto a la problemática vinculada a la cohesión de nuestro sistema de salud, la cual constituye una perspectiva que es específica en cuanto al punto de mira del análisis, pero que tiene una proyección amplia o transversal al involucrar a muy diversas cuestiones. Una problemática que nos sitúa ante un aspecto de la sanidad pública que, como tantos otros,

³ Todo lo cual da lugar a un escenario en el que el gasto en salud tiende a crecer por encima de la evolución de los indicadores de renta y riqueza (PIB) y en el que la sostenibilidad financiera del gasto público sanitario, con marcos presupuestarios previsibles y controlados, se torna un objetivo hartamente difícil de conseguir.

⁴ En este punto resultan de interés los datos y propuestas que ofrece el estudio del Instituto de Salud y Estrategia (Si-Health, 2021).

ha sido sometido a una experiencia de dura prueba o estrés en los últimos años a propósito de la crisis pandémica, y de la cual es posible extraer algunos aprendizajes.

Preguntarse por la cohesión el SNS implica indagar sobre un aspecto crucial del mismo que conforma su propia existencia. Esto es, implica preguntarse si realmente existe el SNS como tal *sistema*, de modo que podemos emplear esa expresión con cierta propiedad, sin desfigurar la realidad de las cosas, o, por el contrario, constituye un mero rótulo legal vacío de contenido, como se ha apunado por algunos.

En particular, me propongo en primer lugar realizar una aproximación de conjunto a lo sucedido en la sanidad española desde este punto de vista, con posterioridad a la promulgación de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del SNS, lo que nos permitirá detectar claras señales de debilitamiento de la pretendida cohesión (apartado II). Y este análisis se completará con la consideración de lo sucedido durante la pandemia desde el punto de vista de la cohesión sanitaria, lo cual nos conducirá a identificar algunos aprendizajes que derivan de la experiencia vivida en esta difícil etapa (III).

2. SEÑALES DE DEBILITAMIENTO EN LA COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DURANTE EL PERIODO 2004-2019

2.1. Preliminar

Como obligado punto de partida, resulta necesario subrayar que el logro de la cohesión del sistema sanitario era ya un objetivo presente en la Ley General de Sanidad (1986), que pretendió reforzarse con la promulgación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC), la cual hizo de tal cohesión su eje vertebrador⁵. A tal efecto, no resulta inoportuno recordar que el proyecto de ley correspondiente fue impulsado desde el Ministerio de Sanidad (dirigido entonces por A. M.^a Pastor Julián), al poco tiempo de culminarse las transferencias de la gestión de la asistencia sanitaria a todas las CC.AA.⁶, con el objetivo fundamental de crear un nuevo y completo marco legal de la función estatal de coordinación de la sanidad. En definitiva, se trataba de dar un nuevo impulso a dicha función coordinadora en el escenario de una gestión sanitaria ya totalmente descentralizada⁷.

El objeto de dicha ley, nos dice su art. 1, se centra en el establecimiento del «marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el SNS, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud». Un marco legal de coordinación y cooperación que se construye alrededor de los nueve ámbitos a los que se refieren los capítulos I a IX de la Ley –prestaciones sanitarias, farmacia, profesionales, investigación, sistema de información, calidad del sistema sanitario, planes integrales, salud pública y participación de ciudadanos y profesionales–, que se complementan con las disposiciones dedicadas a la regulación del Consejo Interterritorial (capítulo X) y de la Alta Inspección (capítulo XI).

Sin que resulte factible realizar en el presente estudio una exposición detallada sobre el contenido de la LCC, destacaré especialmente que dicho texto legal pretendió poner en manos de la Administración estatal diversas herramientas operativas para la efectividad de la función de coordinación general sanitaria. Una función configurada como competencia exclusiva del Estado por el art. 149.1.16.^a CE, que está muy vinculada en la práctica con la formulación de las bases de la sanidad, también competencia exclusiva del

⁵ El concepto de *cohesión* vino a dar soporte tanto a los aspectos relacionados con el funcionamiento coordinado y armónico del sistema sanitario como también a los que están vinculados con el logro de una posición básicamente igualitaria de los ciudadanos (equitativa tiende a decirse) en la protección de la salud con independencia de su lugar de residencia y de los desplazamientos que realicen por el territorio nacional. Consolidado este término en su momento en el derecho comunitario desde el Tratado de Maastricht (1992) para encabezar las acciones de la Comunidad Europea orientadas a reducir las diferencias interregionales en el desarrollo económico y social, su utilización en el ámbito de la sanidad española no resultaba novedosa, pues se había consolidado ya antes de la LCC con la creación del denominado Fondo de Cohesión Sanitaria por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación de las CC.AA.

⁶ Transferencias producidas mediante la aprobación de sendos reales decretos de transferencia del INSALUD a las CC.AA. del art. 143 CE, producida a finales de 2001.

⁷ Dicho proyecto de ley dio lugar a la citada Ley de Cohesión y Calidad del SNS, aprobada con un amplísimo respaldo del arco político tras un proceso de elaboración parlamentaria breve, pero propicio a la aceptación de no pocas de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de ambas cámaras. Ello explica la satisfacción con la que fue acogido el resultado final de la tramitación por los representantes de los grupos parlamentarios; satisfacción manifestada en las elogiosas felicitaciones que tales representantes trasladaron a la ministra Ana Pastor y al Grupo Popular –que disponía en aquel momento de mayoría absoluta en las Cámaras– por su actitud receptiva y facilitadora de consensos.

Estado según el precepto citado. Asimismo, resultan destacables la nueva configuración orgánica y funcional que la Ley dio al Consejo Interterritorial –no particularmente acertada, según tendremos ocasión de poner de relieve–, así como las disposiciones sobre financiación de los servicios sanitarios vinculadas al objetivo de la cohesión⁸.

2.2. Debilidad de la cohesión sanitaria en cuestiones de proyección general

No obstante, si ponemos el foco de atención en el terreno de la realidad operativa del SNS tras la promulgación de la LCC, una aproximación de conjunto a lo sucedido durante el período 2004-2019⁹ evidencia el predominio de una tendencia claramente declinante respecto al grado de cohesión del sistema, tendencia que se manifiesta en la escasa vitalidad o empuje que han tenido en la práctica no pocos de los instrumentos plasmados al efecto en la LCC.

Los síntomas que se detectan en este sentido son en efecto claros y conciernen a cuestiones de muy diversa índole. Así, desde el punto de vista de la *organización administrativa* resulta revelador, en primer lugar, la pérdida por parte del Ministerio de Sanidad de algunas estructuras operativas con las que contaba anteriormente como soporte para el ejercicio de sus funciones. Es el caso del desgajamiento del Instituto de Salud Carlos III, producido en 2008 para adscribirlo al Ministerio de la Ciencia, en el que permanece todavía en la actualidad¹⁰, lo cual conlleva, además, la separación respecto del Ministerio de Sanidad de la Agencia para la Evaluación de Tecnologías Sanitarias, integrada en el mencionado instituto. Y también cabe mencionar en este sentido el debilitamiento o pérdida de nivel de algunas estructuras organizativas al servicio de la cohesión creadas por la LCC¹¹ y del *traspaso* de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición al nuevo Ministerio de Consumo, creado en el Gobierno de coalición formado tras las elecciones de finales de 2019¹².

⁸ Para una exposición en detalle sobre el contenido de la LCC remito al lector interesado a mi estudio sobre la nueva configuración del SNS tras la LCC (Pemán Gavín, 2005, pp. 187 y ss.). También, al libro colectivo coordinado por Parejo Alfonso *et al.* (2004) y al estudio de Álvarez González (2007).

⁹ El acotamiento temporal aludido (2004-2019) implica dejar para el apartado siguiente la consideración de la etapa más reciente (a partir de 2020), marcada, sin duda, por los impactos de la crisis pandémica generada por la COVID-19. El periodo que ahora consideramos estuvo protagonizado, como es sabido, por mayorías de diferente color político: en el ámbito estatal, los sucesivos Gobiernos estuvieron presididos por J. L. Rodríguez Zapatero (PSOE, 2004-2011), M. Rajoy (PP, 2011-2018) y P. Sánchez (PSOE, a partir de la moción de censura votada el 1 de junio de 2018).

¹⁰ El Instituto Carlos III es un organismo autónomo creado por la LGS (1986) como estructura fundamental del SNS, en el que se integraron algunos centros punteros en investigación sanitaria existentes con anterioridad. Su relevancia para el Ministerio de Sanidad y para el conjunto del sistema sanitario queda reflejada en la amplitud de las funciones que le atribuyen las disposiciones legales que lo regulan (arts. 111 a 113 LGS y arts. 48 a 52 LCC). En virtud del RD 1183/2008, de 11 de julio, se optó por adscribirlo al nuevo Ministerio de Ciencia e Innovación (art. 5.6), creándose una comisión mixta de coordinación entre los ministerios de Ciencia y de Sanidad en relación con el mencionado instituto (disp. adicional 3.ª). Posteriormente, el RD 200/2012, de 23 de enero, lo adscribió orgánicamente al Ministerio de Economía y Competitividad (a consecuencia de la supresión del Ministerio de Ciencia), pero con una doble dependencia funcional respecto del ministerio aludido y del de Sanidad (disp. adicional 11.ª). Recuperada la existencia del Ministerio de Ciencia con los Gobiernos de P. Sánchez, se ha mantenido en pie la sorprendente fórmula aludida, que no parece óptima ciertamente desde un punto organizativo: vinculación orgánica del Instituto Carlos III al Ministerio de Ciencia e Innovación y doble dependencia funcional respecto a dicho ministerio y al de Sanidad, que se articula a través de una comisión mixta *ad hoc* (disp. adicional 4.ª del RD 404/2020, de 25 de febrero).

¹¹ Es el caso de la conversión del Observatorio del Sistema Nacional de Salud, regulado por el art. 63 LCC en un Observatorio de Salud a través de una modificación insertada en el contexto de las actuaciones impulsadas por la CORA (Comisión para la Reforma Administrativa creada en 2012); modificación llevada a cabo a través de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público, que dio nueva redacción al citado art. 63 LCC (art. 19 de la Ley 15/2014), explicando su exposición de motivos que este cambio se insertaba en una línea simplificadora en materia de observatorios públicos. En la actualidad, resulta sorprendente que no exista realmente este Observatorio de Salud contemplado en la LCC, sino tan solo un Observatorio de Salud de las Mujeres, creado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de marzo de 2019 (Orden PCI/462/2019, de 17 de abril), lo cual implica el incumplimiento de buena parte de las previsiones contenidas en el art. 63 LCC con la consiguiente *feminización* del Observatorio, lo cual no resulta nada *inclusivo*, pues conlleva excluir a la mitad de la población de su radio de acción. También cabe citar en este punto la pérdida de relevancia de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud (a la que el art. 60 LCC dio un cierto realce): configurada inicialmente como una de dirección general, posteriormente se convirtió en una simple subdirección general (la Subdirección General de Calidad Asistencial), suprimiéndose de facto su denominación como «agencia».

¹² La Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición fue creada por Ley 11/2001, de 5 de julio, como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad. Conforme a lo establecido en el RD 139/2020, de 28 de enero (disp. adicional 10.ª), así como en el RD 495/2020, de 28 de abril (disp. adicional 7.ª), dicho organismo se adscribió orgánicamente al Ministerio de Consumo, pero quedando sujeto a una triple dependencia funcional (ministerios de Consumo, de Sanidad y de Agricultura) a través de una específica Comisión de Coordinación. Carece de todo sentido, a mi juicio, dado el reducido alcance de las competencias estatales en materia de consumo, la existencia de un Ministerio de Consumo, cuya creación no responde a necesidades organizativas objetivas, sino tan solo,

Adicionalmente, resulta significativa la falta de datos y noticias que cabe detectar en relación con el funcionamiento efectivo de la Alta Inspección Sanitaria, regulada con algún énfasis por la LCC (arts. 76 a 79, que integran el capítulo XI de la Ley)¹³. Más allá del mantenimiento de una modesta estructura administrativa dentro del Ministerio que incorpora esta denominación¹⁴, no aparecen en efecto huellas de la actividad de la Alta Inspección Sanitaria –por ejemplo, de eventuales requerimientos a las CC.AA., de los planes anuales de inspección, o de las memorias de la Alta Inspección¹⁵– en las informaciones que se difunden en los medios ni en las que figuran en el portal de internet del Ministerio, que no son en modo alguno escasas, sino más bien lo contrario¹⁶. Ante este elocuente silencio, parece fundada la percepción de que la actividad de la Alta Inspección sanitaria se sitúa en la práctica en unos niveles mínimos o, incluso, nulos.

Respecto al Consejo Interterritorial, hay también indicadores que manifiestan una escasa vitalidad o pujanza del mismo durante el período aquí considerado (2004-2019), sin que resulte factible hacer en esta ocasión una valoración cabal de su andadura durante un período tan dilatado como el aludido. Entre tales indicadores, cabe apuntar la infrecuencia de sus reuniones plenarios –que en diversas anualidades no alcanzaron las cuatro mínimas fijadas en su reglamento de funcionamiento¹⁷–, las dificultades para llegar a acuerdos en materias nucleares y los tiempos requeridos para ello¹⁸, las situaciones de bloqueo en su funcionamiento como consecuencia de divisiones partidistas¹⁹ o el modesto fuste que tienen las memorias que elabora y su conexión con el Senado²⁰.

También resulta indicativo del debilitamiento de la cohesión el reducido alcance que han tenido los *instrumentos de financiación estatal* al servicio de la cohesión, como es el caso del denominado Fondo de Cohesión, creado en 2001 y abordado por la LCC en su disp. ad. 5.^a como garantía de igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria en todo el territorio nacional²¹, que sería completado posteriormente con el Fondo de Garantía Asistencial creado por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril²². Tales fondos se han traducido en la práctica, a partir de 2013, en meros mecanismos de compensación de saldos entre

de forma manifiesta, al objetivo de ampliar los sillones del Consejo de Ministros y de satisfacer las aspiraciones políticas de los partidos que han conformado los Gobiernos de coalición de P. Sánchez. En el nuevo Gobierno formado tras la votación de investidura celebrada el pasado 16 de noviembre de 2023, las competencias estatales en materia de consumo se ejercen a través del nuevo Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 (RD 829/2023, de 20 de noviembre).

¹³ Interesantes observaciones al respecto pueden encontrarse en Rebollo Puig (2004, pp. 137 y ss.).

¹⁴ Se trata de la Subdirección General de Cohesión y Alta Inspección del SNS, integrada en la Dirección General de Ordenación Profesional. De su escasa entidad da cuenta la consideración de la relación de puestos de trabajo del Ministerio: con fecha 15 de marzo de 2023, se incluían en la Subdirección mencionada tan solo quince puestos de trabajo, computando en esta cifra al propio subdirector (de los cuales tres, además, estaban vacantes), dentro de un total de 1221 puestos en el conjunto del Ministerio de Sanidad. Con mayores dotaciones de personal cuentan el gabinete del ministro (37), el gabinete técnico de la Subsecretaría de Sanidad (27) o el gabinete de la Secretaría de Estado de Sanidad (21).

¹⁵ Sobre estas tres cuestiones, véanse los arts. 76, 77 y 78 LCC respectivamente.

¹⁶ La información que publica el Ministerio sigue la tendencia expansiva habitual en no pocas instituciones públicas (y también privadas). Tendencia que en ocasiones responde al cumplimiento de las múltiples exigencias legales de transparencia y, en otras, es producto más bien de los afanes por *vender* lo que se hace y de reforzar la imagen pública; afanes que en no pocos casos incurren en una sobreactuación publicitaria.

¹⁷ El promedio de reuniones hasta 2019 –en 2020 las cosas cambiaron radicalmente– era tan solo de 3,75 al año. En 2016 solo hubo un pleno, y en 2017, dos.

¹⁸ Rodríguez-Vigil (2008, pp. 416-417) subraya al efecto lo sucedido en relación con la «cartera común de servicios» del SNS (RD 1030/2006, de 15 de septiembre), cuya aprobación por el CI exigió cuatro años de deliberaciones hasta llegar a un texto que sustituyera al anterior Reglamento de Prestaciones Sanitarias (RD 63/1995, de 25 de enero).

¹⁹ Al respecto, resultan elocuentes las situaciones de judicialización de conflictos relacionados con las convocatorias del pleno del CI, convocatoria que es competencia del ministro de Sanidad, bien a iniciativa propia o bien a solicitud de un tercio sus miembros (art. 13.1 del Reglamento de Funcionamiento del CI). Véanse en este sentido las sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de septiembre de 2006 (Roj: SAN 4651/2006) y de 28 de marzo de 2007 (Roj: SAN 1479/2007), que estimaron sendos recursos contra la inactividad de la ministra (PSOE) interpuestos por CC.AA. que entonces tenían Gobiernos del Partido Popular.

²⁰ El art. 69.2 LCC exige que el CI elabore una memoria anual de sus actividades y la remita al Senado. Tales memorias se vienen publicando en la web del Ministerio, pero en su redacción prevalecen los planteamientos rutinarios, limitándose a efectuar un mero compendio de datos (lugar y fecha de las reuniones, asistentes a las mismas y órdenes del día, documentación anexa, etc.), sin una exposición de conjunto que los analice y valore. Sobre el trámite de su remisión al Senado y los eventuales debates o consideración en el seno de esta Cámara no hay datos que se destaquen ni en el portal del Ministerio ni en el del Senado.

²¹ Regulado en un primer momento mediante el RD 1247/2002, de 3 de diciembre, dicha regulación fue luego sustituida por la contenida en el RD 1207/2006, de 20 de octubre, en el que se contemplaron (art. 2.1) diversas situaciones de asistencia sanitaria prestadas por las CC.AA. que debían ser compensadas por el Fondo, entre ellas la asistencia sanitaria a pacientes derivados entre CC.AA.

²² El art. 3 del mencionado decreto ley creó el Fondo de Garantía Asistencial para cubrir los gastos causados por los pacientes en sus desplazamientos temporales a otras CC.AA. distintas de la de residencia, distinguiéndose al efecto entre desplazamientos de corta duración (inferiores a un mes) y de larga duración (iguales o superiores a un mes).

CC.AA. gestionados por el Ministerio de Sanidad, en los que hay unas CC.AA. con saldos negativos –que deben, por tanto, pagar por la asistencia prestada a sus residentes derivados o desplazados a otras, con importes minorados por los correspondientes a las situaciones inversas–, y otras con saldos positivos, que tienen derecho, por tanto, a recibir una compensación por estos conceptos²³. Y no ha llegado a desarrollarse y aplicarse la ambiciosa previsión contenida en la disp. ad. 5.ª, párrafo 2.º, de la LCC, en la que se contempló que dicho fondo se utilizara como mecanismo de nivelación o compensación para corregir los desequilibrios generados por las mayores necesidades de servicio existentes en determinados territorios²⁴.

2.3. Aspectos específicos de singular relevancia: movilidad de pacientes, evaluación de medicamentos y tecnologías sanitarias, políticas de vacunación

Al margen de estas señales de debilidad en la cohesión que tienen un alcance genérico, la tónica menudeante de la misma en el período al que venimos refiriéndonos (2004-2019) se evidencia también mediante la consideración de algunas problemáticas específicas que resultan elocuentes al respecto. Aludimos a continuación a tres cuestiones recurrentes que no han llegado a abordarse en términos satisfactorios pese a su indudable relevancia: la movilidad de pacientes entre CC.AA., la evaluación de los medicamentos y tecnologías sanitarias y las decisiones en materia de inmunización (calendario oficial de vacunaciones). Cuestiones, por tanto, de alcance muy diferente: una de carácter claramente médico-asistencial; la segunda, vinculada a la compleja gestión de la innovación en el ámbito sanitario, y la tercera –vacunaciones– como cuestión prototípica de salud pública, pero insertada a la vez plenamente en el sistema público asistencial responsable de su dispensación.

La primera de las cuestiones aludidas –la *movilidad de pacientes* dentro del territorio nacional– es una cuestión sin duda relevante e insoslayable en el escenario actual, dada la creciente movilidad de la población y el insuficiente tamaño de la mayor parte de las CC.AA. para ofrecer todos los servicios y prestaciones de carácter especializado cubiertos por el SNS, pudiendo decirse que constituye una reveladora *prueba de la verdad* a la hora de valorar la efectividad de la cohesión del SNS²⁵. La LCC reconoce enfáticamente el derecho de acceso a las prestaciones del SNS «con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios»²⁶ y contempla el Fondo de Cohesión Sanitaria como instrumento clave al respecto (disp. adicional 5.ª). Pero la realidad de las cosas ha dejado mucho que desear en este punto y el grado de efectividad del derecho aludido ha resultado manifiestamente insuficiente, como lo prueban las reiteradas quejas presentadas por los ciudadanos ante el Defensor del Pueblo en esta materia

²³ Configurados ambos como fondos de naturaleza extrapresupuestaria, el *modus operandi* para proceder a compensar los aludidos saldos negativos y positivos, de notoria complejidad, se ha venido regulando en una concreta disposición adicional incluida anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, a partir del año 2013 (la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2013, dedicó al tema su disp. adicional 71.ª). Para el presente ejercicio 2023, véase la disp. adicional 71.ª de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2023, disposición referida al Fondo de Cohesión Sanitaria y al Fondo de Garantía Asistencial.

²⁴ Dicho párrafo fue introducido en la LCC durante su tramitación parlamentaria como consecuencia de la aceptación del núcleo fundamental de una enmienda (la 403) presentada por el Grupo Socialista. En el párrafo aludido se dispone que «el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Fondo de cohesión sanitaria y según se determine reglamentariamente, realizará *políticas que aseguren la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades*. Estas políticas se desarrollarán mediante planes integrales de salud, que tendrán en cuenta *variables epidemiológicas y sociales que supongan una mayor necesidad de servicio, tales como patologías crónicas, morbimortalidad estandarizada por edad, población infantil, población inmigrante y otras de carácter similar*» (obviamente, la cursiva es mía).

²⁵ Al margen de los denominados «servicios de referencia» –de carácter altamente especializados y concebidos para una atención supraautonómica–, hay diversos tipos de situaciones que deben ser afrontadas adecuadamente. Así, la *derivación de pacientes entre CC.AA.* –habitualmente hacia las comunidades de mayor tamaño y dotación de medios, como Madrid, Andalucía o Cataluña– para atender patologías específicas en relación con las cuales no se dispone de medios adecuados en la comunidad de origen. También, los usuarios que se desplazan a otras CC.AA. para ser atendidos en ellas por razones de proximidad geográfica y comodidad al residir *en zonas limítrofes*. Y, finalmente, las situaciones planteadas por los *desplazamientos entre comunidades, ya sea en estancias cortas* (turismo) *o de larga duración* (vinculadas a la realización de estudios, al desarrollo de actividades laborales o a segundas residencias durante períodos extensos); desplazamientos en los que, además de las posibles urgencias, es preciso mantener la continuidad de la atención médica en patologías crónicas o de larga duración.

²⁶ Véase el art. 24 de la LCC, que lleva por título «Garantía de movilidad». Converge en la misma línea lo dispuesto en el art. 4.c LCC, en el que se reconoce el derecho de los ciudadanos «a recibir, por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma».

frente a las situaciones de inasistencia fuera de la comunidad de su residencia²⁷ o los nada infrecuentes ecos de tales situaciones que aparecen en los medios de comunicación.

En este sentido, procede traer a colación un informe específico sobre la materia emitido por el Tribunal de Cuentas a principios de 2020²⁸, en el que se pusieron de manifiesto las limitaciones e insuficiencias del sistema de compensación de gastos entre CC.AA. gestionado por el Ministerio de Sanidad para garantizar la igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria pública en todo el territorio nacional. En dicho informe se concluía que en modo alguno se puede afirmar que los fondos específicos gestionados al efecto por el Ministerio de Sanidad más atrás aludidos –Fondo de Cohesión Sanitaria y Fondo de Garantía Asistencial– constituyan un mecanismo eficaz para garantizar tal igualdad²⁹ y se instaba al Ministerio de Sanidad y a las CC.AA. a adoptar diversas medidas para corregir esta situación. Entre ellas, la modificación de la normativa vigente sobre la materia³⁰.

Por otra parte, un estudio monográfico sobre movilidad de pacientes financiado por el INAP y publicado en abril de 2022³¹ identificó una amplia serie de deficiencias en la atención sanitaria a los más de cuatro millones de pacientes que cada año vienen recibiendo asistencia en una comunidad distinta de la de su residencia. Entre ellas, la insuficiencia de los mecanismos de coordinación horizontal implementados entre CC.AA. (convenios bilaterales de cooperación, protocolos de actuación y mecanismos informales de colaboración) y la existencia de numerosos obstáculos institucionales, presupuestarios, técnicos y burocráticos para el acceso efectivo de los pacientes a la cartera de servicios del SNS fuera de su comunidad de residencia³². Ante esta insatisfactoria situación, formulaban diversas propuestas para mejorarla, algunas relativas a cuestiones operativas ya en curso que resultan inobjetables en su necesidad³³, y otras de mayor calado cuya implantación requeriría un impulso político reformista de cierta ambición que por el momento no se ha producido³⁴.

Por lo que se refiere a la *evaluación de los medicamentos y las tecnologías sanitarias*, se trata también de un tema capital en el sistema de salud en la medida en que la continua aparición de nuevos medios diagnósticos y terapéuticos que aporta la investigación científica y técnica, tanto en el terreno de los medicamentos como en el de los instrumentos no medicamentosos (otras tecnologías sanitarias), exige una adecuada y ponderada evaluación de los mismos con carácter previo a su autorización e incorporación al sistema prestacional público. Una evaluación que ha de comprender tanto los aspectos estrictamente

²⁷ Resulta ilustrativo al respecto el resumen de numerosas quejas sobre la materia planteadas ante el Defensor del Pueblo, que se contiene en la monografía de Moreno Fuentes *et al.* (2022). En las páginas 111 y ss. de dicha monografía se adjunta un cuadro en el que se clasifican y resumen tales quejas, tomadas de los informes elaborados por la institución del Defensor del Pueblo en el período 2004 a 2020.

²⁸ *Informe de fiscalización del sistema de compensación de los gastos por asistencia sanitaria gestionado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, ejercicio 2017*, 30 de enero de 2020 (publicado en BOE, de 29 de enero de 2021, pp. 10.751 y ss.).

²⁹ Subrayaba el Tribunal de Cuentas en su informe (apartado III, 1 y 2) que el sistema de compensación articulado en torno a los fondos aludidos ni comprende la totalidad de las prestaciones incluidas en la cartera común básica del SNS ni alcanza a las prestaciones otorgadas por una CA que no hayan sido previamente derivadas por la comunidad de origen y autorizadas por la que presta la asistencia, ni cubre las prestaciones no incluidas en los anexos del RD 1207/2006, por el que se regula el Fondo de Cohesión Sanitaria. Apuntaba asimismo el informe la escasa importancia cuantitativa de los fondos, que en 2017 solo representaban el 0,08 % del gasto sanitario total. A lo cual añadía que durante los ejercicios comprendidos entre 2013 y 2017 no se había procedido a compensar de modo efectivo los saldos netos negativos resultantes de las liquidaciones, como consecuencia de lo cual tampoco las comunidades con saldos positivos habían recibido compensación alguna.

³⁰ Véase los apartados III (Conclusiones) y IV (Recomendaciones) del informe.

³¹ Moreno Fuentes *et al.* (2022).

³² Véase en particular lo que se indica en el estudio, donde se subrayan diversas dificultades prácticas para acceder a la atención sanitaria, especialmente para el seguimiento de las enfermedades crónicas en personas que visitan durante periodos largos comunidades diferentes de la de su domicilio habitual; concretamente, se apuntan las dificultades para obtener medicación fuera de la CA de residencia o para acceder a tratamientos especializados en otra CA como consecuencia de los problemas de saturación que tienen los servicios que deben proporcionarlos. También se referían a los efectos negativos derivados de la supresión, a partir de 2013, de los fondos estatales destinados a financiar la movilidad de pacientes y su sustitución por un sistema de compensación de saldos entre CC.AA., lo cual implicó, según indican, un deterioro de la atención sanitaria a desplazados ante las incertidumbres en torno al cobro efectivo de dicha asistencia (*ibid.*, pp. 92 y ss.).

³³ En este sentido, se incide, por ejemplo, sobre la necesidad de seguir reforzando los sistemas de información del SNS para eliminar los obstáculos existentes en relación con la interoperabilidad de las tarjetas sanitarias y en la utilización de la receta electrónica para el acceso a la medicación por los pacientes desplazados (*ibid.*, p. 98).

³⁴ Así, se propugna el establecimiento de un sistema de imputación automática de los gastos causados por los pacientes desplazados a los servicios de salud de la comunidad en la que residen y el restablecimiento de fondos específicos del Estado para financiar una parte de los costes de los tratamientos recibidos por tales pacientes. También se incorpora la propuesta de dotar de personalidad jurídica e imagen propia al SNS, sosteniendo que un mayor reconocimiento de su existencia como estructura vertebradora de los diferentes servicios autonómicos de salud por parte de los profesionales y el conjunto de la ciudadanía propiciaría «la puesta en práctica de iniciativas que faciliten la coordinación del conjunto del sistema y que mejoren su eficacia y eficiencia» (*ibid.*, p. 97).

médicos (seguridad, eficacia y calidad) como los económicos y de eficiencia, habida cuenta de que resulta ineludible tener en cuenta los costes de diversa índole asociados a los nuevos procedimientos y su comparación con otras alternativas disponibles.

El sistema español de evaluación en la materia se caracteriza por una regulación legal muy parca y abierta que separa, por un lado, los medicamentos y demás productos sanitarios y, por otro, el resto de las tecnologías sanitarias, sin ofrecer apenas concreciones al respecto³⁵. Y sobre esta escasa base legal se han configurado en la práctica, sin apenas formalización normativa, unas estructuras organizativas y unos procedimientos muy complejos. Como han puesto de relieve en un reciente estudio sobre la materia los profesores Vida, Oliva y Lobo, la propia complejidad de tales estructuras y procedimientos dificulta el adecuado desempeño de la función evaluadora, con independencia de la valía y profesionalidad de las personas concretas y de las unidades que trabajan en la materia³⁶.

En dicho estudio, los autores mencionados identifican algunos problemas transversales al respecto –la complejidad del reparto competencial entre Estado y CC.AA., la separación entre la regulación y organización de la evaluación de los medicamentos respecto a las demás tecnologías y los problemas organizativos generales del Ministerio de Sanidad– y ponen de manifiesto la existencia de una «compleja y confusa maraña organizativa» para la evaluación de medicamentos y tecnologías, la cual «complica extraordinariamente su adecuado funcionamiento, en perjuicio del propio SNS, así como de los ciudadanos y de las empresas que desarrollan y comercializan estas tecnologías»³⁷.

No menos relevante resulta el tema de las acciones de inmunización que se desarrollan por las Administraciones públicas mediante la herramienta de las vacunaciones, cuya regulación y gestión en España ha venido adoleciendo de patentes debilidades, tanto desde el punto de vista de la claridad y seguridad jurídicas como también desde la óptica de la cohesión del sistema sanitario, lo que ha dado lugar a no pocas dudas y controversias en torno a la materia.

Respecto de esta cuestión, llama poderosamente la atención, en un escenario de tanta frondosidad normativa como el que nos circunda, el prolongado silencio del legislador estatal a la hora de establecer una regulación básica sobre la materia, tratándose como se trata de un aspecto ciertamente capital de la prevención sanitaria en nuestros días y, con ello, de las políticas de salud pública y de la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud.

Este *absentismo* legislativo se ha mantenido en efecto de una manera pertinaz a lo largo de muchos años. Quizás puede entenderse que en 1986 la Ley General de Sanidad dejara el tema en un plano muy secundario, preocupada como estaba por diseñar las bases de la regulación y organización del sistema público de asistencia sanitaria, y eludiera abordarlo, limitándose a contemplar la refundición y actualización del marco legal entonces vigente sobre las vacunas –que era, y sigue siendo, de una precariedad extrema³⁸– a través de un mandato dirigido al Gobierno³⁹ que nunca fue cumplido⁴⁰. Pero mucho menos comprensible

³⁵ En relación con los medicamentos, véanse los arts. 16 LCC y 92 y 93 LGURM. Respecto a las demás tecnologías sanitarias, véanse los arts. 20 y 21 LCC, objeto de nueva redacción mediante el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril.

³⁶ Vid. Vida *et al.* (2023). En un trabajo precedente, los mismos profesores habían realizado una primera aproximación al tema (Vida *et al.*, 2022).

³⁷ En su minucioso análisis sobre la materia, el estudio mencionado describe en torno a veinte estructuras organizativas que intervienen en la evaluación sanitaria en España, sin incluir en esta cifra ni a las CC.AA. ni al Ministerio de Sanidad como tales. Entre las estructuras aludidas se incluyen (pp. 25-49) diversos órganos unipersonales y colegiados del Ministerio de Sanidad, el CI y sus Comisiones especializadas, organismos estatales personificados (Agencia Española del Medicamento, Instituto Carlos III), la Comisión Interministerial de Precios del Medicamento, las organizaciones de evaluación existentes en ocho CC.AA. que integran la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias, así como la Red de Evaluación de Medicamentos del SNS. No puede sorprender por ello que consideren que el tema constituye una de las «asignaturas pendientes de nuestro SNS» y que defiendan la necesidad de «sustituir esta desorganización por un sistema organizativo coherente y razonable» (Vida *et al.*, 2023, p. 8).

³⁸ La regulación legal vigente se limitaba a un párrafo (el 6.º) de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, que había sido modificado en 1980, a través de una Ley *ad hoc*, la Ley 22/1980, de 24 de abril. Una modificación que, como ha subrayado César Cierco Seira, pasó muy desapercibida pese a su relevancia, derivada de la introducción de un cambio sustancial en la materia al transitar desde un modelo de vacunación obligatoria a otro de vacunación recomendada (Cierco Seira, 2018, pp. 32 y ss.). El párrafo aludido de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional no ha sido formalmente derogado, pero su descontextualización y obsolescencia en la actualidad es absoluta.

³⁹ La disposición final 5.ª LGS encomendó al Gobierno la refundición, aclaración y actualización de diversas disposiciones en materia de salud pública; entre ellas, la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 (apartado 7 de dicha disposición) y la Ley 22/1980 a la que hemos aludido en la nota anterior (apartado 5). Por cierto, que la cita de este último texto legal se hace de manera errónea, lo cual refleja una redacción de la LGS no particularmente cuidadosa en este punto.

⁴⁰ Este incumplimiento sin duda tiene que ver con la preterición de los temas de salud pública que predominó durante los años posteriores a la promulgación de la LGS y con el protagonismo sobre la materia que asumieron las CC.AA. a partir de los años ochenta.

resulta que en 2011 se dejara pasar la oportunidad brindada por la promulgación de la Ley General de Salud Pública –dictada en una etapa en la que las preocupaciones sobre la salud pública habían recuperado protagonismo– para abordar la materia. Pues dicha ley, en la que hubiera encajado con toda naturalidad la fijación de un régimen vacunal básico, dio la espalda casi por completo al tema eludiendo entrar en él con reglas de algún fuste⁴¹.

Este vacío detectable en la LGSP resulta ostensible en particular en la regulación del calendario oficial de vacunaciones, que constituye sin duda la pieza central en torno a la cual gira la política pública de vacunación en nuestros días⁴². La LGSP incorpora la escueta previsión de un «calendario único de vacunas en España» a aprobar mediante acuerdo del CI (art. 19.3.a), asumiendo con ello una aspiración que venía siendo reclamada insistentemente desde distintos foros e instancias, pero desdibuja a renglón seguido esta opción al habilitar a las CC.AA. a modificar dicho calendario –obviamente, en su respectivo ámbito territorial– en unos términos muy abiertos, pues la única restricción que impone es que la modificación se haga «por razones epidemiológicas», lo que tiene ciertamente muy escaso efecto limitante⁴³. Pero no solo dejó en estado de confusión esta configuración del calendario como realmente único o como marco común de referencia –en la práctica, es esta segunda visión de las cosas la que ha prevalecido–⁴⁴, sino que dejó también carente de regulación muchos otros aspectos centrales del régimen jurídico del calendario vacunal –mejor, de los calendarios vacunales–. Entre ellos, la cuestión de su rango formal y del procedimiento administrativo para su elaboración y la de los efectos que tiene la incorporación de una determinada vacuna a los calendarios oficiales desde los diversos puntos de vista y, en particular, desde la óptica de los derechos y deberes de los ciudadanos⁴⁵.

Así las cosas, subsisten no pocos focos de incertidumbre en torno a los calendarios vacunales en España, que constituyen, como se ha subrayado, la pieza central de las políticas públicas de inmunización individual y colectiva. Al margen de que puedan esgrimirse razones a favor de que el calendario debería ser realmente único⁴⁶, el modelo vigente *de facto* arrastra numerosas dudas sobre los efectos del calendario común y sobre la capacidad de maniobra de que disponen las CC.AA. para establecer su propio calendario, no solo en cuanto a la incorporación de nuevas vacunas, sino en el establecimiento de las condiciones para su administración y en el tratamiento de la cuestión capital de su nivel de obligatoriedad⁴⁷.

⁴¹ La desidia del legislador estatal para diseñar el marco legal de las vacunaciones tuvo su reflejo también en la doctrina jurídica, que mantuvo el tema dentro de un ostracismo casi absoluto durante muchos años. Corresponde a César Cierco el mérito de haber puesto remedio a este vacío doctrinal al aportar las bases conceptuales de la materia en nuestro país a través de la monografía antes citada (Cierco Seira, 2018), y de otros trabajos que la complementaron. En tales estudios, elaborados justo antes de que se produjera la eclosión vinculada a la pandemia COVID a principios de 2020, Cierco compuso con maestría un relato esclarecedor y sugerente, en el que la problemática del régimen vacunal queda insertada dentro de los principios generales que actualmente rigen nuestro derecho público y nuestro derecho sanitario, con una atenta consideración también de los modernos desarrollos de las disciplinas científicas vinculadas a la salud pública.

⁴² El calendario oficial de vacunación, existente en España desde 1975, es un instrumento de implantación generalizada internacionalmente que plasma un explícito compromiso público con la administración de determinadas vacunas de una manera permanente o *continuada*, además de aspirar a tener una aplicación uniforme o *generalizada* y resultar *adaptable* a las novedades científicas que se van produciendo. Véase ampliamente al respecto Cierco Seira (2018, pp. 132 y ss.), donde se califica al calendario oficial como «piedra angular» del sistema de vacunación.

⁴³ Esta escueta mención del art. 19 LGSP se completa con la inclusión del calendario único de vacunación dentro de la «cartera de servicios básica y común» del SNS (art. 6.4 LGSP), lo que parece conllevar la posibilidad de que las CC.AA. establezcan vacunas adicionales en sus respectivos calendarios como prestaciones complementarias a su cargo conforme a la previsión general del art. 8 quinquies LCC. De este modo, las CC.AA. podrían ampliar, pero no reducir, las vacunaciones previstas en el calendario aprobado por el CI.

⁴⁴ De hecho, la denominación que se viene dando a los calendarios que anualmente aprueba el CI es la de calendario *común* de vacunación; concretamente, «calendario común de vacunación a lo largo de toda la vida» a partir de 2019.

⁴⁵ De nuevo es procedente remitir al lector interesado a Cierco Seira (2018, pp. 139-144).

⁴⁶ Sería el primer aspecto que clarificar, bien mediante la supresión de este adjetivo en la LGSP o bien mediante su configuración realmente como calendario único. A favor de esta segunda opción se ha venido pronunciando la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS). Así, en una declaración de dicha sociedad fechada en 2013 («Posición de SESPAS ante la aprobación de un calendario de vacunaciones común infantil para todo el territorio español»), que se apoya en un trabajo de Tuells y Arístegui (2012), se afirmaba lo siguiente: «No existen razones epidemiológicas en España que justifiquen con evidencia contrastada la diversidad de calendarios vacunales; no hay un principio de equidad que impida que todos los niños reciban las mismas vacunas y no hay un principio de racionalidad que dificulte el cumplimiento del calendario en todo el territorio nacional». Más recientemente, se insiste en la misma línea al afirmar («Posicionamiento SESPAS sobre el calendario vacunal recomendado en España», 3 de mayo de 2019), que «la diversidad de los calendarios es una amenaza para la credibilidad de las estrategias de vacunación, pues pone en cuestión los criterios de eficiencia y coste oportunidad»; a lo cual se añade que «la reciente inclusión de la vacuna frente a la meningitis B en el calendario de alguna Comunidad Autónoma parece basarse en criterios más propios del ámbito político que del científico».

⁴⁷ Sobre estos interrogantes, véase Cierco Seira (2019, pp. 154 y ss.), donde subraya que la falta de claridad y de transparencia de que adolece el marco regulador vigente implica un lastre desde el punto de vista de la confianza de la ciudadanía en el sistema

En definitiva, las debilidades e insuficiencias que presenta la cohesión en esta materia no pueden atribuirse a la inaplicación o ineficacia de las herramientas establecidas al efecto en la LCC –y resto de la legislación vigente–, sino a la inexplicable renuncia por parte del legislador estatal a ejercer el liderazgo que le corresponde mediante la emanación de una regulación dotada de capacidad vertebradora en relación con un aspecto ciertamente capital del sistema sanitario.

2.4. Visiones críticas sobre el grado de cohesión efectiva de nuestro sistema sanitario

En este contexto no pueden sorprender las visiones críticas sobre el grado de cohesión real de nuestro sistema sanitario que afloran en algunos estudios doctrinales e informes institucionales elaborados durante el período que venimos considerando en el presente epígrafe (2004-2019), si bien dentro de un clima general de autocomplacencia en torno al sistema público de salud español que limita el impacto de tales visiones críticas⁴⁸.

Así, al margen de las cuestiones concretas a las que nos hemos referido (movilidad de pacientes, evaluación de medicamentos y tecnologías sanitarias, vacunaciones), se ha puesto el foco en temas como los siguientes: las diferencias entre CC.AA. en el contenido de las prestaciones sanitarias que incorporan a su cartera –incluyendo las relativas a las demoras, esto es, las listas de espera–, las deficiencias en los sistemas generales de información sanitaria, la disgregación en las políticas de personal sanitario y su falta de planificación a medio y largo plazo (carrera profesional, retribuciones, movilidad), la divergencia entre los modos de gestión de los servicios públicos de salud introducidos por las CC.AA. y la debilidad en las formas de coordinación derivada del protagonismo que se atribuye a un órgano colegiado cuyas decisiones requieran el respaldo unánime de sus miembros⁴⁹.

A la vista de tales señales de falta de cohesión, se llega a advertir del riesgo de desintegración o desmoronamiento del SNS y a alertar sobre la posibilidad de que este se convierta en un mero rótulo, sin contenido efectivo más allá de su presencia en discursos y proclamas legales carentes de efectividad⁵⁰.

2.5. Ámbitos sanitarios en los que el Estado sí ha ejercido un liderazgo efectivo

La explicación de esta tendencia disolvente en la unidad del sistema sanitario no es otra a mi juicio que el clima general predominante en la vida política española durante el período considerado, marcado sin duda por la continua expansión de la autonomía como paradigma incuestionable, esto es, como algo intrínseca y genéricamente bueno en sí mismo, así como por el poder condicionante de los nacionalismos periféricos. Este clima o ambiente general –que tiende a priorizar los aspectos identitarios de la gestión pública sobre los funcionales o de eficacia– tuvo manifestaciones muy visibles y ruidosas, como fueron los nuevos estatutos de autonomía promulgados en la legislatura 2004-2008 (especialmente, el catalán), pero también otras muchas menos ostensibles, como la falta o debilidad de los mecanismos legales implantados para favorecer la cohesión sanitaria, o la *timidez* en la utilización de los existentes.

de vacunación pública, aspecto que resulta clave en la materia, especialmente en un sistema de vacunación recomendada como el vigente en nuestro país. Concluye por ello invitando al legislador estatal, de forma encarecida y convincente, a «hacer sus deberes».

⁴⁸ Como botón de muestra de este clima de autocomplacencia cabe citar la afirmación de que «el Sistema Nacional de Salud (SNS) es uno de los mejores del mundo», contenida en el informe emitido en 2014 por una subcomisión creada en el Congreso de los Diputados para analizar el sistema sanitario (véase BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, 476, 12 de junio de 2014, p. 6). No obstante, se admitía a continuación que «el margen de mejora es amplio».

⁴⁹ Tengo en cuenta aquí especialmente las aportaciones de Rodríguez-Vigil (2008, in totum; 2012, pp. 85 y ss.) así como los informes del Consejo Económico y Social de España (2010, pp. 146 y ss.) y de la Academia Europea de Ciencias y Artes (Rubia Vila *et al.*, 2011, pp. 86-99). También el estudio de González López-Valcárcel y Barber Pérez (2006, en particular, pp. 44-51).

⁵⁰ Especialmente incisivo al respecto resultó el libro citado de Rodríguez-Vigil (2008), escrito sobre la base de un conocimiento muy completo y directo de la realidad de la sanidad pública española por parte de su autor. Particularmente valiosa me parece la descripción que realiza Rodríguez-Vigil de los elementos contextuales (políticos, ideológicos, y sociomediáticos) que dificultan una gestión sanitaria eficiente por parte de las CC.AA. Entre ellos, los desincentivos existentes para que suministren una información cabal de los datos relativos a la propia gestión que realizan; la tendencia a una visión cortoplacista de las cosas muy vinculada al impacto inmediato –mediático y electoral– de las medidas que adoptan; la debilidad de los responsables autonómicos para introducir reformas de algún calado ante la fuerte capacidad de presión y resistencia del entorno sociomediático y del sindicalismo en el ámbito de la sanidad pública, y el fuerte predominio en los debates sobre la materia de los eslóganes y los tópicos habituales frente a los análisis rigurosos de la realidad. Pasados algunos años desde la publicación de este libro (2008) –que no ha tenido el eco que merecía, ni siquiera en el plano doctrinal–, la evolución de las cosas parece seguir por los mismos derroteros que describe Rodríguez-Vigil, de modo que su diagnóstico no ha quedado desactivado sino, por el contrario, confirmado.

Con todo, no puede dejar de significarse que hubo materias concretas o momentos determinados en las que el Estado sí fue capaz de ejercer un liderazgo efectivo y consistente en la materia, lo que acredita que existen resortes constitucionales suficientes para ello cuando hay un impulso político gubernamental que cuenta con el apoyo que le brinda un entorno sociomediático favorable o unas circunstancias económicas apremiantes.

Así, en el ámbito de la salud pública, son indudables los avances en la lucha contra el tabaquismo producidos en el marco de las medidas incorporadas a la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, modificada en diversas ocasiones. Y no menos incuestionables son las mejoras que se produjeron durante estos años en materia de accidentes de tráfico y de siniestralidad laboral, en las que el Estado ha acertado a liderar una acción decidida y continuada para mitigar las dimensiones de estas dos grandes amenazas para la salud y la vida de los españoles⁵¹, si bien con apoyo en ambos casos en títulos competenciales específicos que se adicionan a los relativos a la sanidad.

Y por lo que se refiere al ámbito de la asistencia sanitaria, no cabe duda de que hubo un impulso reformista importante liderado por el Gobierno de la nación en el contexto de la gran crisis económica y presupuestaria vivida en nuestro país a partir de 2008. Impulso que se tradujo en una pluralidad de medidas introducidas mediante el instrumento formal del decreto ley en los años 2010, 2011 y 2012 con el propósito principal de contener el gasto público sanitario, especialmente en materia de prestaciones farmacéuticas (medicamentos y productos sanitarios)⁵². De este modo, las penurias y urgencias económicas del momento⁵³ actuaron como un poderoso acicate para que el Estado asumiera un marcado protagonismo en la materia con la adopción de medidas cuya impopularidad las hubiera hecho muy difícilmente viables en tiempos de bonanza.

2.6. Una laguna especialmente lamentable: la inexistente puesta al día de nuestra precaria legislación sobre lucha contra las amenazas graves para la salud pública

En cambio, no se encontró la ocasión para abordar la puesta al día y desarrollo del precario andamiaje normativo existente en relación con las medidas para hacer frente a las amenazas graves para la salud pública.

De ello se había venido ocupando la LOMESP (1986) con una regulación que es en realidad más aparente que real o efectiva, pues se traduce en meras habilitaciones genéricas o *en blanco* otorgadas a unas autoridades sanitarias que no se identifican para abordar situaciones de emergencia sin ofrecer pauta alguna –procedimental o de fondo– para guiar la actuación de tales autoridades ni establecer límites y garantías a favor de la ciudadanía en relación con la misma⁵⁴. Pero la cuestión no fue abordada, quedando marginada

⁵¹ Las cifras hablan por sí mismas de manera elocuente. En materia de accidentes de tráfico veníamos de una cifra de fallecidos anuales en la red de carreteras del Estado que superaba las 2000 víctimas mortales (en el año 2000) o se acercaba mucho a esta cifra (año 2002). Pero a partir de 2003 se produjeron reducciones significativas casi todos los años hasta llegar a situarse en una cifra de mortalidad anual en las carreteras del Estado dentro de la horquilla entre 400 y 500 fallecidos desde 2013; 408 concretamente en 2019. La cifra de 2020 fue todavía inferior, pero obviamente la menor mortalidad en carreteras durante ese año estuvo propiciada por las importantes restricciones a la movilidad vinculadas a la COVID. Por lo que se refiere a la siniestralidad laboral, las reducciones en la mortalidad han sido también importantes. Desde cifras que se movían entre 1400 y 1600 fallecidos anuales entre 1997 y 2004, hubo a partir de entonces reducciones significativas que condujeron a cifras muy inferiores (564 en 2012, 558 en 2013), habiéndose producido posteriormente un lamentable repunte (864 fallecidos en 2022).

⁵² En este sentido, cabe mencionar el Real Decreto Ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud; el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y, todavía con Gobierno socialista presidido por Rodríguez Zapatero, el Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. Ya con Gobierno popular presidido por M. Rajoy, se dictó el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para mejorar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, con medidas de considerable calado que se proyectaron sobre un amplio conjunto de cuestiones.

⁵³ Recuérdese que el déficit público alcanzó en España durante el ejercicio 2009 un alarmante nivel del 11,28% del PIB, y que solo a partir de 2013 el déficit entraría en una senda de reducción significativa que lo haría descender hasta niveles asumibles. Y recuérdese también que el coste de financiación de la deuda pública española se disparó durante los años 2010, 2011 y 2012 hasta límites que cuestionaban la sostenibilidad de nuestras cuentas públicas. En este contexto se explica la carta dirigida el 5 de agosto de 2011 por el entonces presidente del BCE, J. C. Trichet, al presidente del Gobierno español, con copia a su ministra de Economía, urgiéndole a adoptar una serie de medidas «a fin de restablecer la credibilidad de la firma soberana en los mercados de capital». Como fruto de esta situación se produciría, de forma particularmente expeditiva, la reforma constitucional que dio nueva redacción al art. 135 CE (reforma de 27 de septiembre de 2011).

⁵⁴ A la LOMESP le viene grande su ambigua denominación, que se improvisó en su momento en sede parlamentaria para dar cobijo a cuatro artículos desgajados de la Ley General de Sanidad. En realidad, no tiene siquiera la hechura propia de una ley: carece

del debate político y de la agenda legislativa, pese a que desde finales de los noventa venían presentándose brotes epidémicos que habían causado impactos y cierta alarma social, y a pesar también de las insistentes llamadas de atención que venía lanzando la doctrina, la cual había evidenciado los déficits de seguridad jurídica derivados de las lagunas que presentaba la legislación aludida⁵⁵ y ofrecía propuestas concretas valiosas para colmar los vacíos de un marco legal tan carente de previsiones sustantivas y procedimentales⁵⁶. Esta lamentable indolencia del legislador estatal supondría un lastre muy importante para la etapa posterior, como vamos a poder comprobar en el apartado siguiente.

3. LAS EXPERIENCIAS EN TORNO A LA PANDEMIA Y SUS DERIVACIONES: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA RECTIFICACIONES DE CALADO EN MATERIA DE COHESIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS

3.1. Consideraciones introductorias: COVID-19 y Estado autonómico

Es notorio que el último cuatrienio (2020 a 2023) ha estado marcado por la pandemia de la COVID-19, que ha tenido unos impactos de grandísimo alcance, no solo en la esfera sanitaria, sino en todos los órdenes. Desde la perspectiva específica de nuestro estudio, que no es otra que el desenvolvimiento del SNS en lo relativo a la cohesión sanitaria⁵⁷, la percepción global que deriva de la experiencia vivida en torno a la COVID es que se ha dejado pasar una oportunidad particularmente propicia para abordar lo que eran ya asignaturas pendientes en el momento inmediatamente anterior a la crisis pandémica, esto es, al finalizar el año 2019; en particular, la actualización de nuestra anacrónica y deficiente normativa para hacer frente a los riesgos sanitarios graves y la clarificación y reforzamiento de las herramientas para un liderazgo estatal en materia sanitaria, en lo que atañe en particular a la salud pública.

A este respecto es preciso recalcar que una situación como la vivida, sin precedentes comparables en la historia contemporánea, produce desde la óptica que ahora nos interesa dos efectos notorios que están vinculados entre sí. Por un lado, sitúa en un primer plano de la actualidad sociopolítica la preocupación por la salud pública, y muy en particular por las amenazas derivadas de las enfermedades contagiosas, sacando a esta materia de la tradicional postergación que ha tenido durante no pocas décadas en beneficio de la sanidad asistencial. Y, por otro lado, evidencia la importancia de una acción unitaria y coordinada en las medidas que afrontan tales amenazas, para lo cual los niveles territoriales inferiores se muestran incapaces o limitados, pese a su mayor cercanía y facilidad de adaptación a las circunstancias de cada lugar. De modo que se deja sentir la necesidad de actuar de forma coherente y, además, de hacerlo con respuestas rápidas

de exposición de motivos y de disposiciones finales y su contenido no puede ser más liviano, consistente en cuatro preceptos que no fueron objeto de una elaboración cuidadosa a pesar de la incidencia de las medidas que se contemplan en el terreno de los derechos fundamentales.

⁵⁵ Véase especialmente en este sentido los siguientes trabajos de Cierco Seira (2006, pp. 163 y ss.; 2008, pp. 805 y ss.; y 2009, pp. 23 y ss., en especial 27, y 37-38). Este autor (2009, p. 38) calificaba certeramente como alarmantes e injustificados los vacíos que presenta la LOMESP a la vista de la intensidad de los poderes que atribuye a las autoridades sanitarias, capaces de traducirse en medidas restrictivas de la libertad personal y de otros derechos fundamentales («cuesta imaginar cómo apoderar más en menos espacio»; sus habilitaciones son «tan intensas y penetrantes como abiertas y etéreas en su formulación»). Posteriormente incidieron sobre la materia De Montalvo Jääskeläinen (2013, pp. 1009 y ss.), Magdaleno Alegría (2013, pp. 139 y ss.) y Salamero en los trabajos que se citan en la nota siguiente.

⁵⁶ Destacan al respecto las sugerencias aportadas por Salamero Teixidó (2016, pp. 69 y ss.) en un breve pero sustancioso trabajo publicado en 2016, que desarrollaría en otro trabajo posterior (Salamero Teixidó, 2018, pp. 141 y ss.). La profesora Salamero concluía este último trabajo llamando la atención sobre la necesidad de revisar el marco regulador de las situaciones de riesgo y emergencia para la salud pública (LOMESP) y sobre los costes que implicaba la inacción legislativa en este punto. Merece la pena reproducir el aserto, sin duda lúcido y certero, con el que culminaba sus conclusiones: «Pensar que tales situaciones [de riesgo y emergencia para la salud pública] no son probables y que, por lo tanto, no es necesario actualizar el marco normativo es resultado de una apreciación errónea de la realidad, la cual nos muestra sin cesar que el riesgo cero no existe y que la propagación de enfermedades contagiosas en una sociedad globalizada como la nuestra es un fenómeno posible. *El coste que deberá soportarse, en términos económicos y humanos, si concurre una emergencia y nuestra norma no es capaz de afrontarla debidamente sería inmenso*, en comparación con el coste de reformar la norma» (cursiva mía).

⁵⁷ No es objeto del presente trabajo analizar globalmente la gestión pública de la pandemia en España, esto es, la actuación de los poderes públicos estatal y autonómicos en el abordaje de la crisis pandémica. No ocultaré, sin embargo, mi opinión general de que unas circunstancias sin duda muy complejas, de difícil manejo para cualquier Gobierno, se vieron agravadas en nuestro país por el desempeño de un Gobierno nacional en sí mismo calamitoso, tan sobrado de tamaño como falto de capacidad, tejido con unas costuras extremadamente débiles, y más propicio a las operaciones propagandísticas y a la obsesión por los impactos políticos a corto plazo, que preparado para la gestión eficaz de asuntos complejos al servicio de los intereses generales.

que se compadecen mal con los procedimientos ordinarios de colaboración y cooperación entre diversas Administraciones. Lo cual se traduce en la necesidad de liderazgos claros de ámbito nacional e incluso a nivel europeo e internacional.

En particular, por lo que se refiere a nuestro tensionado y difuso modelo autonómico, no cabe duda de que la pandemia propició un clima favorable a situar en un primer plano la funcionalidad o capacidad operativa del sistema institucional—dada la necesidad de hacer frente a problemas reales de extraordinaria gravedad—, y para dejar atrás el escenario que ha predominado en la agenda política de las últimas décadas, marcado por la persistente obsesión autonómica por lograr mayores cotas de poder, así como por las cuestiones identitarias⁵⁸. Escenario liderado por los nacionalismos catalán y vasco que ha sido particularmente propicio al victimismo interesado y a la creación de problemas y conflictos artificiales, también de forma interesada.

En la nueva situación generada por la pandemia parecía esperable que se acometiera de modo inmediato el reto pendiente de actualizar la legislación estatal relativa a las amenazas graves en materia de salud pública, para lo cual existían apoyos aprovechables suministrados por aportaciones valiosas de la doctrina. Y que se produjera también un reforzamiento del arsenal de herramientas disponibles para la dirección estatal de la política sanitaria en cuanto a la lucha frente a tales amenazas, cuya necesidad puede no resultar notoria en contextos en los que predomina la preocupación por las cuestiones vinculadas a la sanidad asistencial, pero que la irrupción de la pandemia puso en primer plano. Lamentablemente, no ha sucedido ni lo uno ni lo otro, como vamos a tener ocasión de constatar a continuación.

A tal efecto, haremos en primer lugar un breve recordatorio de las etapas vividas en la lucha contra la pandemia en nuestro país—desde la óptica del marco jurídico aplicado— para luego apuntar algunas reflexiones sobre la ausencia de una renovación de la legislación de salud pública relativa a las amenazas graves y sobre el también inexistente reforzamiento de la función estatal de dirección y coordinación de la política sanitaria ante emergencias generadas por enfermedades contagiosas, cuyo fundamento constitucional se encuentra, en tales situaciones, no solo en el título competencial relativo a la coordinación general sanitaria, sino en otras competencias constitucionales del Estado que entran en juego (relaciones internacionales, defensa y Fuerzas Armadas, seguridad pública, inmigración, sanidad exterior, comercio exterior, inmigración, etc.).

3.2. Las distintas fases en torno a las cuales se articuló la lucha contra la pandemia. Errores disculpables y omisiones incomprensibles

No procede entrar aquí en la descripción detallada de los complejos avatares sanitarios, políticos y jurídicos que jalonaron las reacciones contra la pandemia en España, narrados con profusión por una documentación apabullante. Pero sí es menester recordar las fases principales en torno a las cuales se articuló dicha reacción:

- a) Tras algunos titubeos iniciales y con cierta tardanza en valorar cabalmente la envergadura de la amenaza que implicaba la COVID-19, el Gobierno declaró el estado de alarma el 14 de marzo de 2020 (RD 463/2020), asumiendo un marcado protagonismo en la adopción de las contundentes medidas impuestas para contener la pandemia, situación que se prolongaría hasta el 21 de junio en virtud de las sucesivas prórrogas autorizadas por el Congreso de los Diputados⁵⁹. No obstante, la concentración de poder en manos del Gobierno que resulta inherente al estado de alarma⁶⁰ iría cediendo paso,

⁵⁸ Tudela Aranda (2021, pp. 201 y ss.) ha puesto de relieve el paso a primer plano, producido como consecuencia de la pandemia, de la preocupación por la funcionalidad del Estado autonómico y por los análisis de eficacia y eficiencia en la necesaria renovación del pensamiento sobre el sistema autonómico español. Por su parte, Cierco Seira y Roperó Vilaró (2021, pp. 113 y ss.) subrayan cómo la crisis de la COVID-19 evidenció la importancia de la coordinación entre los distintos niveles administrativos a la vista de la manifiesta falta de unidad y armonía entre ellos que se produjo en la adopción de las medidas de lucha contra la pandemia.

⁵⁹ La mutación del orden competencial ordinario que se produce durante el estado de alarma, y el protagonismo gubernamental durante el mismo, derivan de lo establecido en los arts. 7 y 9 de la LOEAES. Como subraya Herbón Costas, en el estado de alarma decaen los mecanismos habituales de coordinación y colaboración entre Administraciones públicas, que son sustituidos por la transferencia «del ejercicio de todas las competencias estatales, autonómicas y locales al estricto control gubernamental, anulando la existencia de mandos intermedios con autonomía decisoria en todo lo que se refiere a la aplicación de las previsiones contenidas en la LOEAES para gestionar el estado de alarma» (Herbón Costas, 2021, pp. 92-93).

⁶⁰ Como es sabido, el presidente del Gobierno convocó en numerosas ocasiones durante esta etapa a la Conferencia de Presidentes, con una frecuencia semanal entre el 15 de marzo y el 14 de junio de 2020, lo que implicó un total de catorce sesiones

durante las últimas prórrogas del mismo, a una progresiva recuperación de competencias por las autoridades autonómicas (RD 537/2020, de 22 de mayo, y RD 555/2020, de 5 de junio).

- b) Con la finalización del estado de alarma en junio de 2020 se inicia una segunda etapa en la que el Gobierno cambia drásticamente de actitud y opta por dejar en manos de las CC.AA. el protagonismo en la lucha contra la pandemia, a la vez que introduce leves ajustes en la legislación sobre salud pública (LCC)⁶¹. Ajustes a los que se uniría la modificación de la LJCA llevada a cabo por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre⁶², que incidió sobre la competencia judicial para la autorización o ratificación de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública que impliquen restricción de derechos fundamentales, tanto las de carácter individual (ya previstas anteriormente) como las de carácter general (introducidas novedosamente por la Ley aludida)⁶³. Con ello se abrió un período de extrema incertidumbre sobre el alcance de las atribuciones de las CC.AA. –que habían recuperado su protagonismo habitual en la materia– para introducir medidas restrictivas de derechos. Situación de incertidumbre que se traduciría en una intensa conflictividad judicial que se prolongó durante la segunda mitad del año 2020 y el período posterior.
- c) Tras constatarse en el verano de 2020 que la pandemia rebrotaba con fuerza y que el optimismo gubernamental exhibido en junio era muy prematuro, se produjo la declaración de un segundo estado de alarma (RD 926/2020, de 25 de octubre). Pero esta vez aplicando un modelo de gestión radicalmente distinto al del primer estado de alarma, en la medida en que el Gobierno renunció al rol protagonista que le asigna la LOEAES para operar una cuestionable delegación genérica a favor de los presidentes de las CC.AA. en el marco de las más livianas disposiciones contenidas en el decreto que declaró este segundo estado de alarma⁶⁴. De esta manera, el Gobierno puso a las CC.AA. en una tesitura muy difícil, caracterizada por la asunción del protagonismo en la lucha contra la pandemia en su respectivo territorio, pero en el marco de grandes incertidumbre y limitaciones respecto a su capacidad para dictar medidas de protección.

(cifra que supera la mitad del total de reuniones celebradas por este órgano desde su creación en 2004 hasta hoy). Pero en tales reuniones, celebradas a distancia, el presidente del Gobierno se limitó a poner en conocimiento de los presidentes autonómicos las decisiones previamente adoptadas.

⁶¹ El Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio (disp. final 2.ª) introdujo algunos matices en el art. 65. 2 LCC; el más relevante, la inclusión entre los mecanismos para la realización de las actuaciones coordinadas en salud pública de «la activación o diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias». E incorporó a dicha ley un nuevo art. 65 bis relativo a las obligaciones de las CC.AA. de aportar información epidemiológica al Ministerio de Sanidad en situaciones de emergencia para la salud pública. Téngase en cuenta, por otro lado, que ya antes de la declaración del estado de alarma se había efectuado una pequeña modificación en la LOMESP (la única producida hasta el momento durante el dilatado período de su vigencia) para incluir «cualquier producto necesario para la protección de la salud», junto a medicamentos y productos sanitarios, entre los bienes susceptibles de ser objeto de suministro centralizado por la Administración sanitaria del Estado (modificación del art. 4 LOMESP introducida por art. 4 del Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo).

⁶² Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

⁶³ Se trata de la modificación del art. 8. 6 de la LJCA, así como de la introducción de un apartado 8 en su art. 10, un apartado i en el art. 11.1, y un nuevo art. 122 quater. Estas novedades en la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se introducen sin explicación alguna en la exposición de motivos de la Ley 3/2020 y sin incorporar a la legislación sanitaria previsión alguna de carácter sustantivo o procedimental respecto a las medidas urgentes restrictivas de derechos fundamentales acordadas por las autoridades sanitarias. Posteriormente (Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo) se incorporaría a la LJCA un nuevo apartado 1 bis en su art. 83 para posibilitar el recurso de casación frente a los autos dictados por los tribunales superiores de Justicia y la Audiencia Nacional en base a los citados arts. 10.8 y 11.1.i de la LJCA.

⁶⁴ Este segundo modelo de lucha contra la pandemia, eufemísticamente calificado en su momento como «cogobernanza» desde las instancias gubernamentales, no resulta encajable en la regulación del estado de alarma por la LOEAES, que contempla la delegación a favor de los presidentes de las CC.AA. únicamente en el supuesto de que la declaración de alarma afecte tan solo a una determinada comunidad (art. 7), que no era el caso. Y tampoco resulta congruente con las competencias constitucionales del Estado, que le impiden renunciar al liderazgo en la reacción frente a situaciones como la planteada por la pandemia. Las razones aducidas por los portavoces gubernamentales para justificar el protagonismo autonómico en la lucha contra la pandemia a partir de un cierto momento –el respeto hacia el espacio competencial de las CC.AA. sobre la sanidad– no resultan en modo alguno convincentes. Hay fundados motivos para pensar que el drástico cambio de actitud gubernamental tuvo que ver con los desgastes políticos derivados de unas medidas muy poco populares y de difícil implementación, de modo que se endosó a otras autoridades la adopción de tales medidas. Sobre las inconsistencias del segundo estado de alarma, véase Aragón Reyes (2021, pp. 77 y ss., especialmente, 85-86) y Tudela Aranda (2021, especialmente, pp. 207-214). Este último subrayó que en una situación de alarma la competencia estatal de coordinación sanitaria se intensifica, pese a lo cual, durante los meses de vigencia del segundo estado de alarma esa competencia coordinadora se diluyó casi por completo. Y calificó como «siniestra» la disyuntiva en la que se encontraban los responsables autonómicos a la hora de tomar decisiones en la materia, dadas sus severas limitaciones normativas. En un sentido muy crítico se expresó también Barnés (2021, p. 115) al lamentar «la externalización del coste político de la lucha contra la pandemia» producida en España desde las instancias centrales hacia las CC.AA. y los jueces.

d) Terminado el segundo estado de alarma, a partir del 9 de mayo de 2021 se abandona el marco de las situaciones excepcionales contempladas en la LOEAES y se retoma la aplicación de la legislación sanitaria ordinaria –apenas retocada durante la pandemia–, en cuyo marco continuaron desarrollándose con posterioridad la vigilancia de la enfermedad COVID-19 y las medidas para luchar contra ella. Desde una perspectiva jurídica, son destacables en esta fase tres importantes sentencias dictadas por el TC en la materia que implicaron otros tantos correctivos al Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo apoyaba: dos de ellas respecto a los reales decretos citados de declaración de los estados de alarma⁶⁵; y la tercera, más importante en el terreno operativo, sobre los preceptos legales referidos a la autorización judicial de las medidas generales adoptadas por las autoridades sanitarias con restricción de derechos fundamentales, preceptos legales que fueron declarados inconstitucionales⁶⁶.

Como más atrás hemos indicado, no es objeto del presente estudio llevar a cabo una valoración cabal de la gestión de la pandemia en España, que ofrece unos resultados nada halagüeños en términos de morbilidad y mortalidad, con datos en sí mismo considerados y a la vista también de las comparaciones que pueden hacerse con otros países⁶⁷.

Cualquier juicio crítico al respecto, necesario como base del inexcusable aprendizaje, debe atemperarse ciertamente a la vista de la excepcionalidad y gravedad de las circunstancias que caracterizaron a la pandemia (velocidad de propagación del virus, alta letalidad, carácter cambiante de la situación, valoraciones científicas contradictorias y también cambiantes, inexperiencia en la gestión de situaciones comparables por parte de las autoridades, etc.). Doy por sentado que, si en cualquier circunstancia es propio de la condición humana equivocarse (*errare humanum est*), en una tesitura como la vivida en torno a la COVID lo que no sería humano es no equivocarse en algo.

Resultan por ello comprensibles y disculpables algunos errores o deficiencias que *a posteriori* resulta fácil identificar –mucho menos lo eran obviamente en el momento en el que hubo que afrontar el *tsunami* representado por la COVID-19–. Así, cabe contemplar con alguna dosis de indulgencia los titubeos iniciales y la tardanza en afrontar la situación, las carencias de material de protección durante la primera etapa de la pandemia, la elección de una opción –la declaración del estado de alarma– que a la postre sería calificada como equivocada por el TC o los altibajos en la intensidad de las medidas restrictivas de protección. Pero lo que no resulta en modo alguno explicable ni justificable es el clima de inseguridad jurídica y descoordinación que se mantuvo a lo largo de todo el período pandémico, con particular intensidad en determinadas fases del mismo, lastrando de forma manifiesta la capacidad operativa de las autoridades competentes para afrontar la situación. Clima de inseguridad y descoordinación que sin duda tiene que ver con el hecho de que de no se acometiera en ningún momento –ni en la etapa inicial, ni posteriormente– la renovación del marco legal sobre medidas de protección de la salud pública en caso de emergencias graves ni tampoco el necesario reforzamiento de los instrumentos de dirección estatal para afrontar tales situaciones. Abordamos ambas cuestiones a continuación de forma separada.

3.3. La falta de regulación legal de las medidas para hacer frente a las emergencias graves de salud pública

Respecto a lo primero, causa ciertamente perplejidad que no se haya acometido la regulación de las medidas para hacer frente a las emergencias graves de salud pública, para lo cual se disponía ya con

⁶⁵ STC 148/2021, de 14 de julio, que declaró inconstitucionales las medidas previstas en los apartados 1, 3 y 5 del RD 463/2020, de 14 de marzo, y STC 183/2021, de 27 de octubre, que declaró inconstitucional la prórroga de seis meses del segundo estado de alarma efectuada por el RD 956/2020, de 3 de noviembre. Sentencias cuyo análisis debe quedar para otra ocasión.

⁶⁶ Se trata de la STC 70/2022, de 2 de junio, que declaró la inconstitucionalidad de la autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias *de alcance general* a las que se refieren los arts. 10.8 y 11.1.i LJCA. Esta última sentencia tuvo una gran relevancia en el terreno práctico, pues desmontó una de las piezas fundamentales que se habían introducido en el entramado legal ordinario durante la pandemia, sin duda de manera precipitada y poco meditada, en relación con las medidas para hacer frente a los riesgos sanitarios graves. Más recientemente se ha dictado la STC 166/2023, de 22 de noviembre, que ha validado la previsión de un recurso de casación en la materia introducido por el citado Real Decreto Ley 8/2021.

⁶⁷ Véase sobre ello el cuadro comparativo que ofrece Cameron (2021, p. 11), incluyendo datos referidos a 35 Estados de la OCDE –con una muestra por tanto amplia, pero de cierta homogeneidad– y actualizados hasta enero de 2021. España ocupaba el puesto octavo en el número de fallecidos por cada millón de habitantes (1169), de manera que solo siete Estados de la OCDE tenían una mortalidad mayor.

anterioridad de un acervo doctrinal que aportaba claras señales de alerta y valiosas propuestas; acervo que se fue enriqueciendo durante la pandemia. Especialmente llama la atención esta incomparación del legislador estatal en un contexto de tanta exuberancia en la producción normativa⁶⁸ y en el que se ha recurrido con habitualidad a la utilización de procedimientos legislativos de urgencia –la ya cronificada tendencia al abuso del decreto ley alcanzó su cenit durante la pandemia–, incluyendo algunas vías de muy dudosa ortodoxia parlamentaria⁶⁹. Destacable también es el contraste que ofrece lo acontecido en otros Estados de la UE, como es el caso de Alemania o Reino Unido, que actuaron con diligencia a la hora de reforzar y actualizar su legislación sanitaria para hacer frente a los contagios epidémicos⁷⁰. Y ello a pesar de que, a diferencia de lo que sucedía en nuestro país, disponían de un marco legislativo previo en la materia dotado de considerable densidad normativa, lo que por supuesto no evitó en tales países las controversias y las dificultades, pero las situó en un terreno más acotado legalmente y con mayores certidumbres sobre las habilitaciones a disposición de las autoridades para luchar contra la pandemia.

Así las cosas, tengo para mí que, entre los no pocos despropósitos achacables al Gobierno y la mayoría parlamentaria en los últimos años, uno de los más lamentables viene dado por su resistencia a establecer un marco legal que dé cobertura a la lucha frente a las amenazas graves para la salud pública. Resistencia que carece de cualquier justificación razonable, como ha puesto de relieve la doctrina de manera fundamentada y reiterada, con un discurso muy crítico⁷¹ que en este caso se focaliza más por tanto en

⁶⁸ Muñoz Machado (2022, pp. 101-102) califica expresivamente como «epidemia normativa insoportable» la creación de un ordenamiento jurídico de excepción acaecida durante la pandemia. El actual director de la RAE aludía al respecto a las más de 3000 páginas de BOE que ocupan las normas dictadas con ocasión de la misma tan solo en el año 2020, subrayando al efecto que la comprensión de este ingente cuerpo normativo está fuera del alcance de los ciudadanos y produjo un efecto debilitador de la seguridad jurídica.

⁶⁹ Es el caso de la utilización de las proposiciones de ley presentadas por grupos parlamentarios que sostienen al Gobierno como camino para obviar el más complejo itinerario que debe seguirse para la elaboración de los proyectos de ley. O la utilización del trámite de presentación de enmiendas a las leyes en curso de elaboración para introducir, en la parte final de las mismas, regulaciones sobre aspectos desvinculados totalmente del objeto de la ley a la que enmiendan. El TC ha puesto coto a este segundo *atajo* en el procedimiento legislativo a través del importante Auto 177/2022, de 19 de diciembre, que adoptó la medida cautelar de suspensión de la tramitación parlamentaria de una modificación de la LOPJ y la LOTC mediante enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios que apoyaban al Gobierno a una proposición de ley orgánica de objeto completamente diverso al de las enmiendas aludidas.

⁷⁰ Por lo que se refiere a Alemania, disponía de una extensa y detallada Ley de Protección contra las Infecciones, promulgada en el año 2000, pero se aprobaron tempranamente modificaciones de calado en la misma a través de la Ley de protección de la población en caso de epidemia de alcance nacional, de 27 de marzo de 2020, a la cual se añadirían posteriormente otras modificaciones. Mediante la reforma aludida de marzo de 2020 se incorporaron al texto de la Ley una amplia serie de habilitaciones a favor de las autoridades ejecutivas para adoptar medidas en caso de «situación de epidemia de alcance nacional» declarada por el Bundestag. En particular, se habilitó al Ministerio Federal de Sanidad a adoptar numerosas medidas restrictivas, tanto individuales como de alcance general, mediante reglamentos que no necesitan la aprobación del Bundesrat, si bien se establecieron pautas sobre las condiciones y alcance de tales habilitaciones. Una traducción al castellano de la «Ley de protección de la población en caso de epidemia de alcance nacional» se incluye en la recopilación normativa elaborada por el Boletín Oficial del Estado, *Crisis sanitaria COVID-19. Normativa alemana*, edición actualizada a 15 de abril de 2020, pp. 179 y ss. Detalladas explicaciones al respecto pueden encontrarse en los trabajos de Kölling (2021, pp. 467 y ss.), Arnold (2020, pp. 19 y ss.) y Barnés (2021, pp. 126 y ss.). En relación con el Reino Unido, remito al lector interesado a las exposiciones de Sánchez Ferro (2021, pp. 87 y ss.), así como a Barnés (2021, pp. 118-125). Resulta elocuente, en particular, que el Parlamento británico fuera capaz de aprobar una ley del coronavirus ya el 25 de marzo de 2020, tras la tramitación de un procedimiento que duró tan solo seis días.

⁷¹ Así, Barnés (2021, pp. 106 y 130 y ss.) se ha lamentado de la «insólita y grave abdicación de la función legislativa del Estado», producida por la resistencia de las Cortes Generales a establecer la necesaria infraestructura legal para dar cobertura a las medidas sanitarias extraordinarias de emergencia. La utilización de estos adjetivos –«insólita y grave» abdicación– se justifica por este autor subrayando la precariedad, incluso la inexistencia, de una legislación para luchar contra las enfermedades contagiosas en España antes de la pandemia. Por su parte, con una patente carga emocional derivada de su involucración directa en la lucha contra la pandemia dentro de Aragón, Tejedor Bielsa (2023, pp. 233 y ss.) se ha mostrado también muy crítico con esta desidia del legislador. En dicho trabajo, Tejedor parte de una explícita manifestación de autocrítica por el papel jugado por el derecho y los juristas en la gestión de la pandemia (el defectuoso marco jurídico «ha hecho más difícil la gestión de la pandemia»; «siempre pensaré que los juristas, todos, pudimos hacer más»), para poner el foco a continuación en la falta de diligencia atribuible al legislador estatal. En particular, destaca su perplejidad ante el hecho de que no se llevara a cabo la reforma de la LOMESP para adecuarla a la situación padecida, y subraya el grave lastre que para la gestión de la pandemia causó «la inconcreción generadora de inseguridad jurídica de la normativa estatal». En la misma línea crítica se mueve Álvarez García (2022, pp. 70 y ss.), al lamentarse de la carencia en España de los medios jurídicos adecuados para luchar contra las grandes pandemias como consecuencia de la «pura inacción de los Poderes Ejecutivo y Legislativo». Dada la necesaria adopción de medidas que restringen derechos fundamentales para luchar contra las grandes epidemias, sucede que «sin un buen Derecho, [tales medidas] lo único que provocan es el desconcierto y el caos dentro de la sociedad». Sobre esta base, esboza algunos parámetros para modernizar la legislación española antipandemias que deberán ser tenidas en cuenta «cuando tengamos al frente del país unos políticos verdaderamente conscientes de lo que está en juego» (2022, pp. 88 y ss.). Conclusiones convergentes alcanza la constitucionalista Sáenz Royo (2021, pp. 375- 398) en su trabajo sobre la materia, que termina con el reproche al legislador estatal por su pasividad en reformar la legislación sanitaria, una reforma que hubiera sido necesaria para la

la inacción del legislador que en una actuación defectuosa por parte del mismo, aunque también ha habido algo de esto último⁷².

Sucede no obstante que, de modo sorprendente e inexplicable, este reto del legislador estatal sigue constituyendo en el momento presente una *asignatura pendiente*, pese a la desactivación por el TC de una de las piezas básicas que tenía el ya de por sí precario andamiaje legal para luchar contra las pandemias –la autorización judicial de las medidas de alcance general que restringen derechos fundamentales⁷³– y a pesar también de que ha habido aportaciones doctrinales importantes que recogen las experiencias producidas en torno a la pandemia⁷⁴. El silencio del legislador se torna aquí clamoroso habida cuenta de que, como se subraya por la exposición de motivos de alguna ley autonómica promulgada durante la lucha contra la pandemia, en situaciones como la que hemos vivido «la inseguridad jurídica cuesta vidas»⁷⁵.

3.4. La falta de reforzamiento de los instrumentos de dirección y coordinación en poder del Estado para afrontar las crisis sanitarias

Respecto al segundo aspecto apuntado –la falta de reforzamiento y actualización de los instrumentos de liderazgo estatal para afrontar las crisis sanitarias graves–, es igualmente llamativa la debilidad del impulso reformista habido durante los años de la pandemia, en los que han devenido ostensibles las carencias de nuestro marco institucional también desde esta perspectiva. De nuevo cabe aludir aquí a circunstancias de diversa índole que han evidenciado la necesidad de cambios al respecto, sin que el Gobierno y su mayoría parlamentaria hayan estado receptivos a los mismos. Entre tales circunstancias cabe mencionar las llamadas de atención realizadas por la doctrina, antes y durante la crisis del Coronavirus⁷⁶, las notorias y alarmantes situaciones de incoherencia y descoordinación institucional vividas en nuestro país en la lucha contra la COVID-19⁷⁷ y las lecciones dimanantes de lo sucedido en otros países de estructura descentralizada⁷⁸.

Ante un escenario como este, solo cabe calificar como muy tímidas, o manifiestamente insuficientes, las intervenciones realizadas en la materia por un legislador tan prolífico como el que hemos padecido durante la XIV Legislatura. Intervenciones que se limitaron a una escueta modificación de la LCC que eludía llevar

gestión descentralizada de la pandemia tras la finalización del primer estado de alarma. Probablemente, concluye esta autora, no pudo evitarse la incertidumbre sanitaria y económica que generó el virus. Pero sí fue evitable «la inseguridad jurídica por falta de legislación adecuada».

⁷² Me refiero aquí obviamente a la poco meditada reforma de la LJCA llevada a cabo por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

⁷³ Como indicamos más atrás, la STC 70/2022, de 2 de junio, anuló los arts. 10.8 y 11.1.i LJCA, introducidos en esta por la Ley 3/2020.

⁷⁴ Además de las propuestas realizadas por Álvarez García (2022) en el trabajo citado, véase Cierco Seira y Salameiro Teixidó (2023, pp. 407 y ss.). Téngase en cuenta, por otro lado, que la Comisión para la Reconstrucción Social y Económica, creada en el Congreso de los Diputados durante las primeras fases de la pandemia, había recomendado en su dictamen (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, serie D, 123, 21 de julio de 2020) acometer las reformas legislativas necesarias para afrontar debidamente las diferentes situaciones de emergencias de salud pública (apartados 5.1 y 20.1), si bien no aportó pautas concretas al respecto.

⁷⁵ Apartado I del preámbulo de la Ley aragonesa 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón.

⁷⁶ Entre las producidas durante la pandemia, cabe mencionar las aportaciones de Cantero Martínez (2020, pp. 9 y ss. y 18-20) y Palomar Olmeda (2021, pp. 8 y ss., especialmente 34-36). La propia Comisión para la Reconstrucción Social y Económica del Congreso de los Diputados a la que nos hemos referido incidió también en este punto en el dictamen que hemos citado (apartados 3 y 4).

⁷⁷ Valgan como como botón de muestra al respecto las reflexiones de Palomar Olmeda y Vázquez Garranzo (2021, p. 205), que expresaron una insatisfacción ampliamente compartida en los siguientes términos: «La sensación final que, en estos momentos, tenemos los ciudadanos es la [de] que el sistema como tal no existe y que cooperación, colaboración, desde una perspectiva común, y ordenación sistemática son elementos que tienen menor intensidad que la creación de subsistemas periféricos a los que nos venimos refiriendo. Es esto lo que nos permite indicar [...] que el sistema como tal y como elemento de coherencia de los subsistemas no tiene virtualidad, no tiene presencia, no tiene bagaje ni intensidad. Esto ha hecho que el liderazgo del sistema haya sido, claramente, insuficiente en una situación de crisis como la que estamos viviendo».

⁷⁸ Los análisis comparados no permiten llegar a una conclusión unívoca sobre la mayor o menor eficacia de los Estados federales o descentralizados, en comparación con los de estructura centralizada, en la lucha contra la pandemia. No obstante, puede apreciarse que entre los Estados federales que han obtenido mejores resultados se encuentran aquellos en los que ha existido un liderazgo sólido por parte de las autoridades centrales y formas eficaces de coordinación entre Gobiernos regionales, ya sean de carácter formal e informal. Sobre el caso de Australia, Estado de estructura federal con muy buenos resultados en la lucha contra la pandemia, véanse las observaciones que ofrece David Cameron (2021, pp. 18-20). Sobre las formas de coordinación en Alemania durante la pandemia, véase Fuchs y Nassi (2021, pp. 62 y ss.), trabajo en el que se alude también al papel desempeñado por el Instituto Robert Koch, que es una institución federal de investigación especializada en la lucha contra las enfermedades contagiosas con capacidad para emitir recomendaciones dirigidas a las autoridades sanitarias.

a cabo rectificaciones de calado⁷⁹, y a la introducción de ajustes organizativos mínimos en el Ministerio de Sanidad⁸⁰. Un ministerio que ha visto pasar ya seis titulares durante el período en el que P. Sánchez ha ocupado la Presidencia del Gobierno (2018-2023)⁸¹.

Así las cosas, fue preciso acudir al apoyo brindado por las reglas generales sobre conferencias sectoriales plasmadas en la LRJSP para sortear las severas limitaciones que para el ejercicio de la competencia estatal de coordinación sanitaria derivan de la endeble armadura jurídica del CI en la LCC. En relación con ello, es preciso subrayar que, de conformidad con lo establecido en este último texto legal, los acuerdos del Consejo se plasman en meras «recomendaciones» que, además, han de ser aprobadas «por consenso» (art. 73.2 LCC)⁸², lo que los hace no vinculantes para las comunidades discrepantes (ni siquiera es claro que lo sean para las que han votado a favor), y solo el recurso al art. 151.2 LRJSP permitió superar este importante obstáculo⁸³. Lo cual no estuvo libre de controversias, dado lo cuestionable que resulta la aplicación de estas reglas al CI, que tiene sustancia propia en la LCC, y cuya calificación como Conferencia Sectorial no deja de suscitar reparos.

Por otro lado, debe notarse que el recurso a la fórmula de las «actuaciones coordinadas en salud pública» (art. 65 LCC) como marco para afrontar la crisis pandémica, que se utilizó de forma recurrente desde el verano de 2020, no deja de arrastrar las indefiniciones propias de esta figura, carente de una regulación de cierto fuste en la LCC⁸⁴.

Entrado ya el año 2023 –tras el transcurso por tanto de tres años desde el inicio de la pandemia–, el Gobierno remitió a las Cortes Generales un proyecto de ley de cierto calado en materia de salud pública en virtud del cual se impulsaba la creación de una nueva Agencia Estatal especializada en la materia, a la vez que se introducían nuevas previsiones legales para articular la preparación y respuesta frente a las amenazas para la salud pública⁸⁵. No obstante, su remisión al Congreso en una fase ya avanzada de la legislatura impidió la culminación de su elaboración parlamentaria.

Por lo que se refiere al papel desempeñado por el CI, no puede desconocerse ciertamente el hecho de que, a raíz de la pandemia, se produjo una drástica expansión de la actividad desarrollada por el mismo, lo que se plasmó en la multiplicación de la frecuencia de sus reuniones, tanto del pleno como de las numerosísimas comisiones, subcomisiones, ponencias y grupos de trabajo constituidas en su seno sobre

⁷⁹ Como en su momento indicamos, el Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, modificó ligeramente al art. 65 LCC, sobre actuaciones coordinadas en salud pública (incluyendo entre las mismas «la activación o el diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias») e introdujo en dicho texto legal un nuevo art. 65 bis sobre aportación de información al Ministerio de Sanidad en situaciones de emergencia para la salud pública.

⁸⁰ Véanse los ajustes realizados por el RD 722/2020, de 31 de julio (creación de la Secretaría de Estado de Sanidad) y por el RD 735/2020, de 4 de agosto (creación de la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud). Este último fue modificado posteriormente mediante el RD 852/2021, de 5 de octubre.

⁸¹ Carmen Montón, María Luisa Carcedo, Salvador Illa, Carolina Darías, José Manuel Miñones y Mónica García. Ello implica sin duda una rotación excesiva: el promedio de permanencia en el cargo de los cinco primeros se sitúa en 13 meses; la duración en el cargo que alcanzará Mónica García, nombrada en noviembre de 2023, es por supuesto una incógnita. Rotación excesiva que ha impedido la continuidad necesaria para consolidar un liderazgo sólido en la cartera de Sanidad, que ha tendido a constituir para sus titulares una etapa de lanzamiento, más bien breve, de cara a ulteriores metas políticas.

⁸² Esta opción por el consenso como procedimiento para la adopción de acuerdos por el CI implicó la atribución a cada miembro del mismo de una capacidad de veto que merma, sin duda, su operatividad. No es sorprendente por ello que tal opción haya suscitado críticas, como la que hizo en su momento Vaquer Caballería (2004, p. 125) al preguntarse si la exigencia legal de consenso en los acuerdos del CI no implica que el Estado haya hecho «un ejercicio de autoconstricción legal de sus competencias constitucionales, poniendo en mano común lo que le es propio y atribuyendo a todas y cada una de las CC.AA. un poder de veto, que podría llegar a bloquear su ejercicio». Lo cual viene a arriesgar, a juicio de Vaquer, «la existencia misma de la coordinación de la sanidad».

⁸³ Ello dice muy poco ciertamente en favor de la cohesión alcanzable a través de la aplicación de la LCC. Como es sabido, el art. 151.2.a, segundo párrafo, de la LRJSP dispone que, en materias en las que la Administración General del Estado ejerce funciones de coordinación de conformidad con el orden constitucional de competencias, los acuerdos de las conferencias sectoriales serán «de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la Conferencia, con independencia del sentido de su voto».

⁸⁴ Véase en este sentido Cierco Seira y Roperó Vilaró (2021, pp. 113 y ss., 123-127). Subrayan estos autores la vaguedad e indefinición de este mecanismo en la LCC –tanto en su versión inicial como en la modificada por el Decreto Ley 21/2020–, así como la necesidad de una mayor densidad normativa en la regulación de su cometido y contenido, habida cuenta de la centralidad que le ha correspondido como herramienta de cohesión en la lucha contra las emergencias sanitarias.

⁸⁵ Proyecto de Ley por el que se crea la Agencia Estatal de Salud Pública y se modifica la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, 17 de febrero de 2023, n. 145-1. Dicho proyecto introducía (a través de su art. 8) nuevas disposiciones sobre «articulación y respuesta ante amenazas para la salud pública» en la LGSP; concretamente, contemplaba un Plan estatal de Preparación y Respuesta frente a Amenazas para la Salud Pública, a aprobar mediante real decreto, con disposiciones relativas a los mecanismos de declaración de una «situación de emergencia de salud pública de importancia nacional».

temas de variada índole⁸⁶. Lo cual se vio facilitado sin duda por el formato «no presencial» de reunión que se abrió paso con la pandemia. Queda pendiente no obstante acometer una evaluación de la eficacia en el funcionamiento de este órgano y de su frondosa *comitología*, pues es obvio que el número de reuniones celebradas constituye un indicador de actividad, entre otros, pero no es suficiente para valorar los resultados obtenidos ni acredita una gestión eficiente de los procesos de toma de decisiones. No hace falta tener mucha experiencia en el gobierno y la gestión de instituciones, públicas o privadas, para saber que en ocasiones el recurso sistemático a la colegialidad y a la creación de comisiones puede utilizarse para diluir las responsabilidades o encubrir la ineficacia y la falta de liderazgo efectivo, con resultados que pueden ser más aparentes que reales⁸⁷.

3.5. Recapitulación y propuestas

En síntesis, no se ha aprovechado el fuerte revulsivo determinado por la crisis pandémica para abordar lo que eran asignaturas pendientes ya antes de la misma, con una situación de partida cuyas lagunas vinieron a ser evidenciadas por la pandemia: la falta de un andamiaje legal adecuado que regule las potestades administrativas para hacer frente a las enfermedades contagiosas y la deficiente armadura de las herramientas para un ejercicio cabal de la función estatal de coordinación de la lucha frente a las emergencias sanitarias graves. Lo cual no quiere decir, obviamente, que se haya cerrado la posibilidad de hacerlo. Por el contrario, la situación de relativa calma en la que nos encontramos en el momento presente respecto a la pandemia proporciona en realidad un escenario más idóneo para diseñar regulaciones bien trabadas que el propio de las situaciones de emergencia, en las cuales es difícil evitar la precipitación y la búsqueda de soluciones a los problemas específicos que apremian en el momento, los cuales pueden no coincidir con los que en el futuro planteen otras situaciones críticas. Lo que en ningún caso sería de recibo es que las próximas situaciones de emergencia sanitaria que se produzcan, ya sean de alcance internacional o meramente nacionales, tengan que ser abordadas en un marco institucional y legal tan precario, incluso inexistente, como el que hemos padecido durante la crisis pandémica en España.

Enuncio a continuación algunos apuntes sobre las cuestiones que abordar y sobre las pautas o contenidos que deberían introducirse.

A mi modo de ver, resulta absolutamente necesario construir un marco legal idóneo para la lucha contra las enfermedades contagiosas, reto que en realidad no se ha acometido en nuestro país desde los años cuarenta del siglo pasado, cuando se promulgó una legislación sobre la materia en el contexto de unas

⁸⁶ Compárese la frecuencia de las reuniones del pleno del CI con anterioridad a la pandemia (dos sesiones en 2017, 4 en 2018 y 5 en 2019) con los 68 plenos de 2020 –cifra que implica una frecuencia mayor que semanal– y los 52 de 2021 –frecuencia semanal–. En 2022, el número de plenos celebrados se redujo significativamente, pero fue también elevado (24 reuniones plenarias), y en 2023 se han celebrado tan solo cinco hasta la fecha de cierre del presente trabajo, lo que nos devuelve a la situación anterior a la pandemia. Por lo que se refiere a las reuniones de las muchas comisiones creadas en el seno del Consejo, algunas con carácter estable y otras temporales, el número total de reuniones celebradas que constan en las memorias del CI también creció de manera drástica a raíz de la pandemia: se pasó de una cifra en torno al medio centenar de reuniones en 2017 y 2018 (57 y 59 respectivamente) a las 77 en 2019, 237 en 2020 y 246 en 2021. Pero es el año 2022 el que marca máximos por el momento, con más de 700 reuniones de distintas comisiones, según los datos que figuran en la memoria del CI correspondiente a ese año. Entre ellas destacan la Comisión de Salud Pública (25 reuniones) y algunas ponencias vinculadas con ella (22 reuniones de la Ponencia de Alertas de Salud Pública, 21 de la Ponencia de Programa y Registro de Vacunaciones y 17 de la Ponencia de Vigilancia Epidemiológica). También, dentro de la Comisión de Salud Digital, las 158 reuniones de la Ponencia para la Transformación Digital de la Atención Primaria, las 77 de la Ponencia para la Gestión Integral de la Vacunación en España y las 67 de la Ponencia para el Sistema de Vigilancia de Enfermedades Respiratorias Agudas.

⁸⁷ En algunos casos, la propia existencia de ciertas comisiones o grupos de trabajo refleja el escaso éxito alcanzado hasta el momento o la lentitud de los progresos habidos en la consecución de ciertos objetivos que deberían haberse logrado ya plenamente. Así, en la *Memoria del CI de 2022* (la última publicada en el momento de cerrar este trabajo) leemos que durante ese año el Grupo de Trabajo para la Historia Clínica Digital del SNS se reunió en varias ocasiones y el Grupo para la Receta Electrónica Interoperable del SNS celebró también varias reuniones; adicionalmente había un Grupo de Trabajo para la Base de Datos Clínicos de Atención Primaria y un Grupo específico para la Receta Electrónica de Productos Ortoprotésicos. Lo cual resulta en sí loable, pero la propia existencia de estos grupos de trabajo, unida a la observación directa de lo que acontece en la praxis diaria de los servicios sanitarios, refleja una situación insatisfactoria en este punto, lejana a lo que sería un SNS realmente cohesionado: transcurridos veinte años desde la promulgación de la LCC, no se ha materializado todavía plenamente el mandato que contiene su art. 56, en virtud del cual el Ministerio de Sanidad «coordinará los mecanismos de intercambio electrónico de información clínica y de salud individual para permitir tanto al interesado como a los profesionales que participan en la asistencia sanitaria el acceso a la historia clínica en los términos estrictamente necesarios para garantizar la calidad de dicha asistencia y la confidencialidad e integridad de la información cualquiera que fuese la Administración que la proporcione».

circunstancias sanitarias e institucionales completamente distintas de las actuales⁸⁸. Obviamente, el aspecto nuclear de esta legislación viene dado por la posibilidad de que las autoridades sanitarias adopten medidas restrictivas de derechos individuales del ámbito económica –propiedad y libertad de empresa– o de la esfera personal –en algunos casos, derechos fundamentales–. Para ello, me inclino por una ley específica sobre la materia con algunos preceptos de rango orgánico, esto es, un texto legal *ad hoc*, conectado con la legislación general de salud pública –que en el momento presente incluye muchísimos otros aspectos añadidos a la lucha contra las enfermedades contagiosas–, pero con un carácter propio y separado⁸⁹.

Entiendo que debe incorporarse a dicha legislación un *catálogo de medidas* a disposición de las autoridades sanitarias, sin perjuicio de la inclusión de una *cláusula general de cierre* que deje abiertas otras posibilidades; deben enunciarse los *presupuestos de hecho exigibles* para su adopción y es preciso fijar las pautas o *principios generales* que presiden su aplicación, con la asignación obviamente de un papel destacado al *principio de proporcionalidad*⁹⁰. Y deben concretarse las *autoridades competentes* para la adopción de las medidas previstas, que serán habitualmente las CC.AA., sin perjuicio de las facultades que se asignen de manera excepcional a las autoridades sanitarias estatales y sin perjuicio también de que determinadas situaciones puedan ser abordadas por las municipales.

Asimismo, resulta necesario diferenciar las amenazas de alcance limitado o no grave, en las que habitualmente serán suficientes *medidas de incidencia individual*, de las situaciones con riesgos de mayor entidad, que pueden requerir la adopción de *medidas limitativas de alcance general*. En este sentido, se hace necesario disponer de un marco legal específico para las *emergencias de salud pública de alcance nacional* –que conllevarán obviamente el protagonismo coordinador de la Administración estatal–, y ello con independencia de la regulación de las *emergencias de alcance regional* que pueda incorporarse a la legislación autonómica para situaciones graves, pero de más limitado alcance territorial⁹¹.

También resulta necesario reforzar y clarificar las herramientas para el ejercicio de las funciones estatales de coordinación sanitaria, ciertamente ya contempladas en la LCC, pero con unas debilidades que se vislumbraban ya con anterioridad y que la pandemia ha puesto de manifiesto de manera cruda.

A este respecto, creo que resulta muy conveniente diferenciar claramente entre los mecanismos de cooperación –de carácter marcadamente horizontal– y los de coordinación, que exigen algún tipo de verticalidad, aunque puedan residenciarse en un mismo órgano⁹². También debe aspirarse a una mayor precisión en la regulación de las «actuaciones coordinadas en salud pública» –introducidas en su momento por la LCC sin apenas matices– a la vista de la experiencia de su aplicación durante la pandemia. Se hace preciso remarcar que, por mucho protagonismo que se haya atribuido al CI, el Estado no ha entregado en exclusiva al mismo la competencia de coordinación sanitaria –lo que implicaría la renuncia o vaciamiento de una responsabilidad propia de manera contraria a la Constitución–, sino que el Ministerio de Sanidad y el Gobierno mantienen resortes para ello derivados no solo de la regla 16.^a del art. 149.1. CE, sino también de otros títulos competenciales enunciados por dicho artículo, resortes que se han de reforzar en situaciones

⁸⁸ Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, y Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinsectación de 26 de julio de 1945.

⁸⁹ No faltan en el derecho comparado referencias de interés y utilidad. Entre ellas, la británica ley de salud pública (control de enfermedades) de 1984, ampliamente reformada en diversas ocasiones, especialmente en 2008, y la alemana ley de protección contra las infecciones de 2000, también reformada en diversas ocasiones. Resulta asimismo de interés la propuesta elaborada en 2001 por el Centro de Derecho y Salud Pública de las universidades de Georgetown y John Hopkins bajo el rótulo de *Model State Emergency Health Powers Act*. Desde otro punto de vista, constituye un marco de referencia necesario el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 (OMS). Y en el ámbito de la UE, es preciso tener en cuenta dos disposiciones aprobadas recientemente que han reforzado notablemente la legislación europea sobre la materia: el Reglamento (UE) 2022/2371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud, y el Reglamento (UE) 2022/2372 del Consejo, de 24 de octubre de 2022, relativo a un marco de medidas para garantizar el suministro de contramedidas médicas pertinentes para la crisis en caso de emergencia de salud pública a escala de la Unión.

⁹⁰ Tengo aquí muy presentes las valiosas aportaciones de Cierco Seira (2009, pp. 37-38 y 42-43), Salamero Teixidó (2018, pp. 157-172), Álvarez García (2022, pp. 88-95) y Cierco Seira y Salamero Teixidó (2023, pp. 407-435).

⁹¹ Dejo aquí al margen la consideración de las situaciones de excepción previstas en la CE (los estados de alarma, excepción y sitio contemplados en el art. 116 CE), cuya regulación sería procedente revisar a la vista de la experiencia de la pandemia y de la jurisprudencia del TC. Pero entiendo en todo caso que la legislación sanitaria debe proporcionar cobertura suficiente para afrontar eficazmente las crisis sanitarias, incluyendo las pandemias de alcance nacional e internacional, sin necesidad de acudir a los estados de alarma o excepción.

⁹² La regulación de las conferencias sectoriales en la LRJSP (art. 151) ofrece un buen punto de apoyo para ello, al diferenciar claramente entre los acuerdos que adoptan las conferencias como órganos de cooperación entre Estado y CC.AA. y los que adoptan en materias en las que el Estado ejerce funciones de coordinación de acuerdo con la Constitución.

de amenaza grave para la salud pública de alcance nacional o internacional. Y se hace necesario, en fin, una reformulación del régimen de funcionamiento del CI.

Por lo que se refiere a este último aspecto, el art. 73.2 LCC incorpora dos reglas que resultan sin duda disonantes con la configuración del Consejo y las responsabilidades atribuidas al mismo por la propia ley: que sus acuerdos se plasman «a través de recomendaciones»⁹³ y que los mismos se aprueban «por consenso»⁹⁴. Ni la una ni la otra resultan de recibo: la primera porque las recomendaciones no pueden aspirar a agotar todo el amplio abanico de responsabilidades que se le atribuyen, sin perjuicio de que una parte de ellas puedan alcanzarse a través de actuaciones sin carácter vinculante. Y por lo que se refiere al consenso como procedimiento para adoptar los acuerdos, resulta manifiestamente desacertado exigir una unanimidad que, por muy deseable que resulte, aboca inevitablemente a situaciones de bloqueo que pueden conducir a la inoperancia. Por tanto, parece preferible decantarse sin más por un régimen de adopción de acuerdos por mayoría, habitual en los órganos colegiados, o en todo caso por un régimen de mayoría cualificada, como el existente en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, o como el que se propuso en alguna de las enmiendas durante la elaboración parlamentaria de la LCC⁹⁵. Eso no quiere decir, obviamente, que no deba aspirarse a conseguir el máximo apoyo de los miembros de un órgano en el que están representadas todas las CC.AA., ni excluye que el consenso sea el objetivo que perseguir de manera general, pero es obvio que el derecho debe proporcionar mecanismos operativos para las previsibles situaciones de no consenso o conflicto, y esto es justamente lo que no hace la LCC. Por lo demás, este régimen mayoritario en la adopción de los acuerdos, que se ha impuesto ya *de facto* mediante la aplicación del art. 151.2 LRJSP, debería completarse con la expresa previsión de una publicidad formal de sus acuerdos⁹⁶.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El balance general que presenta la aplicación efectiva de los instrumentos de cohesión contemplados en la Ley 16/2003 resulta ciertamente muy pobre. Ya sea por las debilidades de que adolece su propia configuración legal o por la falta de un liderazgo político claro y sostenido para desarrollarlos y aplicarlos por parte de los sucesivos Gobiernos⁹⁷, lo cierto es que las costuras que embridan el SNS se han mostrado en la práctica como precarias e insuficientes.

Más allá de la mera agregación o yuxtaposición de los servicios de salud de las distintas CC.AA., el SNS tiene una existencia más bien ficticia en no pocos aspectos como tal «sistema», que debería ser «armónico, coherente y solidario» (art. 70.1.c LGS), careciendo de realidad ese «dispositivo único» en el que se integran todos los recursos sanitarios públicos previsto en la LGS como una de las «características fundamentales» del mismo (art. 46 e). Un sistema que ni los ciudadanos terminan de percibir como tal ni

⁹³ Esta afirmación del art. 73.2 LCC concuerda con la frase con la que el art. 71 abre la larga enumeración de materias encomendadas al Consejo. Este órgano, dispone dicho precepto, «conocerá, debatirá y en su caso emitirá recomendaciones» sobre las materias que enuncia a continuación. Obsérvese que la frase entrecomillada no estaba en la versión inicial del proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, sino que fue el resultado de la aceptación de una enmienda presentada por el Grupo de CiU. Ni la enmienda ni su aceptación por el Grupo mayoritario entonces en el Congreso (Partido Popular) fueron acertadas, dado su desencaje con las funciones atribuidas al CI por la propia ley.

⁹⁴ La exigencia de consenso para la adopción de acuerdos por el CI no estaba en el proyecto de ley remitido al Congreso, sino que se incorporó a su texto por la ponencia constituida al efecto en el seno del mismo. A veces, la explicable proclividad a ampliar al máximo el apoyo parlamentario de una ley puede conducir a introducir elementos que no encajan en el conjunto de la misma o que rompen su coherencia interna.

⁹⁵ Así, la enmienda 505, presentada en su momento por el Grupo CiU, proponía que los acuerdos del CI se adoptaran por mayoría absoluta de votos, pero con un sistema de voto ponderado en el que se atribuía al Ministerio de Sanidad 1/3 de los votos y a las CC.AA. en su conjunto 2/3 de los mismos, pero en este segundo caso con una ponderación del voto de cada CA en función de la población respectiva.

⁹⁶ Aun sin previsión expresa en tal sentido en la LCC, se han venido publicando oficialmente en el BOE los acuerdos del Consejo sobre declaración de actuaciones coordinadas. Véase, por ejemplo, la Resolución de 4 de junio de 2021 de la Secretaría de Estado de Sanidad por la que se publica el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre declaración de actuaciones coordinadas frente a la COVID-19 (BOE, de 5 de junio de 2021).

⁹⁷ Vistas las cosas con un poco de perspectiva, no resulta desacertada la calificación de la LCC como un «éxito político inane» que ya en 2008 expresó Rodríguez-Vigil (2008, pp. 160-171). Este autor subrayaba al respecto que la unanimidad lograda en la aprobación de la Ley permitió un «lucimiento político» momentáneo, pero los pactos que hicieron posible esta unanimidad «llevaban en sí mismos el germen de la inanidad», especialmente en los aspectos institucionales del sistema sanitario que son más decisivos para la cohesión del mismo.

los gestores autonómicos y estatales terminan de asumir de manera efectiva con todas sus consecuencias, pese a la rotundidad de los discursos y declaraciones al uso.

Lamentablemente, la experiencia de la pandemia no ha propiciado un punto de inflexión en la materia, con una rectificación en profundidad en la misma, pese a haber generado un terreno especialmente abonado para ello, dado el dramatismo de una situación que tuvo que abordarse con instrumentos muy limitados de coordinación.

En la práctica, nuestro SNS no tiene mucho más contenido unitario que el denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) implantado en nuestro país a partir de la promulgación de la ley de la dependencia⁹⁸, en un ámbito, por tanto, en el que se contaba con mucha menos solera histórica que en la sanidad pública y con apoyos constitucionales menos robustos, tanto en el reconocimiento de derechos como en los títulos competenciales estatales⁹⁹. Y presenta, en cambio, menos sustancia unitaria que otros «sistemas nacionales» hoy existentes en España, como el regulado en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, en el que se identifican con claridad las competencias de coordinación asumidas por el Gobierno, por el Ministerio del Interior y por otras autoridades estatales¹⁰⁰.

Nada de esto es definitivo, por supuesto, ni excluye que en algún momento se produzca un cambio de ciclo que corrija con tino y determinación las debilidades de la cohesión sanitaria que han quedado identificadas y que la pandemia ha puesto en evidencia. Pero no parece que ello vaya a suceder de manera inmediata, dadas las características y condicionamientos que tiene la artificiosa mayoría parlamentaria que se ha formado tras las elecciones generales del pasado mes de julio. Una mayoría carente en sí misma de cohesión interna, y cuya hoja de ruta no parece proclive al impulso de la cohesión de España en cualquiera de sus facetas, sino más bien lo contrario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez García, V. (2022). Propuestas para la reordenación del Derecho destinado a hacer frente a las grandes pandemias en nuestro país. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (101-102), 70-95.
- Álvarez González, E. M. (2007). El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias. *Derecho y Salud*, 15(1), 1-28.
- Aragón Reyes, M. (2021). COVID-19 y Estado autonómico. En J. Tudela Aranda (coord.), *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general* (pp. 77-90). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0204>
- Arnold, R. (2020). Pandemia y Constitución: la experiencia de Alemania. *Revista catalana de Dret Públic* (especial sobre el derecho en tiempos de emergencia sanitaria), 20-37. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2020.3522>
- Barnés, 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>
- Cameron, D. (2021). La gestión de la pandemia en países federales y no federales. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (21), 7-23. <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0101>

⁹⁸ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

⁹⁹ De acuerdo con lo establecido en la Ley 39/2006, existe un Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, cuyas actuaciones no parecen ser de menor fuste que las del CI del SNS, pese a que se trata de una materia en la que la CE no consagra un título competencial del Estado para la coordinación general. El reglamento interno de dicho Consejo Territorial (aprobado por acuerdo del mismo de 1 de marzo de 2018 y publicado en BOE de 8 de marzo de 2019) establece una composición concreta en virtud de la cual (art. 5) la Administración estatal está representada no solo por el titular del ministerio competente, que preside el Consejo, sino también por otros siete altos cargos de dicho ministerio, además obviamente de integrarse en el mismo un representante de cada CA y de las ciudades de Ceuta y Melilla. Su régimen de adopción de acuerdos (art. 17) es por consenso entre los miembros del Consejo o, en su defecto, por el voto favorable de los representantes de la Administración del Estado (que votan de manera conjunta) y de la mayoría de las CC.AA. y ciudades de Ceuta y de Melilla. Lo cual se traduce en definitiva en un sistema en el que a la Administración del Estado le basta para sacar adelante sus propuestas con el apoyo de la mayoría de las CC.AA., opción que parece bastante sensata y operativa. De acuerdo con la memoria de actividades de dicho órgano del período 2020-2022 (pp. 22-23), se vienen distinguiendo, y así se especifica antes de proceder a las votaciones en el seno del Consejo, entre acuerdos decisorios que solo son vinculantes para las CC.AA. que hubieran votado a favor y las actuaciones de coordinación por parte de la Administración estatal, en cuyo caso tienen carácter vinculante para todas las CC.AA. con independencia del sentido de su voto.

¹⁰⁰ Véanse los arts. 33 y ss. de dicha ley sobre competencias del Gobierno, del Ministerio del Interior y de otros órganos y organismos estatales, así como sobre colaboración de las Fuerzas Armadas a través de la Unidad Militar de Emergencias, y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Véase también el art. 18 relativo al Centro Nacional de Seguimiento y Coordinación de Emergencia de Protección Civil, integrado en el Ministerio del Interior.

- Cantero Martínez, J. (2020). Propuestas para el reforzamiento del sistema público sanitario a través de las políticas de salud pública. *Derecho y Salud*, 30(extra 1), 9-21.
- Cierco Seira, C. (2006). *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*. Comares.
- Cierco Seira, C. (2008). Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razones de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, «Enhorn contra Suecia». En *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo* (pp. 805-834). El Justicia de Aragón.
- Cierco Seira, C. (2009). La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública. *Derecho y Salud*, 17(extra 1), 23-45.
- Cierco Seira, C. (2018). *Vacunación. libertades individuales y derecho público. Ensayo sobre las principales claves de la regulación de la vacunación pública en España*. Marcial Pons.
- Cierco Seira, C. (2019). Las vicisitudes del calendario único de vacunación. *Derecho y Salud*, 29(extra 1), 154-168.
- Cierco Seira, C. y Roperó Vilaró, A. (2021). La cohesión administrativa en la lucha contra las emergencias de salud pública y el papel de los entes locales. En T. Font i Llovet y M. Vilalta Reixach (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2020* (pp. 113-144). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Cierco Seira, C. y Salamero Teixidó, L. (2023). Salud Pública. En J. Tejedor Bielsa, A. Boix Palop y A. Nogueira López (coords.), *Derecho Administrativo para la excepción* (pp. 407-436). Iustel.
- Consejo Económico y Social de España (2010). *Informe 01/2010 sobre Desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social en el sistema sanitario*. <https://www.ces.es/documents/10180/18510/Inf0110/a13da181-b58e-4256-a90c-bb8693f215b8>
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2013). La salud pública como límite constitucional de los derechos. En A. Palomar y J. Cantero (dirs.) y F. de Montalvo y L. González (coords.), *Tratado de Derecho Sanitario* [vol. II] (pp. 1009-1039). Aranzadi.
- Fuchs, M. C. y Nassi, J. (2021). Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia del COVID-19. En E. Nader y M. C. Fuchs (eds.), *COVID-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales* (pp. 62-101). Tirant lo Blanch.
- González López-Valcárcel, B. y Barber Pérez, P. (2006). *Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España* [Documento de trabajo, 90/2006]. Fundación Alternativas. <https://fundacionalternativas.org/publicaciones/desigualdades-territoriales-en-el-sistema-nacional-de-salud-sns-de-espana/>
- Herbón Costas, J. J. (2021). El mando y gestión del estado de alarma. En P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada* (pp. 87-112). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0006>
- Kölling, M. (2021). Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19 en Alemania. En P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19. sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada* (pp. 467-486). Fundación Manuel Giménez Abad.
- Magdaleno Alegría, A. (2013). La tutela de la salud colectiva como límite de los derechos fundamentales. En J. F. Alenza y M. L. Arcos (dirs.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario* (pp. 139-156). Thomson Reuters Aranzadi.
- Moreno Fuentes, F. J., Perna, R., Cruz-Martínez, G. y Menard, G. (2022). *Movilidad de pacientes en el SNS: equilibrios políticos, institucionales y financieros*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Muñoz Machado, S. (2022). *El poder y la peste (2020-2022)*. Iustel.
- Palomar Olmeda, A. (2021). Las relaciones interadministrativas en el ámbito de la salud: el Consejo Interterritorial de salud. Perspectivas de ordenación y orientación del cambio. *Derecho y Salud*. 31(extra 1), 8-37.
- Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J. (2021). *La protección de la salud: la necesidad de recomposición del sistema (lecciones aprendidas durante la pandemia y propósito de enmienda)*. Aranzadi.
- Parejo Alfonso, L. J., Palomar Olmeda, A. y Vaquer Caballería, M. (coords.) (2004). *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión. calidad y estatutos profesionales*. Marcial Pons.
- Pemán Gavín, J. M.^a (2005). *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*. Comares.
- Rebollo Puig, M. (2004). La alta inspección. En L. J. Parejo Alfonso, A. Palomar Olmeda y M. Vaquer Caballería (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. Marcial Pons.
- Rodríguez-Vigil Rubio, J. L. (2008). *Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español*. Thomson Reuters-Civitas.
- Rubia Vila, F. J. (coord.), García Barreno, P., Segovia de Arana, J. M., Velarde Fuertes, J., Baca, E., Caínzos, M., Flórez, A., González Navarro, G., Gonzalo, L., Lobo, F., Martín Mayorga, D., Puyol, R., Raga, J., Rodríguez Vigil, J. L. y Sabando, P. (2011). *Libro blanco sobre el sistema sanitario español*. Academia Europea de Ciencias y Artes. <https://aecya.org/libro-blanco-sobre-el-sistema-sanitario-espanol/>
- Sáenz Royo, E. (2021). Estado autonómico y COVID-19. *Teoría y Realidad Constitucional*, (48), 375-398.
- Salamero Teixidó, L. (2016). Derechos individuales frente a la salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente. *Gaceta Sanitaria*, 30(1), 69-73. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.04.021>

- Salamero Teixidó, L. (2018). La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia. En A. Blanc Altemir y C. Cierco Seira (coords.), *El derecho ante la salud pública: dimensión interna. europea e internacional*. Aranzadi.
- Sánchez Ferro, S. (2021). La respuesta británica frente a la crisis desatada por la COVID-19. En P. Biglino Campos y J. F. Durán Alba (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada* (pp. 487-522). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0022>
- Si-Health (2021). *Impacto de la COVID-19 en lo NO-COVID-19. Estrategias e intervenciones para re-priorizar la atención NO-COVID en el Sistema Nacional de Salud*. Instituto de Salud y Estrategia. <https://www.sihealth.es/archivos/202111/1.-documento-integrado-impacto-del-covid-19-en-lo-no-covid-19-integral.pdf?1>
- Tejedor Bielsa, J. (2023). Autorización o ratificación judicial, tutela cautelar y emergencias. En J. Tejedor Bielsa, A. Boix Palop y A. Nogueira López (coords.), *Derecho Administrativo para la excepción* (pp. 233-260). Iustel.
- Tudela Aranda, J. (2021). El Estado autonómico y la COVID-19. En J. Tudela Aranda (coord.), *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general* (pp. 201-217). Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0211>
- Tuells, J. y Arístegui, J. (2012). Vacunaciones en la Ley General de la Salud Pública: los 21 calendarios vacunales. suma y sigue. *Medicina Clínica*, 139(1), 13-15. <https://doi.org/10.1016/j.medcli.2012.01.009>
- Vaquer Caballería, M. (2004). La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En L. J. Parejo Alfonso, A. Palomar Olmeda y M. Vaquer Caballería (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión. calidad y estatutos profesionales* (pp. 111-166). Marcial Pons.
- Vida, J., Oliva, J. y Lobo, F. (2022). *La evaluación de las tecnologías sanitarias en España: origen evolución y estado actual*. FUNCAS. https://www.funcas.es/documentos_trabajo/la-evaluacion-de-la-eficiencia-de-las-tecnologias-sanitarias-en-espana-origen-evolucion-y-estado-actual/
- Vida, J., Oliva, J. y Lobo, F. (2023). *La (des)organización de la evaluación de la eficiencia de medicamentos y otras tecnologías sanitarias en España: diagnóstico*. FUNCAS. https://www.funcas.es/documentos_trabajo/la-desorganizacion-de-la-evaluacion-de-la-eficiencia-de-medicamentos-y-otras-tecnologias-sanitarias-en-espana-diagnostico/



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 11-01-2024
Modificado: 11-03-2024
Aceptado: 14-03-2024
Prepublicado: 05-04-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11336>
Páginas: 31-54

Referencia: Miguez Macho, L. (2024). Las competencias educativas de las entidades locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 31-54. <https://doi.org/10.24965/reala.11336>

Las competencias educativas de las entidades locales

The educational competences of local authorities

Miguez Macho, Luis

Universidad de Santiago de Compostela. Instituto de Estudos e Desenvolvimento de Galicia (IDEGA)
(España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2248-2325>
luis.miguez@usc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela. Licenciado en Derecho por dicha universidad y doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia). Ha participado en proyectos de investigación y publicado diversos estudios sobre el régimen jurídico de los servicios públicos y de la Administración local, que constituyen algunas de sus principales líneas de investigación.

RESUMEN

Objetivos: el objetivo de este trabajo es llevar a cabo una recapitulación sobre el alcance actual de las competencias educativas de las entidades locales en España. **Metodología:** la metodología utilizada es la propia de las ciencias jurídicas (análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal). **Resultados:** se comienza con una exposición de la evolución histórica de las competencias educativas de las entidades locales. A continuación, se analizan las tres materias relacionadas con la educación en las que, de acuerdo con la redacción actual de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, la legislación sectorial les debería atribuir a los municipios competencias propias, así como las posibilidades de delegación competencial en este ámbito. En la siguiente parte del trabajo se abordan otras competencias educativas que ejercen las entidades locales, tanto las que les atribuye la propia legislación del sector como la prestación de servicios complementarios a los educativos. Finalmente, se trata de la cuestión de los centros docentes de titularidad de las entidades locales. **Conclusiones:** la principal conclusión del trabajo es que reforma de 2013 no ha atenuado la desconexión que ya se producía entre la legislación de régimen local y la legislación educativa, de tal manera que el art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local sigue sin ofrecer una idea clara de las competencias que realmente ejercen las entidades locales en materia educativa.

PALABRAS CLAVE

Competencias educativas; entidades locales; historia de la educación; competencias municipales propias; educación pública.

ABSTRACT

Objectives: The aim of this work is to carry out a recapitulation of the current scope of the educational competences of local authorities in Spain. **Methodology:** The methodology used is that of the legal sciences (normative, jurisprudential and doctrinal analysis). **Results:** We begin with an exposition of the historical evolution of the educational competences of local authorities. This is followed by an analysis of the three areas related to education in which, according to the current wording of the Act on the bases of local government, the sectoral legislation should grant the municipalities their own competences, as

well as the possibilities of delegating competences in this field. The following part of the paper deals with other educational competences exercised by local bodies, both those attributed to them by the sectoral legislation itself and the provision of services complementary to educational services. Finally, it deals with the question of local authority-owned educational establishments. **Conclusions:** The main conclusion of the paper is that the 2013 reform has not attenuated the disconnection that was already occurring between local regime legislation and education legislation, such that art. 25.2.n) of the Act on the bases of local government still does not offer a clear idea of the competences actually exercised by local authorities in educational matters.

KEYWORDS

Educational competences; local authorities; history of education; municipal competences; public education.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS COMPETENCIAS EDUCATIVAS LOCALES. 1.1. LA ENSEÑANZA PÚBLICA PRIMARIA COMO MATERIA DE COMPETENCIA MUNICIPAL EN LOS INICIOS DEL ESTADO LIBERAL. 1.2. LA PROGRESIVA ASUNCIÓN POR EL ESTADO DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE ENSEÑANZA PÚBLICA PRIMARIA. 2. LAS CONSTRUCCIONES ESCOLARES DURANTE EL RÉGIMEN DEL GENERAL FRANCO Y EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES. 3. LAS COMPETENCIAS EDUCATIVAS LOCALES EN LA ACTUAL ETAPA DEMOCRÁTICA. 4. LAS COMPETENCIAS EDUCATIVAS DE LOS MUNICIPIOS EN LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL. 4.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 4.2. PARTICIPAR EN LA VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA ESCOLARIDAD OBLIGATORIA. 4.3. COOPERAR CON LAS ADMINISTRACIONES EDUCATIVAS CORRESPONDIENTES EN LA OBTENCIÓN DE LOS SOLARES NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVOS CENTROS DOCENTES. 4.4. LA CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO Y VIGILANCIA DE LOS EDIFICIOS DE TITULARIDAD LOCAL DESTINADOS A CENTROS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN INFANTIL, DE EDUCACIÓN PRIMARIA O DE EDUCACIÓN ESPECIAL. 4.5. LAS COMPETENCIAS RELACIONADAS CON LA EDUCACIÓN DELEGABLES EN LOS MUNICIPIOS. 5. OTRAS COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES RELACIONADAS CON LA EDUCACIÓN. 5.1. COMPETENCIAS ATRIBUIDAS POR LA LEGISLACIÓN EDUCATIVA. 5.2. LA PRESTACIÓN POR LAS ENTIDADES LOCALES DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS RELACIONADOS CON LA EDUCACIÓN. 6. LOS CENTROS DOCENTES DE TITULARIDAD DE LAS ENTIDADES LOCALES. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Transcurridos diez años desde la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, el intento de reordenación de las competencias de las entidades locales que esta llevó a cabo sigue planteando cuestiones problemáticas en relación con la distribución de competencias entre las Administraciones autonómicas y las locales. Una de las que más recientemente ha salido a la luz es la que afecta al alcance de las competencias educativas que conservan las entidades locales tras la modificación de la redacción de la letra n) del art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que pasó de mencionar como materias sobre las que los municipios ejercerán en todo caso competencias propias «participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria» a hablar de «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial».

El último inciso de esta nueva redacción («la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial») entra en contradicción con lo dispuesto por la disposición adicional decimoquinta de la Ley

Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que establece que «la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de Educación Especial, corresponderán al municipio respectivo», sin limitar esta obligación a los edificios de titularidad local. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1377/2021, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4445), ha resuelto esta contradicción señalando que «la LRSAL ha reformado la LOE y de entre las materias que los municipios asumen “en todo caso” como competencias propias, está la conservación, mantenimiento y vigilancia sólo “de los edificios de titularidad local” destinados a centros públicos» (fundamento de derecho tercero). Por consiguiente, el Alto Tribunal hace prevalecer la redacción actual del art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local sobre la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica de Educación, aunque deja abierta la posibilidad de que ulteriores modificaciones de la legislación sectorial (educativa), estatal o autonómica amplíen las competencias locales en la materia¹.

En contraste con la controversia a que ha dado lugar la competencia sobre la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los centros educativos públicos hasta el momento no parece haberse puesto en duda que las entidades locales mantengan las competencias para participar en la programación de la enseñanza e intervenir en los órganos de gestión de los centros docentes públicos que les reconocía la redacción original de la letra n) del art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, pese a haberse suprimido la referencia a ellas en la nueva redacción del precepto básico. Estas competencias se articulan en el primer caso mediante la participación de las entidades locales en el Consejo Escolar del Estado, a través de la asociación de ámbito nacional con mayor implantación –art. 31.1.i) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación–, y en el segundo mediante la presencia de un representante del ayuntamiento en el consejo escolar tanto de los centros públicos –art. 126.1.c) de la Ley Orgánica de Educación– como de los privados concertados (art. 56.1 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación). Asimismo, las entidades locales en ocasiones prestan servicios complementarios relacionados con la educación, como los servicios de transporte y comedor escolar, y son titulares de centros educativos.

En este contexto normativo y jurisprudencial, el presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo una recapitulación sobre el alcance actual de las competencias educativas de las entidades locales en España.

Para ello se comenzará con una exposición de la evolución histórica de esas competencias, en la que se pueden observar dos hilos paralelos y no siempre totalmente coincidentes, el de la legislación de régimen local y el de la legislación educativa.

A continuación, se analizarán las tres materias relacionadas con la educación en las que, de acuerdo con la redacción actualmente vigente de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, la legislación sectorial les debería atribuir a los municipios competencias propias (participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria; cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, y la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria o de Educación Especial). A esto se le suman las posibilidades de delegación competencial que abre el art. 27.3 en la redacción que le ha dado la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de Educación Infantil; realización de actividades complementarias en los centros docentes; gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la comunidad autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo, y cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia).

En la siguiente parte del trabajo se abordarán otras competencias relacionadas con la educación que ejercen las entidades locales, tanto las que les atribuye la propia legislación educativa, que incluyen las materias eliminadas del art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que ya se han mencionado (la participación en la programación de la enseñanza y la intervención en los órganos de gestión de los centros docentes público), como la prestación de servicios complementarios a los educativos.

Finalmente, se tratará de manera específica la cuestión de los centros docentes de titularidad de las entidades locales.

¹ Para un comentario de la sentencia, véase Gallego Alcalá (2022).

1. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS COMPETENCIAS EDUCATIVAS LOCALES

1.1. La enseñanza pública primaria como materia de competencia municipal en los inicios del Estado liberal

En España, en los inicios del Estado liberal, la creación y el sostenimiento de los establecimientos públicos de primera instrucción o enseñanza, es decir, de las escuelas públicas primarias, se atribuía a la competencia municipal, como se puede observar en la Constitución de 1812, que encargaba en su art. 321 a los ayuntamientos «cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos de educación que se paguen de los fondos del común»; asimismo, en la Constitución de Cádiz también se les asignaban competencias educativas genéricas a las diputaciones provinciales, en concreto para «promover la educación de la juventud conforme a los planes aprobados» (art. 335). Estas previsiones fueron desarrolladas por la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, aprobada por el Decreto CCLXIX de la Cortes Generales y Extraordinarias, de 23 de junio de 1813 (véanse los artículos XIV del capítulo I y XII del capítulo II), y más adelante en el Trienio Liberal por el Reglamento General de Instrucción Pública, aprobado por el Decreto LXXXI de las Cortes, de 29 de junio de 1821, y por la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, aprobada por el Decreto XLV de las Cortes extraordinarias, de 3 de febrero de 1823 (arts. 48 y 127), que confirmaban la competencia municipal para cuidar de las escuelas de primeras letras y encomendaban a las diputaciones provinciales la función de tutela del cumplimiento por los ayuntamientos de sus obligaciones en la materia².

Sin embargo, durante el paréntesis en la implantación del régimen liberal que supuso la década absolutista se aprobó por Real Decreto de 16 de febrero de 1825 un Plan y Reglamento de Escuelas de Primeras Letras que reducía las atribuciones de los ayuntamientos a proporcionar «la casa o sitio destinado para la Escuela» (art. 178) y «proveer las Escuelas de todo el menaje necesario respectivamente según las diferentes clases de enseñanza, de graderías, atriles, tablas, tinteros de plomo o barro empotrados, encerados, etc., y de Cartillas, Silabarios, Catones y Catecismos para los pobres» (art. 182), aunque daba participación a las autoridades municipales en algunos de los órganos que creaba para el gobierno, inspección y dirección de las escuelas (en concreto, en las juntas de capital de aquellas capitales de provincia donde no existiese chancillería o audiencia y, en todo caso, en las juntas de pueblo)³.

En la regencia de María Cristina de Borbón, el Plan general de instrucción pública aprobado por el Real Decreto de 4 de agosto de 1836 (conocido como plan del duque de Rivas)⁴ recuperó la competencia municipal sobre la creación y el sostenimiento de las escuelas primarias públicas, que incluía la de sostener a los maestros⁵, a la cual añadió la competencia de las diputaciones provinciales para crear y sostener las

² Como pone de manifiesto Gómez Moreno (2007), el Reglamento General de Instrucción Pública de 1821 preveía que en el nivel de la enseñanza primaria «tanto la elección de los maestros para las escuelas públicas, como la financiación de la docencia, corren a cargo de los respectivos Ayuntamientos», mientras que «la enseñanza impartida en las universidades de provincia (enseñanza secundaria), como la impartida en facultades y escuelas especiales (tercera enseñanza), se financiará, principalmente, con los presupuestos provinciales, en el primer caso, y con los presupuestos de distrito, en el segundo [...]». Es de interés señalar no obstante al respecto, que el citado Reglamento contempla la posibilidad de que sean los presupuestos generales del Estado quienes acudan, en función subsidiaria, a financiar estos dos niveles de enseñanza cuando las respectivas Diputaciones provinciales no puedan cubrir por sí mismas los gastos» (p. 173), lo que constituirá la tónica dominante durante todo el siglo XIX.

³ El Plan y Reglamento de 1825 fue alabado incluso por los propios liberales; don Antonio Gil de Zárate (1995) comenta que «examinado con imparcialidad aquel reglamento, no puede menos que merecer grandes elogios, no existiendo acaso a la sazón en la mayor parte de las naciones de Europa otros que le aventajase en bondad para igual objeto; pero obra de persona ilustrada y de sana intención, faltó en los ejecutores la fe y el celo indispensables para realizar sus beneficios. Cumpliéronse muy pocas de sus disposiciones; las comisiones no se establecieron, y mucho menos la central, la más necesaria de todas, sin que se tocara más resultado que la calificación de escuelas, y el exigirse en los nuevos maestros, aunque con muy poco rigor, el correspondiente título» (p. 246).

⁴ Señala Capitán Díaz (1994) que «el Plan fue elaborado don Antonio Gil de Zárate, don Cristóbal Bordiú y don Vicente Vázquez-Queipo, y rubricado por don Ángel Saavedra, duque de Rivas, ministro de Gobernación. Se publicó con cierta urgencia, casi de improviso, como si se pretendiese recuperar un tiempo perdido ante la próxima iniciación del curso escolar; no quiere decirse que se redactó de la noche a la mañana, pues desde finales de enero de 1834 una comisión, presidida por Quintana e integrada por Mariano Lilián, Vallejo, Juan Nicasio Gallego y Eugenio Tapia, venía preparando un nuevo plan de estudios» (pp. 56-57).

⁵ En concreto, el art. 17 del Plan preveía que los gobernadores civiles y comisiones de instrucción pública tendrían que cuidar de que los ayuntamientos proporcionasen a los maestros «casa o habitación suficiente para sí y su familia», «sala o pieza a propósito para escuela, y menaje preciso para la enseñanza» y «un sueldo fijo que (pudiendo ser) no baje en ningún lugar de ochocientos reales anuales para una escuela primaria elemental, y dos mil quinientos reales para una escuela superior, además de las retribuciones de los niños». Esto último lo aclaraba el art. 19, según el cual «además del sueldo fijo deberán percibir los maestros de las escuelas públicas elementales y superiores una retribución semanal, mensual o anual de los niños que no sean verdaderamente pobres»,

escuelas normales para la formación de los maestros (art. 14) y los institutos elementales de instrucción secundaria, que se consideraban establecimientos provinciales (art. 31)⁶. Ahora bien, tanto los requisitos para ser nombrados maestros y profesores de instituto elemental como los planes de estudio venían determinados por el Gobierno a través del propio Plan General de Instrucción Pública, si bien se contemplaba la participación de diputaciones y ayuntamientos en el ejercicio de las competencias de dirección y supervisión del sistema educativo a través de la presencia de representantes de estas corporaciones en las comisiones de instrucción pública de provincia, partido y pueblo (creadas por la previa Instrucción de las escuelas de primeras letras del reino, aprobada por Real Orden de 21 de octubre de 1834).

Este plan no llegó a aplicarse por motivos formales, ya que una Real Orden de 4 de septiembre de 1836 decidió que «siendo la materia de instrucción pública privativa de las Cortes, se suspenda la ejecución del nuevo plan de estudios hasta que aquellas resuelvan lo que les pareciere, y que entre tanto se pongan en planta las instrucciones que circule la Dirección general del ramo para mejorar interinamente el plan que ha regido hasta ahora» (y que era el ya mencionado de 1825). No obstante, las Cortes se pronunciaron poco después a través de la Ley de 21 de julio de 1838, conocida como ley Someruelos, que aprobó un Plan de Instrucción Primaria que seguía en buena medida las directrices del plan del duque de Rivas, aunque solo en la parte relativa a ese nivel educativo. Este nuevo plan contenía curiosidades, como la posibilidad de que el sueldo de los maestros se pagase «en metálico, o en granos u otra cosa equivalente, según convenio entre el interesado y el ayuntamiento» (art. 15) y concretaba aspectos que no quedaban claros en el plan del duque de Rivas, como el régimen de nombramiento de aquellos: así, según el art. 23, «el nombramiento de maestros corresponde a los respectivos ayuntamientos de los pueblos; pero los agraciados no podrán entrar en el ejercicio de sus funciones sin la previa aprobación del jefe político, quien deberá oír al efecto a la comisión provincial». También recogía los deberes de los padres de familia o personas de las que dependan los niños en relación con su educación, si bien de una manera muy leve (art. 26)⁷, y el establecimiento separado de escuelas para niñas donde los recursos lo permitiesen (art. 35), así como el fomento por el Gobierno de las escuelas de párvulos y de adultos (arts. 36 y 37). Para su debida ejecución por los ayuntamientos, el Ministerio de Gobernación dictó una Real Orden Circular de 1 de enero de 1839, que principiaba diciendo que «los ayuntamientos se ocuparán con atención preferente en el establecimiento de escuelas públicas de instrucción primaria elemental, y en proporcionar los medios de sostenerlas»⁸.

El siguiente hito legislativo, ya en el reinado de Isabel II, lo constituye la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, conocida como ley Moyano, de prolongada vigencia. Las escuelas públicas de primera enseñanza seguían estando a cargo de los ayuntamientos, aunque se preveía ya una contribución financiera estatal a su sostenimiento (art. 97). Además, se mencionaban las escuelas de párvulos (art. 105), la instrucción de adultos (arts. 106 y 107) y las enseñanzas especiales para sordomudos y ciegos (art. 108), sin precisarse claramente quién se haría cargo de ellas. Por su parte, las diputaciones conservaban sus competencias para sostener las escuelas normales de maestros (art. 111) y los institutos públicos de segunda enseñanza, incluidos los sueldos de los profesores (art. 118), sin perjuicio de la posibilidad de que el Estado se hiciese cargo de sostener estos institutos, pero a costa de la provincia correspondiente (art. 119). Como novedad, se permitía la creación de institutos por los ayuntamientos (art. 116), con autorización del Gobierno, previo expediente en el que «se justifique su conveniencia y se acredite la posibilidad de

correspondiendo a las comisiones de escuelas de pueblo determinar «la cantidad proporcionada de estas retribuciones hasta completar una dotación decente a los maestros». Los niños pobres «a juicio de la comisión del pueblo, serán en todas partes admitidos gratuitamente en la escuela elemental».

⁶ Como resume Viñao Frago (1994a), «en cuanto a la administración educativa se seguía el criterio de reparto territorial en cascada de la gestión y cargas (no de la dirección, que permanecía en manos del gobierno central): las escuelas correspondían a los ayuntamientos, los institutos elementales y las escuelas normales, a las diputaciones, y los institutos superiores y centros de tercera enseñanza, a la administración y presupuestos estatales» (p. 60).

⁷ «Siendo una obligación de los padres el procurar a sus hijos, y lo mismo los tutores y curadores a las personas confiadas a su cuidado, aquel grado de instrucción que pueda hacerlos útiles a la sociedad y a sí mismos, las comisiones locales procurarán por cuantos medios les dicte su prudencia, estimular a los padres y tutores al cumplimiento de este deber importante, aplicando al propio tiempo toda su ilustración y su celo a la remoción de los obstáculos que lo impidan». Gil de Zárate (1995, p. 252) apunta que el proyecto de la ley era mucho más incisivo, ya que «declaraba la obligación que tienen los padres de mandar a sus hijos a la escuela, autorizando al gobierno para emplear medios de coacción», pero esta previsión se suprimió por la comisión del Congreso de los Diputados que examinó el proyecto.

⁸ «Puede decirse que hasta el año de 1844, en que concluida la guerra civil, y terminadas nuestras discordias intestinas, se reformó el sistema administrativo, cobrando el Gobierno fuerza para hacerse respetar, la ley de 21 de julio no fue una verdad; y solo desde entonces ha empezado la instrucción primaria a recibir un impulso fuerte y vigoroso, verificándose en ella grandes y no interrumpidas mejoras» (ibid., p. 258).

sostenerlo, después de cubiertas las demás obligaciones municipales» (art. 120). Otra importante novedad es la privación a los ayuntamientos y diputaciones de la facultad de nombrar a los maestros y a los profesores de los institutos de segunda enseñanza (arts. 182 y 208). También se establecían medidas para mejorar el sueldo de los maestros con cargo a los presupuestos provinciales (art. 196). Por último, se mantenía la participación provincial y municipal en los órganos consultivos y de supervisión del sistema educativo, ahora juntas provinciales de instrucción pública y juntas locales de primera enseñanza, estas últimas de ámbito municipal.

En las postrimerías del reinado de Isabel II hubo un intento de reforma de la instrucción primaria con la aprobación de la Ley de 2 de junio de 1868, pero esta fue derogada inmediatamente después de la revolución de 1868 por el Decreto de 14 de octubre de 1868, que restauró la vigencia de la ley Moyano, si bien devolvió también a los ayuntamientos la facultad de nombrar a los maestros de las escuelas públicas⁹. Poco después, el Decreto de 14 de enero de 1869 habilitó a las diputaciones provinciales y a los ayuntamientos para «fundar libremente toda clase de establecimientos de enseñanza, sosteniéndolos con fondos propios» (art. 1) e incluso permitió a las diputaciones de las provincias en que había universidad «costear en ellas la enseñanza de Facultades o asignaturas no comprendidas en su actual organización» (art. 2), todo ello sin perjuicio de la obligación de sostener «las escuelas y enseñanzas que disponga la ley general de Instrucción pública» (art. 3), lo cual confirmó y aun amplió en los inicios de la Restauración el posterior Real Decreto de 29 de julio de 1874¹⁰.

1.2. La progresiva asunción por el Estado de las competencias en materia de enseñanza pública primaria

De esta forma se producía la paradoja de que, a pesar de que las diputaciones y ayuntamientos se veían en grandes dificultades para cumplir las obligaciones que les imponía la legislación educativa y de régimen local sobre creación de establecimientos públicos de enseñanza y sostenimiento de estos y de su personal, se les otorgaba la más amplia libertad para fundar establecimientos educativos. Esta situación acabó llevando a que durante la regencia de María Cristina de Habsburgo el Estado asumiese, en virtud del art. 7 de la Ley de 29 de junio de 1887, de presupuestos para el año económico 1887-1888, los gastos de las inspecciones de enseñanza, de las escuelas normales de maestros y maestras y de los institutos provinciales de segunda enseñanza, hasta entonces a cargo de las diputaciones provinciales, lo que luego confirmó con carácter definitivo el art. 27 de la Ley de 29 de junio de 1890, de presupuestos para el año económico 1890-1891; más adelante, por Real Decreto de 26 de octubre de 1901, se autorizó al ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes para que en los presupuestos generales de su departamento se incluyesen las partidas necesarias para el pago de los gastos de personal y material de las escuelas públicas de primera enseñanza (art. 1), a fin de garantizar que los maestros por lo menos cobrasen puntualmente el sueldo, si bien los ayuntamientos tenían que seguir sufragando directamente los gastos de arrendamiento de casas escuelas y habitaciones de los maestros, así como los de construcción y reparación de dichos locales (art. 12)¹¹. Correlativamente, la facultad de nombrar a los maestros en las escuelas públicas pasó al recién creado Ministerio de Instrucción Pública y a los rectorados universitarios (art. 23).

⁹ La ley municipal aprobada por el Decreto de 21 de octubre aclaraba en el número 2.º de su art. 50 que el nombramiento de los maestros se haría «a propuesta en terna que de dichos Maestros harán las Juntas provinciales de Instrucción pública, con sujeción a las disposiciones que rijan en la materia». Según pone de manifiesto Viñao Frago (1994b, p. 268), «otras consecuencias iniciales de la política de descentralización en los municipios del nombramiento y pago de los maestros fueron el cierre de escuelas y la expulsión de alrededor de dos mil de ellos (este fenómeno tuvo especial relevancia en Galicia, Asturias, Huesca y Lérida), el descenso de sus retribuciones y el incremento de las cantidades adeudadas o atrasos».

¹⁰ Este permitía a las diputaciones provinciales y a los ayuntamientos establecer enseñanzas populares, de bellas artes, agricultura, industria y comercio (art. 4) y crear establecimientos de segunda enseñanza, además de los que tenían obligación de sostener, facultades y escuelas profesionales, con autorización del Gobierno, que se otorgaría previo expediente en el que había que acreditar, entre otros extremos, «que están cumplidamente atendidas las obligaciones de Instrucción pública que la Diputación o Ayuntamiento debe incluir en su presupuesto con arreglo á las leyes» (art. 5). En la práctica, ayuntamientos y diputaciones «crearon sobre todo universidades e institutos y colegios de segunda enseñanza "libres"; es decir, aquellos centros que sus ediles precisaban para evitar que sus vástagos, los de la élites y burguesías local y provincial, tuvieran que desplazarse por motivos de estudio. Y ello incluso en localidades de Andalucía, Extremadura y Murcia con elevados porcentajes de analfabetismo y bajas tasas de escolarización» (Viñao Frago, 1994b, p. 268).

¹¹ Este real decreto había sido precedido por otro de 21 de julio de 1900, que establecía en su art. 1 que «las obligaciones de personal y material de las Escuelas públicas de instrucción primaria tendrán, como hasta aquí, carácter municipal; pero, en lo sucesivo,

El Real Decreto de 26 de octubre de 1901 anticipó también otro cambio que tendría importantes repercusiones en las competencias municipales en materia educativa, pero en este caso para incrementarlas: la extensión de la obligatoriedad de la primera enseñanza hasta los doce años, frente a lo previsto por el art. 7 de la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, que era desde los seis hasta los nueve años solamente. Esta novedad se consolidaría, ya en el reinado de Alfonso XIII, con la Ley de 23 de junio de 1909, que modificó no solo el mencionado art. 7 de la ley Moyano, sino también el art. 8, con el fin de hacer recaer fundamentalmente en los ayuntamientos, a través de los alcaldes, la vigilancia del cumplimiento de esta obligación.

La nacionalización de las escuelas públicas de primera enseñanza (que por Real Orden de 16 de febrero de 1912 pasaron a denominarse «escuelas nacionales», al igual que los propios maestros) dio otro paso con el Real Decreto de 23 de noviembre de 1920, que intentó traspasar al Estado la competencia para la construcción de los edificios escolares (art. 1), quedando obligados los ayuntamientos a proporcionar el solar y dotarlo de suministro de agua y alcantarillado u otro sistema de eliminación de residuos (art. 3). La conservación y sostenimiento de los edificios escolares continuaría también en manos de los ayuntamientos, a los que se obligaba a destinar para este fin todos los años una cantidad no inferior al uno por ciento del coste total de aquéllos (art. 5). Igualmente, se mantenía la obligación de los ayuntamientos de proporcionar a los maestros casa para ellos y sus familias (art. 6). Sin perjuicio de todo lo anterior, se autorizaba a los ayuntamientos de poblaciones de más de 50 000 habitantes a realizar, con ayuda del Estado, planes generales de construcciones escolares, en cuyo caso los edificios construidos serían de propiedad municipal y no del Estado (art. 19).

Sin embargo, esta tentativa fue rectificada poco después por un Real Decreto de 17 de diciembre de 1922, que estableció el sistema que perduraría durante la mayor parte del siglo xx: los ayuntamientos volvían a quedar obligados a «instalar y conservar las Escuelas nacionales de Primera enseñanza (...), y a proporcionar a sus Maestros vivienda capaz y decorosa» (art. 1), pero, cuando no se hallasen en condiciones económicas de cumplir la primera de dichas obligaciones, debían solicitar del Ministerio de Instrucción Pública la construcción de los edificios-escuelas; en tal caso, la propiedad de los edificios construidos por el ministerio sería de este, si bien la conservación quedaría a cargo de los ayuntamientos (art. 2). Asimismo, para obtener la construcción de los edificios-escuelas por el ministerio, los ayuntamientos tendrían que facilitar siempre el solar necesario (art. 5).

Ya en la Dictadura del general Primo de Rivera se aprobó un Estatuto General del Magisterio de Primera Enseñanza por Real Decreto de 18 de mayo de 1923, que extendió por primera vez la obligatoriedad de la enseñanza primaria hasta los catorce años (art. 5).

El estatuto municipal aprobado por Real Decreto Ley de 8 de marzo de 1924 reafirmó la competencia municipal sobre «Escuelas de instrucción primaria, Escuelas profesionales, talleres, premios e instituciones para facilitar y difundir la instrucción pública, señaladamente la primaria y la aplicada a oficios, industrias y artes» (art. 150.17.^a). Pero, además, en el libro I, título V, capítulo IV, había una sección 4.^a dedicada específica a las obligaciones de los municipios en relación con la enseñanza. Aquí se recogía la obligación de los ayuntamientos de «dotar de locales adecuados las Escuelas Nacionales que funcionen en el respectivo término» y la de los alcaldes de vigilar escrupulosamente «la asistencia a la Escuela de todos los niños residentes en el término, que se hallen en edad escolar» (art. 214). Como novedad, se añadía la obligación de los ayuntamientos de más de 20 000 habitantes de «crear o auxiliar establecimientos de enseñanza profesional, técnica o artística para la formación especializada de sus habitantes, según las condiciones de vida peculiares de cada Municipio» y la de todos ellos de «fomentar la cultura física y las instituciones de ciudadanía» (art. 215).

Por su parte, el estatuto provincial, aprobado por el Real Decreto Ley de 20 de marzo de 1925, aunque atribuía competencia a las diputaciones provinciales para el «establecimiento de Escuelas de Agricultura, Granjas y Campos de experimentación, cátedras ambulantes para difundir la enseñanza agrícola, Escuelas Industriales, de Artes y Oficios, de Bellas Artes, de Sordomudos, de Ciegos, Normales y Profesionales, Bibliotecas y cualesquiera otros establecimientos e institutos que persigan la difusión, la especialización o el crecimiento de la cultura pública» –art. 107.i)– y añadía que «las Diputaciones provinciales estarán obligadas a fomentar la enseñanza técnica industrial, artística o agrícola, según las necesidades de cada provincia, y al efecto deberán, cuando menos, destinar una cantidad anual para subvención de los

el pago de las mismas correrá a cargo del Estado, previo ingreso en las arcas del Tesoro de los fondos necesarios de aquella procedencia», de manera que el gasto seguía recayendo en los ayuntamientos, aunque los pagos los ejecutase el Estado.

Establecimientos que persigan el expresado fin o para becas de estudiantes pobres» (art. 131), las liberó de manera definitiva de todas las prestaciones, cargas y aportaciones que todavía les fuesen exigibles para el sostenimiento de los servicios de institutos, escuelas normales, inspección de primera enseñanza, bibliotecas y secciones administrativas de primera enseñanza, pasando a correr íntegramente tales servicios a cargo del Estado.

Tanto el Real Decreto núm. 1211, de 10 de julio de 1928, como ya durante la II República el Decreto de 15 de junio de 1934 mantuvieron en lo esencial el sistema de construcciones escolares que había establecido el Real Decreto de 17 de diciembre de 1922, si bien estableciendo un sistema de aportaciones recíprocas («las construcciones escolares se harán directamente por el Estado, con aportaciones de los Ayuntamientos, o por los Municipios, con subvención del Estado», decía el art. 3 del Decreto de 15 de junio de 1934). En todo caso, los ayuntamientos seguían obligados a proporcionar los solares si la construcción la realizaba el Estado, y a hacerse cargo de la conservación, sostenimiento y calefacción de los edificios escolares públicos, con independencia de quién fuese su propietario (art. 29 del Decreto de 15 de junio de 1934). También se contemplaba la posibilidad de «convenios especiales» de los ayuntamientos de capitales de provincia y de poblaciones de más de 50 000 habitantes con el Estado (art. 15 del Decreto de 15 de junio de 1934).

En cambio, la Ley municipal de 10 de julio de 1935 contiene escasas referencias a las competencias educativas municipales. Su art. 112 se limitaba a prever que «los Ayuntamientos tendrán las obligaciones que la legislación vigente les impone para atenciones de Primera enseñanza», añadiendo que «los alcaldes cuidarán de la asistencia a la escuela de los niños que tengan la edad escolar, castigando las infracciones con multas».

2. LAS CONSTRUCCIONES ESCOLARES DURANTE EL RÉGIMEN DEL GENERAL FRANCO Y EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES

En el régimen del general Franco, la Ley de 17 de julio de 1945 sobre Educación Primaria dedicó su art. 52 a la cuestión de las construcciones escolares, sin grandes novedades con respecto a la normativa anteriormente vigente. El precepto declara que «la construcción del edificio-escuela y de la vivienda para el Maestro es función de carácter esencialmente municipal», pero que «no obstante, por el deber de tutela que al Estado corresponde, éste cooperará con los Ayuntamientos en la construcción de los edificios que alberguen los servicios docentes de la enseñanza primaria nacional. También coadyuvará el Estado a la construcción de las viviendas para los Maestros». Esa cooperación se concretaba en que, si la construcción la llevaba a cabo el Estado, el municipio tenía que contribuir con una cantidad que se graduaba en función de la población y la cuantía del presupuesto municipal, con el tope del 50 % del presupuesto de construcción del edificio; si la llevaba a cabo el municipio, el Estado aportaría siempre el 50 % del importe del presupuesto de la obra. El municipio, en todo caso, tendría que aportar el solar y «los campos de juego o agrícolas». Asimismo, se mantenía la previsión de que «la conservación del edificio escolar, así como su limpieza, calefacción y vigilancia, sea cual fuere su propietario, corresponde al Municipio». En esta época se volvió a regular también la participación de las corporaciones locales en la gestión educativa a través de las juntas municipales de enseñanza, presididas por los alcaldes, las comisiones provinciales de educación y los consejos de distrito universitario (arts. 12 de la Ley orgánica del Ministerio de Educación Nacional de 10 de abril de 1942 y 106 y siguientes de la Ley de 17 de julio de 1945 sobre Educación Primaria, ya citada).

No obstante, el problema de la insuficiencia de edificios escolares llevó a que se dictase una ley específica sobre construcciones escolares, de 22 de diciembre de 1953, que no introdujo grandes cambios en el sistema que se venía aplicando desde los años veinte del siglo xx, pero trató de agilizar las referidas construcciones con una medida de desconcentración administrativa: la creación de las juntas provinciales de construcciones escolares como comisiones integradas en los consejos provinciales de educación (art. 9)¹². Aparece en esta ley el precedente a las actuales reservas de suelo para equipamientos públicos, con la previsión de que «los proyectos de edificación de grandes grupos de viviendas y ensanche de núcleos

¹² Las juntas adquirieron personalidad jurídica en virtud del art. 5 de la Ley de 17 de julio de 1956 por la que se autoriza emisión de deuda, por la cantidad total de 2 500 000 000 de pesetas, con destino a un plan quinquenal de construcciones escolares. A continuación, un Decreto de 22 de febrero de 1957 creó la Junta Central de Construcciones Escolares «con la misión de encauzar, dirigir e inspeccionar la gestión de las Provinciales» (art. 1).

urbanos requerirán, para su aprobación por los organismos competentes, la reserva del espacio necesario para construir las Escuelas que correspondan a la densidad de población prevista» (art. 1, último párrafo), y se mantiene la posibilidad de los «convenios especiales» con municipios que sean capitales de provincia o con los mayores de cincuenta mil habitantes (art. 5), que había sido introducida por el Decreto de 15 de junio de 1934.

El texto articulado y refundido de las Leyes de bases de régimen local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, sigue la línea de la Ley municipal de 10 de julio 1935, con muy escasas referencias a las competencias educativas locales. Entre los fines de la actividad municipal, su art. 101.2.f) menciona genéricamente la «instrucción y cultura», pero el art. 103 en la letra g) solo recoge como servicio municipal obligatorio para los municipios de más de 5000 habitantes los «campos escolares de deporte». También se contempla la competencia de los alcaldes de velar por el cumplimiento de la obligación escolar y de sancionar con multas, en la cuantía autorizada, la falta de asistencia a las escuelas (art. 105)¹³. Por lo que se refiere a las diputaciones provinciales, el art. 243 en la letra j) menciona entre sus competencias la «difusión de la cultura con la creación y sostenimiento de Escuelas Industriales, de Artes y Oficios, de Bellas Artes y de profesiones especiales, Bibliotecas y Academias de enseñanza especializada» [letra j)], así como el «fomento y protección de los campamentos y colonias escolares».

En los años sesenta del siglo xx, la extensión de la enseñanza obligatoria hasta los catorce años por la Ley 27/1964, de 29 de abril, rectificando en este punto las previsiones de la Ley de 17 de julio de 1945 sobre Educación Primaria, que habían propiciado su reducción de nuevo hasta los doce años, volvió a reabrir la cuestión de las construcciones escolares. El Decreto-ley 11/1964, de 2 de julio, posteriormente convertido en la Ley 86/1964, de 16 de diciembre, modificó la Ley de 22 de diciembre de 1953 de construcciones escolares, para reforzar la acción estatal en la materia y disminuir las aportaciones económicas de los ayuntamientos a las construcciones realizadas por el Estado a través de las juntas provinciales de construcciones escolares. Pero quizá lo más importante de esta reforma es la previsión que se introdujo en el art. 23 de la Ley de Construcciones Escolares según la cual «todos los edificios escolares y viviendas para Maestros existentes en el término municipal en donde radiquen las Escuelas Nacionales de Enseñanza Primaria serán de propiedad municipal, si bien no se podrán dedicar a fines distintos a la enseñanza sin previa autorización del Ministerio de Educación Nacional», con lo que se suprimió la histórica diferenciación entre edificios públicos escolares de titularidad estatal y municipal, en función de quién se hubiese hecho cargo de su construcción. A continuación, el art. 24 establecía que «los Ayuntamientos consignarán en sus presupuestos las cantidades necesarias para la conservación, reparación, calefacción, alumbrado y limpieza de los edificios escolares existentes en el término municipal», con la novedad de que «estas cantidades se fijarán conjuntamente por los Ministerios de la Gobernación y Educación Nacional, determinando la cifra por cada unidad escolar y cada vivienda para Maestro». Estas innovaciones se incorporaron poco después a la Ley de enseñanza primaria por una reforma realizada por la Ley 169/1965, de 21 de diciembre, y quedaron recogidas en el texto refundido aprobado por el Decreto 193/1967, de 2 de febrero. Así, el art. 51 de éste dispuso la subrogación de los municipios en todas las acciones y derechos que pudieran corresponder a los organismos que hubiesen financiado la construcción de los edificios públicos escolares que pasaban a la titularidad municipal.

La Ley 14/1970, de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa, que supuso un completo cambio en el sistema educativo español, significativamente apenas contiene referencias a las competencias educativas de las entidades locales. Su art. 55, cuando clasifica los centros docentes en estatales y no estatales, define los primeros como «los creados y sostenidos por la Administración del Estado, sin perjuicio de las aportaciones que obligatoriamente correspondan a las Entidades locales, de acuerdo con la legislación vigente». Ahora bien, la Ley de 22 de diciembre de 1953 de construcciones escolares quedó obsoleta en el nuevo marco legal, que obligó a construir centros escolares de características muy distintas a las precedentes, lo que llevó a la creación del organismo autónomo Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar por el Decreto 260/1971, de 4 de febrero, que sustituyó a la anterior Junta Central de Construcciones Escolares y en cuyas delegaciones provinciales se integraron las

¹³ Las obligaciones de los ayuntamientos en materia de vigilancia del cumplimiento de la asistencia escolar obligatoria fueron concretadas por Decreto de 7 de septiembre de 1954, que, sin embargo, reducía de nuevo la obligatoriedad de la enseñanza primaria de los catorce a los doce años (art. 1), en consonancia con las previsiones de la Ley de 17 de julio de 1945 sobre Educación Primaria (véase sobre todo su art. 18).

juntas provinciales de construcciones escolares¹⁴. Asimismo, el Decreto 2324/1974, de 8 de agosto, reguló específicamente los convenios con las corporaciones locales para construcciones escolares.

3. LAS COMPETENCIAS EDUCATIVAS LOCALES EN LA ACTUAL ETAPA DEMOCRÁTICA

Ya en la actual etapa democrática, el art. 20 de la Ley orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estatuto de centros escolares, se limitó a establecer que «las Corporaciones Locales tendrán, en relación con los centros docentes, las competencias y obligaciones que las leyes les atribuyan». No fue hasta la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, ambas de 1985, cuando el legislador se volvió a ocupar de las competencias educativas locales.

La primera, en su redacción original, establecía en el art. 25.2.n) que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en materia de «participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria» y añadía en su art. 28 que los municipios podían realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas, entre otros, en el ámbito de la educación.

La Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, por su parte, dedica su disposición adicional segunda a las competencias educativas de las entidades locales. El apdo. 1 de dicha disposición establece que las corporaciones locales cooperarán con las administraciones educativas correspondientes en «la creación, construcción y mantenimiento de centros públicos docentes, así como en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria», mientras que el apdo. 2 regula la creación de centros docentes públicos cuyos titulares sean las corporaciones locales, previendo que se realizará por convenio entre éstas y la administración educativa competente.

Más detalladas eran las previsiones de la ya derogada Ley orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, precedente inmediato de las que se recogen en la vigente Ley orgánica de educación. La disposición adicional decimoséptima de aquella recogía tres competencias específicas de las entidades locales en materia de educación: la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros de Educación Infantil de segundo ciclo, primaria o especial, dependientes de las administraciones educativas, que se atribuía al municipio respectivo; la cooperación de los municipios con las administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes; y la posibilidad de que las administraciones educativas estableciesen convenios de colaboración con las corporaciones locales para las enseñanzas de régimen especial, en especial en materia de escuelas de música y danza cuyos estudios no conduzcan a la obtención de títulos con validez académica.

En relación con la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación, hay que reseñar dos matizaciones de interés: por una parte, la regla tradicional de que dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración educativa correspondiente, previéndose que las Administraciones educativas establecerían el procedimiento para el uso de aquellos por la autoridades municipales, fuera del horario lectivo, para actividades educativas, culturales, deportivas u otras de carácter social; por otra parte, la exención a los municipios de la obligación de conservación, mantenimiento y vigilancia cuando el Estado o la comunidad autónoma deba afectar, por necesidades de escolarización, edificios escolares de propiedad municipal para impartir educación secundaria o formación profesional.

Pero, además, la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo contenía a lo largo de su articulado diversas habilitaciones a la Administraciones educativas para la celebración de convenios u otras formas de cooperación con las corporaciones locales que posibilitarían a estas ejercer diversas competencias relacionadas con la educación: desarrollo de la Educación Infantil (art. 11.2); programas específicos de

¹⁴ Más adelante, la Junta se transformó en el organismo autónomo de carácter administrativo «Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Educación y Ciencia», en virtud de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1954/1995, de 1 de diciembre, por el que se determina la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Ciencia, el cual subsiste en la actualidad con la denominación de «Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de Cultura» (disposición final primera del Real Decreto 1601/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura).

garantía social para los alumnos que no alcancen los objetivos de la Educación Secundaria Obligatoria (art. 23.2); educación para adultos (art. 54.3); formación del profesorado [art. 56.4.c)]; impulso de las actividades extraescolares y promoción de la relación entre la programación de los centros y el entorno socioeconómico en que estos desarrollan su labor (art. 57.5), y orientación laboral de los alumnos (art. 60.2). Algunos de estos ámbitos están a medio camino entre la educación y la prestación de servicios sociales, que en aquel momento era una de las materias en que los municipios tenían que ejercer competencias propias –redacción original del art. 25.2.k) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local–.

La última reforma de interés antes de la aprobación de la vigente Ley Orgánica de Educación y de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local es la que introdujo la Ley Orgánica 10/1999, de 21 de abril, en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación. Por una parte, con el fin de hacer efectiva la participación de los municipios en la programación de la enseñanza que contemplaba el art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, se añadió una representación de las entidades locales en el Consejo Escolar del Estado a través de la asociación de ámbito nacional con mayor implantación. Por otra parte, se matizó ligeramente la dicción del apdo. 1 de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación para prever que la cooperación de las corporaciones locales con las administraciones educativas en la creación, construcción y mantenimiento de los centros públicos docentes, así como en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, se hará en los términos que, en su caso, se acuerden con ellas, redacción que sigue vigente en la actualidad.

4. LAS COMPETENCIAS EDUCATIVAS DE LOS MUNICIPIOS EN LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL

4.1. Consideraciones generales

Como es sabido, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local llevó a cabo una profunda revisión de la lista de materias en las que necesariamente la legislación sectorial, estatal o autonómica debe atribuir competencias a los municipios, contenida en el art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local¹⁵. Esa revisión estaba movida por tres objetivos principales: dotar a las materias de la lista de mayor concreción, modernizarlas, tal como se venía reclamando por los gestores locales y la doctrina científica desde hacía tiempo, y eliminar aquellas materias en las que se detectaban las llamadas «competencias impropias» y duplicidades competenciales¹⁶.

El ámbito de la educación es, junto con el de los servicios sociales y la sanidad, uno de los característicos de las «competencias impropias» municipales. En la redacción original de la letra n) del art. 25.2 de la Ley de bases del régimen local se consideraban materias de interés municipal:

- La participación en la programación de la enseñanza, que con la reforma desaparece del precepto.
- La cooperación con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, que se restringe a la cooperación en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes y a la conservación, mantenimiento y vigilancia sólo de los edificios educativos que sean de titularidad local (y siempre que estén destinados a centros públicos de Educación Infantil, primaria o especial).
- La intervención en los órganos de gestión de los centros docentes públicos, que se elimina.
- La participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, que es la única parte del precepto que se mantiene inalterada.

¹⁵ La redacción del primer párrafo del precepto se modificó un poco, pero de manera tan desafortunada que ahora resulta gramaticalmente incoherente: «El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias». «Ejercer» es verbo transitivo que requiere complemento directo y con esta redacción falta dicho complemento; quizás lo que haya querido expresar el legislador es que «el Municipio ejercerá en todo caso competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias». Para un estudio comparativo del régimen de atribución de competencias propias a los municipios antes y después de la reforma, véase Toscano Gil (2014, pp. 288 y ss.), y Alonso Varo (2015, pp. 137 y ss.); sobre el sentido del precepto tras de la reforma, véase Arias Martínez (2015, pp. 25 y ss).

¹⁶ Véase, con distintos matices, Toscano Gil (2014, pp. 295 y ss.); Souvirón Morenilla (2014, p. 83); Miguez Macho (2014, pp. 514 y ss.); Arias Martínez (2015, pp. 2 y ss. del artículo); Bello Paredes (2015, pp. 34 y ss.), y Garrido Juncal (2016, pp. 266 y ss.).

Sorprendentemente, la disposición adicional decimoquinta de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local establece que las normas reguladoras del sistema de financiación de las comunidades autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las comunidades autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se prevén como propias de los municipios en relación con estas materias que la propia reforma considera de interés municipal. Solo puede tratarse de un error, porque es claro que tal previsión carece de sentido¹⁷.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 41/2016, de 3 de marzo, fundamento jurídico 13.e), «la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ha incurrido en una evidente antinomia al imponer a las Comunidades Autónomas obligaciones de signo opuesto cuyo cumplimiento simultáneo resulta imposible: respecto de los mismos servicios, la Comunidad Autónoma está obligada, a la vez, a descentralizar y a centralizar». No obstante, añade el Alto Tribunal que.

no corresponde a la jurisdicción constitucional «pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes» –por todas, SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 8, 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 3 d)–, pero el cumplimiento de la función que le atribuye la Constitución en el art. 161 a) y su Ley Orgánica Reguladora –arts. 2.1 a), 27.1 y 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– exige en este caso la aplicación de cánones ordinarios de interpretación para salvar la antinomia y, con ello, identificar el significado de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local como presupuesto lógico del juicio de constitucionalidad que solicita la Asamblea legislativa de Extremadura (SSTC 14/2013, de 31 de enero, FJ 6, y 66/2013, de 14 de marzo, FJ 4).

La conclusión a la que llega la sentencia, como no podía ser de otra forma, es la prevalencia de la nueva redacción de la letra n) del art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local sobre la disposición adicional decimocuarta de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local¹⁸.

4.2. Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria

Como se ha expuesto en el epígrafe de este trabajo relativo a la evolución histórica de las competencias educativas de las entidades locales, cuando se consolidó la obligatoriedad de la primera enseñanza elemental hasta los doce años por la Ley de 23 de junio de 1909, se hizo recaer en los ayuntamientos la vigilancia del cumplimiento de esta obligación, con una detallada regulación de la manera de hacerla efectiva. A partir de ese momento, también la legislación de régimen local pasó a recoger esta competencia municipal.

Sin embargo, en la actualidad el marco legal de la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria ha cambiado porque ya no se encuentra en la legislación educativa (Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación y Ley Orgánica de Educación) ni tampoco en la legislación de régimen local, más allá de la genérica referencia contenida en el art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, sino en la legislación de protección de los menores, y se enmarca, por consiguiente, en las competencias en materia de servicios sociales de las comunidades autónomas.

Con carácter supletorio, es de aplicación la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 18.2, párrafo cuarto, establece que.

¹⁷ Así lo ha destacado Almeida Cerredá (2015), que habla con toda precisión de que «esto constituye un incontestable supuesto de antinomia normativa» (p. 251).

¹⁸ En concreto, los párrafos finales del fundamento jurídico 13.e) indican que «a la vista de lo dispuesto en el art. 25.2 n) LBRL, de la ausencia de una fecha límite para la articulación de un traspaso y, en general, del tenor de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, cabe interpretar que el legislador básico no ha prohibido que la ley autonómica atribuya aquellas tareas como competencia propia municipal. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas no están obligadas a centralizarlas; antes bien, están obligadas a asegurar que los municipios dispongan “en todo caso” de competencias propias dentro de ellas [art. 25.2 n) LBRL]. No produciendo los efectos que le asigna el recurrente, la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local no puede vulnerar el sistema constitucional de distribución competencial. Corresponde, pues, desestimar la impugnación de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. No obstante, comoquiera que este precepto, aisladamente considerado, podría dar lugar a una lectura contraria al sistema de distribución competencial, se llevará al fallo la interpretación literal y sistemática aquí realizada, que es, de entre las dos en liza, la conforme a la Constitución». En definitiva, como acertadamente resume Carbonell Porrás (2014), «se trata de una muestra más de las deficiencias e incongruencias en que incurre la ley que sólo puede resolverse prescindiendo de esta Disposición adicional» (p. 778).

en particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: [...] g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria.

Previamente, el art. 13.2 dispone que «cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización»¹⁹.

Como se puede observar, la legislación estatal de aplicación supletoria no atribuye ninguna responsabilidad especial a los ayuntamientos en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, sino que se refiere en general a la colaboración de «cualquier persona o autoridad». Por su parte, la legislación autonómica no siempre cumple el mandato de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de atribuir competencias a los ayuntamientos para participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria. Solo nueve de las diecisiete comunidades autónomas tienen previsiones legales en dicho sentido:

- La Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, establece en su art. 10.2 que «la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia colaborará con las administraciones locales y educativas en la adopción de medidas para fomentar la asistencia regular a la escuela y evitar las causas que producen el absentismo y el abandono precoz de la misma» y añade que «para este fin los Ayuntamientos, en colaboración con los Consejos Escolares, elaborarán programas de seguimiento del absentismo y abandono escolar». No se contemplan infracciones administrativas en la materia.
- La Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de Canarias, atribuye en su art. 12.2.h) a los ayuntamientos competencias para «la adopción, en colaboración con los consejos escolares, de las medidas necesarias para garantizar la escolarización obligatoria», lo que se reitera en el art. 19.1.b). Sin embargo, no se atribuyen expresamente competencias sancionadoras a los ayuntamientos en esta materia (art. 116 en relación con el 105.9).
- La Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, atribuye en su art. 84.2.a) a las corporaciones locales la función de «seguimiento de la escolarización, con especial atención a la prevención del absentismo escolar». Las competencias sancionadoras corresponden exclusivamente a la Administración autonómica –art. 102 en relación con el 96.3.e)–.
- La Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, recoge como función de las entidades locales «la adopción, en colaboración con la Administración Educativa, de las medidas necesarias para garantizar la escolarización obligatoria»; como en la Comunidad de Madrid, las entidades locales tienen competencias sancionadoras en la materia –art. 148.1.b) en relación con el 141.h)–.
- La Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, presupone en su art. 25.1 las competencias municipales en la materia cuando señala que «las autoridades y las personas que tengan conocimiento de que un niño, niña o adolescente en edad de educación obligatoria no está escolarizado, o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, deberán ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, en particular de las autoridades educativas, de las entidades locales y del ministerio fiscal, a fin de que adopten las medidas necesarias para su escolarización o, en su caso, su asistencia al centro escolar»; por la previsión genérica del art. 119.1, puede entenderse también que los ayuntamientos poseen competencias sancionadoras en la materia –infracción tipificada en el art. 118.1.b)–.
- La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, establece en el párrafo segundo de su art. 16.3 que «la Consejería competente en materia de educación procurará que los padres o guardadores del menor aseguren su escolarización. Si ello se revelase ineficaz, podrá solicitarse el auxilio de las autoridades municipales, que lo prestarán por medio de las Policías Locales,

¹⁹ El apdo. 1 de la disposición final vigésima primera de ley declara a ambos artículos legislación supletoria de la que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de asistencia social. Además, tienen el carácter de ley ordinaria, en vez de orgánica, de acuerdo con el primer párrafo de la disposición final vigésima tercera.

si fuere necesario». No se atribuyen competencias sancionadoras en la materia a los ayuntamientos –art. 124.2 en relación con el 118.1.b) y c) y el 118.2.d–.

- La Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de Derechos y Garantías de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, prevé en su art. 49, en primer lugar, que la Conselleria competente en materia de educación promoverá, con la participación de las Administraciones locales, la elaboración de un plan marco contra la no escolarización, el absentismo y el abandono escolar; en segundo lugar, que se fomentará la creación en el ámbito local de comisiones de prevención, seguimiento y control del absentismo y abandono escolar y, en tercer lugar, que los servicios psicopedagógicos escolares y departamentos de orientación escolar actuarán de forma coordinada con los departamentos municipales de educación, servicios sociales y juventud y se constituirá la comisión municipal de prevención y control del absentismo escolar. Tampoco se atribuyen competencias sancionadoras a los ayuntamientos en la materia (art. 193 en relación con el 188.4).
- La Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la Atención y los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Islas Baleares, dispone en su art. 40.1 que «las administraciones públicas de las Illes Balears tienen que velar por el cumplimiento de la escolaridad obligatoria en las edades que establezca la legislación educativa vigente. Se tienen que coordinar y emprender las acciones necesarias para fomentar la asistencia regular a los centros de enseñanza, evitar el absentismo escolar y favorecer la integración escolar. Con esta finalidad, la administración educativa tiene que elaborar, con la colaboración de los consejos insulares y los ayuntamientos, programas de prevención, control y seguimiento del absentismo y el abandono escolar». Puede interpretarse que los ayuntamientos tienen competencias sancionadoras en la materia, en virtud del art. 249.2 de dicha ley en relación con el 237.f).
- La Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, señala en el primer párrafo de su art. 19.1 que «los padres, tutores, guardadores o representantes legales de los niños y todas las administraciones públicas están obligados a velar por el cumplimiento de la escolaridad obligatoria con arreglo a la legislación vigente. Con esta finalidad la administración educativa elaborará, en coordinación con las entidades locales, programas de prevención, detección de sus causas e intervención sobre las mismas, atención, control y seguimiento del absentismo y el abandono escolar, así como la creación de recursos alternativos que lo prevengan dentro del sistema educativo». No se atribuyen competencias sancionadoras a los ayuntamientos en la materia –art. 141 en relación con los arts. 131.c) y 132.f)–.

En definitiva, los ayuntamientos han perdido la responsabilidad exclusiva que históricamente tenían en el ámbito que nos ocupa, para pasar a compartirla, en el mejor de los casos, con la Administración autonómica. La manera en que está redactada esta materia competencial en el art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local («participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria») es muy significativa de la evolución descrita, que suscita no pocas dudas sobre que en la actualidad tenga la relevancia suficiente para justificar una referencia expresa en la legislación básica de régimen local.

4.3. Cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes

De manera similar a lo que ha ocurrido con la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, también en relación con las construcciones escolares se ha producido una evolución legislativa que ha ido descargando a los ayuntamientos de responsabilidades en la materia. Hay que recordar que la obligación municipal de dotar de sede a las escuelas de enseñanza pública primaria (y de vivienda a los maestros) tiene un origen muy anterior en el tiempo al del deber de vigilar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria, puesto que se remonta a los albores del Estado liberal en España. Durante el siglo xx, y después de un efímero intento de traspasar al Estado la competencia para la construcción de los edificios escolares que se plasmó en el Real Decreto de 23 de noviembre de 1920 (los ayuntamientos solo tenían que proporcionar el solar y dotarlo de suministro de agua y alcantarillado u otro sistema de eliminación de residuos), se optó por mantener formalmente la obligación municipal, pero con una creciente intervención estatal para suplir las insuficiencias de los ayuntamientos.

Por fin, en 1985, en la redacción inicial de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en su art. 25.2.n), y en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación (disposición adicional segunda, apdo. 1), se le dio la vuelta a la formulación tradicional al presuponerse que la construcción de los centros

docentes públicos corresponde en todo caso a las Administraciones educativas y reducirse la función de los ayuntamientos a la cooperación con aquellas en tal tarea, aunque sin limitarla ya a los centros de Educación Primaria: «Cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos»; «Cooperarán con las Administraciones educativas competentes [...] en la creación, construcción y mantenimiento de los centros públicos docentes». La disposición adicional decimo-séptima, apdo. 3, de la ya derogada Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990 concretó esa cooperación en la «obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes», lo cual se recogió después en la disposición adicional decimoquinta, apdo. 4, de la vigente Ley Orgánica de Educación de 2006, de donde ha pasado también a la actual redacción del art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, tras su reforma por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local²⁰.

Así, después de un largo periplo de setenta años, la responsabilidad de los municipios en materia de construcciones escolares se ha limitado incluso en mayor medida de lo que establecía el Real Decreto de 23 de noviembre de 1920, puesto que ya no se obliga a los ayuntamiento a proporcionar los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos, sino solo a cooperar en su obtención, si bien esta cooperación ahora se refiere a todos los centros docentes públicos y no solo a los de Educación Primaria.

En otro orden de consideraciones, hay que preguntarse si en la regulación de las relaciones interadministrativas que lleva a cabo la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su título III, esta «cooperación» no encajaría más bien en el concepto legal de colaboración interadministrativa. La redacción del apdo. 4 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica de Educación es netamente imperativa («los municipios cooperarán con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos»), lo que parece adecuarse a las previsiones del art. 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público («las Administraciones Públicas deberán: [...] d) Prestar, en el ámbito propio, la asistencia que las otras Administraciones pudieran solicitar para el eficaz ejercicio de sus competencias. e) Cumplir con las obligaciones concretas derivadas del deber de colaboración y las restantes que se establezcan normativamente»), así como del art. 142.c) de aquella, que se refiere al «deber de asistencia y auxilio, para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones para el mejor ejercicio de sus competencias [...]». Por el contrario, la configuración de la cooperación que lleva a cabo el art. 143 de la ley mencionada se basa en la voluntariedad, que aquí no existiría.

En cualquier caso, es cuestionable que la imposición a los municipios de una obligación de colaboración con las Administraciones educativas tan concreta como esta deba figurar en la enunciación de materias sobre las que, necesariamente, la legislación sectorial estatal y autonómica tienen que atribuir competencias propias a estas entidades locales. En rigor, ni siquiera se trata propiamente de una competencia, sino de una obligación legal que se enmarca en el deber genérico de colaboración entre administraciones públicas.

4.4. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria o de Educación Especial

Aunque, como se ha dicho, a lo largo del siglo xx el Estado fue asumiendo progresivamente el protagonismo en la construcción de los centros escolares públicos de Educación Primaria y descargando de esta responsabilidad a los ayuntamientos, nunca se dejó de hacer recaer sobre estos últimos la obligación de la conservación y el mantenimiento de dichos centros, con independencia de quién hubiese construido el edificio y de quién fuese su titular. Es más, en los años sesenta del siglo pasado, el Estado decidió que la titularidad de estos edificios correspondería en todo caso de los municipios, con lo que se eliminó la posibilidad de que los ayuntamientos tuviesen que encargarse de la conservación y el mantenimiento de edificios escolares de titularidad ajena (nueva redacción del art. 23 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, de

²⁰ La Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ha introducido una pequeña matización en la redacción del apdo. 4 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica de Educación –no así en la del art. 25.2.n) de la Ley reguladora de las bases del régimen local–, añadiendo el adjetivo «públicos» a «nuevos centros docentes», aunque no parece que tal precisión fuese muy necesaria, pues el carácter público de los centros docentes a los que se destinan los solares va implícito en el hecho de que vayan a ser construidos por las Administraciones educativas (ya se entiende que estas no se dedican a construir centros docentes de titularidad privada).

Construcciones Escolares, introducida por el Decreto Ley 11/1964, de 2 de julio, posteriormente convertido en la Ley 86/1964, de 16 de diciembre).

La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación de 1985 incluyeron dentro del objeto de la cooperación de los ayuntamientos con las Administraciones educativas el «sostenimiento de los centros docentes públicos» –redacción original del art. 25.2.m) de la primera– o el «mantenimiento de los centros públicos docentes» –disposición adicional segunda, apdo. 1, de la segunda–, pero fue la ya derogada Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990, a través del apdo. 1 de su disposición adicional decimoséptima, la que concretó esa competencia en «la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros de Educación Infantil de segundo ciclo, primaria o especial, dependientes de las administraciones educativas», de acuerdo con la tradición legislativa a la que se ha hecho referencia. Eso sí, como se ha dicho al exponer el contenido de esa ley en relación con las entidades locales, el apdo. 2 de la referida disposición matizaba que cuando el Estado o las comunidades autónomas deban afectar, por necesidades de escolarización, edificios escolares de propiedad municipal en los que se hallen ubicados centros de educación preescolar, educación general básica o Educación Especial dependientes de las Administraciones educativas, para impartir educación secundaria o formación profesional, asumirán, respecto de los mencionados centros, los gastos que los municipios vinieran sufragando, todo ello sin afectar a la titularidad municipal de los edificios.

La vigente Ley Orgánica de Educación de 2006 mantiene las previsiones en esta materia de la Ley Orgánica de Ordenación del Sistema Educativo a través de los apdos. 2 y 3 de su disposición adicional decimoquinta. La única novedad radica en que en el apdo. 3 de la disposición se aquilata todavía más el caso especial en que el Estado o las comunidades autónomas deban afectar edificios escolares de propiedad municipal en los que se hallen ubicados centros de Educación Infantil, de Educación Primaria o de Educación Especial, dependientes de las Administraciones educativas, para impartir educación secundaria o formación profesional. Ahora se distinguen tres supuestos distintos:

- Si en los edificios referidos se deja de impartir Educación Infantil y Educación Primaria o Educación Especial, serán las Administraciones educativas las que asuman los gastos que los municipios vinieran sufragando de acuerdo con las disposiciones vigentes.
- Si se mantienen esas etapas educativas, pero se introduce, además, solo el primer ciclo de la Educación Secundaria Obligatoria, los ayuntamientos conservan sus obligaciones.
- Por último, si se mantiene la impartición de Educación Infantil y primaria o Educación Especial, pero se introduce la Educación Secundaria Obligatoria completa o formación profesional, habrá que celebrar un convenio de colaboración entre las Administraciones implicadas para determinar el reparto de los gastos.

La modificación de la Ley Orgánica de Educación por la Ley Orgánica 3/2020 ha suprimido los ciclos de la Educación Secundaria Obligatoria, que existían desde la creación de esta etapa educativa, por la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990, mediante la derogación del art. 23 bis de aquella, sin cambiar la redacción del apdo. 3 de la disposición adicional decimoquinta. Esto hace que la aplicación en la actualidad de uno de los tres supuestos que este último precepto recoge –el que hace referencia a la impartición en los edificios escolares de titularidad municipal del primer ciclo de la Educación Secundaria Obligatoria– se haya vuelto problemática. Son posibles dos interpretaciones: que la referencia a ese primer ciclo deba entenderse hecho ahora a los cursos que abarcaba (primero y segundo de Educación Secundaria Obligatoria) o bien que, al no existir ya ciclos, el supuesto haya quedado implícitamente derogado y deba reconducirse al general de mantenimiento simultáneo en el mismo edificio de la impartición de Educación Infantil y Primaria o Educación Especial y de Educación Secundaria Obligatoria. Las consecuencias de optar por una interpretación u otra son muy relevantes, porque la primera implica hacer recaer íntegramente en los ayuntamientos la obligación de conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios, mientras que la segunda conlleva que tenga que suscribirse un convenio de colaboración entre la Administración educativa y la municipal para repartir los gastos.

De mayor trascendencia todavía es la innovación introducida por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, al precisar en el segundo inciso del art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que la materia relativa a la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria o de Educación Especial sobre la que ejercerán competencias propias los municipios se refiere únicamente a aquellos edificios escolares de titularidad local (es decir, en este contexto, municipal). Como se ha

adelantado en la introducción a este trabajo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha sentado a través de la Sentencia 1377/2021, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4445), la doctrina de que la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ha modificado implícitamente la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica de Educación de 2006, que no tiene carácter de ley orgánica ni básica (párrafo 6 del fundamento de derecho tercero), de tal suerte que, cuando dice que «la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al municipio respectivo», ha de entenderse que se refiere solamente a aquellos casos en que los edificios son de titularidad municipal (párrafo 7 del mismo fundamento de derecho)²¹.

Esto, a su vez, plantea la cuestión de si el legislador autonómico podría volver a extender esta obligación a todos los edificios destinados a centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria o de Educación Especial, con independencia de su titularidad. De acuerdo con la sentencia, ante una norma de este tenor habría que estudiar

si debe interpretarse conforme a la LOE tras la reforma de la LRBRL o si es de desarrollo de la norma básica o si atribuye a los municipios una «materia» y además «distinta» de las previstas en el art. 25.2 de la LRBRL; también la aplicación según el régimen transitorio que regula o si la Comunidad Autónoma delega esa competencia que implica una obligación de gasto para atribuírselo a los municipios, que lo asumirían con sujeción a las reglas de los arts. 7.3 y 4 y 27 de la LRBRL (párrafo 11 del fundamento de derecho tercero)²².

4.5. Las competencias relacionadas con la educación delegables en los municipios

La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 incluyó en la nueva regulación de la delegación de competencias del Estado y de las comunidades autónomas en los municipios que recoge el art. 27 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local un apdo. 3 con una lista meramente ejemplificativa de competencias que podrían ser objeto de delegación, siguiendo criterios homogéneos, «con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos». Dentro de esas competencias hay cuatro que atañen al ámbito educativo:

- e) Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil.
- f) Realización de actividades complementarias en los centros docentes.
- h) Gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo.
- o) Cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Su análisis pormenorizado suscita bastantes perplejidades (véase Cuesta Revilla, 2014, pp. 113 y ss.). Empezando por la primera de ellas, hay que tener en cuenta que la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación prevé la posibilidad de creación de centros docentes públicos cuyos titulares sean las corporaciones locales, por convenio entre estas y la Administración educativa competente, por lo que no parece necesaria una delegación de competencias para que un ayuntamiento pueda crear una escuela de Educación Infantil de su titularidad –no una escuela infantil de educación, como dice erróneamente el art. 27.3.e) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local–. Cosa distinta sería trasladar a los ayuntamientos el mantenimiento y la gestión de escuelas de Educación Infantil de titularidad de otras Administraciones públicas, pero en este caso surge la duda de si haría falta realmente

²¹ Concluye Gallego Alcalá (2022) que, como consecuencia de la doctrina sentada por la sentencia, «la Intervención General Municipal, dentro de su función de fiscalización de obligaciones económicas, emitiría reparo respecto de aquellas facturas relativas a obras de conservación y mantenimiento en centros educativos que no son titularidad municipal, y donde se están prestando servicios públicos educativos por parte de la Comunidad Autónoma» (p. 5 del artículo).

²² Sobre esta posibilidad de ampliación de las competencias propias municipales a través de la legislación sectorial autonómica después de la reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, véase Navarro Rodríguez y Zafra Víctor (2014, pp. 56 y ss.); Zoco Zabala (2015, pp. 125 y ss.). Sobre la posición del Tribunal Constitucional al respecto, véase Barrero Rodríguez (2017, pp. 19-20).

una delegación de competencias o bastaría una encomienda de gestión. Ello dependerá de si se entiende que se cumple o no la condición impuesta a esta última figura por el art. 11.1, párrafo primero, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando dice que para que una encomienda de gestión se pueda llevar a cabo tiene que suceder que «entre sus competencias [las de la Administración que recibe la encomienda] estén esas actividades».

En relación con el primer ciclo de la Educación Infantil (de cero a tres años), el art. 15.1 de la Ley Orgánica de Educación hace referencia expresa a la celebración de convenios con las corporaciones locales, con el objetivo de incrementar progresivamente la oferta de plazas públicas para atender todas las solicitudes de escolarización de la población infantil de esa edad. Para entender esta previsión, debe tenerse en cuenta que el primer ciclo de la Educación Infantil no se suele incluir en los centros que imparten los demás niveles educativos y que cumple una función predominante de recurso para la conciliación de la vida familiar con la laboral. Esto lo convierte en un servicio a la vez social y educativo, y aunque la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local redujo el ámbito de los servicios sociales como materia de interés municipal a la «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social» –redacción actual de la letra e) del art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local–, las leyes de servicios sociales de las comunidades autónomas anteriores a la reforma siguen atribuyendo amplias competencias a los municipios en la materia. A ello ha vuelto a contribuir también el propio legislador estatal mediante el Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, que ha añadido a la lista del art. 25.2 o) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local como nueva materia de interés municipal las «actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres», en las que se pueden entender comprendidas también las medidas de conciliación relacionadas con la maternidad. En definitiva, no es posible afirmar categóricamente que el primer ciclo de la Educación Infantil quede fuera del ámbito de competencias propias de los municipios.

Por lo que se refiere a la realización de actividades complementarias en los centros docentes, no es fácil determinar cuál sería el objeto de la delegación en este caso. Si lo que se pretende es facilitar que los ayuntamientos cooperen en la realización de este tipo de actividades, que ni siquiera están definidas claramente ni en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de la Educación ni en la Ley Orgánica de Educación, más que una delegación de competencia lo que se debería prever es la celebración de convenios de cooperación entre las Administraciones educativas y las entidades locales con esa finalidad, en el marco de lo previsto por el art. 1, letra p), de la Ley Orgánica de Educación, que consagra como uno de los principios del sistema educativo español la «cooperación y colaboración de las Administraciones educativas con las corporaciones locales en la planificación e implementación de la política educativa».

En cuanto a la gestión de las instalaciones deportivas situadas en los centros docentes (se entiende que de titularidad de otras Administraciones públicas) cuando se usen fuera del horario lectivo, tampoco parece que la delegación de competencias sea la figura adecuada para trasladarla a los ayuntamientos. Si de mera gestión se trata, lo que procedería es una encomienda de gestión, articulada a través del oportuno convenio –art. 11.3.b) de la Ley de régimen jurídico del sector público–, para la cual no habría ningún obstáculo, porque una de las materias de interés municipal en la que los ayuntamientos deben ejercer competencias propias es justamente la «promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre» –art. 25.2.l) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local–. Además, la Ley Orgánica de Educación prevé expresamente en el apdo. 7 de su disposición adicional decimoquinta que «las Administraciones educativas, deportivas y municipales, colaborarán para el establecimiento de procedimientos que permitan el doble uso de las instalaciones deportivas pertenecientes a los centros docentes o a los municipios».

Por último, tampoco parece que deba ser objeto de delegación la «cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia». Nuevamente nos hallamos ante un supuesto de cooperación interadministrativa que no necesita de ninguna delegación de competencias, sino de la celebración de los oportunos convenios con la administración educativa y la Universidad Nacional de Educación a Distancia en relación con aquellas cuestiones o ámbitos vinculados a las competencias municipales²³.

²³ Sobre los convenios con la Universidad Nacional de Educación a Distancia anteriores a la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la disposición adicional novena de esta señala en su apdo. 2 que «la adaptación a las previsiones de esta Ley de los instrumentos de cooperación suscritos por las Entidades Locales para el funcionamiento de Centros

5. OTRAS COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES RELACIONADAS CON LA EDUCACIÓN

5.1. Competencias atribuidas por la legislación educativa

Si bien la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, tras su reforma de 2013, solo obliga a atribuir competencias propias a los municipios en los tres ámbitos relacionados con la educación que ya se han estudiado en este trabajo (participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, cooperación con las administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes y conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria o de Educación Especial), lo cierto es que la legislación educativa vigente contiene atribuciones competenciales a los municipios y, en general, a las entidades locales que van más allá de esas previsiones²⁴.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, aunque la reforma haya suprimido del art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local las referencias a «participar en la programación de la enseñanza» e «intervenir en sus órganos de gestión [los de los centros docentes públicos]», la legislación educativa mantiene las concreciones de ambas competencias. En lo que respecta a la primera, las entidades locales forman parte del Consejo Escolar del Estado, «órgano de ámbito nacional para la participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza y de asesoramiento respecto de los proyectos de ley o reglamentos que hayan de ser propuestos o dictados por el Gobierno» (art. 30 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación), a través de la asociación de ámbito nacional con mayor implantación –art. 31.1.i) de la misma ley–. En lo que atañe a la segunda, es preceptiva la presencia de un representante del ayuntamiento en los consejos escolares, tanto de los centros docentes públicos –art. 126.1.c) de la Ley orgánica de educación– como de los privados concertados (art. 56.1 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación). Asimismo, el art. 86 de la Ley Orgánica de Educación prevé en su apdo. 1 la audiencia a las Administraciones locales en la determinación de las áreas de influencia de los centros públicos y privados concertados, y en su apdo. 2 establece que en las comisiones u órganos de garantía de admisión que constituyan las Administraciones educativas habrá una representación de la Administración local.

A la vista de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1377/2021, de 25 de noviembre, que en el caso de la discrepancia entre la nueva redacción del art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y la disposición adicional decimoquinta, apdo. 2, de la Ley Orgánica de Educación sobre qué centros docentes son objeto de la competencia municipal relativa a su conservación, mantenimiento y vigilancia –si solo los de titularidad local o todos ellos–, ha optado por entender implícitamente derogadas las previsiones de la legislación educativa, y cabría preguntarse si se debería acoger idéntica solución para el caso que ahora nos ocupa. Sin embargo, hay una importante diferencia entre ambos supuestos: la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica de Educación no tiene carácter orgánico, de acuerdo con la disposición final séptima de dicha ley, por lo que puede ser total o parcialmente derogada por una ley ordinaria como la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, mientras que los arts. 31.1, 56.1 y 86 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación y el art. 126.1 de la Ley Orgánica de Educación, en cambio, sí poseen tal carácter, con lo que son inmunes a las previsiones de la leyes ordinarias. En consecuencia, hay que concluir que la supresión de las referencias

Asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia deberá realizarse en el plazo de tres años desde su entrada en vigor. Durante el plazo de adaptación de los instrumentos de cooperación, la financiación de las Administraciones locales a los centros asociados no se extenderá a los servicios académicos que se presten a los alumnos matriculados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley». Por su contenido, se trata en realidad de una disposición de carácter transitorio, pero, además, incluye en su segundo inciso lo que Cuesta Revilla (2014) califica como «una singular advertencia» (p. 114), de la que se deduce que la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local entiende incompatible con sus previsiones que las entidades locales subvencionen los servicios académicos que prestan esos centros a los alumnos matriculados con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

²⁴ Como advierte García Maties (2015), «la LRSAL no deroga las competencias atribuidas mediante ley, por el Estado y las CC.AA., con anterioridad a su vigencia. Si bien, ahora, aquellas competencias que no figuran en el listado del art. 25.2, ya no forman parte del contenido mínimo de las competencias y por tanto pueden no atribuirse competencias en esas materias» (p. 121; más en extenso en pp. 124 y ss.). Por lo demás, estas atribuciones competenciales a los municipios más allá de las materias recogidas en el art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local se siguen produciendo también en muchos otros ámbitos sectoriales, y no solo por parte del legislador autonómico, sino también del estatal, pese a las pretensiones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Véanse al respecto los ejemplos que menciona Alonso Varo (2015, pp. 145-146).

del art. 25.2.n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local a la participación de los municipios en la programación de la enseñanza y a su intervención en los órganos de gestión de los centros docentes públicos ha sido inocua, al no haberse eliminado su plasmación en la legislación orgánica educativa (así lo defiende Almeida Cerredá, 2015, p. 249).

Con carácter general, el art. 8 de la Ley Orgánica de Educación establece en su apdo. 1 que «las Administraciones educativas y las Corporaciones locales coordinarán sus actuaciones, cada una en el ámbito de sus competencias, para lograr una mayor eficacia de los recursos destinados a la educación y contribuir a los fines establecidos en esta Ley» y añade en su apdo. 3 que las comunidades autónomas pueden convenir la delegación de competencias de gestión de determinados servicios educativos en los municipios o agrupaciones de municipios que se configuren al efecto, a fin de propiciar una mayor eficacia, coordinación y control social en el uso de los recursos. Esta última habilitación tiene un carácter más amplio que las previsiones ya analizadas del art. 27.3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local sobre competencias delegables en los municipios en relación con la educación. A lo anterior hay que añadir que el apdo. 1 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica de Educación señala que las Administraciones educativas podrán establecer procedimientos e instrumentos para favorecer y estimular la gestión conjunta con las Administraciones locales y la colaboración entre centros educativos y Administraciones públicas, contemplando el establecimiento de procedimientos de consulta y colaboración con las federaciones o agrupaciones más representativas de aquellas.

Además, la Ley Orgánica de Educación contiene diversos preceptos que aluden a la cooperación entre las Administraciones educativas y las entidades locales en ámbitos concretos relacionados con la educación y que suponen un reconocimiento de la participación de éstas últimas en el ejercicio de las competencias de las primeras:

- El art. 15.1, ya citado al tratar del primer ciclo de la Educación Infantil, prevé que las Administraciones públicas incrementarán progresivamente la oferta de plazas públicas en dicha etapa educativa con el fin de atender todas las solicitudes de escolarización de la población infantil de cero a tres años y, para tal fin, coordinarán las políticas de cooperación entre ellas y con otras entidades, y determinarán las condiciones en las que podrán establecerse convenios con las corporaciones locales, otras Administraciones y entidades privadas sin fines de lucro.
- El art. 30.1 dispone que las Administraciones educativas promoverán la cooperación y participación de agentes sociales del entorno, otras instituciones y entidades, especialmente las corporaciones locales, las asociaciones profesionales, las organizaciones no gubernamentales y otras entidades empresariales y sindicales, para el desarrollo de los programas de los ciclos formativos de grado básico de la formación profesional.
- El art. 66 prevé en su apdo. 2 que, en el ámbito de la educación de personas adultas, las Administraciones educativas podrán colaborar con otras Administraciones públicas con competencias en la formación de adultos y, en especial, con la Administración laboral, así como con las corporaciones locales y los diversos agentes sociales, añadiendo el apdo. 3 que las Administraciones educativas podrán promover convenios de colaboración para la enseñanza de personas adultas con las universidades, corporaciones locales y otras entidades públicas o privadas.
- El art. 81.2 dispone que en aquellos centros escolares, zonas geográficas o entornos sociales en los cuales exista concentración de alumnado en situación de vulnerabilidad socioeducativa, las Administraciones educativas desarrollarán iniciativas para compensar esta situación, a cuyo fin se podrán establecer actuaciones socioeducativas conjuntas con las Administraciones locales y entidades sociales, incluyendo una especial atención a la oferta educativa extraescolar y de ocio educativo, así como acciones de acompañamiento y tutorización con el alumnado que se encuentre en esta situación y con sus familias.
- El 113.5 habilita a los centros educativos a llegar a acuerdos con los municipios respectivos para el uso de bibliotecas municipales con las finalidades previstas en el artículo.
- El apdo. 5 de la disposición adicional decimoquinta prevé que las Administraciones educativas podrán establecer convenios de colaboración con las corporaciones locales para las enseñanzas artísticas. Dichos convenios podrán contemplar una colaboración específica en escuelas de enseñanzas artísticas cuyos estudios no conduzcan a la obtención de títulos con validez académica.
- El apdo. 6 de la misma disposición adicional ordena a las Administraciones educativas establecer el procedimiento para el uso de los centros docentes dependientes de ellas por parte de las autoridades municipales, fuera del horario lectivo, para actividades educativas, culturales, deportivas u otras

de carácter social, uso que quedará únicamente sujeto a las necesidades derivadas de la programación de las actividades de dichos centros.

- El apdo. 7 de la referida disposición adicional establece que las Administraciones educativas, deportivas y municipales colaborarán para el establecimiento de procedimientos que permitan el doble uso de las instalaciones deportivas pertenecientes a los centros docentes o a los municipios.

5.2. La prestación por las entidades locales de servicios complementarios relacionados con la educación

Al margen de las previsiones de la legislación orgánica educativa, las entidades locales prestan también en algunos casos servicios complementarios relacionados con la educación, como son los de transporte y comedor.

La Ley Orgánica de Educación solo se refiere a estos servicios cuando se ocupa de los centros educativos en el ámbito rural. En concreto, en su art. 82.2, párrafo segundo, prevé que «en la educación básica, en aquellas zonas rurales en que se considere aconsejable, se podrá escolarizar a los niños en un municipio próximo al de su residencia para garantizar la calidad de la enseñanza. En este supuesto las Administraciones educativas prestarán de forma gratuita los servicios escolares de transporte y, en su caso, comedor e internado». Fuera de este caso, la legislación orgánica educativa no impone a las Administraciones educativas la obligación de prestar los servicios de transporte y comedor.

Con carácter general, la prestación del servicio de transporte, cuando resulta necesario por la distancia del domicilio de los alumnos al centro docente, se configura como un instrumento necesario para hacer efectivo el derecho constitucional a la enseñanza básica obligatoria y gratuita, por lo que debería ser una obligación de las Administraciones educativas. Por su parte, el servicio de comedor puede tener carácter complementario del servicio de transporte, en cuyo caso deberían hacerse cargo de él también las Administraciones educativas, tal como prevé el citado art. 82.2 de la Ley Orgánica de Educación, pero presenta también una dimensión adicional como instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar que lo aproxima a los servicios de carácter social.

Antes de la reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la prestación de estos servicios por los ayuntamientos tenía cobertura en el art. 28 de la primera, que habilitaba a los municipios para realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas en relación con la educación, entre otras materias. Una vez derogada la redacción original del precepto mencionado, la prestación por las entidades locales de los servicios que nos ocupan debería sujetarse a las previsiones del art. 7.4 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Sin embargo, son precisas dos matizaciones: por una parte, los municipios que los viniesen prestando con anterioridad a la entrada en vigor de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local podrán seguirlo haciendo en los términos que establezca la normativa autonómica de desarrollo de esta; por otra parte, es posible que existan habilitaciones en la normativa educativa autonómica que permitan a las entidades locales prestar estos servicios.

6. LOS CENTROS DOCENTES DE TITULARIDAD DE LAS ENTIDADES LOCALES

Para terminar con este análisis de las competencias educativas de las entidades locales, no se puede dejar de hacer una referencia a la posibilidad de que estas sean titulares de centros docentes, lo cual, obviamente, no es lo mismo que sean propietarias de los edificios en los que se ubican centros de titularidad de las Administraciones educativas.

Como ya se ha destacado en el epígrafe de este trabajo dedicado a las competencias educativas locales en la actual etapa democrática, la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación de 1985 regula la creación de centros docentes públicos de titularidad de las corporaciones locales por convenio entre éstas y la Administración educativa competente. El precepto añade que estos centros se someterán, en todo caso, a lo establecido en el título III de la propia Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, relativo a los órganos de gobierno de los centros públicos, hoy sustituido por los capítulos III y IV del título V de la Ley Orgánica de Educación, y que las funciones que en el citado título competen a la Administración educativa correspondiente, en relación con el nombramiento y cese del director y del equipo directivo, se entenderán referidas al titular público promotor.

Por consiguiente, existe una habilitación legal expresa, al margen de las previsiones de la legislación de régimen local, para que las entidades locales puedan ser titulares de centros docentes, que tendrán carácter público, conforme al art. 108.2 de la Ley Orgánica de Educación, pero no dependerán de las Administraciones educativas. De acuerdo con la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, los órganos de gobierno de este tipo de centros son los mismos que los de los centros que son de titularidad de las Administraciones educativas, si bien el nombramiento y cese del equipo directivo corresponderá a la entidad local titular. El personal lo será de la entidad local titular y no de la Administración educativa, y será aquella y no esta la que se tenga que hacer cargo de todos los gastos que conlleve el funcionamiento del centro.

Ahora bien, pese a ser de titularidad pública, hay que entender que estos centros no estarán sujetos a las previsiones constitucionales sobre la gratuidad de la enseñanza básica obligatoria, ya que son las Administraciones educativas las que tienen que garantizar dicha gratuidad y no las entidades locales, que podrán así establecer las tarifas que consideren oportunas por la prestación del servicio, de acuerdo con las reglas generales sobre fijación de las tarifas de los servicios que prestan. Lo que no parece posible con la legislación vigente es que estos centros accedan al régimen ordinario de concierto con la Administración educativa, dado que este se reserva a los centros privados, tal como se desprende los arts. 108.3 y 116.1 de la Ley Orgánica de Educación, sin perjuicio de otras formas de cooperación con las Administraciones educativas, que cabrá articular a través de los oportunos convenios.

CONCLUSIONES

La historia de las competencias educativas de las entidades locales en España es el relato de un declive continuado, desde el protagonismo que se les otorgó en los orígenes del Estado liberal para la implantación del servicio público de la Educación Primaria y Secundaria hasta la progresiva asunción de las responsabilidades en la materia por la Administración del Estado a lo largo del siglo xx, provocada por la evidencia de que la crónica insuficiencia financiera de las corporaciones locales era incompatible con la prestación del servicio con la extensión y la calidad exigibles. El último episodio de ese retroceso en el protagonismo local en la educación ha sido la reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local llevada a cabo hace diez años por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que ha limitado las materias relacionadas con este ámbito en las que la legislación sectorial necesariamente debe atribuir competencias propias a los municipios.

Ahora bien, si de lo que se trataba con la revisión de la lista de materias de interés municipal del art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local era de dotarlas de una mayor concreción, modernizarlas y eliminar aquellas materias en las que se detectaban las llamadas «competencias impropias» y duplicidades competenciales, el estudio realizado muestra que, en el caso de las competencias educativas de las entidades locales, el resultado ha sido un tanto paradójico. En la letra n) del precepto se han dejado tres materias que, en realidad, son obligaciones que se les imponen a los municipios. En de dos ellas, históricamente la intervención municipal ha sido muy relevante, pero hoy se ha vuelto anecdótica («participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes»), mientras que en relación con la tercera («la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación Infantil, de educación primaria o de educación especial») lo que se ha hecho es restringir el alcance de la competencia municipal, que queda circunscrita a los edificios de titularidad local, tal como ha ratificado la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En cambio, se han suprimido de precepto otras dos materias («participar en la programación de la enseñanza» e «intervenir en sus órganos de gestión [de los centros docentes públicos]»), que carecen de contenido obligacional y que ni siquiera suponen gasto para las haciendas locales (ni implican duplicidad alguna), por lo que no entiende bien el motivo de su eliminación.

Además, la reforma no ha atenuado la desconexión que ya se producía entre la legislación de régimen local y la legislación educativa, sino que más bien la ha acentuado por la supresión de la cláusula del art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que habilitaba a los municipios para realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas en relación con la educación, entre otras materias. El art. 25.2.n) de aquella ni antes ni después de su modificación por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local da una idea clara de las competencias que

realmente ejercen las entidades locales y, en especial, los municipios, en materia educativa²⁵. Y hablar en este caso de «competencias impropias» resulta poco adecuado porque es la propia legislación educativa la que contiene amplios llamamientos a la colaboración y cooperación de las entidades locales con las Administraciones educativas y hasta una habilitación expresa que permite a aquellas ser titulares de centros docentes²⁶.

Así las cosas, lo que debería haber quedado recogido en la letra n) del art. 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local es justamente lo que se ha eliminado («participar en la programación de la enseñanza» e «intervenir en sus órganos de gestión [de los centros docentes públicos]») para garantizar la participación de la comunidad local en la definición de la política educativa y en la gestión de la educación financiada con fondos públicos. Por el contrario, no parece que en la actualidad tenga sentido que la legislación de régimen local siga obligando a los ayuntamientos a «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria», una cuestión que ha pasado a formar parte del ámbito de los servicios sociales de protección de los menores de competencia autonómica, a «cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes», cuando en este punto lo relevante son las reservas de suelo para este tipo de dotaciones que prevé la legislación urbanística, y mucho menos a asumir «la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial», dado que esos centros son de titularidad de las Administraciones educativas, que deberían encargarse también íntegramente de su sostenimiento. Finalmente, sería conveniente incorporar al precepto una genérica invocación a la colaboración y cooperación municipal con las Administraciones educativas que contempla la legislación en la materia y que hace innecesarias las previsiones sobre delegación de competencias a los municipios en ámbitos relacionados con la educación que se han introducido en el art. 27.3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida Cerredá, M. (2015). El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales. *Revista de d'Estudis Autonòmics i Federals*, (22), 219-263.
- Alonso Varo, J. (2015). La función de la legislación básica en la determinación de las competencias municipales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (3), 129-152. <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i3.10244>
- Arias Martínez, M.^a A. (2015). La puesta a examen de las competencias municipales en un contexto de crisis: del Pacto Local a la recentralización competencial. *Revista General de Derecho Administrativo*, (40). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416635
- Barrero Rodríguez, C. (2017). La Ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios? *Revista Española de Derecho Administrativo*, (184), 41-73.
- Bello Paredes, S. A. (2015). Las competencias locales: balance de situación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (extraordinario, enero 2015), 27-46. <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0iExtra.10219>
- Capitán Díaz, A. (1994). *Historia de la educación en España II. Pedagogía Contemporánea*. Dykinson.

²⁵ En definitiva, en el ámbito estudiado se constata lo que ya en 2017 señalaba Barrero Rodríguez, es decir, que «si el objetivo de toda Ley es transformar la realidad existente, si el fin concretamente buscado por la LRSAL era “que para una gran parte de nuestros municipios la situación”, tras su aprobación, fuera “sustancialmente distinta a la que venían desarrollando con anterioridad”; esta norma, a punto de cumplirse el tercer aniversario de su promulgación, puede considerarse ya una disposición en buena medida fallida» (p. 23). Y cumplidos los diez años de aprobación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, Carbonell Porras (2023) concluye de una manera todavía más terminante que «de lo anterior, puede deducirse que poco de lo pretendido por la reforma de 2013 ha sido materializado: los municipios han mantenido en todo momento las competencias que ejercían con anterioridad y no parece que se haya limitado el ejercicio de otras actividades. Y esto debería ser un toque de atención al legislador ante reformas no suficientemente meditadas, con deficiente calidad técnica y que suscitan el rechazo generalizado» (pp. 18-19). Para otra valoración de los resultados de la reforma, véase Jaramillo Fernández (2020).

²⁶ Para una crítica en profundidad del concepto de *competencias impropias* y su confusión con la participación de las entidades locales en las competencias de otras Administraciones públicas, véase Miguez Macho (2014, pp. 522 y ss.). Como aclara Velasco Caballero (2015, p. 33), «[...] normalmente toda actividad local tiene algún respaldo en una ley sectorial, estatal o autonómica. Es cierto que, con frecuencia, ese respaldo legal no tiene la formalidad y claridad o precisión propia de una atribución competencial. Pero esto es fácilmente explicable en un contexto (el anterior a la LRSAL) en el que las leyes implícitamente asumían la facultad general de actuación local (sobre todo en ámbitos prestacionales y subvencionales) y concentraban su regulación en la fijación de parámetros normativos imperativos sobre esa posible actuación local».

- Carbonell Porras, E. (2014). Sobre la reforma local y las competencias municipales propias. *Revista Vasca de Administración Pública*, (99-100), 765-781. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.032>
- Carbonell Porras, E. (2023). Las competencias locales diez años después de la LRSAL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 8-28. <https://doi.org/10.24965/reala.11192>
- Cuesta Revilla, J. (2014). Las competencias municipales: una aproximación a su nuevo régimen jurídico. *Cuadernos de Derecho Local*, (34), 98-125.
- Gallego Alcalá, J. D. (2022). Alcance de las competencias propias locales en materia de educación tras la sentencia 1377/2021, de 21 de octubre del Tribunal Supremo. Especial incidencia de la conservación y mantenimiento en centros públicos educativos carentes de titularidad local. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (3).
- García Maties, R. (2015). Las competencias municipales, tras la reforma operada por la Ley 27/2013. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (3), 115-128. <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i3.10243>
- Garrido Juncal, A. (2016). Competencias y servicios públicos locales: el nuevo panorama en España tras la LRSAL. *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 25(extra), 215-228. <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/3346>
- Gil de Zárate, A. (1995). *De la instrucción pública en España* [edición facsímil íntegra más índice onomástico, obra original publicada en 1855]. Pentalfa Ediciones.
- Gómez Moreno, Á. (2007). El Reglamento General de Instrucción Pública de 1821: filosofía, análisis y valoración crítica. *Anuario de Pedagogía*, (9), 161-176.
- Jaramillo Fernández, M. (2020). Propaganda y realidad de la LRSAL. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (5).
- Miguez Macho, L. (2014). Las competencias locales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, 1(47), 513-548. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/2410>
- Navarro Rodríguez, P. y Zafrá Víctor, M. (2014). El pretendido blindaje autonómico de competencias municipales tras la reforma de la Administración Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (2), 49-62. <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10192>
- Souvirón Morenilla, J. M. (2014). Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico. *Cuadernos de Derecho Local*, (34), 80-97.
- Toscano Gil, F. (2014). El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (165), 285-320.
- Velasco Caballero, F. (2015). Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. *Anuario de Derecho Municipal*, (8), 22-53.
- Viñao Frago, A. (1994a). Implantación del sistema educativo liberal. El plan Pidal de 1845. En B. Delgado Criado (coord.), *Historia de la educación en España y América* [vol. 3, La educación en la España contemporánea (1789-1975)] (pp. 58-66). Ediciones Morata.
- Viñao Frago, A. (1994b). El sexenio democrático (1868-1874). En B. Delgado Criado (coord.), *Historia de la educación en España y América* [vol. 3, La educación en la España contemporánea (1789-1975)] (pp. 265-270). Ediciones Morata.
- Zoco Zabala, C. (2015). Articulación autonómica de las competencias locales tras la LRSAL: hacia una autonomía local como derecho. *Revista Vasca de Administración Pública*, (102), 107-138. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.102.2015.02>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 08-10-2023
Modificado: 10-01-2024
Aceptado: 11-01-2024
Prepublicado: 05-02-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11275>
Páginas: 55-73

Referencia: González Ríos, I. (2024). La aplicación del derecho de la Unión Europea sobre transición energética por las comunidades autónomas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 55-73. <https://doi.org/10.24965/reala.11275>

La aplicación del derecho de la Unión Europea sobre transición energética por las comunidades autónomas¹

The implementation of European Union law on energy transition by the autonomous regions

González Ríos, Isabel

Universidad de Málaga. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8833-6427>

isa_gonzalez@uma.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Especialista en el régimen jurídico de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética, en servicios de interés general y colectivos vulnerables, Administración local y digitalización de servicios públicos. Investigadora principal de proyectos nacionales, autonómicos y locales sobre transición energética y servicios de interés general.

RESUMEN

Objetivos: este artículo tiene como objetivo verificar cómo se está cumpliendo el derecho comunitario sobre transición energética por las comunidades autónomas (CC.AA.). **Metodología:** exposición de las obligaciones que impone la UE para cambiar el modelo energético; revisión de la jurisprudencia del TC sobre el cumplimiento del derecho comunitario y los títulos competenciales que habilitan a las CC. AA para esa transformación energética, para concluir con el análisis del marco normativo aprobado por el Estado y las regiones. **Resultados:** clarificación y sistematización del marco legal para la transición energética; las aportaciones del TC respecto a la distribución de competencias en dicha materia, y la concreción de los sectores implicados y los instrumentos de intervención más relevantes de que disponen las CC.AA. **Conclusiones:** corresponsabilidad estatal y autonómica en la aplicación del derecho comunitario para la transición energética; la necesidad de realizar una actuación coordinada, leal y eficiente, y la exigencia de un impulso más decidido en el uso de las energías renovables y la eficiencia energética por todas las regiones.

PALABRAS CLAVE

Transición energética; cambio climático; competencias en energía.

ABSTRACT

Objectives: The objective of this article is to verify how the community law on energy transition is being complied with by the autonomous regions. **Methodology:** The methodology used starts from exposing the obligations imposed by the EU to change the energy model, the jurisprudence of the Constitutional Court on compliance with the community law and the competency titles that enable the autonomous regions for this energy transformation; to conclude with the analysis of the regulatory framework approved by the

¹ Esta publicación es parte del proyecto de investigación de excelencia PID2021-124031NB-C42, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

State and the regions. **Results:** The main results of this research are the clarification and systematization of the legal framework for the energy transition; the contributions of the Constitutional Court regarding the distribution of competences in this area; and the specification of the sectors involved and the most relevant intervention instruments available to the Autonomous Communities. **Conclusions:** We can summarize the main conclusions in the state and regional co-responsibility in the application of community law for the energy transition; the need for coordinated, loyal and efficient action; and the demand for a more decisive push in the use of renewable energies and energy efficiency by all regions.

KEYWORDS

Energy transition; climate change; distribution of competences in energy.

SUMARIO

1. LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EN LA UNIÓN EUROPEA. 2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE SOBRE TRANSICIÓN ENERGÉTICA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 3. COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA: EN ESPECIAL LAS AUTÓNOMICAS. 4. MARCO NORMATIVO ESTATAL Y AUTÓNOMICO: EL PASO DE UNA REGULACIÓN DESENFOCADA A OTRA ENFOCADA EN EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA. 5. ORDENACIÓN Y CONTROL AUTÓNOMICO DE LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA. 6. INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS DE IMPULSO PARA LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA. 6.1. EL AUTOCONSUMO/AUTOPRODUCCIÓN. 6.2. INSTALACIONES DE CALEFACCIÓN, REFRIGERACIÓN Y OTRAS A PARTIR DE ENERGÍAS RENOVABLES. 6.3. EL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN. 6.4. LA RENOVACIÓN DEL ALUMBRADO EXTERIOR POR RAZÓN DE EFICIENCIA ENERGÉTICA. 7. OTROS SECTORES Y MECANISMOS PARA LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA. 7.1. TRANSPORTE Y MOVILIDAD SOSTENIBLE. 7.2. RESIDUOS. 7.3. CONTRATACIÓN PÚBLICA, COMUNIDADES CIUDADANAS DE ENERGÍA Y CONTROL. 8. CONCLUSIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EN LA UNIÓN EUROPEA

A pesar del uso recurrente que se hace del término *transición energética*, el mismo no ha sido definido en el derecho derivado de la Unión Europea (UE) en materia de energía. Ello no impide que podamos conceptualarlo como un proceso de cambio en el sector energético que conlleva la sustitución progresiva de las tradicionales energías fósiles (carbón, gas o petróleo) por energías renovables (solar –térmica y fotovoltaica–, eólica, maremotriz, geotérmica, hidráulica, procedente de la biomasa, gases de vertedero...) y la apuesta por actuaciones de ahorro y uso eficiente de la energía.

En la medida en que esa transición energética afecta a todos los sectores económicos, pues todos ellos requieren del uso de la energía, dicho proceso supone un cambio del modelo económico. Como ha sostenido Parejo Alfonso (2021, p. 44) se trata de «lograr la reconciliación ecológica del sistema económico». De ahí que haya que cuestionarse cuál es su fundamento, el porqué de este cambio. Y la respuesta la encontramos en las obligaciones internacionales asumidas por la UE –con la firma del Protocolo de Kioto y del Acuerdo de París²– de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) para limitar los efectos del cambio climático³. Pero no es esta la única causa. La reactivación económica para superar la crisis económica de 2008 y la sanitaria originada por la pandemia de la COVID-19, así como, la imperiosa necesidad de lograr la autosuficiencia energética tras la invasión rusa de Ucrania, vienen a avalar el proceso de transformación energética. En el fondo, lo que justifica la transición energética es la protección del planeta y la mejora de la vida de las personas, aspectos en los que incide la Agenda 2030 para el Desarrollo Sos-

² El 11 de diciembre de 1997 se aprobó el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, documento que fue aprobado por la Unión Europea mediante Decisión del Consejo, de 25 de abril de 2002; por su parte, el Acuerdo de París se aprobó el 12 de diciembre de 2015, entró en vigor el 4 de noviembre de 2016 y fue ratificado por todos los Estados miembros de la UE. Precisamente estos compromisos internacionales han llevado al Tribunal Supremo a declarar la validez del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (STS de 24 de julio de 2023, ponente: Wenceslao F. Olea).

³ El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático en su Sexto Informe concluye que la influencia humana es la principal causa del calentamiento del planeta, el cual está aumentando fenómenos extremos como olas de calor, lluvias torrenciales, sequías, deshielo de glaciares y aumento del nivel del mar.

tenible, que entre sus objetivos incluye una energía sostenible y asequible y la adopción de medidas para combatir el cambio climático⁴.

En este contexto, la UE viene adoptando un vasto marco normativo, con base en las competencias que le reconoce el Tratado de Funcionamiento de la UE en materia de medio ambiente (título XX) y energía (título XXI). Dos títulos competenciales en perfecta simbiosis para actuar ante el cambio climático mediante una política palanca como la energética, o integración de la política energética en la política climática, como lo denomina Bacigalupo Saggese (2021, pp. 53-59).

En ejercicio de esas competencias podemos señalar tres etapas relevantes en el camino hacia la transición energética: a) finales de la primera década de este siglo (años 2009 a 2012)⁵; b) finales de la segunda década de este siglo (años 2018 y 2019), momento en que se reforma el anterior marco normativo⁶, y c) los primeros años de la tercera década de nuestro siglo (años 2021 y 2022 y 2023), en los que se aprueban varios reglamentos comunitarios para fijar objetivos ambiciosos de descarbonización para 2050, para financiar la transición energética y la transición justa y para acelerar los proyectos de energías renovables⁷.

Lo que nos interesa en nuestro estudio, concretar las obligaciones que corresponden a las CC. AA en el cumplimiento de este derecho comunitario, es que en el mismo se han fijado objetivos vinculantes de introducción de energías renovables y de eficiencia energética para 2020, 2030 y el objetivo de «neutralidad climática» para 2050. La vigente Directiva 2018/2001, relativa al fomento en el uso de energías renovables establece que la cuota mínima de energías renovables en el consumo final bruto de la UE en 2030 sea de un 42,5%⁸, a la vez que la Directiva 2018/2002 relativa a la eficiencia energética impone un aumento de la eficiencia energética de al menos un 32,5% para el mismo año, objetivo esté último elevado hasta un 40,5% en la Directiva 2023/1721⁹. Ahondando en esos objetivos, el Reglamento (UE) 2021/1119 («Legislación europea sobre el clima») impone el objetivo obligatorio para 2030 de reducción de emisiones en al menos un 55% respecto a los niveles de 1990 y a largo plazo, para el año 2050, el objetivo obligatorio es la neutralidad climática.

En definitiva, la transición energética entendida como la introducción de las energías renovables y la eficiencia energética (en adelante EE) en todos los sectores que requieren de energía no es un objetivo programático, sino que cuenta con objetivos de obligado cumplimiento a nivel de UE. Se necesita pues clarificar cuáles son las medidas directamente relacionadas con dicha transición energética, al margen de otras que también pueden adoptarse para reducir las emisiones de GEI (tales como el comercio de derechos de emisiones, los sumideros de carbono...). El hecho de que existan otros mecanismos diferentes para reducir dichas emisiones y que la neutralidad climática que impone la legislación europea sobre el clima suponga que las emisiones netas sean cero en 2050 (o sea, que se compensen las emisiones con las absorciones), son muestra de que la normativa comunitaria no ha impuesto la eliminación total de emisiones de GEI a largo plazo. Ello refleja la complejidad de concretar las decisiones que deben adoptar por los Estados miembros, máxime en los Estados compuestos, para garantizar el cumplimiento del derecho comunitario.

El objetivo de neutralidad climática debe alcanzarse mediante la intervención de las instituciones comunitarias y los Estados miembros para la consecución colectiva del mismo (art. 2.2 Reglamento 2021/1119). Los planes nacionales de energía y clima se conciben como mecanismo clave de gobernanza¹⁰. A su vez,

⁴ Objetivos 7.º y 13.º de la Agenda para el Desarrollo Sostenible de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015.

⁵ En esta etapa se aprueban la Directiva 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, la Directiva 2009/72/UE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, la Directiva 2010/31/UE de eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE sobre eficiencia energética. Todas ellas derogadas o modificadas en los años 2018 y 2019.

⁶ Nueva directiva relativa al fomento en el uso de energía procedente de fuentes renovables (Directiva 2018/2001), la reforma de las directivas sobre eficiencia energética y eficiencia energética de los edificios (Directiva 2018/2002 y Directiva 2018/844), una nueva directiva sobre el mercado interior de la electricidad de 2019 y el Reglamento (UE) 2018/1999 sobre Gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima.

⁷ Reglamento (UE) 2021/1119, que establece un marco para lograr la neutralidad climática («Legislación europea sobre el clima»); el Reglamento 2021/241/UE, que establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (modificado por Reglamento 2023/435/UE) y el Reglamento (UE) 2022/2577, que establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables.

⁸ Artículo 3.1 de la Directiva (UE) 2023/2413, del Parlamento y del Consejo, de 18 de octubre, por la que se modifica la Directiva 2018/2001.

⁹ La Directiva (UE) 2023/1721, de 13 de septiembre, relativa a la eficiencia energética (versión refundida), que deroga la Directiva 2021/27/UE, con efectos desde el 12 de octubre de 2025, si bien amplía la ambición de mejora de la eficiencia energética, que se sitúa en un 40,5% en el caso del consumo de energía primaria y del 38% en el caso de consumo final, contiene un nuevo método de cálculo (art. 1).

¹⁰ Véase el procedimiento de aprobación de estos planes que regula el 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.

la normativa comunitaria contiene referencia a que los Estados garanticen la colaboración regional y local en los objetivos comunitarios¹¹. Esta exigencia supone a nivel interno que tanto el Estado, las CC. AA. como los entes locales, respetando la distribución de competencias que impone el bloque de constitucionalidad, vienen obligados a adoptar medidas para favorecer la introducción de las energías renovables y del ahorro y la EE en *pro* de la transición energética.

El problema que plantea cumplir el citado objetivo es que se ven afectados todos los sectores económicos (el sector eléctrico, la edificación, la industria, el transporte, los productos que consumen energía...), que se requiere de un importante impulso normativo y económico y que –como veremos– las tres entidades territoriales ostentan competencias que se ven afectadas en la citada transición energética. Para resolver estas trabas vamos a clarificar el papel que corresponde a las CC.AA. en la comentada transformación energética y el desarrollo normativo que hasta el momento han realizado, sirviéndonos el mismo para concretar –en el marco de la regulación básica del Estado– los ámbitos y medidas en los que vienen interviniendo.

2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE SOBRE TRANSICIÓN ENERGÉTICA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Con carácter general, el derecho comunitario forma parte del ordenamiento jurídico interno y goza de primacía normativa sobre cualquier norma interna (ley o reglamento) que lo contradiga. Lo mismo es predicable del derecho de la UE referido a la transición energética, recogido en reglamentos, directivas, decisiones y recomendaciones. Cada uno de ellos –como sabemos– con un especial régimen de vinculación (art. 288 TFUE). Los reglamentos comunitarios en materia de clima y energía son directamente aplicables, sin perjuicio de que el propio reglamento condicione su aplicación a la adopción de mecanismos de ejecución; por su parte, las directivas comunitarias –que abundan en temas energéticos– requieren de su trasposición al derecho interno, sin perjuicio de su efecto directo en caso de incumplimiento del plazo de trasposición y siempre que contengan previsiones claras y concretas, cuestión que suele darse en el ámbito que analizamos.

Ahora bien, en un Estado descentralizado como el nuestro, ¿a quién le corresponde la aplicación del derecho de la UE en materia de transición energética? Siguiendo la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional hemos de afirmar que, en los casos en que los reglamentos comunitarios prevean su desarrollo y ejecución por normas internas y en el supuesto de trasposición de directivas comunitarias debe respetarse la distribución de competencias internas en materia de clima (medio ambiente) y energía u otras materias relacionadas. Así, la trasposición y ejecución del derecho de la UE corresponde al Estado y/o a las CC.AA. según la distribución constitucional y estatutaria de competencias (STC 148/1998, STC 215/2014, 15/2018, entre otras)¹². Ahora bien, corresponde al Estado garantizar la aplicación y cumplimiento del derecho comunitario. Concretamente, respecto a la ejecución o cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Acuerdo de París, la STC 87/2019¹³ recuerda que la inactividad del Estado no impide a las CC.AA. aprobar medidas, siempre en el ámbito de sus competencias; sin embargo, las CC.AA. no pueden apoyarse en un Tratado internacional para disponer de forma unilateral de las obligaciones asumidas por España en el mismo –como división de una «cuota alícuota» de las obligaciones internacionales–.

El cumplimiento del derecho de la UE en el Estado de las autonomías no está exento de problemas. A regular el reparto de responsabilidades en caso de que se produzcan incumplimientos (por la Administración central, CC.AA., corporaciones locales y administraciones de la Seguridad Social y otros entes del sector pú-

¹¹ La Directiva 2018/2001 alude en su considerando 62 a la fijación de objetivos más ambiciosos por las regiones o a nivel local en el marco de iniciativas como el Pacto de los Alcaldes, ciudades inteligentes o con planes de acción en energía. Se indica que la Comisión debe apoyar a las regiones y entes locales mediante mecanismos de cooperación como la Agrupación Europea de Cooperación Territorial, que facilita la cooperación de autoridades de varios Estados miembros sin necesidad acuerdos internacionales previos.

¹² STC 148/1998, de 2 de julio, fj. 4, ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo; STC 215/2014, de 18 de diciembre, fj. 9, ponente: Juan José González Rivas; STC 15/2018, de 22 de febrero, fj. 2, ponente: Ricardo Enríquez, entre otras. Un interesante estudio sobre el tema puede consultarse en Cobrerros Mendazona (2020), y Martín Delgado (2016, pp. 51-92).

¹³ En la STC 87/2019, de 20 de junio, ponente en la que el Gobierno de la nación impugna la Ley de Cambio Climático de Cataluña, el Alto Tribunal recuerda su doctrina reiterada de que ni la Constitución española ni los estatutos de autonomía ni el bloque de constitucionalidad recogen una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario o para el cumplimiento de los tratados internacionales, sino que esa ejecución o cumplimiento «corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno» (fj. 6, con cita de la STC 141/2016, de 21 de julio). Añade que el Estado no puede ampararse en sus competencias sobre relaciones internacionales para atribuirse la competencia de desarrollo y ejecución del derecho comunitario y apela a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico para articular el ejercicio de competencias, sobre todo en el caso de competencias compartidas o concurrentes.

blico) se dedica la disposición adicional segunda de la Ley 2/2012, de 27 abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, desarrollada por el Real Decreto 513/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea, para garantizar que las autonomías ejercen sus competencias respecto al cumplimiento del derecho comunitario. El art. 3 de esta norma se refiere a los casos en que el Estado español sea sancionado por las instituciones europeas (multa, corrección financiera, minoración de fondos...) debido a un incumplimiento del derecho de la UE (por transposición tardía o incorrecta de directivas, adecuación tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del derecho de la Unión Europea, mantenimiento en vigor o aprobación de normas contrarias al derecho de la UE, etc.); como vemos, incumplimientos que pueden ser imputables a las CC.AA.

La existencia de competencias compartidas entre el Estado y las CC.AA. en la materia que venimos analizando, y la responsabilidad del Estado en la garantía del cumplimiento del derecho comunitario, justifican sobremedida la aplicación de los principios de cooperación, colaboración, coordinación, lealtad institucional¹⁴ y de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera¹⁵. Principios que deben tenerse en cuenta tanto en el ejercicio de las competencias como en la posterior ejecución de la normativa que se apruebe al respecto¹⁶. Precisamente, el principio de cooperación ha fundamentado los acuerdos celebrados por el Estado y las CC.AA. respecto a la aplicación del derecho comunitario¹⁷. A esa actuación coordinada de las distintas instancias con competencias en la materia ha contribuido la aprobación de instrumentos de financiación, como el Reglamento (UE) 2021/241, 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, con el que la UE se ha comprometido a destinar el 30 % del presupuesto del periodo 2021 a 2027 a proyectos sobre transición energética y clima, y el Reglamento (UE) 2021/1056, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa, con el que pretende apoyarse a las regiones más perjudicadas con la transición energética (p. ej. regiones mineras)¹⁸. En todo caso, como ha sostenido Palomar Olmeda (2021, pp. 23-72), las relaciones interadministrativas se revelan clave en el proceso de articulación de competencias en materia de cambio climático y transición energética.

Teniendo en cuenta que el derecho de la UE sobre transición energética se traspone y se desarrolla en función de la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. y, en su caso, de los entes locales, vamos a referirnos a la misma.

3. COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA: EN ESPECIAL LAS AUTONÓMICAS

Como hemos avanzado, las competencias sobre «transición energética» a nivel de UE se enmarcan en materia de energía y medio ambiente, lo que se reproduce a nivel nacional. La energía es una materia de competencia compartida entre el Estado y las CC. AA., de tal manera que el Estado ostenta la competencia básica sobre «régimen minero y energético» (art. 149.1. 25.ª CE) y las CC.AA. tienen el desarrollo normativo y ejecución. Así, algunos estatutos de autonomía hacen referencia específica al «fomento de las energías renovables y eficiencia energética» (Andalucía, Cataluña o Canarias). Pero en la transición energética, entendida como

¹⁴ Al principio de colaboración leal se refiere Mangas Martín y Liñán Noguera (2020, p. 519).

¹⁵ Art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y arts.3 y 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹⁶ A los principios de seguridad en el suministro, eficiencia económica y sostenibilidad –que Del Guayo Castiella (2020, pp. 309-346) identifica como estructurantes del derecho de la energía– habría que añadir como principios previos los de «colaboración, cooperación y lealtad institucional» para garantizar una adecuada aplicación del derecho de la UE en materia de energía, dadas las competencias compartidas en la materia y la necesidad de cumplir objetivos obligatorios en materia de transición energética. La Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, regulada en la Ley 2/1997, de 13 de marzo, actúa como mecanismo para garantizar una actuación coordinada del Estado y de las CC..AA para desarrollar el derecho comunitario, entre otras funciones (art. 3). A su vez, las líneas de cooperación que deben respetarse en la aplicación del derecho comunitario entre el Estado y las CC.AA. en el seno de las conferencias sectoriales se recoge en la Resolución de 10 de marzo de 1995.

¹⁷ La Ley 2/1997, de 13 de marzo, de Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, centra en dicha conferencia la articulación de la participación de las CC.AA. en asuntos de la UE, tanto en la formación de la voluntad del Estado ante las instituciones comunitarias como en su ejecución (art. 1). Este órgano de cooperación conoce, entre otras materias, de la técnica normativa para incorporar las directivas al derecho interno y de aplicar, desarrollar o ejecutar los reglamentos y de los problemas que se planteen en la ejecución del derecho comunitario por exigir medidas internas con cierto grado de coordinación (art. 3).

¹⁸ La distribución de estos fondos se viene realizando en el marco de los criterios aprobados en el seno de conferencias sectoriales (de transportes, de medio ambiente, vivienda y urbanismo, entre otras) u otros instrumentos.

el abandono progresivo de las energías fósiles por las energías limpias, se ve implicado el título competencial sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE), dado que tiene como objetivo la «descarbonización», por lo que las competencias compartidas se ven reforzadas. A su vez, la relevancia que la producción y distribución de la energía tiene para el adecuado funcionamiento de la actividad económica exige tener en cuenta también la competencia estatal básica sobre planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE)¹⁹.

Pero, sin duda, lo que dota de mayor complejidad a la clarificación de la distribución de competencias en este tema es su concurrencia con otras materias (ordenación del territorio y urbanismo, edificación, transporte y movilidad, residuos, contratación pública...), donde la intervención pública debe ser especialmente intensa si se quiere cambiar el modelo energético. A ello se suma el reconocimiento de competencias a los municipios (art. 25 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local), que les permite adoptar medidas en ámbitos estrechamente relacionados con la transición energética (conservación y rehabilitación de la edificación, planeamiento urbanístico, protección del medio ambiente, control del tráfico y de la movilidad). Teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha sostenido que la legislación estatal y autonómica, en su respectivo ámbito de competencias, deben atribuir competencias a los entes locales en dichas materias para garantizar la autonomía local constitucionalmente garantizada (entre otras, STC 930/2021, de 28 de junio). Esta atribución múltiple de competencias impone –en palabras de Galera Rodrigo– determinar la competencia para el establecimiento y ejecución de las medidas climáticas, a la vez que conlleva problemas de gobernanza o colaboración interadministrativa (Galera Rodrigo, 2018, pp. 217-224; 2021, pp. 15-17).

La variedad de títulos competenciales que concurren en materia de transición energética, que justifica la intervención de todas las instancias territoriales, y la pluralidad de sectores que requieren de normas específicas que faciliten el cambio del modelo energético, dan muestra de la dificultad que tiene clarificar hasta dónde puede llegar la regulación autonómica en la materia. A ello se suma la detallada regulación que la UE realiza en algunos ámbitos sobre clima y energía –que deja escaso margen a los propios Estados miembros–, orientación que también percibimos en la legislación básica estatal, lo que Casado Casado ha denominado recentralización de competencias²⁰.

Conviene, pues, que nos refiramos a algunos conflictos competenciales resueltos por el Tribunal Constitucional (TC) en los que se clarifican las competencias prevalentes y los ámbitos reservados a las CC.AA. en materias referidas a un modelo energético sostenible. Cabe destacar el reconocimiento que realiza el Tribunal Constitucional de la denominada «afectación transversal» de la competencia estatal sobre protección ambiental, que le habilita para imponer límites específicos o puntuales a las actividades sectoriales de competencia autonómica siempre que tengan como finalidad la preservación y mejora ambiental y no conlleven una regulación de mayor alcance (STC 101/2005 y STC 102/2013)²¹. El TC fundamenta en esa cláusula de «afectación transversal» la regulación estatal sobre un uso eficiente de la energía en el ámbito urbano, en el que concurren las competencias en materia de urbanismo y protección del medio ambiente. Para el Alto Tribunal, la determinación de un modelo territorial y urbanístico que propicie la movilidad sostenible y el fomento de las energías renovables y la EE es competencia de las CC. AA., lo que no impide al Estado establecer una directriz básica que propicie ese modelo, aunque no puede imponer un determinado modelo territorial o urbanístico (SSTC 141/2014 y 75/2018, de 5 julio)²².

Otro aspecto íntimamente relacionado con el urbanismo son las exigencias de conservación y de EE que afectan a la edificación. Nuevamente en esta materia se interrelacionan, por un lado, las competencias sobre urbanismo y, por otro lado, las de energía y medio ambiente. El TC ha considerado que un instrumento típicamente energético como el «certificado de eficiencia energética» puede inscribirse en los títulos competenciales del Estado sobre protección del medio ambiente y bases del régimen energético; pero en esos títulos competenciales no cabe amparar la regulación de los aspectos sobre conservación de la edificación ni sobre accesibilidad, que corresponden al plano propiamente urbanístico (STC 143/2017)²³.

¹⁹ Así lo ha reconocido la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, como la STC 69/2018, de 21 de junio, f.j.6, b), ponente: Ricardo Enríquez.

²⁰ Casado Casado (2018). A las escasas referencias a las CC.AA. que contiene la Ley estatal de Cambio Climático y Transición Energética se ha referido López Ramón (2021, pp. 90-92).

²¹ STC 101/2005, de 20 de abril, f.j. 5c), ponente: Ramón Rodríguez, y STC 102/2013, de 23 de abril, f.j. 11, ponente: Andrés Ollero.

²² STC 141/2014, de 11 de septiembre, f.j. 6B, ponente: Fernando Valdés Dal-Re, y STC 75/2018, de 5 de julio, f.j. 4, ponente: Pedro J. González-Trevijano.

²³ STC 143/2017, de 14 de diciembre de 2017, f.j. 5, ponente: Encarnación Roca Trías, se pronuncia sobre la regulación que el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015 realizaba del *Informe de evaluación de los edificios*.

Adentrándonos en aspectos más directamente relacionados con el título competencial de energía, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el autoconsumo eléctrico (que incide en el uso de las energías renovables) o sobre el cambio climático (aspecto en el que el uso de energías limpias y de la EE son claves). Así, el autoconsumo eléctrico se ha considerado que forma parte de la ordenación básica del suministro eléctrico y de su régimen económico, siendo competencia estatal *ex art.* 149.1.13.^a y 25.^a CE (STC 60/2016, fj. 3; STC 72/2016, fj. 3, STC 205/2016, fj. 3), y ha reconocido un muy estrecho margen competencial a las CC. AA., centrado principalmente en la posibilidad de regular el autoconsumo colectivo y el registro administrativo de autoconsumo eléctrico (STC 68/2017)²⁴.

Pero, sin duda, donde el TC se ha referido con más claridad respecto a los títulos competenciales que se ven afectados en materia de transición energética ha sido con motivo del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana de Cambio Climático, resuelto en la STC 87/2019²⁵. Como afirma el TC, la ley tiene una vocación de transformación del sistema industrial, económico y energético de Cataluña, marcando objetivos concretos de reducción de emisiones y de transición energética. Por lo tanto, se observa la vinculación clara de la regulación autonómica sobre cambio climático con la transición energética. El TC sostiene que el cambio climático no es un título competencial específico e identifica tres títulos competenciales con incidencia en dicha materia: protección del medio ambiente, energía y planificación de la actividad económica, títulos todos ellos en los que al Estado le corresponde la regulación de las bases y a las CC.AA. el desarrollo normativo, pero afirma que será en la regulación específica de cada materia incluida en la ley autonómica y en el contraste con la competencia estatal donde podrá determinarse si la regulación de la ley autonómica vulnera las bases establecidas por el Estado.

Descendiendo a materias concretas objeto de regulación en esta ley de cambio climático de Cataluña, el TC sostiene que la regulación autonómica para alcanzar un modelo energético cien por cien renovable contiene medidas (cierre de centrales nucleares en 2027, reducción del consumo de combustibles fósiles al 50% en 2030 y a cero en 2050...) contrarias a la legislación básica del Estado. Concretamente, concluye el TC afirmando que las CC.AA. no pueden decidir libre, aislada e individualmente cómo afrontan la transición energética y la fecha en que debe conseguirse. Por lo que respecta a los edificios de consumo casi nulo de energía, reconoce la competencia estatal para definir este tipo de edificios –sin que las CC.AA. puedan reproducir el concepto en sus normas de desarrollo– y los requisitos básicos o mínimos que deben cumplir. Ello no impide que las CC.AA. puedan desarrollar ese común denominador normativo sobre la eficiencia energética de los edificios; o dicho en otros términos, puedan apostar por «la elevación del estándar fijado al respecto por las normas estatales, que puede perfectamente encuadrarse en sus competencias de desarrollo en materia de medio ambiente y de fomento de la eficiencia energética».

De este último pronunciamiento jurisprudencial se deduce que los títulos competenciales más directamente afectados en materia de transición energética y cambio climático son energía, protección del medio ambiente y planificación general de la actividad económica, ámbitos todos ellos de competencia compartida entre el Estado y las CC.AA. Habrá que estar a la concreta regulación para clarificar la competencia predominante, al margen de las concreciones que ha realizado el TC.

4. MARCO NORMATIVO ESTATAL Y AUTONÓMICO: EL PASO DE UNA REGULACIÓN DESENFOCADA A OTRA ENFOCADA EN EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

A nivel interno, a pesar de que el Estado ostenta competencias básicas sobre protección del medio ambiente y sobre el régimen energético, no ha aprobado una ley básica centrada exclusivamente en la transición energética, entendida como la sustitución de las energías fósiles por las energías renovables y el ahorro y la eficiencia energética. Esta falta de integración en una norma básica estatal de los ámbitos de intervención que abarca la transición energética dificulta el desarrollo normativo que pueden realizar las CC.AA. y la

²⁴ STC 68/2017, de 25 de mayo, fj. 6, ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. La prevalencia de la competencia estatal sobre bases del régimen energético también se aprecia por el Tribunal Constitucional frente a la regulación de una norma catalana que impedía interrumpir el suministro eléctrico a consumidores vulnerables y garantizaba el aplazamiento de la deuda amparándose en la competencia autonómica sobre consumo (STC 62/2016, de 17 de marzo, fj. 10 y 11, ponente: Santiago Martínez-Vares y STC 54/2018, de 24 de mayo, ponente: Fernando Valdés Dal-Ré).

²⁵ STC 87/2019, de 20 de junio, ponente: Ricardo Enríquez Sancho. Un estudio crítico sobre esta sentencia en Varga Pastor (2020, pp. 1-47).

concreción de las competencias que en este ámbito se atribuyen, en su caso, a los entes locales. Como ha sostenido Jiménez Blanco, la transición energética presenta una importante complejidad normativa (Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, 2020, p. 284). El tránsito hacia el uso de energías no contaminantes ha sido regulado –en un primer momento– en la normativa sectorial (legislación del sector eléctrico, de hidrocarburos –con la regulación de los biocarburantes–, de edificación, del alumbrado exterior...), sin una clara vinculación entre los objetivos climáticos y energéticos. De ahí lo que denominamos una regulación *desenfocada* en este ámbito. Solo tres CC. AA., como después expondremos, aprobaron una legislación específica para favorecer la transición energética a través del fomento de las energías renovables.

Esta situación de falta de identificación regulatoria de dicha metamorfosis energética ha venido a paliarse con la aprobación de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (en adelante LCCTE)²⁶, que en gran parte de su articulado se refiere a la transición energética²⁷, aunque también regula aspectos más vinculados al cambio climático (adaptación, gestión del agua y del dominio público marítimo terrestre, planificación territorial y urbanística, seguridad alimentaria, etc.), no directamente relacionados con dicha transición. Esta norma deja en manos de la planificación, concretamente del PNIEC, la articulación de las materias que constituyen o integran dicha transición energética. Y ello, en un «entendimiento unilateral de la colaboración interadministrativa» –como ha sostenido López Ramón (2021, p. 92)– o en un insuficiente modelo de gobernanza multinivel, como ha expuesto Mora Ruíz (2022, p. 667). A pesar de que la LCCTE no se centre exclusivamente en los ámbitos que abarca la transformación energética, lo cierto es que con esta legislación básica del Estado se da un correcto enfoque al tema. Y ello, al aunar en torno al objetivo de la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, la regulación sobre cambio climático y transición energética.

La ausencia de una ley estatal básica que aborde de forma específica el fomento del uso de las energías renovables y la EE obliga a las CC.AA. a tener en cuenta una vasta y poliédrica regulación estatal al desarrollar sus competencias compartidas en materia energética y al ejercer competencias exclusivas conexas. Sin ánimo de ser exhaustivos, entre las citadas normas estatales, las más directamente relacionadas con la introducción de las energías renovables y de la eficiencia energética son, por un lado, las referidas al sector energético (la Ley de Economía Sostenible, la Ley del Sector Eléctrico o la Ley de Hidrocarburos)²⁸ y, por otro lado, las normas que regulan la penetración de las energías limpias en sectores como la edificación²⁹, el urbanismo y la renovación urbana³⁰ o el transporte y la movilidad³¹.

Dentro de este marco, algunas CC.AA. han dictado su propia legislación sobre cambio climático y transición energética, contribuyendo a dar visibilidad al tema. Tal es el caso de Cataluña, Andalucía, Islas Baleares, Navarra, la Comunidad Valenciana y Canarias³². A su vez, CC.AA. como Andalucía, Castilla-La

²⁶ Esta ley ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Galicia en relación a la inseguridad jurídica que se plantea en torno a las prórrogas de las concesiones en el dominio público marítimo-terrestre, resuelto desestimatoriamente por la STC 90/2022, de 30 de junio.

²⁷ Fijando los objetivos de reducción de emisiones de GEI y penetración de energías renovables y EE; regulando el Plan Nacional Integrado de Energía y clima (PNIEC); incluyendo previsiones sobre uso de energías renovables y EE en la edificación y algunas medidas en torno al transporte y la movilidad sostenible. Al principio «por renovables» o de descarbonización se ha referido Alenza García (2022, pp. 100-103).

²⁸ Si bien la Ley de Economía Sostenible de 2011 (LES) regula un modelo energético sostenible y la Ley de Hidrocarburos de 1998 cobra relevancia por sus previsiones en torno a la incorporación de los biocarburantes al transporte, sin duda la regulación más amplia para el fomento de las energías renovables lo constituye la Ley del Sector Eléctrico de 2013 y otras normas con rango de ley que adoptan medidas urgentes en el ámbito energético para favorecer el despliegue de las energías renovables; así como, los reglamentos de desarrollo que regulan la producción a partir de dichas energías, su régimen económico, el autoconsumo eléctrico, los servicios de recarga de vehículos eléctricos o las infraestructuras para combustibles alternativos.

²⁹ Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (LOE); Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; el Código Técnico de la Edificación 2006 (CTE); el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios de 2007 (RITE); Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios; Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, sobre auditorías energéticas y acreditación de proveedores de servicios energéticos y auditores.

³⁰ En especial, el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 (TRLS y RU) o la regulación sobre el alumbrado exterior eficiente (Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus instrucciones técnicas complementarias).

³¹ En este ámbito cobra interés la LES, la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera que regula los planes de movilidad urbana sostenible o el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación, que contiene las autorizaciones ambientales que requieren algunas instalaciones de energías renovables.

³² Ley 16/2017, de 1 de agosto, de Cambio Climático de Cataluña; Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático para la transición hacia un nuevo modelo energético de Andalucía y el Decreto 234/2021, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Acción por el Clima; la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de Cambio Climático de las Islas Baleares; Ley Foral

Mancha y Murcia³³ pusieron el foco de forma más específica en la transición energética, sin integrar en su regulación la perspectiva del cambio climático, legislando sobre el fomento de las energías renovables incluso antes de que el legislador comunitario aprobara en 2009 la primera directiva sobre fomento en el uso de las energías renovables. A ellas se han sumado País Vasco y Aragón³⁴. A este marco normativo autonómico hay que añadir la aprobación por algunas autonomías de normas para acelerar el despliegue de las energías renovables, a que nos referimos más adelante.

Por su parte, las entidades locales tienen reconocida competencia normativa para aprobar ordenanzas sobre uso de energías renovables y EE en virtud de su vinculación negativa a la ley, en el marco de la normativa estatal y autonómica (STS de 22 de mayo de 2015)³⁵.

A esta amplia normativa referida a la transición energética hemos de unir la relativa al fomento de este proceso. En el marco del conocido como Next Generation EU se aprueba a nivel nacional el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia³⁶, con el que se están financiando proyectos dirigidos a la introducción de las energías renovables y de la EE en diferentes sectores económicos. Algunas CC.AA. están aprobando normativa de desarrollo de esa normativa básica del Estado (Islas Baleares, Andalucía, Extremadura, entre otras).

5. ORDENACIÓN Y CONTROL AUTONÓMICO DE LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Dos formas de intervenir para lograr la transición energética de que disponen las CC.AA. son la ordenación del fenómeno a través de un marco normativo propio, al que ya hemos hecho referencia, y su planificación. La planificación autonómica para la transición energética debe realizarse en el marco del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030³⁷. Ahora bien, la cuestión se complica por la incidencia directa que en ese proceso hacia la descarbonización tienen otras planificaciones, como la territorial y urbanística o las sectoriales. La coordinación entre planificaciones del Estado y autonómicas se hace en este ámbito imprescindible, sobre todo dado el impacto que la penetración de energías renovables tiene en la planificación vinculante del sector eléctrico y gasista.

Por otro lado, el régimen de control autorizador y ambiental respecto a las nuevas instalaciones³⁸, donde predomina la actuación autonómica, se ha visto simplificado por imperativo de la UE³⁹, y acelerado tras la invasión rusa de Ucrania (por la necesidad de fomentar el uso de energías renovables en detrimento del gas ruso)⁴⁰. Medidas adoptadas por el Estado para simplificar el procedimiento autorizador, como el

4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética; Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y la Transición Ecológica de la Comunidad Valenciana; Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de Cambio Climático y Transición Energética de Canarias.

³³ Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de Energías Renovables y Ahorro Energético de Andalucía; Ley 1/2007, de 15 de febrero, de Energías Renovables y Eficiencia Energética de Castilla La Mancha; Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética, modificada en 2015, de Murcia.

³⁴ Ley 4/2019, de 21 de febrero, de Sostenibilidad Energética del País Vasco y el Decreto Ley 1/2023, de 20 de marzo, medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón.

³⁵ STS de 22 de mayo de 2015, ponente Pilar Teso Gamella, en la que se recurre en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que estimó el recurso contra la Ordenanza municipal de ecoeficiencia energética y utilización de energías renovables en los edificios y sus instalaciones del municipio de Zaragoza.

³⁶ Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, que aprueba medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

³⁷ Resolución de 25 de marzo de 2021, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, que adopta la versión final del PNIEC. El art. 4 de la LCCTE regula el PNIEC como el instrumento para alcanzar los objetivos que ha fijado la UE en materia de clima y energía, mientras que las CC.AA. con legislación sobre cambio climático atribuyen a sus Gobiernos autonómicos la planificación de las políticas climáticas (Cataluña, Islas Baleares, Navarra...).

³⁸ Arts. 3.13, 21 y 53 de la LSE; art. 36 del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables cogeneración y residuos, el cual se remite en cuanto al procedimiento autorizador a lo dispuesto en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización y suministro y procedimientos de autorización de aquellas instalaciones.

³⁹ Reglamento (UE) 2022/2577, de 22 de diciembre (aplicable durante dieciocho meses desde su entrada en vigor, o sea, desde 30 de diciembre de 2022 al 30 de junio de 2024), que califica de interés público superior la planificación, construcción y explotación de instalaciones de producción de energía procedente de fuentes renovables y su conexión a la red (art. 3). Sobre la simplificación en los procedimientos autorizatorios, Alonso Mas (2021, pp. 17-90).

⁴⁰ Art. 53.3 LSE, art. 115.5 del Real Decreto 1955/2000, Real Decreto Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de Respuesta a las Consecuencias Económicas y Sociales de la Guerra de Ucrania y Real Decreto Ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

procedimiento de afección ambiental, sin ser obligatorio para las CC. AA., sin duda abre una vía tanto a su aplicación supletoria como al uso de instrumentos similares. En esta línea las legislaciones autonómicas sobre cambio climático regulan los proyectos prioritarios de energías renovables para darles un impulso preferente y una tramitación urgente⁴¹.

A ese impulso a la agilización y simplificación en los procedimientos autorizatorios se suma la laxa doctrina de Tribunal Supremo en torno al principio de no regresión, no admitiendo su vulneración por simple modificación normativa del planeamiento y exigiendo su plasmación efectiva sobre el suelo (STS 22 de marzo de 2023)⁴², lo que nos lleva a una situación de hechos consumados que puede poner en riesgo la protección ambiental en *pro* de una política *desenfrenada* de apuesta por las energías renovables.

6. INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS DE IMPULSO PARA LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Como consumidores de energía, las CC.AA. pueden intervenir en esta materia para favorecer la introducción de las energías renovables y una mejora en la eficiencia y ahorro energético mediante variados instrumentos: a) a través del autoconsumo eléctrico; b) con instalaciones técnicas de energías renovables; c) con una edificación energéticamente eficiente; d) mediante rehabilitación urbana por razones de eficiencia energética, y e) actuando sobre el alumbrado exterior. En todos estos ámbitos la colaboración y actuación de las entidades locales resulta decisiva.

6.1. El autoconsumo/autoproducción

El autoconsumo eléctrico entendido como la producción de electricidad para consumo propio se regula de forma extensa en la normativa estatal, en el art. 9 de la LSE de 2013 y en el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril⁴³. Quizás la principal innovación regulatoria sea la eliminación del pago de cargos y peajes por la energía autoconsumida procedente de energías renovables y cogeneración (el conocido como «peaje de respaldo»)⁴⁴ y, más recientemente, las medidas destinadas a favorecer dicho consumo eléctrico sostenible (liberación de capacidad y aumento de capacidad de acceso para autoconsumo, incremento de la distancia para instalaciones de plantas generadoras de electricidad, etc.)⁴⁵.

El limitado ámbito de actuación que en esta materia reconoce el TC a las CC.AA. (centrado en la regulación del autoconsumo colectivo y del registro administrativo de autoconsumo –STC 68/2017–), no impide ni su aplicación en los edificios públicos ni que las CC.AA. que cuentan con legislación sobre cambio climático contengan previsiones al respecto. En este sentido se vienen refiriendo al autoconsumo en edificios autonómicos, a medidas normativas que fomenten el autoconsumo en granjas agrícolas y ganaderas y en los nuevos desarrollos urbanísticos, a la participación autonómica en sociedades mercantiles de autoproducción de energía y a la obligación de generación solar fotovoltaica en determinados aparcamientos y edificios públicos y privados. La Comunidad Foral de Navarra contiene referencia específica al autoconsumo a partir de la biomasa y Aragón apuesta por el consumo de energía de cercanía, concepto más amplio que el de au-

⁴¹ Ley 5/2020, de 24 de julio, de medidas urgentes para la declaración de proyectos prioritarios y la Ley 7/2022, de 29 de julio, de agilización administrativa de proyectos de energías renovables de Castilla-La Mancha; arts. 41 y ss. del Decreto Ley 1/2023, de 20 de marzo, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón; arts. 49 y 50 de la Ley Valenciana del Cambio Climático y la Transición Ecológica y Decreto Ley 14/2020, de 7 de agosto, de medidas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables por la emergencia climática y la necesidad de la urgente reactivación económica de la Comunidad Valenciana; art. 48 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de las Islas Baleares; Decreto Ley de Cataluña 16/2019, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables (modificado en 2021, 2022 y 2023) y Decreto Ley 24/2021 de 26 de octubre, de aceleración del despliegue de las energías renovables distribuidas y participadas de Cataluña; Decreto Ley 1/2023, de 11 de enero, por el que se declara de interés general la producción de hidrógeno a partir de energía eléctrica procedente de instalaciones aisladas de generación de energías renovables en Extremadura, entre otras.

⁴² STS 1385/2023, de 22 de marzo (ponente: Inés M.ª Huerta).

⁴³ Art. 9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo eléctrico.

⁴⁴ Sobre el peaje de respaldo tal como se reguló en un primer momento en la LSE de 2013, *vid.* González Ríos (2014, pp. 1633 y ss.); más recientemente, por todos, Ortíz García (2021, pp. 267-295) y Zamora Santa Brígida (2021).

⁴⁵ Estas medidas se recogen en los reales decretos leyes 6/2022, de 29 de marzo, 14/2022, de 1 de agosto, 18/2022, de 18 de octubre y 20/2022, de 27 de diciembre.

toconsumo. Y, en todo caso, dichas regulaciones autonómicas insisten en la necesidad de otorgar incentivos para favorecer esta actividad de autoproducción eléctrica.

Teniendo en cuenta que, más allá de las exigencias básicas que impone el CTE de generación mínima de energía eléctrica a partir de energías renovables para ciertos edificios, el autoconsumo es una opción, las CC.AA. pueden realizar una regulación mucho más exigente en cuanto a la imposición y fomento de este régimen de autoproducción, siempre respetando el régimen administrativo, técnico y económico impuesto en la legislación básica del Estado.

6.2. Instalaciones de calefacción, refrigeración y otras a partir de energías renovables

Las instalaciones térmicas definidas como instalaciones fijas de climatización (calefacción, refrigeración y ventilación) y de producción de agua caliente sanitaria, destinadas a atender la demanda de bienestar térmico e higiene de las personas, y las interconexiones a redes urbanas de calefacción y refrigeración y los sistemas de automatización y control, cuentan con una regulación dispersa en la UE. Así, hacen referencia a las mismas: la directiva de eficiencia energética de los edificios, cuya reforma por la Directiva 2018/844 modifica el concepto de instalación técnica, exige eficiencia energética para estas instalaciones y realiza una detallada regulación sobre la actividad de inspección de las instalaciones de calefacción y de aire acondicionado; la directiva de eficiencia energética, en su reforma por la Directiva 2018/2002 regula exigencias para los contadores de calefacción, refrigeración y agua caliente sanitaria, exigiendo su lectura remota e imponiendo nuevas exigencias en la facturación⁴⁶; y la Directiva 2018/2001, sobre fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, que contiene una detallada previsión sobre la integración de las energías renovables en el sector de la calefacción y refrigeración con imposición de objetivos obligatorios y progresivos. A nivel interno, además de la genérica referencia que contiene la LCCTE sobre la posibilidad de que las Administraciones públicas incentiven la calefacción y refrigeración de cero emisiones en las rehabilitaciones de viviendas (art. 8.5), el específico marco normativo se contiene en la LOE, en el CTE y en RITE, normativa básica del Estado. Tanto el CTE como el RITE se han reformado en los años 2022 y 2021, respectivamente, para acoger algunas de las reformas introducidas en las citadas directivas comunitarias.

En esta materia, las CC. AA., además del obligado cumplimiento de esa normativa básica estatal en cuanto a sus instalaciones térmicas en edificios nuevos –que se reformen o cuando las mismas se modifiquen–, pueden en su propia normativa aumentar las exigencias mínimas de EE que impone la normativa básica del Estado⁴⁷. En esta línea, las legislaciones autonómicas sobre cambio climático y transición energética insisten en que en el ejercicio de las competencias en materia de urbanismo y vivienda la propia comunidad autónoma y los entes locales promuevan entre los profesionales de la construcción el uso de las energías renovables en las instalaciones de calefacción, refrigeración y agua caliente sanitaria (Cataluña, Comunidad Valenciana) o en la renovación de la edificación pública procedan a renovar un porcentaje de instalaciones de climatización (Canarias)⁴⁸.

6.3. El sector de la edificación

La edificación es un sector altamente consumidor de energía que se regula en normativa estatal básica pormenorizada⁴⁹, en el marco de la Directiva 2010/31/UE. En dicha normativa encontramos varios instru-

⁴⁶ Actualmente esa regulación se contiene en los arts. 14 y siguientes de la Directiva (UE) 2023/1791, de 13 de septiembre, Relativa a la Eficiencia Energética, algunas de cuyas previsiones no entran en vigor hasta el 12 de octubre de 2025.

⁴⁷ Además, las CC.AA. tienen competencias para realizar inspecciones de las instalaciones (arts. 29 y ss. del RITE) y llevar un registro de las mismas (art. 24 RITE). Periódicamente deben poner a disposición del público listados actualizados de expertos cualificados o acreditados o de empresas o entidades acreditadas que ofrezcan servicios de expertos para la inspección de instalaciones térmicas y de empresas instaladoras y de mantenimiento (art. 29.5 y 39.5 RITE).

⁴⁸ Por su parte, la Comunidad Foral Navarra regula los sistemas térmicos en los edificios nuevos de uso residencial y terciario (art. 38), imponiendo a partir de junio de 2027 el uso de sistemas térmicos con energías renovables y medidas de climatización sostenibles. También la legislación del cambio climático y la transición ecológica de la Comunidad Valenciana dedica sus arts. 41 a 43 a la regulación de la EE en instalaciones térmicas.

⁴⁹ A dicha normativa nos hemos referido en el apartado cuarto. Además, la LCCTE alude a la eficiencia energética en la edificación (art. 8), que incluye exigencias de adaptación de los edificios a la electromovilidad (art. 15) y sobre contratación pública de edificios eficientes (art. 31).

mentos de obligado cumplimiento para los edificios públicos autonómicos y para la regulación de desarrollo que las CC.AA. dicten en ejercicio de sus competencias. Los más destacados son:

a) *El cumplimiento de las exigencias básicas de ahorro de energía aplicables a la edificación*⁵⁰.

Esas exigencias mínimas son obligatorias para edificios nuevos y para las reformas en los edificios existentes (ampliación, reforma o cambio de uso), sean públicos o privados⁵¹, pudiendo las CC.AA. elevar esas exigencias mínimas de eficiencia energética de la edificación en ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo en materia de medio ambiente y eficiencia energética (STC 87/2019)⁵². Para ello, pueden introducir más exigencias sobre uso de energías renovables (tanto para la producción de electricidad como para calefacción/refrigeración), con atención especial a los edificios en riesgo de pobreza energética.

En esta línea, las legislaciones autonómicas de cambio climático y transición energética disponen que las medidas que se adopten en urbanismo y vivienda irán orientadas a un modelo urbanístico que priorice los edificios de consumo energético casi nulo y el uso de las energías renovables en la edificación, la incorporación en cubiertas de sistemas fotovoltaicos, los planes de gestión energética, realización de auditorías energéticas, etc.⁵³.

b) *La exigencia de contar con el certificado de eficiencia energética del edificio.*

Su vigente regulación la encontramos en el Real Decreto 390/2021 –que constituye el tercer reglamento básico del Estado en la materia–, en desarrollo de la Directiva 2010/31/UE. Este reglamento ha ampliado de forma considerable el ámbito subjetivo de aplicación. Según sus previsiones, los edificios que pudieran vender, alquilar o construir las CC. AA., los de su titularidad u ocupados por sus Administraciones u organismos dependientes, con superficie útil superior a 250 m², los edificios que reformen o amplíen (en determinadas condiciones), entre otros, deberán disponer del certificado de eficiencia energética. Con la nueva regulación se pretende que dicho certificado sea un mecanismo que favorezca la renovación de la edificación existente a largo plazo para mejorar su EE, siguiendo los postulados de la Directiva 2018/844⁵⁴.

Esa regulación estatal básica encuentra su anclaje constitucional en las competencias sobre energía y medio ambiente (SSTC 5/2016 y 143/2017)⁵⁵, lo que no impide que las CC.AA. puedan desarrollar esa normativa básica aumentando los estándares mínimos en ejercicio de sus competencias sobre desarrollo normativo en materia de protección del medio ambiente y energía. Ello se puede traducir en una regulación autonómica que aumente el tipo y número de edificios que deben obtener el certificado de eficiencia energética.

Así, si observamos las legislaciones de cambio climático y transición energética dictadas con posterioridad a esta regulación estatal básica de 2021, la legislación de cambio climático y transición energética navarra de 2022 ha ampliado los edificios que deben contar con el citado certificado, imponiendo fechas límites para mejorar la calificación energética de ciertas edificaciones o exigiéndola para poder otorgar la licencia de primera ocupación o final de obras; por su parte, la legislación de cambio climático y transición ecológica de la Comunidad Valenciana de 2023 remite al reglamento autonómico la información adicional que deben incluir los certificados de EE (sobre gasto energético del edificio, informe de propuestas de mejora y orden de prioridad y estimación de los plazos de recuperación de la inversión)⁵⁶.

⁵⁰ El art. 15 del CTE (Documento básico ahorro de energía) se refiere a esas exigencias mínimas en un continuo avance hacia una mayor introducción de las energías renovables en la edificación (limitación del consumo energético mediante su satisfacción en gran parte con energía procedente de fuentes renovables; aislamiento térmico; instalaciones térmicas adecuadas; contribución de energías renovables para cubrir la demanda de agua caliente sanitaria y climatización de piscina cubierta; generación mínima de energía eléctrica procedente de fuentes renovables, y dotaciones mínimas para infraestructura de recarga de vehículos eléctricos).

⁵¹ Solo quedan excluidas del cumplimiento de las exigencias básicas de ahorro de energía las edificaciones de escasa entidad constructiva que se desarrollen en una sola planta, que no tengan carácter residencial ni público, las cuales están exentas de proyecto; así como, en el caso de edificios existentes, las intervenciones de mero mantenimiento que no constituyan ampliación, reforma o cambio de uso.

⁵² STC 87/2019, de 20 de junio, fj. 18, ponente: Ricardo Enríquez Sancho.

⁵³ Véase el art. 27 de la legislación catalana; art. 36 de la legislación andaluza; el art. 32 de la legislación de las Islas Baleares; el art. 39 de la legislación foral navarra, y arts. 13 y ss. de la Ley de Sostenibilidad Energética del País Vasco, entre otros.

⁵⁴ El art. 2, bis) de la Directiva 2018/844 regula la Estrategia de renovación a largo plazo.

⁵⁵ STC 5/2016, de 21 de enero, fundamento jurídico 2.º y 3.º (ponente Andrés Ollero) y STC 143/2017, de 14 de diciembre (ponente Encarnación Roca Trías).

⁵⁶ Arts. 40 y 41 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de la Comunidad Foral Navarra y arts. 34 y 35 de Ley de Cambio Climático y Transición Ecológica de la Comunidad Valenciana.

c) *El deber legal de conservación de la edificación y la rehabilitación edificatoria por razón de eficiencia energética constituyen dos medidas al servicio de las CC.AA. para contribuir a la transición energética.*

Las CC.AA. como titulares de edificios públicos deben respetar el deber de conservación de la edificación que impone el TRLS y RU. Esa conservación conlleva la necesidad de mantener las condiciones de ahorro de energía que fueron exigidas en la construcción y, en caso de ser un edificio que deba disponer del certificado de eficiencia energética se contará con propuestas para la mejora de su calificación.

Al mismo tiempo, en ejercicio de las competencias en materia de urbanismo que ostentan las regiones, a estas les corresponde regular la inspección de la edificación en aspectos referidos a su conservación y accesibilidad (STC 143/2017)⁵⁷. Y teniendo en cuenta que el Real Decreto 390/2021 exige que los edificios sujetos a inspección técnica deben disponer del certificado de eficiencia energética, corresponde a las legislaciones urbanísticas regular las citadas inspecciones técnicas (respetando las competencias del municipio), en las que se debe incluir el control de la conservación, accesibilidad y EE.

Por lo que respecta a la rehabilitación de la edificación existente para mejorar su eficiencia energética (González Ríos, 2021a, pp. 82-121), el TC ha admitido una competencia estatal restringida, que en todo caso no le habilita para imponer obligatoriamente la ejecución de actuaciones de rehabilitación edificatoria, regeneración y renovación urbanas, ni los criterios para priorizar dichas actuaciones, por cuanto ello vulnera las competencias autonómicas de ordenación y ejecución urbanísticas (STC 143/2017). Esa limitada competencia no ha impedido al Estado referirse en el art. 8 de la LCCTE a la rehabilitación de edificios para lograr una alta eficiencia energética, teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la UE⁵⁸, así como aprobar la Ley 10/2022, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria, en la que se recogen medidas para impulsar la rehabilitación edificatoria para la mejora de la EE⁵⁹.

La competencia exclusiva de las CC.AA. en materia de urbanismo y de desarrollo de la legislación básica sobre energía y medio ambiente las habilita para regular la rehabilitación para la descarbonización de la edificación. En esta línea, las legislaciones urbanísticas autonómicas contienen previsiones más o menos desarrolladas sobre rehabilitación de la edificación, que si bien en algunos supuestos no se vinculan directamente con reformas para mejorar la EE, sin embargo, cabe interpretar que dicho objetivo queda plasmado en las exigencias que estas normas incorporan de ejecución de actuaciones conforme al principio de desarrollo sostenible y de EE y las previsiones más concretas sobre implantación de energías renovables o para ahorrar energía.

Las referencias a la rehabilitación de la edificación para mejorar el consumo energético hemos de complementarlas con lo dispuesto en las legislaciones sobre cambio climático y transición energética aprobadas por algunas CC. AA., en las que se contiene una remisión para que las legislaciones urbanísticas prioricen la rehabilitación y los edificios de consumo casi nulo de energía.

6.4. La renovación del alumbrado exterior por razón de eficiencia energética

Las competencias compartidas del Estado y las CC.AA. sobre protección del medio ambiente y régimen energético (art. 149.1. 23.ª, 25.ª CE) les habilitan para regular la sostenibilidad energética en el uso del alumbrado exterior. También los municipios ostentan competencias en esta materia (el tema ha sido tratado por González Ríos, 2021b, pp. 231-254 y Castro López, 2016, pp. 195-219); más concretamente la LBRL les

⁵⁷ STC 143/2017, de 14 de diciembre (ponente Encarnación Roca Trías, fj. 13).

⁵⁸ La Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios exige la aprobación de una Estrategia de Renovación a Largo Plazo, con su correspondiente hoja de ruta, para descarbonizar la edificación para 2050, transformando la edificación existente en edificios de consumo de energía casi nulo (art. 2. bis); el Pacto Verde en 2019 apuesta por lo que denomina una «oleada de renovación de edificios por razón de EE», identificando los ámbitos prioritarios de actuación (los edificios menos eficientes, la lucha contra la pobreza energética, la renovación de los edificios públicos y la descarbonización de los sistemas de calefacción y refrigeración), y la legislación europea sobre el clima de 2021 (Reglamento UE 2021/1119, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio) integra dentro del objetivo de neutralidad climática la renovación energética de la edificación para reducir sus emisiones.

⁵⁹ La Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, establece deducciones en varios impuestos por obras de este tipo en edificios residenciales; facilita las obras de reforma para la mejora energética en las comunidades de propietarios; recoge el principio primero la eficiencia energética, e introduce en la LOE una nueva disposición que recoge el principio comunitario de no causar daño significativo al medio ambiente mediante estas operaciones de rehabilitación.

atribuye competencias sobre medio ambiente urbano, entre las que incluye «la protección contra la contaminación lumínica y atmosférica en las zonas urbanas»⁶⁰.

Partiendo de esta distribución de competencias, la regulación para lograr un alumbrado exterior energéticamente sostenible la encontramos en una pluralidad de normas relacionadas tanto con la protección ambiental como con el sector energético. Así, en la Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera⁶¹, en el Reglamento de Eficiencia Energética en Instalaciones de Alumbrado Exterior de 2008⁶², reglamento estatal de naturaleza básica, y en la normativa autonómica y ordenanzas locales sobre eficiencia energética y prevención de la contaminación lumínica. Aunque no todas las CC.AA. cuentan con normativa sobre protección del cielo nocturno o de lucha contra la contaminación lumínica, aquellas que disponen de ella contienen importantes limitaciones y restricciones al uso del alumbrado público que contribuye a una mayor EE. Por tanto, como complemento de la normativa básica estatal, las CC.AA. pueden incidir en el ahorro energético con medidas respecto del uso del alumbrado exterior.

Tampoco las legislaciones sobre cambio climático y transición energética de las CC.AA. han obviado el tema. Así, contienen referencia a la eficiencia energética del alumbrado exterior: Andalucía, que dispone que los planes municipales contra el cambio climático contendrán actuaciones para optimizar el alumbrado público –art. 15– y medidas para el fomento de la EE en dicho alumbrado –art. 36–; las Islas Baleares, que regula el alumbrado público para minimizar el consumo –art. 38–; Navarra alude de forma extensa a la EE en el alumbrado exterior –art. 43–; la Comunidad Valenciana lo hace en el art. 40 con remisión a la normativa sobre protección del cielo nocturno; también Canarias se refiere al alumbrado público para remitirse a la legislación aplicable –art. 64–.

Como vemos, la sostenibilidad energética del alumbrado exterior es una cuestión tratada tanto en la normativa estatal básica ambiental como en la normativa específica autonómica sobre protección contra la contaminación lumínica y en la normativa sobre cambio climático y TE. Sin embargo, al margen del Reglamento básico del Estado no todas las CC.AA. cuentan con normativa para la protección contra la contaminación lumínica ni todas tienen legislación sobre cambio climático y transición energética.

7. OTROS SECTORES Y MECANISMOS PARA LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

7.1. Transporte y movilidad sostenible

El transporte, junto a la edificación, es uno de los sectores que más energía consume⁶³, por lo que ha sido objeto de una atención especial a nivel normativo respecto a la aplicación de medidas de sostenibilidad energética. Estas medidas van referidas, por una parte, a la introducción de energías alternativas en el transporte, entre las que se sitúan las energías renovables (biocombustibles), y se presta también una atención especial a las infraestructuras adecuadas para la implementación de energías alternativas. Por otro lado, se atiende también a la movilidad sostenible⁶⁴.

La UE ha impuesto como objetivo obligatorio introducir una cuota mínima de introducción de energías renovables en el consumo final de energía en el transporte del 14 % en 2030 (Directiva 2018/2001), mediante el aumento del uso de los biocarburantes y de la electromovilidad. A su vez, el Reglamento (UE) 2023/851 ha prohibido a partir de 2035 la venta de vehículos ligeros (turismos y furgonetas) con motor de combustión de gasolina o diésel, lo que va a suponer un importante impulso a la electrificación del transporte⁶⁵.

⁶⁰ Al mismo tiempo, una parte importante de ese alumbrado exterior lo constituye el alumbrado público, el cual se califica por el art. 26.1 de la LBRL como un servicio básico que debe prestarse por el municipio, aunque en los de población inferior a 20000 habitantes el mismo será coordinado por la Diputación Provincial.

⁶¹ Art. 3.f) y disposición adicional cuarta de la Ley 34/07, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera.

⁶² Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Eficiencia Energética en el Alumbrado Exterior y sus Instrucciones Técnicas Complementarias EA 01 a EA07, modificado por Real Decreto Ley 18/2022, de 18 de octubre.

⁶³ La *Estrategia de la UE de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro*, de 9 de diciembre de 2020, calcula que las emisiones de gases de efecto invernadero del sector del transporte representan la cuarta parte del total de la Unión Europea.

⁶⁴ Sobre la incidencia de la digitalización en la movilidad sostenible, España Pérez (2022).

⁶⁵ Reglamento (UE) 2023/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO2 de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos.

A nivel nacional, la materia *transporte y movilidad* concita competencias estatales, autonómicas y locales, y ha sido objeto de una abundante normativa estatal dictada con base en varios títulos competenciales predominantes: el de bases de régimen energético (art. 149.1.25.^a), la protección ambiental (art. 149.1.23.^a) y bases y coordinación de la actividad económica (art. 149.1.13.^a). Sin embargo, no contamos aún con una ley de movilidad sostenible⁶⁶, aunque la Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, la Ley de Economía Sostenible o la Ley de Cambio Climático y Transición energética contienen provisiones sobre los planes de movilidad y la reducción de emisiones contaminantes en el transporte⁶⁷.

Por otro lado, en cuanto al uso de los biocombustibles y la implantación de vehículo eléctrico hemos de estar a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de Sector de Hidrocarburos y reglamentos básicos de desarrollo que vienen estableciendo los objetivos de penetración anuales de biocarburantes (disposición adicional decimo-sexta) (Véase, González Ríos y Ávila Rodríguez, 2023, pp. 499-544), y la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que liberaliza la actividad de recarga de vehículos eléctricos. A nivel reglamentario se han desarrollado las condiciones técnicas para la implantación de infraestructuras para combustibles alternativos (Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre) y la actividad de prestación de servicios de recarga energética de vehículos eléctricos (Real Decreto 184/2022, de 8 de marzo)⁶⁸. La incidencia de esta regulación en el mercado energético refuerza las competencias estatales básicas sobre energía.

Ahora bien, también las CC.AA. que han aprobado legislación sobre cambio climático y transición energética se han referido a las medidas a adoptar en materia de transporte y movilidad sostenible: fomento del transporte público y sin emisiones, actuación sobre infraestructuras, electrificación del transporte, desincentivo al transporte privado, planes de movilidad, sustitución de vehículos públicos de combustión por vehículos libres de emisiones, políticas de aparcamientos favorables para vehículos de cero emisiones, entre otras. Incluso, algunas CC.AA. han aprobado sus propias legislaciones sobre transporte y movilidad sostenible⁶⁹.

7.2. Residuos

Los residuos se consideran como uno de los sectores difusos en los que es necesario controlar las emisiones de gases de efecto invernadero (entre otros, Conde Antequera, 2015, pp. 229-244). Las CC.AA. ostentan competencias en la materia, las cuales se han detallado en el art. 12 de la Ley 7/2022 de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular. Diferentes tipos de desechos pueden aprovecharse como energía renovable, aunque su valorización energética se sitúa en la jerarquía de residuos por debajo de la reutilización y reciclado, y por encima de la eliminación.

La importancia que en la transición energética tienen los residuos se ha puesto de manifiesto en la LCC-TE, que insta al Gobierno a fomentar los gases renovables procedentes de residuos orgánicos o subproductos de origen animal o vegetal (art. 12), a la vez que considera la economía circular como un instrumento al servicio de la descarbonización de la economía (disposición adicional quinta).

También las legislaciones autonómicas sobre cambio climático y transición energética se vienen refiriendo al papel de los residuos en el proceso de transición hacia el uso de energías limpias (en la planificación de la gestión de residuos se debe tener en cuenta su impacto sobre el cambio climático; el uso de los residuos para su valorización energética; su uso para la producción de biocombustibles...).

7.3. Contratación pública, comunidades ciudadanas de energía y control

Entre los instrumentos que pueden utilizarse de manera transversal por las CC.AA. para un uso eficiente de la energía se encuentran: a) la contratación pública; b) la regulación de las comunidades energéticas locales; c) el régimen sancionador, y d) el régimen fiscal.

⁶⁶ El Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 27 de febrero de 2023.

⁶⁷ Véase el art. 16 de la Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, el art. 101 de la Ley de Economía Sostenible y el art. 14 de la LCCTE.

⁶⁸ Este marco normativo requiere su adaptación a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2023/1804, de 13 de septiembre, relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos, y por el que se deroga la Directiva 2014/94/UE.

⁶⁹ Tal es el caso de Cataluña con su Ley 9/2003, de 13 de junio de Movilidad; la Comunidad Valenciana con su Ley 6/2011, de 1 de abril de Movilidad; la Comunidad de las Islas Baleares con su Ley 4/2014, de 20 de junio de Transporte Terrestre y Movilidad Sostenible, o la Comunidad Autónoma de Asturias, que cuenta con la Ley 12/2018, de 23 de noviembre, de Transportes y Movilidad Sostenible, que contiene una extensa regulación de los planes de movilidad sostenible.

En materia de contratación pública, la legislación de contratos del sector público contiene criterios para la contratación ambientalmente sostenible, entre los que hay que incluir el uso eficiente de la energía (entre otros, Galán Vioque, 2018, 2023; Pernas García, 2020, pp. 873-914). Ahora bien, las referencias directas al uso de la contratación pública para alcanzar la transición hacia energías no contaminantes las encontramos en las legislaciones sobre cambio climático y transición energética. Así, la LCCTE se refiere a la contratación en materia de alimentación para combatir el cambio climático (art. 22) y contiene un artículo específico sobre contratación pública que incide en los criterios medioambientales y de sostenibilidad energética (art. 31). La legislación catalana alude a la «contratación verde» (art. 35); Andalucía regula en su art. 30 la contratación pública verde; los arts. 69 al 73 de la Ley de Islas Baleares regulan medidas de contratación pública; en Navarra la disposición adicional undécima incluye disposiciones sobre contratación administrativa en el marco de la Ley Foral de Contratos Públicos de 2018; los arts. 90 y sucesivos de la legislación valenciana engloban las medidas de contratación pública; Canarias regula en sus arts. 24 a 30 las medidas sobre contratación pública.

La contratación pública va a desempeñar un papel importante en la renovación y rehabilitación del parque edificado público, en el sector del transporte a través de la compra pública ecológica de vehículos de transporte por carretera⁷⁰, en la edificación y en el alumbrado exterior mediante los contratos de rendimiento energético.

Otro mecanismo que puede ser objeto de regulación y fomento por parte de las CC.AA. para lograr la transición energética son las comunidades energéticas locales (comunidades ciudadanas de energía y comunidades de energías renovables). Al respecto, la doctrina reivindica el desarrollo normativo de estas entidades (Gallego Córcoles, 2022; González Ríos, 2020, pp. 147-193; Revuelta Pérez, 2022, p. 102). En el marco de la Directiva 2018/2001 (modificada en el año 2023) relativa al Fomento del Uso de Energías Renovables y de la Directiva 2019/944 sobre el mercado interior de la electricidad, la LSE ha recogido el concepto de *comunidades renovables de energía y de comunidades ciudadanas de energía*⁷¹; además, prevé, en cuanto al régimen de retribución de actividades, que se podrá tener en cuenta las peculiaridades de esas comunidades para que puedan competir en el acceso al marco retributivo específico.

A las escasas referencias que a las citadas comunidades energéticas realiza la normativa estatal, se han sumado las previsiones que sobre las mismas se vienen incluyendo en las legislaciones autonómicas sobre cambio climático y transición energética. En las mismas, junto a los proyectos de energías renovables con participación local (los impulsados por comunidades energéticas) –al que se refiere la Comunidad Valenciana–, algunas CC.AA. (Cataluña o Islas Baleares) exigen que los proyectos de energías renovables estén participados en al menos un 20 % de su propiedad por entidades locales, ciudadanos, pymes... para mejorar su aceptación social. No obstante, la regulación más amplia sobre las citadas entidades de energía la ha realizado la Comunidad de Aragón. Los arts. 15 a 32 del Decreto Ley 1/2023, de 20 de marzo, de medidas para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía, han regulado las comunidades ciudadanas de energía y las comunidades de energías renovables y las mancomunidades de energía, determinando la libertad en cuanto a la forma jurídica de constitución y la necesidad de contar con unos estatutos y con inscripción en el Registro Público de Comunidades de Energía de Aragón. A su vez, se determinan los requisitos para ser considerada comunidad de energía, las actividades que pueden desarrollar y los derechos y obligaciones de sus miembros.

En definitiva, tanto la normativa de la Unión Europea, la estatal y la de algunas CC.AA. vienen fomentando a través de comunidades de energía la participación de la Administración local, los ciudadanos y las pymes en la producción de energía eléctrica procedente de energías renovables. Así pues, nos encontramos con una fórmula de fomento de la participación ciudadana en el ámbito de la energía.

Por último, no hemos de olvidar la importante intervención de las CC.AA. en ejercicio de su potestad sancionadora en materia de transición energética y la posibilidad de crear impuestos ambientales. El régimen sancionador, partiendo de la reserva de ley que impone el art. 25 de la CE, se contiene en la legislación reguladora de cada sector en el que debe intervenir para garantizar el tránsito en el uso de energías fósiles.

⁷⁰ La Directiva 2009/33, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios en favor de una movilidad de bajas emisiones (modificada por Directiva 2019/1161, de 20 de junio), impone la contratación pública ecológica en la compra de vehículos de transporte por carretera con poco impacto ambiental. Las previsiones de la Directiva 2019/1161 han sido traspuestas al derecho interno en los arts. 86 a 91 del Real Decreto Ley 24/2021, de 2 de noviembre.

⁷¹ Art. 6, apartados j) y k), y arts. 12 bis y 12 ter de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, modificada en esta materia por los reales decretos leyes 23/2010, de 23 de junio y 5/2023, de 28 de junio.

les a energías renovables. Por centrarnos en algunos de esos sectores, podemos resaltar el aplicable a la certificación de eficiencia energética y el previsto en las correspondientes legislaciones autonómicas sobre cambio climático y transición energética.

8. CONCLUSIONES FINALES

La UE cuenta con un nutrido marco normativo para la transición energética, entendida como el abandono progresivo del uso de las energías fósiles y su sustitución por las energías renovables y una mejora en la EE. De dicho marco normativo deriva el cumplimiento de objetivos obligatorios para los Estados miembros. Pero en un Estado como España, con un alto grado de descentralización política y territorial, las regiones deben coadyuvar a alcanzar dichos objetivos, cuya máxima expresión es la neutralidad climática impuesta por la *legislación europea sobre el clima* para el año 2050. Ahora bien, ¿cuál es el papel de las CC.AA. respecto al derecho comunitario? ¿Cuáles son las competencias que ostentan en esa transformación energética y cómo se articulan con las estatales? ¿En qué sectores pueden intervenir? Son cuestiones que deben clarificarse si se quiere alcanzar la ansiada descarbonización de los sectores económicos más contaminantes.

Pues bien, siguiendo la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, la ejecución y trasposición del derecho comunitario en materia de transición energética corresponderá al Estado y a las CC.AA. según la distribución constitucional de competencias, pudiendo repercutirse las sanciones impuestas al Estado por incumplimiento del derecho de la UE por parte de las regiones o corporaciones locales. De ahí la relevancia de clarificar dicho marco competencial, a lo que viene contribuyendo –como hemos expuesto– el Alto Tribunal.

Los diferentes títulos competenciales implicados en la materia, la pluralidad de sectores económicos afectados por las medidas para la transición energética, la obligación de cumplir el derecho comunitario y la fijación de objetivos obligatorios de descarbonización, imponen a nivel nacional el reforzamiento de la colaboración, cooperación y coordinación entre el Estado, las CC.AA. y los entes locales. A los tradicionales órganos de cooperación (p. ej. la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas) hemos de unir el importante papel que corresponde a la planificación climática y energética, a partir del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, y a los fondos europeos destinados a la citada transformación energética.

Sin embargo, estas fórmulas de colaboración no han impedido el planteamiento de conflictos ante el Tribunal Constitucional en materia de cambio climático y transición energética. De su doctrina puede concluirse, primero, que si la regulación autonómica incide en aspectos relacionados con el suministro eléctrico, las competencias estatales se refuerzan; segundo, que si se trata de medidas relacionadas con el ámbito urbano, las competencias autonómicas se refuerzan en función de sus competencias sobre urbanismo, aunque el Estado conserva la directrices básicas para garantizar la penetración de las energías renovables y la EE; tercero, si nos centramos en el ámbito de la EE en la edificación, el desarrollo normativo de la legislación básica estatal permite a las CC.AA. elevar los estándares de protección.

La descarbonización a través del cambio de modelo energético es un objetivo global que no puede alcanzarse mediante regulación y medidas regionales diversas y descoordinadas de las medidas y objetivos europeos y nacionales, ni puede dejarse a la voluntad política de cada CC.AA. Y, a pesar de ello, y aún a sabiendas de las obligaciones que recaen sobre las CC.AA. en ejercicio de sus competencias, hemos podido constatar el desigual desarrollo normativo regional en materia de cambio climático y transición energética. A ello ha contribuido la tardía aprobación estatal de la LCCTE (tardía en comparación con el derecho comunitario). Ese retraso en la aprobación de una legislación básica dio lugar, por un lado, a que solo cuatro CC.AA. aprobaran legislación sobre fomento de las energías renovables o sobre sostenibilidad energética y solo tres tuvieran publicada su legislación sobre cambio climático y transición energética en el año 2021. Por otro lado, todavía hay CC.AA. que no cuentan con legislación específica sobre el tema. Así pues, se necesita una apuesta legislativa autonómica más decidida que, además de completar el marco regulador a nivel territorial sobre despliegue en el uso de energías no fósiles y un mayor ahorro energético, contribuya a perfilar y concretar las competencias locales que se ven implicadas.

Pero no solo desde el marco normativo deben las CC.AA. actuar para reducir el consumo de energías fósiles y las emisiones de gases de efecto invernadero a ellas asociadas; también les corresponde realizar un papel ejemplarizante como grandes organizaciones consumidoras de energía (consumo eléctrico, calor y refrigeración, vehículos para movilidad, agentes contratantes, etc.). El desarrollo del autoconsumo eléctrico, la rehabilitación de la edificación hacia modelos de consumo casi nulo, la mejora en la eficiencia energética

del alumbrado público, el fomento en el uso de los residuos biomásicos, el impulso de las comunidades de energía, las actuaciones urbanísticas para una movilidad más sostenible, la simplificación del régimen autorizador de instalaciones de energía renovables, no son más que algunos de los ejemplos de la vasta labor que en materia de transición energética corresponde a las CC.AA.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alenza García, J. F. (2022). Objetivos y principios rectores de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética. En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella* (pp. 76-110). Marcial Pons.
- Alonso Mas, M.^a J. (2021). La simplificación procedimental en el paquete de invierno y su proyección sobre la autorización de instalaciones eléctricas: impacto sobre la normativa española. En M.^a J. Alonso Mas e I. Revuelta Pérez (dirs.), *Regulación del sector eléctrico y transición energética* (pp. 17-90). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Bacigalupo Saggese, M. (2021). España ante los desafíos de la transición energética: integración de la política energética en la política climática, transición justa y seguridad jurídica. En F. Delgado Piqueras, R. Galán Vioque, N. M. Garrido Cuenca e I. González Ríos (dirs.), e I. Ruiz Olmo y J. M. Amaral Winter (coords.), *Los desafíos jurídicos de la transición energética* (pp. 51-66). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Casado Casado, L. (2018). *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*. Institut d'Estudis de l'Autogovern, Generalitat de Catalunya.
- Castro López, M.^a P. (2016). Comentario a la normativa sobre iluminación exterior y lucha contra la contaminación lumínica. En I. González Ríos y C. M.^a Ávila Rodríguez (coords.), *Estudios sobre la normativa reguladora de la eficiencia energética: especial referencia a su incidencia en las Administraciones públicas* (pp. 195-219). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Cobrerros Mendazona, E. (2020). *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. BOE. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-189
- Conde Antequera, J. (2015). Residuos y energía. En M.^a A. Torres López (dir.) y J. Conde Antequera (coord.), *Administración local y energías renovables* (pp. 229-244). Comares.
- Del Guayo Castiella, I. (2020). Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía. *Revista de Administración Pública*, (212), 309-346. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.12>
- España Pérez, J. A. (2022). *Desafíos regulatorios de la movilidad sostenible y su digitalización*. Thomson-Reuters Aranzadi.
- Galán Vioque, R. (dir.) (2018). *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*. Editorial Universidad de Sevilla.
- Galán Vioque, R. (dir.) (2023). *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*. Tirant Lo Blanch.
- Galera Rodrigo, S. (2018). Las competencias en materia de clima: la complejidad jurídica del gobierno multinivel. En S. Galera Rodrigo y M. Gómez Zamora (eds.), *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica* (pp. 215-254). INAP.
- Galera Rodrigo, S. (2021). Cambio de modelo en la transición energética: ¿otro tren que pasará? *Actualidad Jurídica Ambiental*, (114), 59-79. <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00172>
- Gallego Córcoles, I. (2022). *Comunidades de energía y transición energética*. Thomson-Reuters Aranzadi.
- González Ríos, I. (2014). La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas. *Revista Vasca de Administración Pública*, (99/100), 1623-1649. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.068>
- González Ríos, I. (2020). Las «comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales. *Revista Vasca de Administración Pública*, (117), 147-193. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.04>
- González Ríos, I. (2021a). Hacia una progresiva descarbonización de la edificación a través de la rehabilitación energética. Cuadernos de Derecho Local, (57), 82-121. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2022/QDL57/QDL57_04_Gonzalez_Rios.pdf
- González Ríos, I. (2021b). *Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídico-administrativos para 2030-2050*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- González Ríos, I. y Ávila Rodríguez, C. M.^a (dirs.) (2023). *Transición energética y digital justa en el ámbito de los transportes*. Aranzadi.
- Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, A. (2020). Complejidad normativa para la transición energética en España. En H. Jiménez Guanipa, M. Luna Leal y F. Huber (coords.), *Crisis climática, transición energética y derechos humanos* (pp. 281-304). Fundación Heinrich Böll.
- López Ramón, F. (2021). Notas de la Ley de Cambio Climático. En F. Delgado Piqueras, R. Galán Vioque, N. M. Garrido Cuenca e I. González Ríos (dirs.) e I. Ruiz Olmo y J. M. Amaral Winter (coords.), *Los desafíos jurídicos de la transición energética* (pp. 79-100). Thomson-Reuters Aranzadi.

- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. (2020). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos.
- Martín Delgado, I. (2016). La repercusión de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea en el contexto del Estado Autonómico. *Revista de Administración Pública*, (199), 51-92. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.199.02>
- Mora Ruíz, M. (2022). Comunidades autónomas, cambio climático y energía. En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruíz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética: estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella* (pp. 655-674). Marcial Pons.
- Ortiz García, M. (2021). La regulación europea y el nuevo régimen del autoconsumo eléctrico en España. En F. Delgado Piqueras, R. Galán Vioque, N. M. Garrido Cuenca e I. González Ríos (dirs.), e I. Ruiz Olmo y J. M. Amaral Winter (coords.), *Los desafíos jurídicos de la transición energética* (pp. 267-295). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Palomar Olmeda, A. (2021). Ordenación y principios generales de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética. En A. Palomar Olmeda y R. Terol Gómez (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética* (pp. 23-72). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Parejo Alfonso, L. (2021). Reflexiones en torno a la Unión Europea de la energía y su futuro. En F. Delgado Piqueras, R. Galán Vioque, N. M. Garrido Cuenca e I. González Ríos (dirs.), e I. Ruiz Olmo y J. M. Amaral Winter (coords.), *Los desafíos jurídicos de la transición energética* (pp. 37-50). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Pernas García, J. J. (2020). Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica. En G. García Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales* (pp. 873-914). CIEMAT.
- Revuelta Pérez, I. (2022). Comunidades energéticas: desafíos jurídicos para los entes locales. *Anuario de Derecho Municipal*, (16), 77-103. https://doi.org/10.37417/ADM/16-2022_2.02
- 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://raco.cat/index.php/rcda/article/view/376510>
- Zamora Santa Brígida, I. (2021). *La regulación del autoconsumo de energía eléctrica en España*. Thomson-Reuters Aranzadi.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 08-11-2023
Modificado: 17-01-2024
Aceptado: 18-01-2024
Prepublicado: 02-02-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11294>
Páginas: 74-95

Referencia: García-Moreno Rodríguez, F. y Cantera Cuartango, J. M. (2024). Mancomunidades de municipios 2.0: hacia su reconversión, además de proseguir con sus tradicionales funciones, en instrumentos de sostenibilidad, desarrollo rural y lucha contra la despoblación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 74-95. <https://doi.org/10.24965/reala.11294>

Mancomunidades de municipios 2.0: hacia su reconversión, además de proseguir con sus tradicionales funciones, en instrumentos de sostenibilidad, desarrollo rural y lucha contra la despoblación

Commonwealth of Municipalities 2.0: Towards their reconversion, in addition to continuing with their traditional functions, into instruments of sustainability, rural development and the fight against depopulation

García-Moreno Rodríguez, Fernando

Universidad de Burgos. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8783-7253>

fgmoreno@ubu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Entre sus líneas de investigación se encuentran la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente.

Cantera Cuartango, José Manuel

Universidad de Burgos. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8221-8999>

jmcantera@ubu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor ayudante doctor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Entre sus líneas de investigación se encuentran la contratación pública y el urbanismo.

RESUMEN

Objetivos: el presente trabajo persigue remover la tradicional e inamovible concepción de las mancomunidades de municipios, para, mediante su reconversión, pero sin renunciar por ello a sus fundamentos más sólidos, convertirlas en instrumentos administrativos de ámbito local, de primer orden, para la transformación de las zonas rurales más necesitadas de sostenibilidad, desarrollo rural y lucha contra la despoblación. **Metodología:** la investigación se basa en literatura académica (posiciones doctrinales) en disposiciones legales europeas, estatales y autonómicas y en jurisprudencia constitucional, centrada toda ella en las Mancomunidades de Municipios. **Resultados:** partiendo de una modernización conceptual de las mancomunidades de municipios (2.0), fruto de una reflexión profunda y acompañada a los nuevos tiempos, se puede posibilitar que dichas entidades locales, sin implicar un cambio disruptivo con su pasado, puedan hacer operativas las nuevas políticas públicas emergentes tendentes a lograr

la sostenibilidad económica, social y medioambiental, el desarrollo rural de los territorios y personas, así como la fijación y atracción de población; en particular en los municipios más pequeños, que son a los que tradicionalmente dan servicio y los que presentan una menor penetración de tales políticas. **Conclusiones:** para lograr este complejo reto, resulta imprescindible dotar a los gestores públicos de los municipios mancomunados de una cobertura jurídica adecuada que deberá procurarse tanto desde la legislación básica local del Estado como desde la legislación de desarrollo sobre régimen local de las comunidades autónomas.

PALABRAS CLAVE

Mancomunidad de municipios; sostenibilidad; desarrollo rural; lucha contra la despoblación; mundo rural.

ABSTRACT

Objectives: the present work seeks to remove the traditional and immovable conception of the Associations of Municipalities, to, through their reconversion, but without giving up their most solid foundations, convert them into local administrative instruments, of the first order, for the transformation of the rural areas most in need of sustainability, rural development and the fight against depopulation. **Methodology:** the research is based on academic literature (doctrinal positions) on European, state and regional legal provisions and on constitutional jurisprudence, all of which focuses on the Associations of Municipalities Using the most modern doctrinal and normative positions. **Results:** starting from a conceptual modernization of the Associations of Municipalities (2.0), the result of a deep reflection and in step with the new times, can it be possible for these local entities, without implying a disruptive change with their past, to make the new policies operational emerging public initiatives aimed at achieving economic, social and environmental sustainability, the rural development of territories and people, as well as the establishment and attraction of population, in particular, in the smallest municipalities, which are the ones they traditionally serve and the that present a lower penetration of such policies. **Conclusions:** To achieve this complex challenge, it is essential to provide the public managers of the joint municipalities with adequate legal coverage that must be provided both from the basic local legislation of the State and from the development legislation on the local regime of the Autonomous Communities.

KEYWORDS

Commonwealth of municipalities; sustainability; rural development; fight against depopulation; rural world.

SUMARIO

1. UN NUEVO PLANTEAMIENTO DE LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS: DE SU MERA EXISTENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS A INSTRUMENTO DE NUEVAS POLITICAS PÚBLICAS EMERGENTES: SOSTENIBILIDAD, DESARROLLO RURAL Y LUCHA CONTRA LA DESPOBLACIÓN. 2. EL INSUSTITUIBLE PAPEL DE LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS PARA QUE LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA, SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL SEA UNA REALIDAD EN LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS. 3. LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS: UN INSTRUMENTO PRIVILEGIADO E INDISPENSABLE PARA CONTRIBUIR AL DESARROLLO RURAL. 4. FIJACIÓN DE POBLACIÓN Y ATRACCIÓN DE PERSONAS FORÁNEAS: UN OBJETIVO PRIORITARIO E IRRENUNCIABLE QUE DEBEN ASUMIR LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS PARA LUCHAR CONTRA LA DESPOBLACIÓN DEL MUNDO RURAL. 5. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. UN NUEVO PLANTEAMIENTO DE LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS: DE SU MERA EXISTENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS A INSTRUMENTO DE NUEVAS POLITICAS PÚBLICAS EMERGENTES: SOSTENIBILIDAD, DESARROLLO RURAL Y LUCHA CONTRA LA DESPOBLACIÓN

Las mancomunidades de municipios, con fundamento en el art. 141.3 de la Constitución española, desde la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se han erigido en un mecanismo eficaz en la ejecución de obras públicas y en la prestación servicios básicos de numerosos municipios españoles de pequeño tamaño y de población no muy numerosa, hasta el punto que

el funcionamiento de las necesidades principales de muchos de ellos están en sus manos¹. Prueba de su importancia es que a día de hoy el número de mancomunidades de municipios en todo el territorio nacional alcanza la abultada cifra de 953².

Cerca del 70 % de los municipios españoles, especialmente los pequeños, están asociados a una mancomunidad³, lo que quiere decir, entre otras cosas, que los órganos institucionales de los ayuntamientos acuden frecuentemente a este mecanismo organizativo de carácter local y de naturaleza voluntaria cuando se les presenta una obra a la que, bien por incapacidad técnica, jurídica, financiera o todas ellas, no pueden hacer frente por sí mismos, o un servicio que, siendo igualmente incapaces de prestar individualmente, entienden necesario para satisfacer necesidades básicas –y en ocasiones estratégicas– que tiene su población.

De todas las notas que caracterizan y delimitan la naturaleza jurídica de las mancomunidades de municipios las más importantes son, sin duda, la participación voluntaria de los integrantes en la nueva entidad asociativa y la consecución de objetivos que les benefician mutuamente. La razón de su éxito ha sido y es la espontaneidad interesada en su unión –y no la obligatoriedad– y la confluencia de intereses comunes con otros municipios de similares características para ejecutar obras o prestar servicios que de manera aislada no serían capaces de acometer, bien por falta de recursos humanos, bien por no contar con una financiación adecuada, o bien, finalmente, por carecer de medios materiales o técnicos que imposibilitarían su puesta en marcha y funcionamiento.

Sin embargo, aunque la labor que hacen las mancomunidades de municipios es loable y eficaz, pues han prestado –y siguen prestando a día de hoy– servicios insustituibles, no es menos cierto que su planteamiento dogmático se encuentra un tanto obsoleto⁴, fruto de una concepción estatista –y haciendo un juego de palabras: estática– de la institución, que es la que está plasmada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –a la cual únicamente le dedica el art. 44–, y persiste en la legislación de desarrollo sobre régimen local de las comunidades autónomas, cuyos planteamientos responden a criterios puramente formalistas, lo que, inevitablemente, les hace superficiales y, por ello, renuentes a cualquier cambio o innovación.

Es un hecho que la normativa sobre régimen local, tanto estatal como autonómica, tiene una concepción de las mancomunidades de municipios centrada en cuestiones más bien procedimentales. Así, el art. 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, después de reconocer a los municipios el derecho a asociarse y otorgar a aquellas personalidad y capacidad jurídica para el desarrollo de las competencias que se atribuyan en los estatutos, se dedica a fijar un conjunto de trámites necesarios e imprescindibles para la constitución, la modificación o la supresión de una mancomunidad. En parecido sentido, si bien profundizando en las cuestiones jurídico-procesales, se manifiesta la legislación de desarrollo sobre régimen local de prácticamente todas las comunidades autónomas⁵.

¹ Rodríguez Álvarez (2010, p. 72) ha estudiado el ritmo de constitución de mancomunidades desde 1986 hasta 2009, con los siguientes resultados: 1986, 108 mancomunidades registradas; en 1990, 352; en 1995, 826; en 2001, 977; en 2007, 999, y en 2009, 1024. Concluye en su estudio que la explosión de las mancomunidades se produjo como consecuencia de la voluntad asociativa de los municipios para que uniéndose fuerzas y medios económicos y materiales se alcanzasen las economías de escala necesarias para una eficaz y eficiente prestación de determinados servicios.

² Así lo recoge la Federación Española de Municipios y Provincias en: http://femp.femp.es/Portal/Front/Atencion_al_asociado/Mancomunidades/_y3BL5bs6mApweT0ZbgDs2tsGkjlLAULf (consultado el 14 de marzo de 2023). El número de mancomunidades ha disminuido en una década de 1024 en 2009, a 953 en 2019, descenso en global no muy significativo. Las fuentes de donde se han obtenido estos datos son el *Inventario de entes del sector público* del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y los registros de las comunidades autónomas. Los datos contenidos en el censo de mancomunidades de municipios están actualizados a agosto 2019.

³ Arauz Salmerón (2021, p. 9) matiza que la mayor parte de las mancomunidades se encuentran concentradas en comunidades autónomas como Andalucía, Madrid, Navarra, País Vasco, Asturias, Castilla-León o Castilla-La Mancha.

⁴ Así lo destaca Durán García (2020, p. 2), puesto que la naturaleza jurídica actual de esta estructura administrativa local no está a la altura de enfrentarse con cierta solvencia a los retos de viabilidad económica, demográfica y territorial del inframunicipalismo.

⁵ La Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, recoge del art. 63 al 77 los pasos a seguir en la creación, alteración y disolución de mancomunidades de municipios. En el mismo sentido, la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, del art. 54 al 74; el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, del art. 115 al 122; la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunitat Valenciana, del art. 88 al 90; la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, del art. 29 al 41; la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, en los arts. 102 y 103; la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, del art. 47 al 52; la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, del art. 77 al 86; la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha, del art. 39 al 46; la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, del art. 135 al 148; la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, del art. 63 al 66; la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias, del art. 62 al 64; la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Islas Baleares, del art. 30 al 42; y la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, del art. 51 al 63. El Principado de Asturias,

Sin embargo, es necesario otorgar a las mancomunidades de municipios un impulso nuevo, dados los retos, problemas y circunstancias económicas, sociales y medioambientales especialmente adversas a los que se enfrentan las entidades locales en la actualidad, donde los aspectos relacionados con la sostenibilidad, el desarrollo rural y la lucha contra la despoblación adquieren una importancia capital. En definitiva, las mancomunidades de municipios deben pasar a tener carácter estratégico⁶. Evolucionar, sin por ello tener que romper con su exitoso pasado y presente.

Cuando hacemos alusión a que las mancomunidades de municipios en su configuración y desarrollo deben tener carácter estratégico, no nos referimos a una estrategia de ordenación territorial, propia del posicionamiento estructural que ocupan las mancomunidades de municipios en la ya tradicional ejecución de obras y prestación de servicios públicos, cuya opción es la de los países del sur de Europa, partidarios del asociacionismo, frente a la supresión de entidades, propia del norte de Europa⁷, sino a una concepción estratégica-funcional u operativa, en la que lo sustancial son las políticas que quieren implantarse y no la organización administrativa en sí misma. Desde esta nueva perspectiva que postulamos, las mancomunidades de municipios constituyen un medio óptimo para alcanzar un fin o conjunto de fines, en este caso la sostenibilidad (económica, social y medioambiental), el desarrollo rural y el asentamiento, incluso la atracción de población foránea, en particular en los pequeños municipios.

Resulta evidente que las tres cuestiones que acabamos de mencionar: la sostenibilidad, el desarrollo rural y la lucha contra la despoblación, afectan directamente a los pequeños municipios, pese a lo cual ven estos, con cierta resignación e, incluso, desesperanza, que la primera de ellas es más una utopía que una realidad al no ser todavía un campo de atención prioritario ni punto neurálgico de los empeños de los gobernantes de las entidades locales, mientras que en relación con la segunda y tercera de dichas cuestiones, no saben cómo concentrar esfuerzos para impulsar y desarrollar las zonas rurales en demarcaciones en las que la población es cada vez menor, ya sea por inexistencia de nacimientos, por la escasez de infraestructuras públicas esenciales para el desenvolvimiento cotidiano o por la ausencia de medidas de fomento del más variado tipo, clase o condición.

Pues bien, ante tales necesidades las mancomunidades de municipios pueden erigirse en un medio idóneo a través del cual poder ejecutar estas nuevas políticas públicas emergentes que centran la atención no solo del Estado y de las comunidades autónomas, incluso de algunas entidades locales, sino también de la Unión Europea, que trata de impulsar, dirigir y supervisar cada una de estas políticas. En definitiva, una gobernanza multinivel⁸ y multiactoral⁹. Ha sido una comunicación de la Comisión Europea de finales de 2021¹⁰ la que ha aprobado e impulsa el Pacto Rural Europeo, hoja de ruta para las zonas rurales de todos los Estados miembros de la Unión Europea, España entre ellos, hasta el año 2040, fijando, por un lado, un conjunto amplio de objetivos que conseguir y, por otro, un plan de acción para llegar a cumplirlos. Queda patente, pues, la voluntad de las instituciones europeas de promocionar las fórmulas asociativas en el ámbito rural para revitalizar estas zonas, donde las mancomunidades de municipios ocupan una posición preeminente. Este planteamiento es plenamente coincidente con parte de un sector doctrinal que las calificó y caracterizó ya hace años de «mancomunidades evolucionadas», frente a otras posiciones partidarias de modelos de mancomunidades de municipios más reduccionistas en las que se disminuía su valor en la pres-

la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Comunidad Autónoma de Extremadura tienen una regulación de las mancomunidades de municipios diferenciada de los demás territorios.

⁶ Enríquez Villacorta (2008, p. 150) pone de relieve que los entes asociativos de esta naturaleza no pueden quedarse en meros prestadores y ejecutores de servicios públicos, sino que su planteamiento, trayectoria y trazabilidad deben contribuir a aportar nuevas funcionalidades que contribuyan a crear o consolidar una posición atractiva de este instrumento organizativo a medio y largo plazo.

⁷ Heinelt (2012, p. 42) añade que, junto a la eliminación y fusión de entes locales en el norte de Europa, en los países del centro, este y sur del continente europeo se apostó por el fortalecimiento de la capacidad institucional cooperativa de los municipios permitiendo, e incluso fomentando, la creación y el desarrollo de estructuras institucionales intermedias que permitiera gobernar con mayor eficacia las zonas urbanas fragmentadas o aisladas.

⁸ Navas Castillo y Navas Castillo (2016, p. 181) explica que los actuales Estados constitucionales, entre los que se encuentra España, se autotitulan «multinivel» al confluir la coexistencia de diferentes niveles normativos, territoriales y organizativos que muestran la complejidad de las sociedades democráticas en las que viven y advierten la transformación del ejercicio del poder político que en ellos está operando.

⁹ Ortiz García (2021, p. 399) defiende que para construir un futuro en el mundo rural es necesario generar sistemas que colaboren eficientemente en el sector productivo social y económico, para lo cual se necesita un cooperación y asociación en diferentes niveles gubernativos, entre el que se encuentra y ocupa un lugar preeminente el local y, dentro de este, el intermunicipal.

¹⁰ Para ver el contenido completo y desarrollado de dicho Plan Rural Europeo véase: https://ec.europa.eu/regional_policy/es/newsroom/news/2021/06/30-06-2021-long-term-vision-for-rural-areas-for-stronger-connected-resilient-prosperous-eu-rural-areas (consultado el 24 de marzo de 2023).

tación de servicios públicos, bien mediante su delimitación conceptual, o bien a través de la acotación de las prestaciones que podían desplegar; otras tendencias doctrinales eran proclives, incluso, a su total supresión (Barrero Rodríguez, 2019, pp. 91-92).

Los objetivos que establece la Unión Europea para avanzar en el desarrollo rural constituyen un decálogo, cuyo contenido esencial y resumido es el siguiente: creación de espacios atractivos dentro de un desarrollo territorial armónico; potenciación de la gobernanza multinivel, es decir, aumentar y fortalecer las relaciones entre Administraciones públicas; impulso de productos locales, especialmente los relacionados con la seguridad alimentaria; constitución de comunidades dinámicas centradas en el bienestar; creación de comunidades inclusivas solidarias e intergeneracionales; promoción de una gestión sostenible de los recursos naturales; educación en la innovación digital; formación de personas emprendedoras cogeneradoras de riqueza económica, social y medioambiental; prestación de servicios públicos eficientes, accesibles y asequibles, y creación de lugares de diversidad. Como puede comprobarse, dentro del referido decálogo tiene cabida la sostenibilidad (económica, social y medioambiental) y junto con ella, aun no haciendo expresa alusión a dicho fenómeno, la lucha contra la despoblación, pues la mejor forma de combatir a esta última es mediante un desarrollo rural generador de riqueza, calidad de vida y bienestar social. En definitiva, las tres políticas públicas que postulamos deben implementarse sin mayor dilación en los pequeños municipios españoles a través de las mancomunidades de municipios.

En otro orden de cosas, el Plan de Acción de la Comisión Europea para conseguir los objetivos señalados en el Pacto Rural Europeo se centra en cuatro ámbitos que deben tenerse en cuenta para potenciar las zonas rurales desde todos los puntos de vista: fortaleza, conexión, resiliencia y prosperidad. Pues bien, estas cuatro notas cobran todo su sentido, asimismo, en la institución de las mancomunidades de municipios, tal y como explicaremos a continuación. De ahí nuestra insistencia en la necesidad de su potenciación¹¹ desde la vertiente estratégica-funcional u operativa a que nos hemos referido con anterioridad.

La primera finalidad que persigue el Plan de Acción del Pacto Rural establecido por la Unión Europea es la de conseguir que las zonas rurales sean más fuertes. Dice un viejo dicho popular que «la unión hace la fuerza»; pues bien, el aislamiento al que habitualmente están sometidas las zonas rurales, que impide su desarrollo e imposibilita el crecimiento poblacional, hace necesario una alianza estratégica de municipios voluntariamente interesados, más allá de la tradicional ejecución de obras y prestación de servicios públicos a los vecinos de todos los territorios afectados, en la consecución de objetivos tan trascendentales para ellos como son lograr la esquivada sostenibilidad, asentar un aceptable desarrollo rural e invertir el fenómeno migratorio del campo a la ciudad. Es aquí donde las mancomunidades de municipios deben mostrarse como un mecanismo óptimo que potencia sus fortalezas, posibilitando la consecución de tales metas, frente a la imposibilidad de lograrlas mediante un funcionamiento municipal autónomo e independiente.

La segunda característica que ha de poseer la acción institucional de los Gobiernos, especialmente de los locales, puesto que son los que más sufren directamente esta difícil y complicada situación, es la conexión entre comunidades. Pues bien, las mancomunidades de municipios es uno de los instrumentos más adecuados para unir y conectar unos territorios con otros en la consecución de un fin común, donde las políticas de sostenibilidad (económica, social y medioambiental), el desarrollo rural (fundamentalmente, agrícola, ganadero y forestal) y la lucha contra la despoblación no deben ser algo colateral y secundario, sino una de sus principales prioridades y aspiraciones, atendiendo a lo mucho que se juegan en su porvenir los municipios implicados.

La tercera propiedad que ha de configurar la actuación de las zonas rurales, en plena sintonía con los objetivos marcados por la Unión Europea, es la resiliencia aplicada no solo a las personas y a los territorios, sino también a las organizaciones administrativas. Es por ello por lo que las mancomunidades de municipios encajan a la perfección en la propuesta de la Unión Europea pues, si bien esta únicamente dispone el ámbito de actuación que seguir –no tendría otra competencia–, son las entidades locales –con los vecinos e instituciones gubernativas afectadas por la problemática de la insostenibilidad financiera, comunitaria y ecológica,

¹¹ Entre las recomendaciones que elabora el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo al informar el Pacto Rural Europeo en el que se da una visión a largo plazo para las zonas rurales de la Unión Europea, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (C 290/137), de 29 de julio de 2022, p. 1, destaca la necesidad de: «[...] un mayor compromiso permanente con las organizaciones participativas locales, tanto en el ámbito rural como en el urbano, y con las organizaciones de la sociedad civil para que la visión sea plenamente comprendida e inclusiva. El Parlamento Rural Europeo y otras redes existentes, así como la actual Conferencia sobre el Futuro de Europa, deben desempeñar un papel importante a la hora de transmitir los puntos de vista de las comunidades locales».

por la involución y empobrecimiento rural y la regresión en el número de habitantes de estos territorios– las que fortalecidas y conectadas por su mutua adhesión a través de este ente administrativo asociativo local, pueden contribuir a paliar y solucionar los problemas acuciantes a los que están sometidos los pequeños municipios.

Según el documento programático de la institución comunitaria, la cuarta y última particularidad que debe servir para impulsar el desarrollo rural y la lucha contra la despoblación en un marco de sostenibilidad es la prosperidad. Si no hay fortaleza, si falta conexión, si la resiliencia no se lleva a sus últimas consecuencias, no habrá prosperidad, riqueza y desarrollo. En este punto las mancomunidades de municipios adquieren, como venimos indicando, una importancia determinante en la consecución de políticas públicas de progreso económico, social y medioambiental, de impulso financiero y comercial que atraiga talento, inversiones y, en consecuencia, población de manera temporal o permanente. Se erigen, precisamente por ello, en un instrumento no solo decisivo, sino insustituible para poder acometer con ciertas garantías de éxito tan complejos retos y metas. De ahí nuestra apuesta decidida e incondicional por ellas.

Así pues, a partir de los objetivos generales, de las directrices más concretas marcadas en el Plan de Acción del Pacto Rural de la Comisión Europea y, sobre todo, a través de una nueva perspectiva de las mancomunidades de municipios, estas pasarían a concebirse no solo como simples ejecutoras de obras y prestadoras de servicios mínimos que la legislación de régimen local impone a los pequeños municipios y que estos, por sí solos, son incapaces de prestar, sino, insistimos, como una herramienta jurídico-administrativa idónea para posibilitar el impulso tan necesario e inaplazable que requieren las depauperadas poblaciones, industrias, comercios y montes ubicados en zonas rurales.

En cualquier caso, para que esta nueva concepción de las mancomunidades de municipios tenga efectos reales sobre las personas y los territorios, no basta con que existan unas directrices o declaraciones generales y planes de acción de diferentes organismos públicos supramunicipales, debiendo tener su reflejo legal tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, como en la legislación de régimen local de las diecisiete comunidades autónomas, puesto que una cobertura jurídica adecuada, que promueva y potencie las mancomunidades de municipios en el sentido explicado (estratégico-funcional u operativo) y posibilite, por tanto, que sean el motor en el ámbito rural de las políticas públicas que demandan las instituciones europeas y las Administraciones públicas, resulta imprescindible para lograr un entorno propicio que pueda servir de palanca para su transformación efectiva.

2. EL INSUSTITUIBLE PAPEL DE LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS PARA QUE LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA, SOCIAL Y MEDIOAMBIENTAL SEA UNA REALIDAD EN LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS

Una vez expuesto el nuevo planteamiento estratégico funcional-operativo que, a nuestro modo de ver, se ha de dar a las mancomunidades de municipios, en el que lo esencial no es la ejecución de obras y prestación de servicios, sino la utilización de este instrumento público organizativo de carácter cooperativo y voluntario para la implantación de políticas públicas que, entre otras muchas que se les puedan encomendar, fomenten el desarrollo sostenible, el progreso rural y la lucha contra la despoblación, procedemos en este momento a abordar la primera de dichas políticas públicas que, frente a lo que se piensa y algunos sostienen, coadyuva, sin merma alguna, al avance y prosperidad de los territorios afectados y, en particular, a su transición ecológica. No obstante, antes de estudiar el papel de las mancomunidades de municipios en esta concreta política pública, consideramos oportuno precisar, siquiera sea brevemente, qué se entiende por sostenibilidad económica, social y medioambiental y por pequeño municipio.

La sostenibilidad y su secuela, el desarrollo sostenible en todas sus facetas, son principios que, desde hace años, han ido calando de manera progresiva en la forma de afrontar y ejecutar todo tipo de actividad pública y privada, hasta el punto de que hoy en día muchas empresas, particulares y agentes públicos enfocan sus actuaciones cotidianas desde la perspectiva de la sostenibilidad, pues con ella se trata de conseguir como fin último que las generaciones presentes adquieran en sus sociedades un compromiso con la conservación del medioambiente, la mejora continua de la sociedad, educando y formando ciudadanos más solidarios y un mundo más equilibrado desde un punto de vista económico y, todo ello, alcanzando a las generaciones futuras.

En el fondo, la introducción de la sostenibilidad en la planificación y en el actuar humano tiene como finalidad la transformación del modelo económico continuo y lineal, propio de la sociedad occidental hasta

hace poco tiempo, en un modelo económico no lineal o circular¹², en el que lo prioritario son la producción de bienes y prestación de servicios responsables y equilibrados que contribuyan a un crecimiento solidario y a un desarrollo económico colectivo preservando el medioambiente en el que se desenvuelven las actividades. En España, ha tenido especial influencia –podríamos decir que es el punto de partida de esta forma de proceder– la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, norma que establece los elementos estructurales para conseguir un crecimiento ecuánime y duradero.

Son, por lo tanto, tres pilares: el aspecto económico, el aspecto social y el aspecto medioambiental, los que integran y a su vez constituyen el fundamento de la sostenibilidad y, por ende, los que deben imbuir el sentido y proyección de las acciones humanas en sociedad. En virtud de dicha concepción, puede afirmarse que no existirá sostenibilidad o la sostenibilidad quedará en entredicho si falta una sola de estas dimensiones.

El primer objetivo que persigue el desarrollo sostenible es el medioambiental. Los recursos naturales y biológicos de los que dispone el ser humano son muchos, pero no ilimitados, y la actitud que se tenga ante ellos condiciona su preservación, su menoscabo o su destrucción. Por ello, el cuidado medioambiental debe constituir uno de los propósitos para que el desarrollo sostenible de la sociedad sea una realidad palpable. De ahí la insistencia de los organismos internacionales, especialmente la Organización de Naciones Unidas, y las instituciones europeas, de potenciar y regular la materia medioambiental. La producción de normas en el espacio mundial, europeo, estatal y autonómico a lo largo de los últimos cincuenta años, aunque de manera particular a partir del año 2022¹³, es una manifestación de una clara apuesta de los organismos públicos de todos los niveles por un medioambiente sostenido y sostenible¹⁴. Nótese que en la consecución de la sostenibilidad medioambiental las mancomunidades de municipios están llamadas a tener un papel estelar, pues la inmensa mayoría de los municipios que agrupan son fundamentalmente rurales, los cuáles se caracterizan por atesorar múltiples e irremplazables valores medioambientales.

El segundo pilar que debe formar parte del concepto integrador de sostenibilidad es el carácter social. El desarrollo sostenible debe buscar una armonía entre el progreso humano y la conservación del medioambiente, mejorar la empleabilidad y las condiciones laborales de las mujeres y personas con problemas de acceso al mercado laboral¹⁵, de manera que los esfuerzos de la sociedad vayan dirigidos a que todas las personas, pertenecientes a generaciones presentes y futuras, sin importar su edad, su sexo, su condición social, sus capacidades, su pensamiento y recursos económicos, estén integrados y no se queden atrás. También dentro de la faceta social de la sostenibilidad están llamadas las mancomunidades de municipios a desempeñar un papel relevante y de suma importancia, pues hoy en día las condiciones de igualdad, integración, empleabilidad, promoción etc., en definitiva, lo social, la sociedad, está muy por detrás en el ámbito rural que en el urbano.

La tercera meta a la que debe aspirar la sostenibilidad, junto con el aspecto medioambiental y social que acabamos de presentar, es la económica. Hasta hace apenas una década, el modelo existente en el mundo era de un crecimiento ininterrumpido, permanente y, en muchas ocasiones, desmesurado, donde la ganancia y los beneficios económicos se encontraban por encima de la protección del medioambiente y de las personas. Sin embargo, el aspecto económico de la sostenibilidad ha de buscar no solo el lucro legítimo de toda empresa, sino contribuir a la riqueza social en un marco de protección de los recursos naturales presentes para que pueda llegar al menos en las mismas condiciones, si no mejores, a las generaciones futuras¹⁶.

¹² García-Moreno Rodríguez (2021a, p. 78) explica que el crecimiento económico continuo está transformándose, sin solución de continuidad, en un crecimiento económico circular, que no es sino una secuela o derivación del desarrollo sostenible que centra su atención en la reducción, reutilización y reciclaje de productos y procesos de bienes y servicios, contribuyendo de esta manera a un consumo responsable y a un progreso económico colectivo equilibrado.

¹³ Rodríguez-Chaves Mimbreno (2023, pp. 393-397) relaciona la normativa, estrategias y otras decisiones en materia de medioambiente del año 2022 en el derecho de la Unión Europea y en el derecho interno español tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. En la mayor parte de las normas y documentos programáticos que trae a colación tiene como horizonte de ejecución y plasmación de lo en ellas recogido la década 2020-2030.

¹⁴ Morán Blanco y Díaz Barrado (2020, pp. 21-22) se hacen eco de los principales desafíos y retos a los que se enfrentan los Objetivos de Desarrollo Sostenible recogidos en la Agenda 2030, impulsada por la Organización de Naciones Unidas en su relación con las ciudades y comunidades locales.

¹⁵ Belloso Martín (2021, pp. 64-65) denuncia el especial desplazamiento que sufren las mujeres no solo en las zonas urbanas, aunque se produce de manera especial en las áreas rurales, demarcaciones territoriales en las que el empleo femenino brilla por su ausencia y en la que el mapa dibujado hasta ahora es genérico y demasiado abstracto, sin medidas específicas concretas que apoyen esta importante política pública territorial.

¹⁶ Iranzo Gutiérrez (2022, p. 12) aclara que la vertiente económica de la sostenibilidad no ha de identificarse con la obtención de beneficios y resultados en términos absolutos, sino que debe ir acompañada de la sostenibilidad social y medioambiental y de una gobernanza relacional.

Al igual que en el resto de las facetas, también en esta, en la económica, deben tener un papel preeminente las mancomunidades de municipios, pues resulta determinante que, en armonía con la medioambiental y la social, la alcancen en cuantos municipios comprenden, dado que de su consecución depende no solo lograr una sostenibilidad plena, sino garantizar en todos ellos un cierto desarrollo rural y, cuando menos, que no pierdan población.

Después de exponer la naturaleza y razón de ser de la sostenibilidad y de sus tres facetas intrínsecamente unidas, y antes de pasar a relacionarlas más profundamente con las mancomunidades de municipios, en cuanto que, como hemos avanzado, potencial instrumento catalizador de las mismas, amén de posibilitador de su implementación en los pequeños municipios, procede, asimismo, que expongamos qué entendemos por estos últimos.

Para ello, hemos partido de un criterio jurídico que nos brinda, por un lado, la legislación de régimen local; en concreto, la división que hace el art. 8.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, sobre la clasificación de las secretarías de las entidades locales, en donde distingue: de clase primera, para ayuntamientos de municipios, entre otros, de más de 20 000 habitantes; de clase segunda, para municipios cuya población está comprendida entre 5001 y 20 000 habitantes, así como los de población inferior a 5001 habitantes, cuyo presupuesto supere los 3 000 000 de euros, y de clase tercera, para ayuntamientos de municipios de población inferior a 5001 habitantes, cuyo presupuesto no exceda los 3 000 000 de euros. Su apartado segundo permite que las secretarías de mancomunidades de municipios, entre otras, se clasifiquen por las comunidades autónomas en alguna de las clases mencionadas basándose en sus características propias.

Así pues, a partir de esta categorización entendemos que son pequeños municipios aquellos de población inferior a 5001 habitantes cuyo presupuesto no exceda de 3 000 000 de euros, concepto que es muy similar o análogo a la noción de municipio rural que, por otro lado, recoge el art. 3.c) de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural. Son estos municipios los que habitualmente constituyen las mancomunidades de municipios para la ejecución de obras y prestación de servicios. Los municipios que superan la población y el presupuesto señalado no suelen tener la necesidad imperiosa de mancomunarse porque habitualmente disponen de recursos económicos, personales y materiales suficientes para afrontar tales actividades, así como muchas otras, entre las que se encuentran la implementación de la sostenibilidad, el desarrollo rural e, incluso, la lucha contra la despoblación.

No obstante, si hemos de precisar que el fenómeno de la despoblación no se circunscribe únicamente a los pequeños municipios a los que hemos hecho alusión, en los que nos hemos centrado y a los que hemos delimitado conceptualmente, pues son los que, con mayor frecuencia, acuden a la técnica asociativa de la mancomunidad de municipios, sino que también afecta a otros municipios con un número de habitantes superior, como ciudades pequeñas y capitales interiores (Carbonell Porras, 2021a, p. 60) que cuentan –o deberían contar (Almeida Cerrada, 2023, p. 62)– con mayor capacidad de actuación y de acción en el ámbito competencial, financiero e instrumental.

Una vez expuesto el concepto de sostenibilidad en todo su alcance y de fijar qué entendemos por pequeño municipio en lo que a este trabajo se refiere, pasamos a abordar, sin más preámbulos, cómo se pueden ejecutar las políticas inmersas en el principio de desarrollo sostenible en los pequeños municipios a través de las mancomunidades de municipios¹⁷.

Dos son los aspectos en torno a los cuales debe pivotar la constitución de las mancomunidades de municipios para que, como postulamos, puedan funcionar con carácter estratégico, funcional-operativo y, por ello, garantizar la máxima eficiencia en la consecución de la política pública de sostenibilidad económica, social y medioambiental: por un lado, el reconocimiento legal expreso de tal posibilidad en la legislación básica de régimen local –en concreto, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local– y en la legislación autonómica que desarrolla idéntico régimen y, por otro lado, su plasmación y desarrollo en los estatutos de cada mancomunidad de municipios.

En cuanto al primero, el reconocimiento legal expreso de la sostenibilidad económica, social y medioambiental de las mancomunidades de municipios, debemos señalar que no está recogido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, lo que no deja de ser sumamente sorprendente.

¹⁷ Pego (2008, pp. 575-576) es partidario, también, de acudir a este tipo de entidad asociativa para implementar de manera directa criterios de sostenibilidad que permitan un desarrollo equilibrado de los aspectos medioambientales, económicos y sociales de toda actividad productiva.

Efectivamente, resulta inaudito que la ley básica del régimen local de los municipios españoles no recoja el principio de desarrollo sostenible en las tres facetas que lo conforman, pues solo se fija en una de ellas, la económica, y más concretamente dentro de esta, en la sostenibilidad de las finanzas locales¹⁸.

En este mismo sentido, debemos pronunciarnos en relación con la legislación de régimen local de las comunidades autónomas, dado que el reconocimiento explícito del principio de desarrollo sostenible, en todas sus dimensiones, brilla también por su ausencia en las mismas. Tal hecho, evidencia, fuera de toda duda, la escasa, incluso nula importancia que se concede a la sostenibilidad económica, social y medioambiental en el ámbito local y en mayor medida aún en los pequeños municipios, al estar ya de por sí sobrepasados con el cumplimiento de las competencias que les impone el ordenamiento jurídico. Ni que decir tiene que tal limitación legal, tan insólita como incomprensible, se hace extensiva igualmente a las mancomunidades de municipios que se puedan constituir.

No obstante, hemos de precisar la afirmación hecha en el párrafo anterior, ya que existen dos comunidades autónomas, concretamente, la Comunidad Autónoma Valenciana y la Comunidad Autónoma de Extremadura –y no en el resto de territorios autonómicos–, que sí han incorporado a su ordenamiento jurídico el principio de desarrollo sostenible, si bien, como mostraremos a continuación, de manera un tanto genérica y poco pragmática, aunque por lo menos sientan las bases de lo que las mancomunidades de municipios puedan llegar a ser y hacer en dicho ámbito.

Empezando por esta última, es decir, por la Comunidad Autónoma de Extremadura, al ser la primera de las dos que incorporó tal innovación, debemos señalar que el originario art. 2 de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura, relativo a los fines que conseguir a través de este ente organizativo local, establecía la obligatoriedad de potenciar el desarrollo de las mancomunidades que se constituyeran en el territorio de Extremadura con el fin último de impulsar decisivamente la prestación de servicios a los ciudadanos, acercándoles la Administración y potenciando un desarrollo social y económico sostenible, equilibrado e igualitario de estos entes locales y de sus respectivos territorios.

Observamos pues, por un lado, la intención positiva y visionaria del legislador extremeño de incluir la sostenibilidad social y económica en el mismísimo ADN, si se nos permite la expresión, de las mancomunidades de municipios que se creen en Extremadura, aunque, ciertamente, no contempla la vertiente medioambiental, que solo tratará de corregir para una clase concreta y peculiar de mancomunidad de municipios, la denominada: mancomunidad integral (art. 19.1.g).

Junto a lo señalado, la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura, fue modificada por la disposición final primera de la Ley 3/2022, de 17 de marzo, de Medidas ante el Reto Demográfico y Territorial de Extremadura, a través de la cual el legislador añade dos fines más a tener en cuenta a la hora de que se constituya una mancomunidad de municipios: en primer término, el deber de prestar especial atención a la lucha frente a la despoblación, aspecto que comentaremos en el cuarto de los apartados del presente trabajo; y, en segundo término, el deber de proceder al aprovechamiento sostenible de los recursos endógenos, posibilitando la igualdad efectiva de oportunidades y el libre ejercicio de los derechos de la ciudadanía en todo el territorio, aprovechamiento que se refiere especialmente, aunque no solo, a los recursos medioambientales, de los que disponen los municipios que se vayan a mancomunar. Como puede comprobarse, el legislador extremeño se posiciona en la misma línea de actuación que venimos postulando de las mancomunidades de municipios, al caer en la cuenta del estratégico y decisivo papel que pueden desempeñar estos entes locales asociativos a la hora de implementar la sostenibilidad, el desarrollo rural y la lucha contra la despoblación, especialmente en los pequeños municipios.

En cuanto la Comunidad Autónoma Valenciana, es el art. 2 de la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de Mancomunidades de la Comunitat Valenciana, relativo al concepto y naturaleza jurídica de las mancomunidades de municipios, el que las concibe como asociaciones voluntarias de municipios que se constituyen para gestionar o ejecutar planes, realizar proyectos y obras o prestar servicios de su competencia a los ciudadanos, acercándoles la Administración y potenciando un desarrollo social y económico sostenible, equilibrado e igualitario de estos municipios y sus respectivos territorios. Por ello, la legislación autonómica valenciana –en casi idéntico sentido que la extremeña– incorpora dentro del que bien puede denominarse *núcleo duro* de las mancomunidades de municipios la nota de que toda ejecución de planes, realización de proyectos o

¹⁸ Cantera Cuartango (2021, p. 6) enfatiza la despreocupación del legislador por las vertientes sociales y ecológicas que forman parte del concepto de sostenibilidad y critica contundentemente el monocorde planteamiento financiero de la sostenibilidad que lleva consigo una visión cortoplacista de lo que quede para las futuras generaciones en el mantenimiento de los servicios públicos locales.

prestación de servicios a sus ciudadanos, deben tender hacia un desarrollo sostenible, no solo en lo económico, sino también en lo social.

Sin embargo, la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de Mancomunidades de la Comunitat Valenciana, aunque incluye los aspectos económico y social en la labor que desarrollan las mancomunidades de municipios en su ámbito territorial autonómico, también olvida introducir en su concepto –al igual que ocurre en la ley extremeña a que nos hemos referido con anterioridad– la vertiente medioambiental, que sí incorpora más adelante cuando desarrolla el área de sostenibilidad medioambiental, gestión de los residuos sólidos urbanos y del ciclo del agua, si bien circunscrita única y exclusivamente, al igual que la normativa autonómica extremeña, a uno de los tipos de mancomunidad que recoge la ley valenciana de mancomunidades de municipios: la mancomunidad de ámbito comarcal –art. 12.1.d)–. Nótese cómo el legislador valenciano, al igual que antes el extremeño, se posiciona dentro de nuestra línea de pensamiento sobre las mancomunidades de municipios, si bien no llega a ser tan audaz como es este último al no incorporar el desarrollo rural y la lucha contra la despoblación entre las funciones de aquellas.

El segundo aspecto sobre el que debe fundarse la constitución de las mancomunidades de municipios para que puedan funcionar con carácter pragmático y fuerza operativa en cuanto a la sostenibilidad económica, social y medioambiental de los pequeños municipios, son los estatutos de la respectiva mancomunidad de municipios, norma institucional básica que rige su organización y funcionamiento ordinario y extraordinario (art. 4.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local). Son así los estatutos de las mancomunidades de municipios los que deberían establecer como política prioritaria la sostenibilidad económica, social y medioambiental en la ejecución de las obras y en la prestación de servicios de los municipios que deciden unirse en Mancomunidad.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su art. 44.3, solo regula el procedimiento –de naturaleza básica– de aprobación de los estatutos. Nada menciona en relación con cuál ha de ser su contenido obligatorio, que se deja en manos de las comunidades autónomas. Este posicionamiento legal está en plena sintonía con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en cuanto a la delimitación de competencias en lo que a la regulación legal básica y de desarrollo tienen el Estado y las comunidades autónomas y en cuanto a la distribución de competencias que sobre las mancomunidades de municipios existe¹⁹.

Así tenemos que las bases de ordenación sobre las mancomunidades de municipios corresponden al Estado, mientras que las comunidades autónomas en virtud de sus estatutos de autonomía pueden disponer de un desarrollo legislativo de las mismas, sin por ello atentar contra lo establecido en la competencia estatal. Es más, han sido algunas comunidades autónomas las que han desarrollado la normativa sobre las mancomunidades de municipios, otorgándolas una virtualidad distinta –sustancial podríamos adjetivar– que las meras cuestiones procesales o procedimentales, ya que como entidades locales gozan de un alto grado de interiorización económica (Pizarro Nevado, 2017, p. 55).

Es, por tanto, la legislación autonómica de desarrollo sobre régimen local la que establece el contenido mínimo que han de tener los estatutos de las mancomunidades de municipios que se creen en su territorio (cuyo contenido es similar aunque no el mismo en todas ellas²⁰). Sería conveniente que para garantizar una efectividad, eficacia y eficiencia adecuada de la sostenibilidad económica, social y medioambiental en

¹⁹ Las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) más relevantes en este ámbito, a nuestro entender, son: la STC 103/2013, de 25 de abril; la STC 31/2015, de 25 de febrero; la STC 41/2016, de 3 de marzo, o la STC 45/2017, de 27 de abril. Más reciente, la STC 105/2019, de 19 de setiembre, en la que el Alto Tribunal declara la constitucionalidad de la Ley 121/2018, de 16 de octubre, de Mancomunidades de la Comunidad Valenciana, dando el visto bueno a la ordenación de las mancomunidades de municipios en la que se fijan los pilares esenciales de la regulación material –y su potencialidad– sobre las mancomunidades de municipios.

²⁰ En la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en el art. 66; en la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, en el art. 60; en el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, en el art. 116; en la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunitat Valenciana, en el art. 94; en la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, y en la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias, no prevén un listado del contenido mínimo de los estatutos de la mancomunidad de municipios; en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, en el art. 103.4; en la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, en el art. 48; en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, en el art. 79.1; en la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha, en el art. 41; en la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, en el art. 142.1; en la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, en el art. 64; en la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Islas Baleares, en el art. 35; en la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, en el art. 53.1, y en la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura, en el art. 11. En el Principado de Asturias y en la Comunidad Autónoma de Cantabria no existe una regulación expresa del contenido mínimo de los estatutos de la mancomunidad de municipios.

las mancomunidades de municipios se incorporasen todas y cada una de dichas vertientes que integran la sostenibilidad, como uno de los contenidos mínimos que ha de tener toda ejecución de obras y prestación de servicios²¹ para, de este modo, convertirse o, al menos, sentar las bases no solo de pequeños municipios sostenibles, sino también de mancomunidades de municipios sostenibles.

En conclusión, para que las mancomunidades de municipios puedan integrar la sostenibilidad económica, social y medioambiental no solo en la ejecución de las obras y prestación de servicios que acometan, sino en cualquier actividad que lleven a cabo, resulta imprescindible que dicha finalidad se incluya expresamente en la regulación que tanto la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, como las leyes autonómicas de régimen local establecen de aquellas y, asimismo, en los estatutos de las mancomunidades de municipios, en cuanto que norma básica por la que se rigen, para lo cual sería también necesaria la modificación, o incorporación en su caso, de este punto en todas las leyes autonómicas sobre régimen local.

3. LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS: UN INSTRUMENTO PRIVILEGIADO E INDISPENSABLE PARA CONTRIBUIR AL DESARROLLO RURAL

Después de evidenciar tanto la caduca y simplista concepción que a día de hoy se tiene de las mancomunidades de municipios, en la que predomina su dimensión jurdicista o formalista frente a la operativa y funcional que instamos, como las carencias estructurales que dentro de la regulación básica de régimen local muestran las mancomunidades de municipios en materia de sostenibilidad, que igualmente se ponen de manifiesto en la legislación sobre régimen local de la mayor parte de las comunidades autónomas, abordamos en este momento cómo las mancomunidades de municipios no solo pueden, sino que deben coadyuvar al desarrollo rural²².

A efectos de poder desarrollar y configurar convenientemente el presente apartado, partiremos de una definición que determina la finalidad que persigue todo desarrollo rural como política pública emergente y de largo recorrido, para después analizar sus debilidades y amenazas, así como sus fortalezas y oportunidades más acuciantes, donde las mancomunidades de municipios, a nuestro modo de ver, están llamadas a ocupar un lugar central en la consecución de un crecimiento equilibrado y sostenible de las zonas rurales, especialmente tomando como base la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural.

La más reciente y avanzada doctrina administrativa define el desarrollo rural como

todo proceso de cierta envergadura y trascendencia, localizado en el ámbito rural, que postula como objetivos cardinales y estructurantes del mismo un profundo cambio social, cuyo propósito es equipararse al propio y característico de las áreas urbanas, así como un crecimiento económico sostenible, que persiguen en último término, la mejora y el progreso permanente de toda la comunidad afectada por aquel, al igual que el de todos y cada uno de los individuos integrados dentro de esta última. (García-Moreno Rodríguez, 2021b, p. 24).

Esta noción de desarrollo rural pone especial énfasis, por un lado, en la transformación del modelo productivo hasta ahora existente en las áreas rurales en el que el crecimiento era lineal, no homogéneo y unisectorial, sin tener en cuenta o apenas teniendo en cuenta el aspecto social, económico y ecológico en el que se desenvolvían las actividades del mundo rural. Por otro lado, el concepto reseñado centra su atención en la implicación principal de las comunidades afectadas, es decir, en los vecinos de los municipios y donde las Administraciones públicas tradicionales cumplen una función colateral o subsidiaria. Pues bien, es en este segundo aspecto donde tienen su encaje las mancomunidades de municipios, dado que, atendiendo a sus características y peculiaridades, pueden erigirse, de contar con la cobertura precisa para ello, en un instrumento de primer orden para impulsar y promover el desarrollo rural.

²¹ Morillo-Velarde Pérez (2011, p. 1604) enumera el contenido que han de tener, necesariamente, los estatutos de las mancomunidades de municipios, sin perjuicio de las determinaciones adicionales que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de su potestad de desarrollo legislativo, aspecto que ya se han plasmado en algunas de ellas como en Aragón, Galicia o Cataluña.

²² Tormo i Santonja (2008, p. 286), después de analizar diversas áreas municipales alojados en una comarca, es partidario de que los municipios afectados, para prestar servicios de calidad que contribuyan al desarrollo rural, se constituyan en mancomunidades de municipios.

Es cierto que, inicialmente, la disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Sostenibilidad y Racionalización de la Administración Local, trató de limitar el ámbito objetivo de actuación de las mancomunidades de municipios, pues circunscribió su creación y desarrollo a alguna de las competencias de los arts. 25 y 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, pero no es menos cierto que las materias para las que pueden constituirse, aun siendo tasadas, otorgan un amplio margen de maniobra para que los municipios que quieran mancomunarse puedan hacerlo en ámbitos y materias que permitan el desarrollo rural de las zonas sobre las que despliegan sus efectos y actividades (Barrero Rodríguez, 2016, p. 2104).

De todas las competencias que relaciona el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, hay tres ámbitos que cobran especial interés por la transversalidad de las materias y que, de una u otra manera, permitirían constituir mancomunidades de municipios para fomentar el desarrollo rural: el urbanismo, el medio ambiente urbano y la movilidad.

El urbanismo, en cuanto que toda actividad pública o privada debe tener un encaje y proyección territorial y una categorización urbanística. El medio ambiente urbano se convierte en un cajón de sastre en el que caben todo tipo de actuaciones por dos motivos: en primer lugar, porque el concepto de medio ambiente urbano es lo suficientemente amplio²³ como para que quepan todo tipo de actividades que coadyuven al desarrollo rural y, en segundo lugar porque, curiosamente, es la única materia del art. 25.2 la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que no cierra los ámbitos que trata, sino que, más bien, su relación está abierta, tal y como se desprende de su dicción²⁴. La movilidad, por último, porque abarca y condiciona toda actividad humana particular, empresarial, pública o privada entre unos municipios y otros, especialmente en las zonas rurales, donde el acceso, la entrada, la salida y el traslado de un lugar a otro de bienes y personas es uno de los problemas más apremiantes.

Con independencia de todo lo apuntado con anterioridad, la legislación de desarrollo sobre régimen local de las comunidades autónomas, como tendremos ocasión de verificar a continuación, puede jugar, y de hecho juega, un papel determinante en la ampliación de materias en las que las mancomunidades de municipios pueden proyectarse para, entre otras finalidades, impulsar el desarrollo rural. Un ejemplo de ello son la Comunidad Autónoma de Madrid y la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La Comunidad Autónoma de Madrid, a través del art. 41.2 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, establece que: «[...] fomentará la constitución de mancomunidades de municipios para fines turísticos, así como la colaboración, coordinación y asistencia a los Municipios en los términos previstos en esta Ley y en la legislación autonómica sobre turismo», materia que solo en parte, en cuanto a la promoción y difusión turística local, estaría recogida como tal en las competencias previstas para las mancomunidades de municipios en la legislación básica de régimen local.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Cataluña dispone en el art. 21 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, el fomento de las mancomunidades de municipios como medio para canalizar la mejor prestación de servicios públicos, otorgándolas, en su caso, ayudas económicas y técnicas para su constitución y desarrollo (subvenciones finalistas). Además, el legislador autonómico catalán, en el art. 115.1 de la misma disposición normativa, sugiere la creación de mancomunidades de municipios para la prestación, entre otras materias, de la urbanística, las aguas, el saneamiento, el transporte y la gestión de residuos.

Junto a lo señalado con anterioridad, hay otro aspecto importante que en muchas ocasiones pasa desapercibido, pero que puede tener grandes posibilidades en el desarrollo rural, no siendo este otro que la explotación del patrimonio del que disponen los municipios, dado que mediante su unión y conformando la correspondiente mancomunidad de municipios pueden aglutinar una gran bolsa de propiedades públicas municipales, que a través de los correspondientes instrumentos jurídicos contractuales posibilita impulsar el desarrollo rural en muchos campos de actuación.

²³ Esteve Pardo (2022, p. 31) a la hora de establecer el marco teórico del campo medioambiental, si bien tiene alcance universal, parte de lo local, bien sea rural o urbano, para a continuación tener extrapolaciones a ámbitos territoriales más amplios que permiten, a su vez, enfrentar áreas más restringidas territorialmente. Resume a la perfección cómo deben abordarse los retos y problemas medioambientales cuando sugiere que se ha de pensar globalmente para actuar localmente en sectores tales como las emisiones de dióxido de carbono y gases de efecto invernadero.

²⁴ El art. 25.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, no establece un *numerus clausus*, sino *numerus apertus*. Dice textualmente: «Medio ambiente urbano: en particular [...]».

En cualquier caso, lo cierto es que no todos los municipios son iguales ni todos tienen las mismas potencialidades ni los mismos recursos ni las mismas posibilidades. Hay elementos importantes, como pueden ser los recursos naturales de los que disponen unos y de los que otros carecen, o elementos patrimoniales de carácter histórico que otros no tienen. La misma ubicación de un pequeño municipio, su localización o su cercanía a una gran urbe puede ser determinante para convertirse en un nudo de comunicaciones o, por el contrario, estar aislado y tener que buscar otras alternativas de desarrollo. Con ello queremos llamar la atención sobre el hecho de que el desarrollo rural no puede ni debe ser igual, homogéneo; debe atender a la diversidad y casuística propia de cada municipio y responder, por tanto, si se nos permite la analogía, a una geometría variable.

Por ello, lo primero que debería hacer todo pequeño municipio es un análisis DAFO de su concreta situación y circunstancias, es decir, determinar, siguiendo el significado de cada una de las letras que conforman dicho acrónimo, cuáles son sus debilidades y amenazas, en definitiva, los puntos débiles en los que tiene que invertir tiempo y recursos para mejorar su posicionamiento en el territorio y, por el contrario, cuáles son sus fortalezas y oportunidades, o lo que es lo mismo, los puntos fuertes que puede explotar a corto plazo. Solo sobre estos últimos podría implementar de manera inmediata acciones tendentes al desarrollo rural.

En este punto procede que llamemos la atención sobre el hecho de que no solo nosotros apostamos por la utilización de las mancomunidades de municipios como instrumento privilegiado para el desarrollo rural²⁵, dado que también el legislador apuesta claramente por este mecanismo asociativo de naturaleza local en el mismo sentido que apuntamos, concretamente, en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural. En el art. 23, relativo a las infraestructuras, equipamientos y servicios básicos, se prescribe en su letra d) que podrán implantarse servicios mancomunados para la recogida selectiva de residuos, su gestión ambiental y, especialmente, su reducción, reutilización y reciclaje, con el fin de mejorar la protección y salud de las personas y minimizar su impacto ambiental. Actividades todas ellas que, al generar riqueza, coadyuvan al desarrollo rural.

Junto a tal posibilidad, el art. 25 de idéntica norma, concerniente al agua, dispone en su letra a) la implantación y ejecución de planes de gestión integral de recursos hídricos por mancomunidades de municipios que contemplan la gestión conjunta del ciclo integral del agua, las medidas necesarias para hacer frente a situaciones de escasez y sequía y las acciones de protección contra posibles inundaciones. Actividad esta que, si bien directamente no contribuye al desarrollo rural, indirectamente sí que lo hace y, en cualquier caso, resulta determinante para que este último pueda tener lugar.

No obstante, si bien es cierto que la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural otorga un tratamiento loable a las mancomunidades de municipios, creemos que se queda muy corto porque podría ampliarlo a otros muchos ámbitos con la finalidad de que el desarrollo rural creciera exponencialmente, como por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, en materia de dotaciones de infraestructuras de transporte, de servicios de transporte público en el medio rural para permitir el acceso de la población rural a los servicios básicos en condiciones de igualdad, de mejora de la red viaria rural o de dotación de los servicios públicos municipales de prestación obligatoria en los núcleos urbanos del medio rural, en los que, a día de hoy, únicamente se prevé la coordinación entre Administraciones públicas y no la adhesión voluntaria entre municipios para el fomento del desarrollo rural.

Además de los ámbitos señalados, existen otros campos en los que las mancomunidades de municipios pueden extender su radio de acción con un grado de eficiencia considerable y de este modo contribuir notablemente al desarrollo rural. De todos ellos, destacamos cuatro campos en los que entendemos que las mancomunidades de municipios pueden hacer valer su potencialidad por la fusión de esfuerzos políticos, económicos, jurídicos y técnicos que agrupan: las industrias energéticas renovables; la reducción de trabas burocráticas; la gestión forestal sostenible, y la administración del patrimonio municipal eficiente con destino a la venta o alquiler de suelo público barato para la construcción de viviendas y empresas en zonas rurales.

Un primer ámbito en el que las mancomunidades de municipios tienen una gran potencialidad y tanto la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural (art. 24) como la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (art. 25) hacen hincapié, es en la posibilidad, bien por iniciativa propia, bien por iniciativa privada, de poner los medios para la producción, suministro,

²⁵ En este sentido, Martín Cubas *et al.* (2019, p. 140), a partir del estudio empírico realizado en los territorios provinciales de Castellón, Alicante y Valencia, en la Comunidad Valenciana, destacan la consistencia colaborativa de los municipios despoblados –entre los que ocupan un lugar preeminente las mancomunidades de municipios– como condición facilitadora e indispensable del desarrollo rural.

distribución y consumo, incluso comercialización, de energías renovables en el medio rural, en particular la procedente de la biomasa forestal.

Se trata de sistemas que, sirviéndose de la biomasa forestal de los municipios que disponen de montes propios, pueden coadyuvar a que una mancomunidad de municipios produzca energía barata para, al menos, el autoconsumo de sus vecinos. Uno de ellos, es el constituido por el sistema de calefacción y refrigeración urbana, conocido —y con cierta solera en los países del norte de Europa— como *district heating and cooling* de biomasa forestal, que si bien plantea algunos problemas jurídicos y económicos de cierta importancia, aunque resolubles²⁶, si se acomete a través de mancomunidades de municipios, puede tener una mayor viabilidad y sostenibilidad, tanto para las empresas explotadores como para los municipios y potenciales vecinos beneficiarios.

Se trata, pues, de aprovechar una fuente de energía limpia, verde, renovable, inagotable, como es la biomasa forestal, en beneficio de la comunidad de municipios adheridos, lo que a la vez implica preterir las tradicionales fuentes de energía de origen fósil cuya contaminación y efectos de gases de efecto invernadero son tan dañinos para el medioambiente. Este sistema energético, además, al resultar sumamente barato no solo contribuye al asentamiento de la población existente, sino que por su atractivo económico y ecológico termina atrayendo población y riqueza, lo que contribuye tanto al desarrollo rural como a luchar contra la despoblación.

Un segundo ámbito en el que las mancomunidades de municipios pueden contribuir al desarrollo rural es el de la desregulación o desburocratización de las trabas administrativas que los municipios adheridos tengan para el desarrollo de potenciales actividades económicas en ellos. Los principios que deben presidir toda buena regulación normativa (*better regulation*), como el de necesidad, el de proporcionalidad, el de seguridad jurídica, el de transparencia y el de eficiencia, extraídos, entre otras normas, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, si se aplican convenientemente, pueden tener implicaciones beneficiosas en la economía²⁷; también, por supuesto, en la economía rural.

Es común en los pequeños municipios que cuando un agricultor, un ganadero o un empresario quieren crear un negocio rural, se encuentren con múltiples trabas administrativas derivadas de las ordenanzas de los municipios en los que quieren emprender. En este punto las mancomunidades de municipios que se constituyan deberían facilitar el estudio de las cargas administrativas burocráticas que lastran la iniciativa económica y comercial de los territorios mancomunados, para luego proponer a cada municipio que descongestione y revise las ordenanzas locales que desincentivan toda iniciativa empresarial o actividad creadora o generadora de riqueza. Con ello, de conseguirse, se impulsaría notablemente el desarrollo rural.

Un tercer ámbito de actuación en el que la unión de municipios e intereses comunes a todos ellos puede ser determinante para el desarrollo rural en todo el ámbito de su demarcación territorial, es en la gestión forestal de sus montes y de manera particular, en la lucha contra los incendios²⁸ con la finalidad de salvaguardar la riqueza que atesoran aquellos. La suma de todos los montes mancomunados puede crear una gran bolsa de terrenos forestales, lo que posibilitaría, haciendo buena la economía de escala, obtener mayores rendimientos económicos, sociales y medioambientales y acceder a incentivos económicos y mercados, donde individualmente resulta imposible.

El cuarto ámbito con el que se puede potenciar el desarrollo de las zonas rurales a través de las mancomunidades de municipios es ampliar el patrimonio por parte de los municipios integrados en el ente asociativo mediante los instrumentos jurídicos previstos en la legislación patrimonial estatal, local y, en su caso,

²⁶ García-Moreno Rodríguez (2022, pp. 32-33) analiza la posibilidad de restringir o no el procedimiento de enajenación de los aprovechamientos maderables y leñosos procedentes de montes catalogados de utilidad pública para que el destinatario pueda ser una empresa única (central térmica de biomasa) y facilitar así la implantación del *district heating and colling* de biomasa forestal; o cómo proporcionar a esta empresa los aprovechamientos forestales suficientes en calidad, en cantidad y durante el tiempo necesario para asegurar su funcionamiento, aspectos todos ellos que si los implicados son varios municipios asociados mediante el instrumento jurídico de la mancomunidad, la implementación de esta industria forestal podrá tener mayores tasas de éxito.

²⁷ Gamazo Chillón (2022, p. 313) trae a colación los resultados del Servicio de Estudios del Banco de España del año 2008 en los que expone los efectos beneficiosos de la disminución de la carga burocrática sobre la economía española, siendo el más relevante de ellos el que señala que la reducción de las trabas administrativas innecesarias equivaldría a un aumento de la tasa de crecimiento anual entre 0,22 y 0,27 puntos porcentuales durante los diez años siguientes.

²⁸ Santirso Fernández (2014, p. 552) pone de ejemplo a Galicia como ámbito territorial en el que los municipios utilizan las mancomunidades, entre otros campos, para la prevención y extinción de incendios.

autonómica, siendo especialmente apropiados para ello las cesiones gratuitas de propiedades y usos de bienes y derechos. Cuanto mayor sea el patrimonio del que dispongan las mancomunidades de municipios, mayor capacidad decisoria tendrán para poder destinarlo a fines comunes que redunden en beneficio de la comunidad: viviendas rurales, alquileres con fines turísticos y arrendamientos o adquisición de parcelas a un precio asequible que sirvan para la construcción de industrias agrícolas, ganaderas, forestales o comerciales de productos de las zonas geográficas afectadas.

4. FIJACIÓN DE POBLACIÓN Y ATRACCIÓN DE PERSONAS FORÁNEAS: UN OBJETIVO PRIORITARIO E IRRENUNCIABLE QUE DEBEN ASUMIR LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS PARA LUCHAR CONTRA LA DESPOBLACIÓN DEL MUNDO RURAL

Una vez fijado el marco normativo y la naturaleza jurídica que tienen las mancomunidades de municipios y su necesaria e ineludible transformación para que se conviertan en *punta de lanza* de la sostenibilidad en todas sus dimensiones, así como en motores del desarrollo rural, procedemos ahora a abordar otro de los objetivos, asimismo prioritario, que consideramos deben perseguir las mancomunidades de municipios: fijar la población existente, incluso, atraer población foránea para, de este modo, luchar contra la despoblación del mundo rural²⁹ y los execrables efectos (sociales, económicos y medioambientales) que la misma genera en dicho ámbito.

Los factores que han contribuido a la despoblación del mundo rural en España son muchos y de la más variada clase y condición. No se trata de un fenómeno reciente, sino que viene de lejos, siendo especialmente acusado entre la década de los años cincuenta y noventa del siglo xx³⁰. Mencionaremos algunos de ellos como paso previo para realizar algunas propuestas en las que las mancomunidades de municipios deben constituir una herramienta para fijar, en primer lugar, y atraer, en segundo lugar, población a los pequeños municipios. Entre las causas y circunstancias que han provocado esta situación podemos distinguir las remotas de las próximas que, a vuelapluma, podemos sintetizar, en las siguientes.

Respecto a las causas remotas, destacan el éxodo rural español³¹, característico de la segunda mitad del siglo xx³², la crisis y atonía demográfica generalizada³³ y la evolución desacompañada de la economía rural con respecto a las economías de las zonas industriales españolas.

Respecto a las causas próximas, podemos resaltar la práctica desaparición del tránsito del ferrocarril por innumerables pequeños municipios españoles o la construcción de autopistas y autovías o tramos de carreteras convencionales que evitan atravesar los pueblos (es decir, la penalización de las zonas rurales en el acceso a las infraestructuras y servicios), la brecha de género³⁴, la desaparición o traslado de empresas públicas o privadas a zonas de mayor actividad industrial o el desinterés de las políticas públicas de Estado, también de las comunidades autónomas,³⁵ en revivir y potenciar las zonas rurales, más interesadas en relanzar las economías de las grandes o medianas urbes que las de los pequeños municipios, puesto que de estos últimos apenas se sacan rendimientos económicos.

²⁹ Tornos Mas (2021, p. 72) presenta, junto a los consorcios, a las mancomunidades de municipios como instrumentos idóneos para la potenciación de la actividad productiva que permita un fomento del desarrollo rural con la consiguiente prestación de servicios públicos eficientes en todas esas áreas desprotegidas.

³⁰ Collantes y Pinilla (2019, p. 57) explican que el proceso de éxodo rural se produjo de forma masiva durante las cuatro décadas que relatan, coincidiendo con un cambio de paradigma y modelo productivo, que pasó de ser eminentemente agrícola y ganadero a industrial.

³¹ Molinero Hernando (2019, p. 20) hace especial énfasis en las conductas de la población española que poseían otros horizontes vitales que les permitieran una mejora económica, social, educativa y cultural, en contraposición, añadimos nosotros, con un estatus rural que impedía el desarrollo de su personalidad.

³² Del Romero Renau y Valera Lozano (2019, p. 83) enfatizan la traslación masiva de habitantes de las zonas rurales a áreas urbanas en busca de mejoras en su vida personal y familiar, lo que constituye una nota característica, desde un punto de visto demográfico y sociológico, de las sociedades occidentales en la segunda mitad del siglo xx.

³³ Serrano-Martínez y García-Marín (2013, p. 103) evidenciaron la regresión demográfica de España, con fuentes de elaboración propia extraídos del Instituto Nacional de Estadística.

³⁴ Del estudio de Pérez Díaz (2006, p. 190) se extrae la progresiva instauración de un proceso de masculinización rural donde la presencia de la mujer en el mundo rural es, cada día, proporcionalmente más reducida que en las zonas urbanas, por lo que las que se encuentran asentadas en pequeños municipios, bien por su edad, bien por el acompañamiento a familiares, tienen menos oportunidades desde muchos puntos de vista.

³⁵ Pérez Castañón (2019, p. 193) hace hincapié en la indiferencia y dejadez de los poderes territoriales intermedios de las comunidades autónomas que, durante muchos años, han obviado el problema de la progresiva despoblación de mundo rural aun siendo plenamente conscientes de ello.

No obstante, las zonas rurales sí tienen cierto potencial, nunca absoluto³⁶, para conseguir un aumento de población, no lógicamente en los términos de épocas pretéritas, sino en términos mucho más modestos y no para todo el territorio nacional; solo en aquellas zonas rurales que por sus características, posicionamiento estratégico, recursos naturales y patrimoniales de los que disponen e iniciativa, son idóneas para su transformación demográfica, sostenibilidad y desarrollo rural. Pues bien, es aquí donde las mancomunidades de municipios ocupan un lugar preeminente para atraer población de manera temporal o con carácter permanente, ya que la creación de mancomunidades de municipios, como medida de carácter institucional (Sanz Larruga, 2021, p. 131), otorga a las mismas un posicionamiento superior a los municipios aisladamente considerados.

En cuanto al papel que deben jugar las mancomunidades de municipios en la lucha contra la despoblación para atraer población con carácter temporal o discontinuo, hemos de llamar la atención sobre aquellos entes asociativos locales que fomenten el turismo de los municipios voluntariamente integrados³⁷, promocionando los productos, la gastronomía, los apartamentos turísticos, los parajes, las rutas rurales intermunicipales, la publicidad institucional de las estancias en estos municipios, así como todo el acondicionamiento necesario para su correcta ejecución. De todas las comunidades autónomas, es la de Madrid la que apuesta decididamente por el fomento de las mancomunidades de municipios de orden turístico, tal y como prevé el art. 41.2 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, entendidas estas como mecanismo de política pública sectorial en relación con el turismo, si bien está concebida como efecto y no como causa.

Una especialidad dentro del turismo rural que, por cierto, cada vez adquiere más enteros y, consiguientemente, cuenta con un mayor número de adeptos, es el de carácter cultural, de manera particular el que se centra en la potenciación de fiestas, tradiciones religiosas y recreaciones históricas. Turismo rural especializado que cumple un doble objetivo: por un lado, sirve para reforzar los vínculos sociales de una comunidad, profundizando en su identidad, sus tradiciones y su historia, a la par que promociona, en muchos casos, su patrimonio histórico-artístico y religioso. Por otro lado, el turismo cultural se erige como ámbito generador de riqueza, trabajo y atracción de población en el mundo rural³⁸. En muchas de estas actuaciones un municipio aisladamente considerado no tiene capacidad técnica, económica o financiera para llevarla a cabo. Sin embargo, mediante una mancomunidad de municipios puede tener su encaje y desarrollo³⁹.

Así pues, las mancomunidades de municipios de naturaleza turística se pueden concebir como herramienta estratégica y modelo inteligente para la atracción de población en periodos determinados, que pueden ser puntuales (fines de semana, puentes o cortos periodos vacacionales) o más alargados en el tiempo (periodos estivales o vacacionales largos o, incluso, una segunda vivienda), lo que, en definitiva, no deja de ser una gestión sostenible de los recursos culturales⁴⁰ que, al atraer población, contribuye a la lucha contra la despoblación del mundo rural.

Sin embargo, las mancomunidades de municipios no solo deben constituirse con fines de carácter cultural y turístico y, fruto de estas políticas públicas concretas, conseguir un asentamiento temporal de población, sino que deben tratar de instituir específicamente la fijación de población como política preminente, de

³⁶ López Ramón (2021, p. 29) describe cómo las zonas rurales, siendo lugares en muchos casos con una capacidad de reconversión considerable, sin embargo, en otras zonas tienen menos recursos naturales, turísticos, patrimoniales o históricos para la lucha contra la despoblación y, en ambos casos, siempre de manera limitada en cuanto a la resolución de los problemas.

³⁷ Rodríguez-Arana Muñoz (2008, p. 390) recalca el papel relevante en materia turística que cumplen y pueden cumplir las mancomunidades de municipios debido a que con frecuencia los intentos individuales de prestar estos servicios son infructuosos porque carecen de medios y capacidad real para atender las demandas que se producen en zonas de fuerte intensidad turística.

³⁸ Belloso Martín (2019, p. 213) propone la potenciación del turismo rural como política pública de primer orden en el ámbito local, de lo que se deduce que la unión, cooperación y asociación del patrimonio cultural de las zonas rurales pueden servir de atracción permanente o temporal de población, mitigando de esta forma la despoblación que sufre el mundo rural.

³⁹ En la provincia de Burgos ha tenido éxito y repercusión la Mancomunidad de Raíces de Castilla, que ha potenciado el turismo de tres territorios cercanos: Frías, Oña y Poza de la Sal, con gran afluencia y atracción de personas. A esta mancomunidad, se le ha concedido un premio por sus actuaciones turísticas. En la Mancomunidad de Raíces de Castilla se conjuga el turismo histórico-artístico, medioambiental, saludable y social –creando puestos de trabajo–, y se contribuye así al desarrollo rural y lucha contra la despoblación de las demarcaciones territoriales mancomunadas: <https://www.diariodeburgos.es/Noticia/ZDA2CD2F2-F586-A010-75F8CE-969B3655AE/202211/LaRuta-de-Raices-de-Castilla-Premio-al-Sendero-Mas-Popular> (consultado el 27 de marzo de 2023).

⁴⁰ Sánchez-Mesa Martínez (2021, p. 445) se pronuncia en el mismo sentido que Belloso Martín con el matiz de que la utilización de los recursos culturales de las áreas rurales de gestión compartida hay que abordarla desde un punto de vista de sostenibilidad donde no solo los bienes culturales en sí mismos considerados valen para hacer renacer el mundo rural, sino que deben tener presente todas las facetas, poliédricas, que caracteriza la sostenibilidad y que contribuye a una mayor gestión eficiente de los recursos presentes y futuros que en ellos existan.

manera que, si bien los ámbitos en los que se proyectarán estas entidades asociativas comunes son los que a continuación vamos a señalar, la finalidad prioritaria es conseguir que el mayor número de personas establezcan su domicilio ordinario en alguno de los pequeños municipios que configuran las mancomunidades⁴¹.

Es la flexibilidad o geografía variable⁴² en la modelación de las mancomunidades de municipios, con una gran capacidad de adaptación a las políticas públicas que puedan surgir en cada momento, fruto de la unión entre varios municipios interesados, incluso entre municipios pertenecientes a diferentes provincias, la que hace de este mecanismo organizativo un adecuado instrumento para hacer frente a la lucha contra la despoblación de zonas especialmente deprimidas que aisladamente apenas pueden remontar su situación demográfica.

Otros campos en los que las mancomunidades de municipios pueden contribuir de manera decisiva a la fijación de población y, por tanto, a la lucha contra la despoblación del mundo rural, son los siguientes: la puesta a disposición del patrimonio público de los municipios adheridos en pos de asentamientos de población para la industrialización o reindustrialización de zonas rurales; el fomento de comercios o de la iniciativa particular de cercanía con ayudas públicas de las Administraciones supramunicipales; la apuesta decidida por el desarrollo de infraestructuras públicas, especialmente en el campo del transporte; la movilidad entre municipios y dentro del municipio, y los incentivos fiscales en el ámbito de sus competencias.

Un primer ámbito de actuación de las mancomunidades de municipios que puede contribuir de manera innegable a la fijación de población, es la puesta a disposición de las propiedades públicas de todos los territorios municipales afectados por la mancomunidad de municipios en favor de empresas o emprendedores particulares para su venta, enajenación o arrendamiento, en el caso de los bienes patrimoniales; su autorización o concesión, en el caso de los bienes de dominio público; o su aprovechamiento, en el caso de los bienes comunales. Tales acciones generadoras de riqueza tienden a fijar población; incluso, atraen población foránea; en definitiva, contribuyen a luchar contra la despoblación del mundo rural.

Abundando un poco más en este primer ámbito, debemos llamar la atención sobre el hecho de que no es lo mismo disponer de un terreno concreto calificado como industrial, de carácter logístico o vinculado a otras actividades productivas, perteneciente a un solo municipio y, por lo general, aislado e individual, que disponer de un conjunto de parcelas de distinto tamaño, características y capacidades con la misma categorización urbanística, ya que esta última alternativa, además de resultar mucho más versátil y, por ende, atractiva para cualquier inversión empresarial, permite el asentamiento de empresas más grandes, lo que al fin y a la postre genera una inversión mayor y la consiguiente contratación de un mayor número de personas, muchas de las cuales, incluso todas, pueden fijar su domicilio en alguno de los municipios mancomunados, contribuyendo de este modo de manera decisiva en la lucha contra la despoblación.

Esta actitud proactiva en la gestión patrimonial de las mancomunidades de municipios para con ello contribuir a la lucha contra la despoblación podrá ser *ex novo* en los casos en los que dichos territorios municipales no han optado con anterioridad por esta posibilidad, o podrá ser una reconversión industrial para volver a poner en funcionamiento o ampliar las factorías, empresas o comercios de proximidad que con anterioridad funcionaron. En definitiva, se trata de facilitar desde las mancomunidades de municipios las condiciones patrimoniales para que la domiciliación fiscal de personas físicas o jurídicas que puedan verse beneficiadas por estas medidas de tipo industrial sea una realidad. Tal iniciativa, de planificarse y ejecutarse bien, comportará la posibilidad de recuperación, conservación o asentamiento de trabajadores en los municipios asociados y generará ingresos para la propia mancomunidad de municipios o para las poblaciones adheridas, con la consiguiente fijación e, incluso, atracción de población.

Un segundo ámbito de acción de las mancomunidades de municipios para combatir la despoblación del mundo rural radica en fomentar la iniciativa de puesta en marcha de comercios de cercanía con ayudas públicas de las Administraciones supramunicipales⁴³. Una de las actividades clásicas de la Administración pública

⁴¹ Jurado Almonte y Pazos-García (2022, p. 81) destacan la existencia de algunas oficinas de lucha contra la despoblación en la provincia de Huelva a partir de mancomunidades de municipios, clara manifestación de la preocupación de este serio problema que afecta al territorio español y nítida voluntad política de algunos territorios de poner los medios organizativos institucionales para mitigarla.

⁴² Riera Figueras *et al.* (2005, p. 153) califican a las mancomunidades de municipios como órganos administrativos institucionales de gran potencia autoorganizativa, con una flexibilidad y ductilidad de la que carecen otros mecanismos organizativos de la Administración local.

⁴³ Quintana López (1992, p. 316) es partidario de promover las mancomunidades de municipios con medidas propias de la clásica actividad de fomento, como son las ayudas o subvenciones públicas, colaborando vía transferencia económico-financiera en la constitución y desarrollo de estos entes asociativos particulares que canalizan la satisfacción de muchas necesidades públicas básicas que generan riqueza, puestos de trabajo y atracción de población.

es la de fomento, que aunque sea una actividad administrativa *stricto sensu* tradicional, debe compatibilizarse con el resto de las medidas reseñadas. La misma puede llegar a tener una importancia notable en cuanto que permite la consecución de un fin público; en este caso la promoción, conservación, consolidación y el asentamiento de población a través de las mancomunidades de municipios creadas al efecto, con subvenciones dirigidas específicamente a ellas, principales conocedoras de las necesidades del conjunto de la población afectada y condicionada su concesión a que la finalidad de carácter social sea la lucha contra la despoblación.

En relación con dicha posibilidad, hemos de precisar varias cuestiones. En primer lugar, que existe una actividad de fomento concreta, a saber, la concesión específica de subvenciones por parte de otras Administraciones públicas a las mancomunidades de municipios en varias comunidades autónomas, como puede ser la madrileña (art. 59.2 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid), la catalana (art. 21.2 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña), la extremeña (art. 51 de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura), o la valenciana (art. 36 de la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de Mancomunidades de la Comunitat Valenciana).

En segundo lugar, que la Comunidad Autónoma de Extremadura, a través de la disposición final primera de la Ley 3/2022, de 17 de marzo, de Medidas ante el Reto Demográfico y Territorial de Extremadura, que modifica el art. 2 de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales de Extremadura, es la única ley autonómica que prevé que uno de los fines primordiales de las mancomunidades de municipios debe ser la lucha contra la despoblación, de manera que con este importante matiz normativo la ley extremeña concibe las mancomunidades de municipios no solo como mero instrumento de ejecución de obras y prestación de servicios, sino como mecanismo particularísimo de lucha contra la despoblación, aspecto que sería conveniente que pudiese ser traslado al resto de comunidades autónomas para, de este modo y mediante la correspondiente modificación de su normativa de régimen local, convertir la fijación y atracción de población en un objetivo prioritario de cada comunidad autónoma, especialmente, de aquellas que más padecen tan nocivo fenómeno.

Un tercer ámbito de movilización en el que las mancomunidades de municipios pueden prestar un servicio insustituible en la lucha contra la despoblación es en el campo de las infraestructuras, en todas sus dimensiones⁴⁴. Son las dotaciones públicas⁴⁵ y privadas de todo tipo las que, por lo general, hacen crecer económicamente y en población las zonas en las que se instalan⁴⁶ y, por el contrario, decrecer aquellas zonas en las que están ausentes o son suprimidas. Especial importancia cobran las infraestructuras digitales, dado que al posibilitar el acceso a medios y servicios electrónicos contrarrestan el tradicional aislamiento rural, contribuyendo de este modo a luchar contra la despoblación del mundo rural⁴⁷.

Ya dejamos apuntado con anterioridad que una de las causas de la debacle demográfica en el ámbito rural se debió a la disminución, en unos casos, y desaparición, en otros, de las infraestructuras logísticas y, de manera particular, las de transporte por ferrocarril y carretera. Es por ello por lo que procedería, en la medida de lo posible, recuperar parte de las infraestructuras de transporte rural, pues fueron ellas las que, en su momento, dieron visibilidad a las áreas rurales. No se trata de volver a implantar las mismas, aspecto que no planteamos, sino de retomar las que contribuyan a la lucha contra la despoblación, cuestión que puede ser más fácil a través de las mancomunidades de municipios, las cuáles pueden convertirse en catalizadoras de aquellas infraestructuras que atraigan a empresas y emprendedores particulares en pro de la lucha contra la despoblación, facilitando el acceso, transporte y traslado de personas de un lugar a otro dentro o fuera de la mancomunidad.

Un cuarto ámbito en el que las mancomunidades de municipios pueden acometer ciertos proyectos en favor de sus vecinos y, por tanto, contribuir a fijar la población existente, es en el de la movilidad, tanto de

⁴⁴ Bello Paredes (2023, p. 127), partiendo del informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los efectos del cambio demográfico, pone el foco en aquellos ámbitos que son necesarios para luchar contra la despoblación del mundo rural que son, junto a los sistemas sanitarios y de protección social, de los presupuestos y de las necesidades de vivienda, las infraestructuras.

⁴⁵ El art. 71.b) de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, prevé como instrumento organizativo, aunque solo puntualmente, para la optimización del agua las mancomunidades de municipios con la finalidad de garantizar la disponibilidad de su consumo en poblaciones rurales.

⁴⁶ Domínguez Martínez (2017, p. 28) concibe las infraestructuras como uno de los pilares de la prosperidad, que son fundamento del desarrollo territorial de un país y que deben ir acompañadas de equilibradas y fuertes instituciones y de una prolongada estabilidad macroeconómica.

⁴⁷ En este sentido, Orofino (2021, p. 231) apunta la necesidad de que la innovación digital, desde las infraestructuras hasta la educación de los destinatarios de su uso, sea uno de los ejes sobre los que se fundamente la despoblación del mundo rural, incorporando medios materiales y formación digital a quienes lo necesiten o a quienes decidan mantenerse o vivir en las zonas rurales.

los que tienen que ir y volver de su trabajo en las zonas rurales como de los que encuentran dificultades de movimiento por su estado de salud. Para ello, la propia mancomunidad a través de medios personales y materiales propios o con mecanismos contractuales, puede facilitar la movilidad *intra* e interurbana con modelos de transporte ya consolidados o con modelos de cooperación novedosos, como el transporte público en vehículos de turismo, bien con taxi, bien en régimen de arrendamiento con conductor en zonas rurales, o bien con el transporte colaborativo, especialmente a través de vehículo compartido⁴⁸.

Un quinto ámbito de actuación de las mancomunidades de municipios desde el cual pueden contribuir a la lucha contra la despoblación del mundo rural es el de los incentivos fiscales, a través de medidas de exención y bonificaciones tributarias, disminuyendo así el esfuerzo fiscal de los vecinos⁴⁹ en un doble sentido. En primer término, con los acuerdos propios que pueda adoptar la propia mancomunidad dentro de las potestades atribuidas en sus estatutos en el marco establecido tanto por la legislación básica de régimen local estatal como por la legislación autonómica de desarrollo. En segundo término, en cuanto que puede solicitar a los poderes públicos competentes, especialmente a las Administraciones estatal y autonómicas, la exoneración o bonificación de tributos por ellas establecidos, puesto que son las mancomunidades de municipios y no los municipios mancomunados los competentes para la toma de estas decisiones.

5. CONCLUSIONES

El derecho público contemporáneo se enfrenta en estos momentos a una rápida transformación de la sociedad que demanda cada vez más y mejores infraestructuras y servicios públicos, también en el ámbito rural, en pos de una mayor calidad de vida. En este proceso de cambio social, las instituciones jurídicas españolas deben cumplir con las finalidades para las que se crearon y, si es necesario, adecuarse en su concepción a los problemas reales que se plantean, como hoy en día son, dentro de dicho ámbito, la falta de sostenibilidad (económica, social y medioambiental), el escaso e irregular impulso del desarrollo rural o la deficiente lucha contra la despoblación.

Es dentro del marco programático europeo, que propicia tanto el decálogo de objetivos que determina el Plan Rural Europeo como los ámbitos que propugna el Plan de Acción de la Comisión Europea para hacer posible el cumplimiento de aquellos, donde las mancomunidades de municipios pueden ocupar un lugar preponderante para contribuir a una sostenibilidad económica, social y medioambiental equilibrada, a un dinámico desarrollo rural y a un progresivo aumento de la población de los municipios adheridos. A tal efecto, resulta necesario en este momento, frente a los contextos sociales, económicos y legales de décadas anteriores, menos adversos, que las mancomunidades de municipios no se centren única y exclusivamente en la simple ejecución de obras y prestación de servicios públicos, sino que se erijan en instituciones que sirvan de instrumento para la implantación de las políticas públicas que demandan los ciudadanos que forman parte del censo de los municipios mancomunados.

En el presente no sólo no es suficiente, sino que resulta inadmisibles, una concepción meramente tradicional –por no decir, involucionista– de las mancomunidades de municipios en la que únicamente lleven a cabo las habituales ejecuciones de obras y prestación de servicios a sus municipios mancomunados. Debe otorgárselas un estatus dinámico, adaptativo, flexible, de geografía variable y de carácter funcional, que contribuya a la operatividad de la institución y de las políticas públicas emergentes que se pretendan implantar, lo que redundará en una mejora de la calidad de vida de sus vecinos. En definitiva, se trata de que las tradicionales mancomunidades de municipios, atendiendo a los nuevos retos y necesidades presentes, se modernicen, pasando a convertirse en mancomunidades de municipios 2.0.

Para que esta nueva concepción de mancomunidades de municipios 2.0 que postulamos pueda ser asumida por los municipios que decidan unir sus destinos mediante este instrumento colaborativo voluntario de carácter local, es imprescindible recoger dicha concepción tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local como en las legislaciones de desarrollo de régimen local de

⁴⁸ Carbonell Porras (2021b, pp. 396-407), en su estudio de canales alternativos al vehículo tradicional, otorga las bases dogmáticas para la promoción de un transporte sostenible en el mundo rural en el que las comunicaciones hasta el día de hoy son, en muchos casos, intermitentes, a deshora y excesivamente costosas en proporción a los beneficios que les puede reportar el traslado de un municipio pequeño a otro o a un área urbana cercana que disponga de toda clase de servicios que satisfacer.

⁴⁹ Velasco Caballero (2022, p. 18) explica la relación directa entre ruralidad y debilidad fiscal, de manera que las políticas públicas en materia fiscal de las entidades locales, entendidas estas desde un punto de vista amplio, es un paso previo para luchar contra la despoblación del mundo rural.

las comunidades autónomas. Solo mediante la incorporación formal (legal) de este nuevo planteamiento, posibilitador de la implementación por las mancomunidades de municipios de todo tipo y clase de políticas públicas emergentes, como entre otras, la de sostenibilidad, desarrollo rural y lucha contra la despoblación, se podrá dejar atrás el carácter eminentemente formalista y poco pragmático de su actual regulación.

Las tres dimensiones (económica, social y medioambiental) que configuran el concepto de sostenibilidad, tanto en el planteamiento como en la ejecución de las actividades humanas, y cuya acción tiene repercusiones en el presente y futuro de los territorios y de las generaciones venideras, deben constituirse en objetivos prioritarios de las zonas rurales, por lo que las mancomunidades de municipios en cuanto que instrumento idóneo para su implementación deben prever, tras la obtención del correspondiente respaldo legislativo estatal y autonómico, un contenido mínimo en sus estatutos que lo posibilite.

Es cierto que algunas comunidades autónomas –únicamente dos, la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Comunidad Valenciana– han introducido en su legislación autonómica, entre las funciones que pueden acometer las mancomunidades de municipios, la sostenibilidad económica y social, aunque dejando apartada la sostenibilidad medioambiental para ámbitos puntuales. Sin embargo, el resto de comunidades autónomas no las recoge entre las funciones propias de dicho ente colaborativo voluntario de carácter local, por lo que una de nuestras propuestas *de lege ferenda* sería la incorporación de la sostenibilidad global, en sus tres dimensiones, entre las funciones de las mancomunidades de municipios de todas las comunidades autónomas, haciendo posible y visible de este modo la voluntad real de desarrollo sostenible de los municipios mancomunados.

Las mancomunidades de municipios pueden convertirse también en un excelente instrumento para el desarrollo de las zonas rurales con la finalidad de obtener un crecimiento económico sostenible en beneficio de la comunidad territorial local a la que pertenecen y de la que forman parte. Los campos en los que, de manera especial, las mancomunidades de municipios pueden contribuir al desarrollo rural son innumerables. En el presente trabajo hemos acotado algunos de ellos, unos con fundamento directo en la legislación estatal, como el urbanismo, el medioambiente urbano, la movilidad y sus infraestructuras o dotaciones públicas, las industrias energéticas renovables, la reducción de trabas burocráticas y la gestión forestal sostenible, campos en los que las necesidades de los municipios pueden ser colmadas con la reconfiguración o creación de mancomunidades de municipios; otros campos, los menos, con fundamento en la legislación de algunas comunidades autónomas: turismo y gestión de subvenciones para el desarrollo de competencias relacionadas con el agua, el urbanismo y la gestión de residuos; y otros, con base en el carácter dispositivo que quieran darle las mancomunidades de municipios, sin que tengan una fundamentación normativa directa, como la gestión de sus elementos patrimoniales, es decir, mediante una eficiente administración del patrimonio municipal mancomunado.

Las mancomunidades de municipios tienen, asimismo, una gran potencialidad por lo que a la fijación y atracción de población se refiere; en definitiva, pueden desempeñar un destacado e insustituible papel en la lucha contra la despoblación del mundo rural. Precisamente por ello, consideramos que esta política pública nuclear e irrenunciable en innumerables municipios españoles –sobre todo de la denominada *España interior*– debe configurar la constitución y funcionamiento de estos entes asociativos municipales, los cuales pueden contribuir a la erradicación de tan nocivo fenómeno o, cuando menos, a su aminoración mediante la puesta a disposición del patrimonio público de los municipios mancomunados, en la industrialización o reindustrialización de zonas rurales, en el fomento de comercios con subvenciones de las Administraciones supramunicipales, en el desarrollo de infraestructuras públicas, particularmente en el ámbito logístico, en la movilidad entre municipios y dentro del municipio y en los incentivos fiscales de todo tipo, para lo cual sería preciso que las legislaciones de las comunidades autónomas sobre régimen local adoptaran, igual que ha hecho la Comunidad Autónoma de Extremadura, la lucha contra la despoblación del mundo rural como una de las señas de identidad de las mancomunidades de municipios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida Cerredá, M. (2023). Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 59-81. <https://doi.org/10.24965/reala.11203>
- Arauz Salmerón, J. J. (2021). Las mancomunidades de municipios en España: un balance de 35 años. *Revista Iberoamericana de Relaciones Intergubernamentales*, (2). <https://redibrig.es/wp-content/uploads/2022/02/RIBRIG-2021-ARAUZ.pdf>
- Barrero Rodríguez, C. (2016). Las Mancomunidades en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local. El mantenimiento final de la situación anterior. En J. M. Baño León (coord.), *Memorial para la*

- reforma del Estado. *Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* [tomo II] (pp. 2091-2113). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barrero Rodríguez, C. (2019). De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución? *Documentación Administrativa*, (6), 81-102. <https://doi.org/10.24965/da.i6.10765>
- Bello Paredes, S. A. (2023). La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 125-147. <https://doi.org/10.24965/reala.11167>
- Belloso Martín, N. (2019). El modelo de destinos turísticos rurales inteligentes a través de las fiestas y recreaciones históricas: una propuesta para contribuir a impulsar el ámbito rural. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.), *La despoblación del mundo rural: algunas propuestas (prácticas y realistas) desde los ámbitos jurídico, económico y social para tratar de paliar o revertir tan denostado fenómeno* (pp. 209-238). Thomson Reuters Aranzadi.
- Belloso Martín, N. (2021). La transición ecológica justa e inclusiva en el medio rural: dificultades y oportunidades para el empleo femenino. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.), *Transición ecológica y desarrollo rural. Algunas propuestas integradoras en el camino hacia una sinergia necesaria y mutuamente beneficiosa de ambas políticas públicas* (pp. 37-74). Thomson Reuters Aranzadi.
- Cantera Cuartango, J. M. (2021). El patrimonio municipal como eje vertebrador de la rehabilitación urbana que contribuye, decisivamente, al crecimiento sostenible de las ciudades. *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, (170).
- Carbonell Porras, E. (2021a). ¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: un comentario de urgencia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (15), 58-70. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10922>
- Carbonell Porras, E. (2021b). El transporte de personas en el medio rural. En D. Santiago Iglesias, L. Míguez Macho y A. J. Ferreira Fernández (dirs.), y A. de Nuccio y B. Agra Costa (coords.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (pp. 379-411). Thomson Reuters Aranzadi.
- Collantes, F. y Pinilla, V. (2019). La verdadera historia de la despoblación de la España rural y cómo puede ayudarnos a mejorar nuestras políticas. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.), *La despoblación del mundo rural. Algunas propuestas (prácticas y realistas) desde los ámbitos jurídico, económico y social para tratar de paliar o revertir tan denostado fenómeno* (pp. 55-82). Thomson Reuters Aranzadi.
- Del Romero Renau, L. y Valera Lozano, A. (2019). La desarticulación de comunidades rurales y su reflejo en la demografía: una mirada geográfica. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.), *La despoblación del mundo rural. Algunas propuestas (prácticas y realistas) desde los ámbitos jurídico, económico y social para tratar de paliar o revertir tan denostado fenómeno* (pp. 83-108). Thomson Reuters Aranzadi.
- Domínguez Martínez, J. M. (2017). El papel de las infraestructuras públicas en el desarrollo económico territorial. *eXtoikos*, (19), 25-28. <http://www.extoikos.es/n19/pdf/7.pdf>
- Durán García, F. J. (2020). Mancomunidades integrales en Extremadura: estrategia, trayectoria y revisión. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (14), 161-179. <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10825>
- Enríquez Villacorta, A. (2008). Microrregiones y mancomunidades municipales: nuevas formas de gestión del territorio. *Prisma*, (22), 149-166.
- Esteve Pardo, J. (2022). *Derecho del medio ambiente*. Marcial Pons.
- Gamazo Chillón, J. C. (2022). Análisis económico de la reducción de cargas administrativas: una aplicación teórica a los registros administrativos agropecuarios. En E. Muñiz Espada (dir.), *Seguridad alimentaria y medio ambiente: nuevas propuestas legislativas, nuevos instrumentos* (pp. 299-325). Tirant lo Blanch.
- García-Moreno Rodríguez, F. (2021a). *La certificación forestal: un instrumento económico de mercado al servicio de la gestión forestal sostenible. Génesis, evolución y análisis jurídico crítico a la luz de su vigente regulación y aplicación en España*. Thomson Reuters Aranzadi.
- García-Moreno Rodríguez, F. (2021b). Prólogo. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.), *Transición Ecológica y Desarrollo Rural. Algunas propuestas integradoras en el camino hacia una sinergia necesaria y mutuamente beneficiosa de ambas políticas públicas*. Thomson Reuters Aranzadi.
- García-Moreno Rodríguez, F. (2022). *Propiedad forestal pública y utilización energética de la biomasa forestal en Castilla y León. Especial referencia a la problemática jurídica que deriva de la enajenación de los aprovechamientos maderables y leñosos de los montes catalogados de utilidad pública para hacer posible los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración (District Heating & Cooling de biomasa forestal)*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Heinelt, H. (2012). Posibles reformas de la estructura institucional del Gobierno local en España en el seno del «Estado de las autonomías». Perspectiva comparada a la luz de los debates y recientes reformas sobre el Gobierno local en los Estados miembros de la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Local*, (29).
- Iranzo Gutiérrez, S. (2022). La sostenibilidad. Aspectos conceptuales. *Economistas*, (176), 10-16.
- Jurado Almonte, J. M. y Pazos-García, F. J. (2022). Población y sostenibilidad territorial de los espacios rurales en España y Portugal. *Cuadernos Geográficos*, 61(2), 61-87. <https://doi.org/10.30827/cuadgeo.v61i2.23878>
- López Ramón, F. (2021). La lucha contra la despoblación rural. En D. Santiago Iglesias, L. Míguez Macho y A. J. Ferreira Fernández (dirs.), y A. de Nuccio y B. Agra Costa (coords.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (pp. 29-51). Thomson Reuters Aranzadi.
- Martín Cubas, J., Velasco Mentgod, J., Ojeda Izaguirre, I., Granell Oteiza, X. y Clara Requena, I. (2019). Gobernanza democrática para el desarrollo: las estructuras de cooperación en los municipios en riesgo de despoblación de

- la Comunitat Valenciana. *Economía Agraria y Recursos Naturales*, 19(2), 135-164. <https://doi.org/10.7201/earn.2019.02.07>
- Molinero Hernando, F. (2019). El espacio rural de España: evolución, delimitación y clasificación. *Cuadernos Geográficos*, 58(3), 19-56. <https://doi.org/10.30827/cuadgeo.v58i3.8643>
- Morán Blanco, S. y Díaz Barrado, C. M. (2020). El objetivo de desarrollo sostenible 11 de la Agenda 2030: ciudades y comunidades sostenibles. Metas, desafíos, políticas y logros. *Cuaderno de estrategia*, (206), 21-68.
- Morillo-Velarde Pérez, J. I. (2011). Mancomunidades y asociaciones de municipios. En S. Muñoz Machado (coord.), *Tratado de Derecho Municipal* [tomo II] (pp. 1599-1614). Iustel.
- Navas Castillo, A. y Navas Castillo, F. (2016). *El Estado constitucional multinivel*. Dykinson.
- Orofino, A. G. (2021). El uso de medios electrónicos para contrarrestar la despoblación rural. En D. Santiago Iglesias, L. Míguez Macho y A. J. Ferreira Fernández (dirs.), y A. de Nuccio y B. Agra Costa (coords.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (pp. 227-241). Thomson Reuters Aranzadi.
- Ortiz García, M. (2021). El pacto verde rural español para recuperar el mundo rural con economía de bienestar y resiliencia. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.), *Transición Ecológica y Desarrollo Rural. Algunas propuestas integradoras en el camino hacia una sinergia necesaria y mutuamente beneficiosa de ambas políticas públicas* (pp. 361-413). Thomson Reuters Aranzadi.
- Pego, C. (2008). El papel de las Mancomunidades en los procesos de sostenibilidad. En E. M. Romero González, M. R. Simancas Cruz y J. M. Febles García (coords.), *Conferencia Canaria de Ciudades y Pueblos Sostenibles: de Aalborg a Santa Úrsula: una aproximación al desarrollo sostenible en Canarias* (pp. 575-576). Ayuntamiento de Santa Úrsula.
- Pérez Castaños, S. (2019). Despoblación rural: causantes y consecuencias desde una perspectiva politológica. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.), *La despoblación del mundo rural. Algunas propuestas (prácticas y realistas) desde los ámbitos jurídico, económico y social para tratar de paliar o revertir tan denostado fenómeno* (pp. 177-208). Thomson Reuters Aranzadi.
- Pérez Díaz, A. (2006). Los pequeños municipios ante los retos del desarrollo. *Norba: Revista de Geografía*, (11), 183-197.
- Pizarro Nevado, R. (2017). Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (8), 49-73. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10437>
- Quintana López, T. (1992). Las Organizaciones Supramunicipales en España: las Mancomunidades. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (254), 305-317. <https://doi.org/10.24965/reala.vi254.8733>
- Riera Figueras, P., Haas, C. y Amer Capdevila, C. (2005). Las Mancomunidades en España. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, (39), 151-176. <https://bage.age-geografia.es/ojs/index.php/bage/article/view/502>
- Rodríguez Álvarez, J. M. (2010). Estructura institucional y organización territorial local en España: fragmentación municipal, asociacionismo confuso, grandes ciudades y provincias supervivientes. *Política y Sociedad*, 47(3), 67-91. <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO1010330067A>
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2008). Sobre la distribución de competencias en materia de turismo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (32), 369-406.
- Rodríguez-Chaves Mimbreno, B. (2023). Medio Ambiente Urbano. Anuario de Derecho Municipal, (16), 393-397. https://doi.org/10.37417/ADM/16-2022_3.06
- Sánchez-Mesa Martínez, L. (2021). La planificación de políticas territoriales contra la despoblación de áreas interiores en España. Claves para una gestión sostenible de los recursos culturales. En D. Santiago Iglesias, L. Míguez Macho y A. J. Ferreira Fernández (dirs.), y A. de Nuccio y B. Agra Costa (coords.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (pp. 413-447). Thomson Reuters Aranzadi.
- Santirso Fernández, M. A. (2014). La supervivencia de las mancomunidades en la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, 1(47), 549-568. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/2416>
- Sanz Larruga, F. J. (2021). Incidencia de las medidas de impulso demográfico en la lucha contra la despoblación rural. En D. Santiago Iglesias, L. Míguez Macho y A. J. Ferreira Fernández (dirs.), y A. de Nuccio y B. Agra Costa (coords.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (pp. 111-145). Thomson Reuters Aranzadi.
- Serrano-Martínez, J. M. y García-Marín, R. (2013). Regresión demográfica en España: crisis económica y cambio de ciclo migratorio. *Papeles de Población*, 19(76), 89-128. <https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/8393>
- Tormo i Santonja, J. (2008). Las Mancomunidades de municipios como instrumentos para la participación y el desarrollo local: el caso de la Comarca El Comtat. En A. Martínez Puche, J. P. Salas Arqueros, J. Sánchez Navas y C. Cortés Samper (coords.), *Sostenibilidad en los espacios rurales: proyectos europeos, herramientas participativas, experiencias municipales y territoriales en España* (pp. 281-290). Servicio de Publicaciones Universidad de Alicante.
- Tornos Mas, J. (2021). La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo. *Cuadernos de Derecho Local*, (56), 55-83. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL56/QDL56_02_Tornos.pdf
- Velasco Caballero, F. (2022). Despoblación y nivelación financiera municipal en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (18), 6-31. <https://doi.org/10.24965/reala.11092>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 13-03-2024
Modificado: 18-03-2024
Aceptado: 19-03-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11361>
Páginas: 96-115

Referencia: Rozados Oliva, M. J. (2024). Las limitaciones a la publicidad de productos alimentarios no saludables desde una perspectiva comparada: su regulación en Portugal y Reino Unido como referentes para una reforma en España. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 96-115. <https://doi.org/10.24965/reala.11361>

Las limitaciones a la publicidad de productos alimentarios no saludables desde una perspectiva comparada: su regulación en Portugal y Reino Unido como referentes para una reforma en España

The limitations on the advertising of unhealthy food products from a comparative perspective: Their regulation in Portugal and the United Kingdom as references for a reform in Spain

Rozados Oliva, Manuel Jesús

Universidad de Cádiz. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2883-4771>

manuel.rozados@uca.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho Administrativo, Departamento de Derecho Público (Universidad de Cádiz). Secretario general de la Universidad de Cádiz. Responsable del grupo de investigación Nuevas Perspectivas del Derecho Público para una Sociedad y Economía en Transformación (SEJ-152). Líneas de investigación: comunicación audiovisual, publicidad, salud pública, derecho sancionador, intervención administrativa.

RESUMEN

Objetivos: este artículo pretende analizar la necesidad de acometer un proceso de reforma en la regulación de la intervención administrativa sobre la publicidad de productos alimentarios no saludables en nuestro ordenamiento jurídico, como instrumento de lucha contra la obesidad, tomando como referencia la reciente aprobación de normas de rango legal en Portugal y Reino Unido. **Metodología:** la habitual en los estudios jurídicos, con manejo del derecho positivo, la doctrina científica, las resoluciones de organismos reguladores y la jurisprudencia. **Resultados:** los mecanismos de autorregulación y corregulación publicitaria no han servido para frenar el incremento de las tasas de obesidad en la población, especialmente en los menores. La efectividad de las medidas de limitación y prohibición a la publicidad de estos productos requieren de su tratamiento en normas de naturaleza legal o reglamentaria, así como el reconocimiento del ejercicio de potestades públicas como la sancionadora, como se ha realizado en países como Portugal y Reino Unido. **Conclusiones:** el ordenamiento jurídico español debería adaptar sus determinaciones en la línea que están siguiendo los países objeto de este estudio, como medio eficaz de lucha contra la obesidad y de fomento de hábitos nutricionales saludables, para lograr la mejora de la salud futura de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE

Regulación publicitaria; salud pública; publicidad alimentaria; productos alimentarios no saludables.

ABSTRACT

Objectives: This article aims to analyze the need to undertake a reform process in the regulation of administrative intervention on the advertising of unhealthy food products in our legal system, as an instrument to combat obesity, taking as reference the recent approval of standards of legal rank in Portugal

and the United Kingdom. **Methodology:** The usual one in legal studies, with management of positive law, scientific doctrine, resolutions of regulatory bodies and jurisprudence. **Results:** Advertising self-regulation and co-regulation mechanisms have not served to stop the increase in obesity rates in the population, especially in minors. The effectiveness of the measures to limit and prohibit the advertising of these products requires their treatment in standards of a legal or regulatory nature, as well as the recognition of the exercise of public powers such as sanctioning, as has been done in countries such as Portugal and the United Kingdom. **Conclusions:** The Spanish legal system should adapt its determinations in the line that the countries object of this study are following, as an effective means of fighting obesity and promoting healthy nutritional habits, to achieve improvement in the future health of citizens.

KEYWORDS

Advertising regulation; public health; food advertising; unhealthy food products.

SUMARIO

1. LA INTERVENCIÓN EN LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES COMO ESTRATEGIA DE LUCHA CONTRA LA OBESIDAD Y DE FOMENTO DE HÁBITOS SALUDABLES. 2. EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES EN PORTUGAL. 2.1. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN MATERIA DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES. 2.2. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES: LA REFORMA DEL CÓDIGO DE PUBLICIDAD COMO RESPUESTA A LA INSUFICIENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN. 2.2.1. Ámbito de aplicación y principios generales. 2.2.2. Limitaciones y prohibiciones. 2.2.3. Régimen sancionador. 3. EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES EN EL REINO UNIDO. 3.1. LA OBESIDAD COMO PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA EN EL REINO UNIDO Y LA INTERVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA: ANTECEDENTES. 3.2. LAS LIMITACIONES A LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES: SU TRATAMIENTO EN LOS MECANISMOS DE AUTORREGULACIÓN Y CORREGULACIÓN: LOS CÓDIGOS CAP Y BCAP. 3.3. LA ELEVACIÓN DE RANGO AL PLANO LEGAL: LA REFORMA DE LA COMMUNICATIONS ACT 2003 POR MEDIO DE LA HEALTH AND CARE ACT 2022. 3.4. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS PROHIBICIONES Y LIMITACIONES. 4. EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD DE ALIMENTOS NO SALUDABLES EN ESPAÑA Y PERSPECTIVAS DE REFORMA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. LA INTERVENCIÓN EN LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES COMO ESTRATEGIA DE LUCHA CONTRA LA OBESIDAD Y DE FOMENTO DE HÁBITOS SALUDABLES

Una de las principales preocupaciones de la sociedad contemporánea en el ámbito de la salud pública se centra en el alto índice de obesidad y sobrepeso de la población mundial, en un paulatino y creciente ritmo, lo que ha llevado a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a catalogar este problema como epidemia no infecciosa, cuyo origen se sitúa en la convergencia de diversos elementos característicos de la sociedad actual: por un lado, la reducción de la actividad física como consecuencia de una vida cada vez más sedentaria en la que paradójicamente influye de forma perniciosa la mejora de las condiciones de trabajo, transporte y vida urbana; y por otro, el incremento de la ingesta de alimentos con alto contenido calórico ricos en grasa, así como en sal y azúcares (o como se expresa en terminología anglosajona, alimentos HFSS (high in fat, salt and sugar)). La asociación entre la obesidad y el sobrepeso y la aparición en el tiempo de múltiples patologías (trastornos cardiovasculares, diabetes, enfermedades del aparato locomotor e incluso cánceres) son hechos científicamente incontrovertidos, como se acredita en numerosos estudios¹.

Las cifras que se arrojan periódicamente en la evolución de esta enfermedad a nivel mundial son ciertamente alarmantes. Según la OMS, en 2016 más de 1900 millones de adultos en el mundo tenían sobrepeso,

¹ En este sentido, y desde una perspectiva multidisciplinar, nos remitimos a los trabajos desarrollados en el marco del proyecto de investigación I+D (DER2017-84455-R), financiado por el Gobierno de España a través FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Agencia Estatal de Investigación, y publicados en Torres López *et al.* (2021), así como a la abundante bibliografía en los campos de la salud pública, la medicina y el derecho, que se contienen en esta obra colectiva.

habiéndose triplicado la cifra en el período 1975-2016, y más de 340 millones de niños o adolescentes (5-19 años) tenían sobrepeso u obesidad, lo que constituía un incremento de cuatro veces con respecto a los datos arrojados en 1975. En esta línea ascendente, se calcula que en 2025 la mitad de la población mundial podría tener sobrepeso o ser obesa. El hecho de que las consecuencias en términos de salud se manifiesten en el tiempo con el crecimiento de las personas ha provocado que los organismos internacionales, europeos y nacionales hayan puesto el foco de atención, desde los primeros años del siglo XXI, en abordar las políticas de prevención y lucha centradas principalmente en la población infantil, con el objetivo no solo de frenar el incremento de las cifras, sino de revertir la tendencia, para lo que se advierte como esencial el despliegue de estrategias dirigidas a combatir el sobrepeso y la obesidad infantil y adolescente y el fomento de hábitos nutricionales saludables que, al menos, mitiguen lo más posible el desarrollo de este problema. En este contexto se han ido produciendo iniciativas en todos los ámbitos posibles. En el plano internacional, con la Estrategia Mundial sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud, aprobada por la Asamblea Mundial de la OMS en 2004², a raíz del *Informe sobre la Salud en el Mundo de 2002*, elaborado por el mismo organismo³, en el que se advertía una especial preocupación por la mortalidad, la morbilidad y la discapacidad atribuidas a enfermedades no transmisibles, que en ese momento constituían el 60 % de todas las defunciones y que en 2020 se preveía pudiera ser la causa del 73 % de los fallecimientos⁴. Y en el europeo, el libro blanco *Estrategia europea sobre problemas de salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad*, aprobado en 2007 por la Comisión Europea⁵.

La proyección de estas políticas preventivas en cada país ha seguido un marco similar de enfoque y de descripción de objetivos, variando en cada caso los perfiles y caracteres de las medidas tomadas, lo que se ha traducido en una muy diferente intensidad en la introducción de instrumentos de intervención dirigidos a la reducción de las tasas de obesidad y sobrepeso y de fomento de hábitos saludables, especialmente en la población infantil y juvenil. Así, en nuestro país se aprobó en 2005 la Estrategia NAOS⁶, impulsada por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN), que supuso el punto de partida en el tratamiento de este problema de salud pública. En cuanto al resto de países, se han ido produciendo similares respuestas por medio de organismos gubernamentales, si bien interesa destacar las adoptadas en dos países que van a representar en los últimos tiempos parte de la vanguardia en la introducción de algunos instrumentos dirigidos a la reducción de la obesidad y al fomento de una vida más saludable: Reino Unido y Portugal. En el primer caso, el informe *Healthy weight, healthy lives*, en 2008, supuso el primer hito en el abordaje de estrategias públicas, siendo la base del plan Call to Action on Obesity, aprobado en 2011, que más adelante se vería reforzado por las acciones contenidas en el plan Childhood Obesity (2016). En Portugal, el Programa Nacional de Combate a Obesidade (PNCO)⁷, aprobado por la Direção-Geral da Saúde en 2005, contenía las líneas de actuación principales para afrontar las políticas de salud pública dirigidas tanto a la reducción de las cifras de obesidad y sobrepeso como al fomento de hábitos nutricionales saludables entre la población.

Las políticas preventivas en materia de salud pública, asociadas al problema del sobrepeso y obesidad, van dirigidas principalmente al fomento y concienciación de la necesidad de un cambio en las pautas de vida de los ciudadanos que comporte un incremento de su dedicación a la actividad física y una disminución de la ingesta de alimentos que contribuyen a desarrollar niveles excesivos de peso corporal, objetivo nada sencillo de lograr, pues, como expresó la antropóloga Margaret Mead, «es más fácil cambiar la religión de alguien que su dieta». La conveniencia de introducir un giro importante en las pautas de vida de los ciudadanos, sensibilizándoles sobre la necesidad de llevar una alimentación más saludable y una vida activa como ejes principales para prevenir la aparición de enfermedades y para disfrutar de unos niveles adecuados de calidad de vida, y el hecho de que estos cambios tengan efectos positivos en el tiempo, hacen que se centre la atención especialmente en la población infantil y adolescente.

² El documento puede consultarse en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA57/A57_R17-sp.pdf (último acceso: 26-02-2024).

³ La versión en español de este documento puede consultarse en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/42557/WHR_2002_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 26-02-2024).

⁴ Predicciones que han resultado acertadas, como muestran los informes publicados por la propia OMS (disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/noncommunicable-diseases>, último acceso: 26-02-2024).

⁵ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0279&from=ES> (último acceso: 26-02-2024).

⁶ Disponible en: <https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/nutricion/estrategianaos.pdf> (último acceso: 26-02-2024).

⁷ Disponible en: <http://pns.dgs.pt/files/2015/08/Programa-Nacional-de-Combate-%C3%A0-Obesidade.pdf> (último acceso: 26-02-2024).

Uno de los ejes de acción de las políticas de lucha con la obesidad y el sobrepeso infantil se sitúa en el establecimiento de mecanismos de vigilancia y monitorización de la evolución de las cifras en este grupo social con el objeto de comprobar si la ejecución del resto de medidas está siendo suficientemente eficientes, así como para detectar las modificaciones o mejoras convenientes para el logro de los objetivos marcados. En esta línea, la oficina en Europa de la OMS puso en marcha en 2007 el sistema COSI (Children Obesity Surveillance Initiative), un mecanismo de recopilación y análisis de datos para la vigilancia de las tasas de sobrepeso y obesidad en niños de edad escolar, estableciendo diferentes períodos de estudio, comprendiendo el inicial los años 2007-2008 y el último 2018-2020 (en la actualidad se encuentran en la sexta ronda de toma de datos, que se corresponde con los años 2021-2023). En el último estudio participan 45 países (cifra que ha crecido notablemente desde los 13 países que se incorporaron al primer estudio y que sigue sin contar con el Reino Unido entre los integrantes del proyecto)⁸. Desde el primer momento, Portugal se encuentra entre los países que colaboran con esta iniciativa, encargándose el Centro de Estudos e Investigação em Dinâmicas Sociais e Saúde (CEIDSS) de elaborar anualmente los documentos que se toman como base para este sistema de vigilancia. En el último *Informe COSI 2018-2020*⁹ Portugal está en el puesto 13 de 45 países en las cifras de obesidad en los niños de 7 a 9 años, habiendo subido un 0,6 % con respecto a la medición anterior. Según los datos recopilados por CEIDSS en el *Informe COSI Portugal 2019*, la tasa de obesidad en esta franja de edad se sitúa en el 11'9 %¹⁰. En el caso de España, su incorporación se produce en la segunda ronda y ocupa el cuarto puesto del conjunto de países integrados en el estudio. La vigilancia periódica se lleva a cabo mediante el *Informe ALADINO*, realizado por la AESAN, y cuyo resultado en 2019 arrojaba las cifras, en el mismo segmento etario, de un 17,3 % de obesidad¹¹.

Sobre estas bases, uno de los vectores de acción de las políticas públicas se despliega sobre la actividad publicitaria. En los ordenamientos jurídicos nacionales se han ido introduciendo prohibiciones absolutas o medidas limitativas a la publicidad de algunos productos o servicios en atención al riesgo de su consumo para la salud y el bienestar de los ciudadanos (tabaco, alcohol, juegos de azar), y esta vía es la seguida también con el establecimiento de un régimen restrictivo a la publicidad de productos alimentarios no saludables¹², especialmente cuando los destinatarios son los menores. Los alimentos y bebidas constituyen uno de los principales sectores de productos que en mayor volumen ocupan el espacio de la publicidad dirigida a los menores de edad. Su influencia en los hábitos de consumo y, por tanto, en las pautas alimentarias, está siendo cada vez objeto de una mayor atención por la comunidad científica, en la creencia de que existe una directa asociación entre la exposición a la publicidad de productos no saludables y las tasas de exceso de peso y obesidad de la población¹³. Ciertamente se trata de una cuestión polémica (Cfr. Rozados Oliva, 2021, pp. 3699 y ss.) y algún estudio científico ha tratado de acreditar dicha relación directa¹⁴. En cualquier caso, sin necesidad de construir una relación causa-efecto entre ambos fenómenos, lo cierto es que una reducción del impacto de la publicidad de productos no saludables facilita la labor de concienciación de los efectos positivos de una alimentación saludable.

La implementación de estas medidas de intervención en la actividad publicitaria por medio de la incorporación de reglas o normas en su regulación es una acción que se está generalizando en todos los países de forma paulatina, con diferentes caracteres e intensidad en cada uno de los casos. En todos ellos concurre el tratamiento de esta cuestión en el plano de la autorregulación cuando es dirigida a menores de edad,

⁸ El contenido de los informes puede consultarse en:

<https://www.who.int/europe/publications/i?publishingoffices=b372cbd1-3334-47a0-a4bc-dee6386ffb1b> (último acceso: 26-02-2024).

⁹ Disponible en: <https://www.who.int/europe/publications/i/item/WHO-EURO-2022-6594-46360-67071> (último acceso: 26-02-2024).

¹⁰ Disponible en: <https://www.ceidss.com/cosi-portugal-2> (último acceso: 26-02-2024).

¹¹ Disponible en: https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/web/nutricion/detalle/aladino_2019.htm (último acceso, 26 de febrero de 2024). En los datos desglosados por sexos, y en la franja etaria de 6 a 9 años, España ocupa el cuarto lugar en niños, con tasas de 19 % de obesidad y 42 % de sobrepeso, y el segundo lugar en niñas, con tasas del 17 % de obesidad y del 41% de sobrepeso, según los datos ofrecidos por el Gobierno en el Plan Estratégico Nacional para la Reducción de la Obesidad Infantil (2022-2030), que puede consultarse en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/100622-plan-estrategico-nacional-reduccion-obesidad-infantil_en-plan-bien.pdf (último acceso: 26-02-2024).

¹² Sobre la intervención en la actividad publicitaria como instrumento de desarrollo de políticas de prevención en el ámbito la salud, Disponible en: Bombillar Sáenz (2021) y Rozados Oliva (2021).

¹³ Disponible en: sobre esta cuestión los trabajos de Roldão y Serra (2010); Rodrigues *et al.* (2011), y Vieira (2018).

¹⁴ Disponible en: el trabajo realizado por unos investigadores de la Universidad de Cambridge (Reino Unido), Mytton *et al.* (2020), sobre el que, no obstante, hay que tener en cuenta para su adecuada interpretación tanto las fuentes utilizadas como la concreción de los datos expuestos. También la obra monográfica de Gunter (2016), así como los estudios realizados por Lwin *et al.* (2020) y Harris y Bargh (2009).

con códigos que recogen en mayor o menor alcance medidas de limitación de la publicidad alimentaria de productos no saludables. Este reconocimiento en mecanismos autorreguladores se ha advertido como insuficiente para lograr una efectiva reducción de la exposición de los menores a la publicidad de productos no saludables, como paso necesario para desincentivar su consumo y para fomentar una alimentación saludable y que reduzca las cifras de exceso de peso y obesidad de la población infantil y adolescente. De ahí que algunos países hayan reforzado estas prohibiciones o limitaciones por la vía de su inclusión en textos legales. En el ámbito europeo, los avances más destacados se han producido en Portugal, con la reforma en 2019 del Código da Publicidade, y en el Reino Unido, con la reforma de la Communications Act 2003 por medio de la Health and Care Act 2022, en la que se contienen una serie de medidas que tienen como objetivo una drástica reducción de la publicidad de productos alimentarios no saludables, dirigida a los menores y en diferentes soportes (con especial atención al audiovisual e internet). Otros países han iniciado procesos similares, sin que hayan cristalizado aún en las pertinentes reformas normativas¹⁵. En este trabajo trataremos de acercarnos al desarrollo de las herramientas normativas en Portugal y Reino Unido, y su confrontación con el marco legal español, como referentes para la proyección de una futura reforma en nuestro ordenamiento jurídico.

2. EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES EN PORTUGAL

2.1. La autorregulación publicitaria en materia de productos alimentarios no saludables

El funcionamiento del sector de la publicidad en Portugal, como es común en un gran número de países, se somete a un sistema de autorregulación que se articula a través de la actividad de un ente privado, sin ánimo de lucro y de adscripción voluntaria, en el que se integran la mayoría de actores que intervienen de un modo u otro en el mercado publicitario (anunciantes, agencias, medios, administraciones públicas)¹⁶. En Portugal este organismo opera desde 1991 con la creación del Instituto Civil da Autodisciplina Publicidade (ICAP), que tras diversos cambios de denominación constituye el actual Auto Regulação Publicitária¹⁷.

Este mecanismo descansa sobre la adhesión de los miembros del organismo al cumplimiento de diversos códigos de conducta, que se estructuran sobre la base de un código general para toda la actividad publicitaria (en este caso el Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial¹⁸), al que se añaden otros códigos específicos en atención a las características de los productos (vino y bebidas espirituosas, cervezas, alimentos y bebidas cuando la publicidad se dirige a menores) o del soporte (mercadotecnia digital). Por lo que al objeto de este trabajo interesa, en 2018 se suscribió el Código de Auto-Regulação em Matéria de Comunicação Comercial de Alimentos e Bebidas dirigida a Crianças¹⁹.

La preocupación por la obesidad infantil como problema de salud pública constituye el fundamento de la adopción del CARABC, cuyo contenido se dirige a la regulación de cualquier forma de comunicación comercial de alimentos y bebidas dirigida a menores de doce años, incluyendo por tanto no sólo a los anuncios publicitarios, sino a otras técnicas como la promoción, el patrocinio o el *marketing* directo. En la delimitación de su ámbito de aplicación se sujeta al mismo toda comunicación comercial siempre que se encuentre en alguno de los siguientes casos:

- Que el concepto de la comunicación comercial (contenido, lenguaje e imágenes) esté concebido especialmente para atraer el interés de los menores.

¹⁵ Este sería el caso de España, como veremos más adelante, donde llegó a elaborarse un Proyecto de Real Decreto regulador de la publicidad de alimentos y bebidas dirigidas a menores de edad, que ha quedado por el momento abandonado en los planes normativos del Gobierno.

¹⁶ Sobre la autorregulación publicitaria en Portugal, su estructura y funcionamiento, nos remitimos a los trabajos de José (1999); Chaves (2005); De Amorim (2018a), y Duarte-Melo (2019).

¹⁷ Sobre el origen y evolución de este organismo puede consultarse su página web en: <https://auto-regulacaopublicitaria.pt> (último acceso: 26-02-2024).

¹⁸ En adelante, CARP. Disponible en: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf (último acceso: 26-02-2024).

¹⁹ En adelante, CARABC. Disponible en: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Codigo_Crianças_AlimentosBebidas_v_2018.pdf (último acceso: 26-02-2024).

- Que sea difundida en soportes publicitarios y en períodos horarios o en bloques de programación, sesiones o espacios dirigidos a un público mayoritario de menores (cuando la audiencia media de estos sea de un 35 %).
- Que el producto esté destinado al consumo de menores.
- Que los menores tengan una participación o comportamiento determinante en la comunicación comercial.
- Que el uso de personajes de ficción o reales esté relacionado con los menores.
- Que la atribución de premios o similares esté principalmente destinado a los menores.

Conforme al CARABC, la comunicación comercial de alimentos y bebidas dirigidas a menores de doce años debe someterse a un conjunto de principios, entre los que destacan los siguientes:

1. **Veracidad.** La comunicación comercial de estos productos no debe inducir a error, de ahí que se exija no explorar la imaginación de modo que sea difícil distinguir entre fantasía o realidad o que cree expectativas que puedan amenazar constituir un peligro para su integridad física o moral; representar fielmente las características de los productos; no sugerir que tienen características particulares cuando son comunes a los productos similares, y no engañar sobre los posibles beneficios de su consumo.
2. **Responsabilidad social.** En este punto, el Código se refiere a diferentes cuestiones: que la información adicional que se transmita esté en un lenguaje comprensible, legible y destacado; que se abstenga de utilizar a menores con alto o bajo peso, evitando atentar contra su dignidad como referentes de una conducta alimentaria no apropiada; que no induzca a los menores a persuadir de su compra a los adultos, o que no sugiera que su consumo aporta ventajas físicas, sociales o psicológicas.
3. **Salud.** La comunicación comercial debe contribuir al fomento de hábitos saludables, evitando así la sugerencia de que tiene propiedades preventivas o curativas y teniendo en cuenta medidas como las siguientes: que no demuestre un menosprecio a las prácticas saludables; que no transmita la creencia de que tiene efectos equivalentes a los de un medicamento; que no fomente el consumo excesivo o en cantidades desproporcionadas, y que no sugiera que el producto sustituye a una comida principal (desayuno, almuerzo, cena).
4. **Seguridad.** Deben evitarse mensajes que afecten a la seguridad de los menores, entre los que pueden citarse: mostrar su utilización de forma arriesgada o inadecuada; aceptando alimentos o bebidas de personas desconocidas cuando se encuentren solos, sin la compañía de padres u otros adultos conocidos; incentivando a la violencia, o fomentando la convivencia de menores con extraños o la entrada en locales desconocidos o peligrosos.

En otro orden, el CARABC introduce una serie de recomendaciones para establecer el marco adecuado de identificación e intervención de personajes en la comunicación comercial de estos productos dirigida a los menores, y con ello evitar que puedan confundir su contenido merced a la intervención de estos personajes o a su participación en los programas asociados a los productos cuya comunicación comercial se despliega bien en su seno bien en espacios anexos. Asimismo, establece finalmente una serie de reglas dirigidas a las acciones de promoción de ventas, como sorteos, concursos, descuentos, ofertas o similares, todas ellas con la finalidad de evitar cualquier confusión, engaño o coacción.

Para el cumplimiento de estas previsiones, el sistema de autorregulación portugués, al igual que ocurre en organismos similares en el resto de países, posee un conjunto de instrumentos que se articulan en dos órganos principales: el Júri de Ética y el Gabinete Técnico-Jurídico. El primero de ellos tiene asignada la función de resolución de litigios, que pueden ser presentados por cualquier interesado, ya sea persona física o jurídica, sin que se precise ninguna cualidad para su legitimación. Sus acuerdos son obligatorios para las partes, que pueden recurrir los mismos a la Comissão de Apelo, sin que dicho recurso tenga efectos suspensivos²⁰. Junto a este órgano, la sujeción de la publicidad a las reglas de los códigos éticos adoptados por el sistema de autorregulación se fiscaliza igualmente mediante la intervención del Gabinete Técnico-Jurídico²¹ a través de tres medios: el *pre-clearance*, que consiste en someter a su consideración, con carácter vinculante, la conformidad de la publicidad que se pretende difundir a las reglas establecidas; el *copy advice*, que

²⁰ El régimen de funcionamiento del *Júri de Ética* puede consultarse en https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/09/Regulamento_JE_v2017.pdf (último acceso, 26-02-2024).

²¹ Para garantizar la eficacia de este órgano, se asume el compromiso de respuesta en el plazo de 24 a 48 horas, lo que sin duda contribuye a que su utilización no distorsione a su vez el propósito publicitario del anunciante.

supone también una consulta previa de cumplimiento de los códigos éticos, pero sin carácter vinculante; y la monitorización, que comporta el seguimiento y la comprobación de la licitud de la publicidad cuando ya está siendo difundida. En este caso, es evidente que se trata de mecanismos de control del cumplimiento de las normas éticas a los que solo pueden acudir quienes intervienen como emisores de la publicidad.

2.2. El régimen legal de la publicidad de productos alimentarios no saludables: la reforma del Código de Publicidad como respuesta a la insuficiencia de la autorregulación

El tratamiento de la actividad publicitaria en el ordenamiento jurídico portugués tiene su punto de partida en el art. 60 de la Constituição da República Portuguesa²², cuyo contenido determina el marco constitucional de los derechos de los consumidores, lo que ha llevado a sostener que la regulación de la publicidad es una garantía fundamental necesaria en la protección de los mismos (vid. De Andrade, 2003, p. 157), aunque deba conectarse con otras previsiones constitucionales, como la libertad de iniciativa económica privada (art. 61 CRP), la libertad de expresión e información (art. 37 CRP) o la libertad de creación cultural (art. 42 CRP) (cfr. Caldeira, 2013, pp. 22 y ss.). La remisión al desarrollo legislativo de la regulación de la publicidad se materializa con la aprobación del Código da Publicidade²³, mediante el Decreto Lei 330/90, de 23 de outubro, lo que implica un tratamiento legal específico de la actividad publicitaria, en la misma línea de lo que ocurre en España, como se ha señalado (cfr. De Amorim, 2018b, pp. 32 y ss.), pero con una notable diferencia, pues en el caso español el régimen jurídico de la publicidad que se contiene en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en realidad se limita a la disposición de los actos de publicidad ilícita y su consideración como actos de competencia desleal, remitiéndose a la regulación sobre esta materia a los efectos de las acciones frente a dicha publicidad ilícita. De este modo, la intervención sobre la actividad publicitaria para proteger otros derechos e intereses en juego (la salud, los menores, los consumidores), así como el establecimiento de limitaciones y prohibiciones en atención a los mismos, quedaría cubierto en el ordenamiento jurídico español por las normas sectoriales que regulan aspectos concretos del fenómeno publicitario, bien sobre soporte utilizado o bien sobre el producto o servicio (la publicidad audiovisual, la publicidad exterior, las normas sobre publicidad de determinados productos o servicios)²⁴.

En el caso del Código da Publicidade portugués, nos encontramos con un tratamiento codificado del régimen legal de la actividad publicitaria²⁵, a diferencia de la dispersión normativa española, conteniéndose en una misma norma no solo el establecimiento de unos principios básicos y los supuestos de publicidad ilícita (incluida la engañosa), sino también el conjunto de limitaciones y prohibiciones en relación con el contenido de la publicidad (menores, publicidad testimonial, publicidad comparativa), con el producto o servicio publicitado (bebidas, tabaco, medicamentos, juegos y apuestas, etc.) o con la forma publicitaria (publicidad audiovisual, a domicilio, por correspondencia, patrocinio), así como la fiscalización del cumplimiento de sus previsiones y el régimen sancionador.

La protección de los menores ante el fenómeno publicitario es objeto de atención por el Código da Publicidade ante la especial vulnerabilidad de estos (en este sentido, vid. De Amorim, 2018a, p. 157), con carácter general mediante el establecimiento en su art. 14 de algunas reglas tanto en aquellos casos en que la posición del menor sea la del destinatario de la publicidad como en los que intervenga de forma activa en el mensaje publicitario²⁶. A estas medidas se añaden otras, como la prohibición de bebidas alcohólicas,

²² En adelante, CRP. El art. 60 establece: «1. Los consumidores tienen derecho a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la formación y a la información, a la protección de la salud, la seguridad y sus intereses económicos, así como a la reparación de los daños. 2. La publicidad es disciplinada por ley, siendo prohibidas todas las formas de publicidad oculta, indirecta o dolosa. 3. Las asociaciones de consumidores y cooperativas de consumo tendrán el derecho de conformidad con la Ley, a recibir apoyo del Estado y ser oídas en relación a las cuestiones de protección de los consumidores, y tendrán legitimación procesal para la defensa de los intereses de sus miembros o de cualquier interés general o colectivo».

²³ En adelante, CPUB.

²⁴ Sobre el régimen jurídico de la publicidad en el ordenamiento español, y la dispersión normativa sobre la materia, vid. Rozados Oliva (2009, 2022).

²⁵ En relación con este carácter codificador, es interesante la precisión de De Amorim. (2017, p. 470), que recuerda que, conforme a los términos en los que se dirige el art. 1 del CPUB, la regulación existente en materia de publicidad se aplica «independientemente del soporte utilizado para su difusión», lo que permite un tratamiento homogéneo de las condiciones esenciales a las que debe someterse la actividad publicitaria, sin perjuicio de las normas sectoriales que resulten de obligada observancia.

²⁶ Disponible en: art. 14 CPUB: «1. La publicidad especialmente dirigida a menores debe tener siempre en cuenta su vulnerabilidad psicológica, absteniéndose concretamente de: a) Incitar directamente a los menores, explorando su inexperiencia o credulidad, a adquirir un determinado bien o servicio. b) Incitar directamente a los menores a persuadir a sus progenitores o terceros a comprar los

tabaco o cualquier tipo de materia pornográfico en los establecimientos de enseñanza, así como en cualquier publicación, programa o actividad especialmente destinado a los menores (art. 20 CPUB), o el régimen de la publicidad de juegos y apuestas (art. 21 CPUB), en el que la protección del menor determina en gran medida el conjunto de limitaciones a la difusión publicitaria. Con todo, a pesar de la preocupación del legislador por establecer un adecuado marco de protección del menor, la realidad es que se trata de una cuestión no exenta de polémica en la que se ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la norma o la discutible interpretación de la misma al sostener que en la práctica se permite una utilización abusiva de la figura de los menores²⁷.

Este contexto de preocupación del legislador portugués por disponer los mecanismos legales necesarios para garantizar la protección de los menores ante el fenómeno publicitario constituye un elemento determinante que ha de conectarse con la necesidad de implementar en el ordenamiento jurídico un marco de intervención en la publicidad de alimentos no saludables como instrumento de lucha contra la obesidad y fomento de hábitos saludables. La evidencia de los datos que exponíamos al comienzo de este trabajo ha llevado a que en algunos países se haya planteado la idoneidad de incorporar a los textos normativos el establecimiento de restricciones a la publicidad de productos alimentarios no saludables cuando la misma se dirige a los menores de edad. En esta línea podemos situar la iniciativa pionera desarrollada en Portugal mediante la reforma del Código de Publicidad, llevada a cabo mediante la Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, que introduce restricciones a la publicidad dirigida a menores de dieciséis años de alimentos y bebidas que contengan elevado valor energético, sal, azúcar, grasas saturadas y grasas transformadas. La insuficiencia del sistema de autorregulación²⁸, cuya eficacia ha sido cuestionada como herramienta para la protección de los consumidores –en este caso concreto para contribuir al objetivo de la lucha contra la obesidad infantil, a través de medidas limitativas de la publicidad de productos alimentarios no saludables–, ha llevado a considerar la elevación del nivel del tratamiento de esta cuestión, desde su disposición en códigos de conducta a su inserción en una norma con rango de ley²⁹.

Por otro lado, es importante destacar la conciencia del legislador de la necesidad de una permanente actualización del estado de la cuestión, incluso por vía de las modificaciones normativas que sean precisas, al establecer una cláusula de revisión mediante una evaluación del impacto de las medidas contenidas en la Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, de forma periódica cada cinco años, en la que habrán de intervenir tanto las áreas del Gobierno responsables de salud, educación, protección de los consumidores y alimentación como representantes de los sectores económicos relevantes, sobre todo del sector agroalimentario y de la comunicación y la publicidad. Estas revisiones, conforme dispone el art. 4 de la Lei n.º 30/2019 de 23 de abril, deberán tener como objetivo la mejora de la salud y de los hábitos alimentarios de los menores.

2.2.1. *Ámbito de aplicación y principios generales*

En línea con lo que se viene imponiendo en todos los países, el establecimiento de limitaciones y prohibiciones a la publicidad se lleva a cabo sobre la concurrencia de dos elementos: la concreción de los

productos o servicios. c) Contener elementos susceptibles de hacer peligrar su integridad física o moral, así como su salud o seguridad, concretamente a través de escenas pornográficas o de incitación a la violencia. d) Explotar la confianza especial que los menores depositan en sus progenitores, tutores o profesores. 2. Los menores sólo pueden ser intervinientes principales en los mensajes publicitarios en los que se verifique una relación directa entre ellos y el producto o servicio publicitado».

²⁷ Como así se ha denunciado por diferentes instancias, tanto asociaciones de consumidores como organismos de protección infantil, e incluso por la propia Administración competente en la materia (disponible en: <https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2017/02/11/criancas-na-publicidade-marcas-multadas-acabam-absolvidas-em-tribunal/75852>, último acceso, 26 de febrero de 2024). Sobre esta cuestión, sin embargo, no es posible pronunciarse acerca de los aspectos polémicos de la aplicación de las normas, dada la escasez de resoluciones judiciales a las que se puede tener acceso, lo que sin duda dificulta el análisis crítico. Entre la escasa jurisprudencia tan solo se encuentra un litigio sobre la intervención de un bebé en un anuncio de un vehículo, donde aparecía sentado en el mismo con el cinturón de seguridad puesto. En este caso, el Tribunal consideró que no se producía una vulneración de las normas del Código da Publicidade al entender que la presencia del menor no constituía una intervención principal, confirmando la resolución del juzgador de instancia (Disponible en: Ac. na 9.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de fevereiro de 2002; ECLI:PT:TRL:2002:0091119.B2).

²⁸ En sentido crítico con el sistema de autorregulación y su eficacia para la protección de los consumidores, *vid.* Duarte-Melo (2019).

²⁹ Así se expone en un documento informativo elaborado por el Ministério da Saúde sobre el perfil nutricional y las restricciones es a la publicidad alimentaria dirigida a menores, publicado a raíz de la Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, en el que se afirma que los valores sobre exceso de peso y obesidad infantil que se contienen en los estudios sobre esta cuestión llevados a cabo por organismos portugueses e internacionales demuestran que los códigos de buenas prácticas adoptados por la industria alimentaria no han sido suficientes para reducir la exposición de los menores a la publicidad de productos no saludables, de ahí que haya sido necesario una intervención de mayor rango por vía de la disposición de normas legales (documento disponible en: <https://nutrimento.pt/activeapp/wp-content/uploads/2019/08/Manual-de-perfil-nutricional-restric%C3%A7%C3%A3o-a-publicidade-alimentar.pdf>, último acceso: 26-02-2024).

productos que se someten a las mismas y la determinación del público destinatario. En cuanto al primero de ellos, la norma portuguesa mantiene el mismo esquema que se viene aceptando con carácter general, de modo que se interviene limitativamente toda publicidad de productos de alto valor energético que contengan una cantidad relevante de sal, azúcar y/o grasas (art. 20-A.1 CPUB). No se establece en qué medida estos ingredientes han de estar presentes en cada alimento, sino que la proporción de estos elementos debe ser tal que comprometa, de acuerdo con el conocimiento científico disponible, una dieta variada, equilibrada y saludable, atribuyendo a la Direção-Geral da Saúde la fijación de los valores que deben ser tenidos en cuenta para su calificación como productos de alto valor energético, a tenor de las recomendaciones de la OMS al respecto (art. 20-B CPUB). En desarrollo de esta previsión, el Despacho n.º 7450-A/2019, de la Direção-Geral da Saúde³⁰, viene a establecer los valores que deben tomarse como referencia para la calificación de los productos alimentarios como de alto valor energético, por su contenido en sal, azúcar y ácidos grasos.

En cuanto al segundo de los elementos, la determinación del público objetivo de la publicidad, el legislador portugués ha optado con acierto por no establecer una edad concreta del destinatario de la publicidad, pese a la confusión del propio enunciado de la Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, de tal modo que la fijación de una franja etaria solo opera en aquellos casos en los que se pueda identificar claramente que la publicidad va dirigida a un colectivo concreto, en este caso a los menores de dieciséis años, en función del soporte utilizado o del medio (audiovisual, salas de cine, publicaciones, internet), mientras que en otros las limitaciones operan por razón del lugar donde se desarrolla la actividad publicitaria (centros de enseñanza, parques infantiles, o alrededores de ambos). De este modo, podríamos afirmar que con ello se centra la atención principalmente en la intervención sobre la publicidad de alimentos no saludables, que es el verdadero objetivo que se persigue como instrumento de lucha contra la obesidad, al que adicionalmente se le acompañan con medidas específicas que pretenden acentuar estas políticas preventivas, protegiendo a los menores de edad de los efectos perniciosos de la publicidad de estos productos.

En otro orden, la construcción del régimen de intervención en la publicidad de productos no saludables tiene como marco el establecimiento de unos principios generales que han de observarse en todo caso, exigiéndose que esta publicidad sea clara y objetiva y que no relacione el consumo con potenciales beneficios para la salud, absteniéndose, sobre todo, de cualquier aspecto que suponga (art. 20-A.4 CPUB):

- Fomentar consumos excesivos.
- Despreciar a los no consumidores.
- Crear un sentido de urgencia o necesidad presionando al consumo del producto.
- Transmitir la idea de facilidad e adquisición, minimizando sus costes.
- Transmitir la idea de su consumo exclusivo o elevado, comprometiendo el valor de una dieta variada y equilibrada y un estilo de vida saludable.
- Asociar el consumo del producto a la adquisición de un estatus, éxito social, especial aptitudes, popularidad, éxito o inteligencia.
- Utilizar en anuncios publicitarios figuras, diseños, personalidades o mascotas, entre otros, que se encuentren relacionados con programas destinados al público infantil.
- Comunicar las características de alimentos y bebidas de alto valor energético como beneficiosos para la salud, omitiendo los efectos nocivos de los valores elevados.

2.2.2. Limitaciones y prohibiciones

El *projeto de lei* presentado a la Asamblea de la República en 2016³¹, que culminó con la aprobación de la Lei n.º 30/2019, de 23 de abril, que reforma el Código da Publicidade, establecía un régimen de prohibiciones y limitaciones que difiere en muchos aspectos del que finalmente se contiene en la vigente norma. Si bien algunas cuestiones, como iremos viendo, fueron atenuadas en la tramitación parlamentaria, durante esta se fueron introduciendo cambios dirigidos tanto a mejorar la estructura y claridad del texto como a ampliar el ámbito de intervención a situaciones inicialmente no previstas.

Las medidas que se incorporan al Código da Publicidade en la reforma de 2019 se concretan, en primer término, en el establecimiento de unas prohibiciones generales dirigidas a toda publicidad de los

³⁰ Disponible en: *Diário da República*, 2.ª série, n.º 159, de 21 de agosto de 2019.

³¹ Tanto el texto del *projeto de lei* como toda la tramitación parlamentaria pueden consultarse en: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=40033> (último acceso: 26-02-2024).

productos a los que se refiere el objeto de intervención y que se desarrolle en los siguientes lugares y actividades (art. 20-A.2 CPUB):

- En centros de enseñanza preescolar, básica y secundaria y en parques infantiles públicos y abiertos al público, así como en un radio circundante de cien metros de los accesos a los sitios anteriores, con excepción de los elementos publicitarios fijados en establecimientos comerciales, como la colocación de marcas en el mobiliario de la calle, en toldos o en letreros integrados³².
- En actividades deportivas, culturales y recreativas organizadas por los centros de enseñanza preescolar, básica y secundaria³³.

A estas medidas, que con carácter general se imponen a todo tipo de publicidad de productos no saludables, se añaden otras prohibiciones específicas que se caracterizan en todos los casos por afectar a la publicidad que tenga como destinatario de la misma a los menores de dieciséis años y que se centran en el soporte utilizado para la difusión, de tal modo que se prohíbe la publicidad (art. 20-A.3 CPUB):

- En programas televisivos y servicios de comunicación audiovisual a petición en un período de treinta minutos antes y después de programas infantiles, y programas que tengan un mínimo del 25 % de audiencia inferior a dieciséis años, así como la inserción de publicidad en las respectivas interrupciones publicitarias³⁴.
- En la publicidad realizada en salas de cine para películas con clasificación etaria para menores de dieciséis años³⁵.
- En las publicaciones destinadas a menores de dieciséis años³⁶.
- En internet, a través de páginas web o redes sociales, así como en aplicaciones móviles destinadas a dispositivos que utilicen internet cuando sus contenidos tengan como destinatarios a menores de dieciséis años³⁷.

De todas las anteriores medidas, es preciso detenerse brevemente sobre la última de ellas a fin de destacar la importancia de su introducción en el régimen restrictivo de la publicidad. Como se ha destacado acertadamente (vid. De Amorim, 2015, pp. 165-192), hoy día los medios de comunicación tradicionales han perdido relevancia en términos de audiencia y seguimiento, de forma más acusada entre la población joven, para la que ya no constituyen canales de información de acceso cotidiano, siendo sustituidos por otros más propios de la actual sociedad de la información, de modo que nos encontramos, en palabras de De Amorim, con un «cambio de paradigma en el modelo publicitario» (ibid., p. 184). En este nuevo escenario en el que se desenvuelve, cada vez con mayor relevancia, el sector publicitario, cobran especial importancia los canales de comunicación que personalizan el contenido de la misma, tanto a nivel del receptor, con la individualización de los mensajes, como a nivel de emisor, encontrándonos con una creciente influencia del papel de los blogs personales, las redes sociales y las plataformas de contenidos³⁸, algo que ha cobrado especial relieve en estos últimos tiempos, con el incremento de consumo de estos canales durante los períodos de restricciones de movilidad como consecuencia de la pandemia de COVID-19³⁹. Un reciente estudio de la Direção-Geral da Saúde muestra que

³² El *projeto de lei* preveía inicialmente proyectar las medidas prohibitivas solo en los centros educativos, añadiéndose en la tramitación parlamentaria los parques infantiles abiertos al público. Del mismo modo, se establecía en el proyecto la prohibición de toda publicidad dirigida a menores por medio de cualquier publicación, programa o actividad, en un radio de quinientos metros alrededor de los centros educativos, corrigiéndose a un radio más reducido (cien metros), pero ampliándose a toda forma de publicidad, con las excepciones expuestas, sin necesidad de que se dirija a un público concreto.

³³ En este punto, el *projeto de lei* era más restrictivo, prohibiendo la publicidad de productos no saludables en todo evento en el que participaran menores, especialmente de carácter cultural, deportivo o recreativo, tanto mediante el uso de menciones como cualquier otra forma publicitaria, incluida la exhibición de marcas.

³⁴ Los cambios introducidos en la tramitación parlamentaria en este caso se centraron en aumentar el ámbito de extensión del público destinatario (inicialmente se referían a los menores de doce años) y ampliar el porcentaje del mínimo de audiencia necesario para que el programa hubiera de atender a la prohibición establecida (pasando del 20 % al 25 %).

³⁵ Medida introducida en la tramitación parlamentaria.

³⁶ Al igual que la anterior, también introducida en la tramitación parlamentaria.

³⁷ Sobre esta cuestión, el texto presentado como *projeto de lei* no especificaba el rango etario, refiriéndose a las páginas destinadas al público infantil y juvenil. Esta propuesta se modifica en el sentido de añadir las redes sociales (a las que no se hacía referencia en el texto inicial) y establecer que el ámbito de aplicación de la prohibición se dirige a aquellos casos en los que el público destinatario sea menor de dieciséis años.

³⁸ Vid. la interesante reflexión en este sentido, que compartimos plenamente, de De Amorim (2018b, p. 35).

³⁹ Ya comienzan a publicarse algunos estudios que analizan las consecuencias y efectos de la influencia de las redes sociales y las plataformas de contenidos en la publicidad de alimentos no saludables durante el período más crítico de la COVID-19, como el realizado por López *et al.* (2022).

el 81 % de la publicidad alimentaria que se difunde por internet dirigida a menores se trata de productos no saludables⁴⁰, lo que viene a reforzar la necesidad de afrontar la regulación de esta práctica.

En último término, y con el objeto de que estas medidas puedan ser ampliadas en el futuro, se reconoce por el legislador la facultad de que estas prohibiciones puedan ampliarse con mayores restricciones por los agentes económicos destinatarios de las mismas a través de acuerdos de autorregulación, corregulación, adhesión o desvinculación libre (art. 20-A.5 CPUB).

2.2.3. Régimen sancionador

El incumplimiento del conjunto de restricciones a la publicidad de alimentos no saludables contenidas en el art. 20 CPUB constituye el presupuesto del ejercicio de las competencias sancionadoras, que en esta materia se encuentran recogidas en primer lugar en el propio CPUB, aplicándose de forma subsidiaria en lo no previsto en dicha norma el régimen general establecido en el Decreto Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, de Ilícito de Mera Ordenação Social⁴¹. La fiscalización del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 20 CPUB, así como la instrucción de los respectivos procedimientos y la aplicación de las multas y sanciones accesorias, corresponde a la Direção-Geral do Consumidor (art. 40.2 CPUB)⁴².

En cuanto a las sanciones aplicables, la infracción de cualquier de las prohibiciones en materia de publicidad no saludable constituye una contravención punible con las siguientes multas⁴³: de 1750 € a 3750 € si el infractor es una persona física, y de 3500 € a 45 000 € si el infractor es una persona jurídica (art. 34 CPUB). Una cuestión discutida en este punto podría ser la escasa entidad de las sanciones económicas, algo que ya se ha criticado en el derecho sancionador portugués⁴⁴. Ahora bien, a nuestro juicio, ello no es obstáculo para que estos importes sean elevados atendiendo al principio de no beneficio económico del infractor, contenido en el art. 18 DLCS. En otro orden, junto a las sanciones económicas, el art. 35 CPUB contiene un catálogo de sanciones accesorias que pueden imponerse junto a estas y que en algún caso pudieran presentar un alto grado de efectividad en la evitación de futuras infracciones (como la privación de la obtención de ayudas o beneficios otorgados por entes o servicios públicos, el cierre temporal de instalaciones o establecimientos en los que se verifique el ejercicio de la actividad publicitaria, así como la cancelación de autorizaciones), si bien la exigencia de la concurrencia de dolo para su imposición limita en gran medida que puedan llevarse a la práctica realmente.

Por lo que respecta a los sujetos responsables, el art. 36 CPUB define con amplitud el conjunto de aquellos sobre los que puede recaer la condición de infractor y, con ello, ser destinatario de la acción repressiva por vía de la correspondiente sanción. Así se entiende al englobar entre los infractores a los anunciantes, las agencias, las entidades que ejerzan la actividad publicitaria, los titulares de los soportes publicitarios o a cualquiera que interviniera en la emisión del mensaje publicitario. Ello implica un concepto amplio de responsabilidad, que habrá de ser concretado en virtud de la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad. En este punto, el art. 8 DLCS exige en principio la concurrencia de dolo en la conducta, limitando a estos casos la punibilidad de la acción, si bien admite la culpabilidad por negligencia en los supuestos que especialmente sean previstos por una norma con rango de ley, lo que viene a reconocer el art. 34.2 CPUB⁴⁵.

La efectividad de este régimen sancionador como instrumento de garantía de cumplimiento de las previsiones contenidas en el CPUB, y dirigidas a restringir la práctica publicitaria de forma particular, cuando se desenvuelve en el ámbito objeto de la materia que analizamos (la publicidad de alimentos no saludables

⁴⁰ Disponible en: <https://www.dgs.pt/em-destaque/maioria-dos-alimentos-publicitados-para-criancas-nas-redes-sociais-nao-sao-saudaveis.aspx> (último acceso, 26-02-2024).

⁴¹ En adelante, DLCS.

⁴² Sin perjuicio de la modificación en el art. 40 CPUB, llevada a cabo en la reforma de 2019, esta competencia de la Direção-Geral do Consumidor ya estaba prevista por el art. 2.2.j) del Decreto Regulamentar n.º 38/2012, de 10 de abril («fiscalizar la publicidad comercial e institucional procediendo a la instrucción y decisión de los correspondientes procesos de contraordenación y aplicando las multas y sanciones accesorias»), asignándose la competencia para ordenar la instrucción y resolver al Diretor Geral, conforme al art. 4.1.e) de dicha norma.

⁴³ Entendemos como multas o sanciones económicas lo que en portugués se define como *coimas*, pese a que este concepto pudiera integrar todo tipo de castigo o sanción -en este sentido, sobre el origen y el significado de la expresión *coima*, vid. Rocha *et al.* (1994, pp. 3 y ss.)-.

⁴⁴ Vid. José (1999, p. 225), quien ya advirtió que el cuadro de sanciones del Código da Publicidad de 1990 era más benévolo que el de 1983.

⁴⁵ Sobre la concurrencia del dolo y la culpa en la determinación de la responsabilidad en materia sancionadora, y la aplicación de los principios y reglas del Derecho Penal, vid. Santos y De Sousa (2006, pp. 135-146).

dirigida a menores) habría de quedar cubierta de forma suficiente a tenor de lo expuesto⁴⁶. Sin embargo, la operatividad del derecho sancionador en esta materia ha sido en alguna ocasión puesta en tela de juicio⁴⁷, lo que, por otro lado, no es ajeno a la propia construcción del derecho sancionador portugués con carácter general⁴⁸. Lo cierto es que los retos que se plantean para la consecución de los objetivos de lucha contra la obesidad y de fomento de hábitos saludables, como respuesta a un problema de enorme calado en nuestra sociedad y en los que instrumentalmente es necesario intervenir de forma restrictiva en la actividad publicitaria, requieren de un funcionamiento adecuado de las herramientas de fiscalización y represión de las conductas que contravienen las prohibiciones y limitaciones. Y es en este punto en el que cobra especial importancia que este régimen sancionador sea verdaderamente un instrumento útil. El escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la reforma de 2019 quizás impida analizar con detenimiento las deficiencias del sistema instaurado, pero ello no impide que deba valorarse muy positivamente el conjunto de medidas adoptadas, de entre las que consideramos especialmente importantes aquellas que se operan sobre las nuevas formas de comunicación propias de nuestra sociedad actual.

3. EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NO SALUDABLES EN EL REINO UNIDO

3.1. La obesidad como problema de salud pública en el Reino Unido y la intervención en la actividad publicitaria: antecedentes

La preocupación de las autoridades británicas por la obesidad como problema de salud pública y su proyección en el desarrollo de las políticas públicas surge nada más comenzar el siglo, de forma simultánea a lo que ocurre en los demás países⁴⁹. En el libro blanco *Choosing health: Making healthier choices*, del Departamento de Salud del Gobierno británico (2004)⁵⁰, ya se contemplaban como problemas el tabaquismo, la obesidad, el alcoholismo, la salud sexual y la salud mental. Uno de los aspectos que se destacaba en el informe era el crecimiento de la obesidad infantil en el grupo etario 2-10 años de un 9,6 % en 1995 a un 15,5 % en 2002 (según datos que se recogen en el estudio Health survey for England, de 2002), planteándose como objetivo eliminar el crecimiento anual en 2010 de las tasas de obesidad de los niños menores de once años. A partir de este momento se irían produciendo con periodicidad informes, planes y estrategias dirigidas a luchar contra la obesidad infantil. En 2008 se aprobaría el informe *Healthy weight, healthy lives*, antecedente del *Libro blanco sobre la obesidad* y del plan Call to Action in Obesity (2011). El desarrollo de las medidas contenidas en este plan y la continua aportación de estudios y datos que alarman a las autoridades sobre el crecimiento de este problema de salud pública desembocan en el plan Childhood Obesity⁵¹, en 2016, una estrategia más reforzada en la que comienzan a tomarse con mayor rigor medidas dirigidas a reducir la exposición de los menores a la publicidad y la promoción de productos no saludables al entender que ello constituye un mecanismo eficaz para contrarrestar el estímulo de consumo de estos productos entre la población infantil.

⁴⁶ Prueba de ello es que en los primeros meses de la pandemia (2020) la Direção-Geral do Consumidor abrió once procesos sancionadores tras fiscalizar 78 sitios en internet y 4 cadenas de televisión por infracciones en publicidad, destacando de entre ellas la dirigida a menores (disponible en: <https://observador.pt/2020/05/27/direcao-geral-do-consumidor-abriu-11-processos-de-contrordenacao-em-publicidade-desde-janeiro>, último acceso: 26-02-2024).

⁴⁷ En este sentido, nos parece interesante el análisis crítico de Geraldés (1999, pp. 6-7), al sostener que el Derecho sancionador en materia de publicidad adolece de las siguientes dificultades: «El desajuste de los valores fijados para la aplicación de las multas, pese a las modificaciones introducidas por el Código de la Publicidad; la inexistencia de una legislación adecuada y eficaz para regular situaciones nuevas que resulten de la realidad social y económica portuguesa y del aumento de nuevas formas de consumo; la inexistencia de jurisprudencia y la ausencia de doctrina, que dificulta el estudio y la profundización en las cuestiones jurídicas; el mantenimiento en vigor del régimen general de las contraordenaciones (D. L. n.º 433/1982, de 23 de outubro), desadaptado a la realidad actual vigente en el ámbito de las contraordenaciones, destacando el inadecuado régimen de la prescripción; la ausencia de una Lei Orgânica que contemple las necesidades reales de los servicios en términos administrativos y técnicos, a través de la definición del respectivo cuadro de tipos».

⁴⁸ En relación con esta problemática, nos remitimos a los trabajos de Vilela (2015, pp. 149-161; 2013). De otro lado, el régimen general de las «contraordenaciones» como derecho sancionador, es tratado de forma amplia recientemente en Pereira (2022) y Días y Pereira (2022).

⁴⁹ Una exposición resumida de los diferentes hitos en la evolución de las políticas públicas británicas sobre la lucha contra la obesidad y su abordaje como problema de salud pública, disponible en: Garde *et al.* (2017, pp. 270-274).

⁵⁰ Disponible en: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/+www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4094550 (último acceso: 26-02-2024).

⁵¹ Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/childhood-obesity-a-plan-for-action> (último acceso: 26-02-2024).

Uno de los ámbitos en los que se despliegan las medidas de lucha contra la obesidad es la reducción de la exposición de los ciudadanos a los impactos publicitarios y promocionales de productos no saludables. Esta vía, que es generalizada en todos los países, en el Reino Unido comienza de forma paralela a la producción de los documentos y estrategias a los que hacíamos mención. Así, en 2003 ya el Gobierno británico elevó una consulta a OFCOM (Office of Communications, el organismo regulador de las comunicaciones), con el objeto de conocer su posición en orden a regular e intervenir en la actividad publicitaria de productos no saludables, lo que OFCOM contestó mediante la evacuación de un informe en el que avanzaba las posibilidades para restringir la exposición de los menores a estímulos de consumo de productos no saludables⁵². Como consecuencia de ello, en 2006 OFCOM introdujo algunas restricciones a la publicidad de productos no saludables en los medios de comunicación audiovisual, consistentes en la prohibición de su inserción en la programación dirigida a los menores y en los canales de televisión infantil en diferentes fases a lo largo del período 2007-2009⁵³. En la misma línea, y tras un período de consultas con el sector, ASA (Advertising Standard Authority) incorporó en 2007 algunas reglas en el Código de Práctica Publicitaria, dirigido a todos los soportes publicitarios excepto los audiovisuales, imponiendo que la publicidad de estos productos no contribuyera al fomento de hábitos no saludables o a una ingesta excesiva de los mismos.

3.2. Las limitaciones a la publicidad de productos alimentarios no saludables: su tratamiento en los mecanismos de autorregulación y corregulación: los códigos CAP y BCAP

El funcionamiento del sector de la publicidad en el Reino Unido se somete al control de un organismo independiente, la Advertising Standard Authority (ASA), mediante un sistema de autorregulación, con la disposición de reglas propias en el ámbito de la publicidad no audiovisual o de corregulación en conjunción con la Office of Communications (OFCOM)⁵⁴, el organismo regulador en el ámbito de las comunicaciones en lo que respecta a la publicidad en radio y televisión. La elaboración de las normas a las que debe sujetarse el ejercicio de la actividad publicitaria se lleva a cabo a través de dos órganos independientes, el Committee of Advertising Practice (CAP) y el Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP), compuestos por representantes de la industria publicitaria (anunciantes, medios, agencias) y que, en su caso, operan de forma conjunta con ASA y OFCOM. El resultado de ello es la adopción de sendos códigos que tratan de forma separada los principios y reglas según el soporte de la actividad publicitaria: el CAP Code (Código de la Publicidad no Radiotelevisiva y del Marketing Directo y Promocional)⁵⁵ y el BCAP Code (Código de la Publicidad en Radio y Televisión)⁵⁶.

El tratamiento de las limitaciones y prohibiciones a la publicidad de productos alimentarios mantiene un esquema común en ambos códigos, presentando como elemento principal una serie de disposiciones referidas a la publicidad de productos alimentarios en general y, por tanto, sin establecer diferencias o especificaciones en función de las características saludables o no del producto, así como del público destinatario de los mensajes publicitarios. De este modo, se establecen las siguientes reglas generales, incluidas en los apdos. 13 BCAP Code y 15 CAP Code con la misma rotulación (*Food, food supplements and associated health or nutritional claims*):

1. La utilización de declaraciones nutricionales o del carácter saludable de los productos debe estar suficientemente acreditada por evidencias.
2. La referencia a los beneficios generales de un producto para la salud y el bienestar solo es aceptable si va acompañada de una declaración de propiedades saludables específica autorizada.
3. La comparación de propiedades nutricionales debe ceñirse a exponer la diferencia en el nutriente declarado con una variedad de productos que, por su composición, no tengan declaraciones de propiedades nutricionales. Esa comparación deberá realizarse sobre la cantidad del nutriente en la misma cantidad de producto.

⁵² Disponible: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0015/43008/Television-Advertising-of-Food-and-Drink-Products-to-Children.pdf (último acceso: 26-02-2024).

⁵³ Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0028/47746/Television-Advertising-of-Food-and-Drink-Products-to-Children-Final-statement-.pdf (último acceso: 26-02-2024).

⁵⁴ Esta relación entre ambos organismos se instrumenta mediante una orden del secretario de Estado de Cultura, Medios de Comunicación Audiovisual y Deportes, de 20 de julio de 2004, en desarrollo de la previsión contenida a tal efecto en la legislación británica en materia de comunicación (disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukSI/2004/1975/contents/made>, último acceso: 26-02-2024).

⁵⁵ Disponible en: <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/advertising-codes/non-broadcast-code.html> (último acceso: 26-02-2024).

⁵⁶ Disponible en: <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/advertising-codes/broadcast-code.html> (último acceso: 26-02-2024).

4. No debe fomentarse el consumo excesivo de un alimento ni prácticas perjudiciales para la salud bucal, especialmente en los niños.
5. No se permiten las siguientes afirmaciones:
 - Que la salud podría verse afectada por no consumir un alimento.
 - Que un alimento previene, trata o cura enfermedades humanas; las declaraciones de la reducción del riesgo de enfermedad solo se aceptan si están autorizadas en el registro correspondiente.
 - La recomendación de las propiedades saludables de un alimento por un profesional de la salud que hagan referencia a alguna asociación solo se admiten si se trata de una organización benéfica relacionada con la salud o un organismo nacional del ámbito de la medicina, la nutrición o la dietética.
 - Referencias a cambios en la salud que puedan provocar miedo en el destinatario del mensaje.
 - Que destaquen el beneficio nutricional de un producto dando lugar a dudas sobre la seguridad o idoneidad nutricional de otro.
 - La expresión de una determinada cantidad de pérdida de peso como propiedad del consumo del producto.
6. En lo que respecta al fomento de hábitos saludables, los mensajes publicitarios de productos alimenticios no pueden fomentar hábitos o estilos de vida no saludables entre los menores ni menospreciar las buenas prácticas dietéticas, como el consumo de frutas y verduras.

Además de este marco general, los códigos establecen adicionalmente un conjunto de prescripciones cuando se trata de la publicidad de productos alimentarios no saludables (los ya reiterados HFSS -high in fat, salt and sugar-), especialmente cuando va dirigida a los menores. De este modo, en el CAP Code, y por tanto en el régimen de la actividad publicitaria que no tiene como soporte de difusión la radio, la televisión o el medio *online*, la publicidad de productos HFSS que vaya dirigida a niños en edad preescolar o primaria no debe incluir una oferta promocional. En particular, cuando los destinatarios del anuncio sean menores de dieciséis años, habrá de atenderse a las siguientes reglas: no se debe fomentar el consumo de los productos solo para aprovechar una oferta promocional, debiendo ofrecerse por sus propias características, con la oferta como un incentivo adicional, pero con una presencia significativa del producto; en el caso que se presente una oferta promocional, debe evitarse la creación de una sensación de urgencia en la compra del producto o el estímulo al menor para su compra y/o consumo excesivo o irresponsable, o para que persuada de ello a sus progenitores.

Junto a las limitaciones anteriores, se introduce una cláusula general de prohibición de toda publicidad de productos HFSS en cualquier medio que no sea audiovisual cuando esté dirigida a menores de dieciséis años o estos representen más del 25 % de la audiencia potencial (regla 15.18 CAP Code), lo que se extiende a cualquier soporte publicitario (ya sea una revista, una valla publicitaria o un correo electrónico⁵⁷). En el caso de la publicidad exterior, el organismo de autorregulación entiende que esta audiencia potencial se da cuando la distancia a un centro escolar es de menos de cien metros⁵⁸.

3.3. La elevación de rango al plano legal: la reforma de la Communications Act 2003 por medio de la Health and Care Act 2022

Ante la insuficiencia de los mecanismos de autorregulación y corregulación, en el Reino Unido se ha iniciado un proceso de incorporación de normas de rango legal para reforzar los instrumentos jurídicos que deben conducir a lograr los objetivos de reducción de la obesidad en el caso que nos ocupa mediante la intervención en la actividad publicitaria de productos no saludables, especialmente en el ámbito de los medios de comunicación audiovisuales e internet. Así, se ha llevado a cabo una reforma de la Communications Act 2003 por medio de la Health and Care Act 2022, lo que representa un importante salto cualitativo en el proceso de incremento paulatino de las restricciones a la publicidad de alimentos y

⁵⁷ Vid. la resolución *ASA Ruling on BKUK Group Ltd/t a Burger King*, de 7 de febrero de 2024, en la que declara contraria al Código de Publicidad el envío de varios mails a menores que incluyan promociones de productos de la empresa (<https://www.asa.org.uk/rulings/bkuk-group-ltd-a23-1210912-bkuk-group-ltd.html>, último acceso: 26-02-2024).

⁵⁸ Esta es la posición asentada, *inter alia*, en la resolución *ASA Ruling on Unilever UK*, de 19 de junio de 2019, en la que el organismo entiende que la proximidad menor de cien metros a un centro escolar supone que la exposición de los menores a los impactos publicitarios en dicho entorno rebasa la cifra del 25 %, considerando que las vallas de publicidad de unos helados Ben and Jerrys son, por tanto, contrarias al Código de Publicidad (Disponible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/unilever-uk-ltd-a19-565043.html>, último acceso: 26-02-2024).

bebidas no saludables. En este caso, las medidas introducidas por el legislador británico van dirigidas a la publicidad de estos productos, con independencia de los destinatarios de los mensajes o del público objetivo principal, lo que supone un importante salto cualitativo en el abordaje de este problema de salud pública. No se trata, pues, de establecer nuevas limitaciones que se orienten solo hacia la protección de los menores y la lucha contra la obesidad y el sobrepeso infantil, sino que pretenden un efecto en toda la población, sin rango etario. En cuanto al objeto de las restricciones, el legislador utiliza como referencia el concepto de alimentos y bebidas menos saludables, en el que debemos incluir todos los productos que, conforme a la guía *Nutrient profiling technical guidance*, publicada por el Department of Health el 1 de enero de 2011⁵⁹, obtienen una valoración de cuatro puntos o más en el caso de los alimentos y un punto o más en el caso de las bebidas.

Las únicas diferencias que se observan en el nuevo régimen de la publicidad contenido en la Communications Act 2003 tras su última reforma se refieren a los distintos soportes del mensaje publicitario, de tal modo que en los servicios de radio y televisión y en los servicios de vídeo bajo demanda se prohíbe la publicidad de alimentos y bebidas menos saludables entre las 5:30 h y las 21:00 h⁶⁰, con las siguientes excepciones: aquellos anuncios de alimentos y bebidas que sean producidas por pequeñas y medianas empresas, y aquellos anuncios que se excepcionen reglamentariamente por el secretario de Estado competente en la materia (arts. 321A y 368FA Communications Act 2003). En el caso de la publicidad *online* se prohíben, en general, los anuncios pagados de productos menos saludables (art. 368Z14 Communications Act 2003), si bien a las mismas excepciones que en la publicidad en servicios de radio y televisión y vídeo bajo demanda (los anuncios de pequeñas y medianas empresas y los que se determinen por el secretario de Estado) han de excluirse de la aplicación de esta prohibición también los siguientes supuestos: los anuncios que se encuentren en los medios de comunicación propiedad de las marcas para su difusión (como páginas web o redes sociales); los anuncios insertados en contenidos de audio incluidos en los servicios *online* de radio (como los podcasts), y la publicidad cuyo origen es ajeno al Reino Unido y no tiene como destinatario principal de forma específica a los ciudadanos del Reino Unido.

La entrada en vigor de estas medidas limitativas estaba inicialmente prevista en el texto aprobado en la Health and Care Act 2022, a partir del 1 de enero de 2023⁶¹. Sin embargo, la efectividad ha sido suspendida y pospuesta hasta el 1 de octubre de 2025 ante las presiones del sector de la alimentación y la publicidad. La modificación de la fecha de entrada en vigor establecida en la ley se ha llevado a cabo por una decisión del poder ejecutivo, en ejercicio de lo que en derecho británico se conoce como *Henry VIII clause* –cláusula Enrique VIII, por medio de la cual un acto del poder ejecutivo, que constituye legislación secundaria, puede rectificar una disposición incluida en una norma con rango de ley (legislación primaria)–. Ello es posible merced al reconocimiento de dicha facultad en la propia ley que puede ser enmendada –lo que en este caso se contiene en los arts. 321A(6), 368FA(6) y 368Z14(7)(a) Communications Act 2003–. En este caso, la demora se produce para evitar el coste económico que tanto para el sector productivo como para el sector publicitario supondría una entrada en vigor tan inmediata en el tiempo, sin margen para la adaptación del mercado a las nuevas reglas, lo que se justifica en la propia resolución, tanto de forma directa como por remisión a la memoria de impacto económico y normativo de la reforma legal. No obstante, OFCOM ya viene preparando las guías de cumplimiento para que los afectados vayan teniendo en cuenta el nuevo marco legal de funcionamiento⁶² y ASA ha abierto recientemente un proceso de consulta al sector sobre las medidas que implementar en los códigos publicitarios en 2025 en relación con los productos HFSS⁶³.

⁵⁹ Esta guía fue elaborada en su inicio por la Food Standard Agency (FSA) en 2004-2005, y tras sucesivas actualizaciones y traslados de competencias ha culminado en el actual documento, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/216094/dh_123492.pdf (último acceso: 26-02-2024).

⁶⁰ La referencia a parámetros horarios para el establecimiento de las limitaciones ha sido objeto de alguna crítica al sostener que los estímulos publicitarios de alimentos no saludables los reciben los menores en el contexto de programas no dirigidos a ellos y en horario fuera del considerado de atención infantil, lo que hace ineficaz este tipo de medidas concentradas en horarios o en programas determinados (Garde *et al.*, 2017, p. 275). En la misma línea crítica, *vid.* Crown *et al.* (2010, pp. 409-411).

⁶¹ *Vid.* arts. 321A(1), 368FA(1) y 368Z14(1) Communications Act 2003.

⁶² Disponible en: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0016/264013/Regulation-of-advertising-for-less-healthy-food-and-drink.pdf (último acceso, 26-02-2024).

⁶³ Consulta que pretendía recopilar información de cara a la interpretación y aplicación de las nuevas normas y que finalizaba el 7 de febrero de 2024 (disponible en: <https://www.asa.org.uk/news/new-rules-on-ads-for-less-healthy-food-and-drink-products.html>, último acceso, 26-02-2024).

3.4. El control del cumplimiento de las prohibiciones y limitaciones

La función de fiscalización del seguimiento de los códigos de publicidad y la garantía de su cumplimiento se proyecta a través de diferentes mecanismos. En el ámbito del funcionamiento de ASA como organismo de autorregulación, con carácter preventivo se implementan los siguientes instrumentos, similares a los que veíamos en el caso portugués: el *pre-clearance* (autorización previa), muy utilizado por los medios audiovisuales y las radios, en cuyas licencias de emisión suele incluirse la cláusula por medio de la cual deben tomar medidas para asegurarse que la publicidad que emiten cumple con los códigos de publicidad, para lo cual los medios o los anunciantes acuden a ASA solicitando la adecuación a los mismos de la publicidad a emitir. El otro sistema, de tradicional uso en el sector publicitario, es el de *copy advice*, que viene a ser un mecanismo de consulta por el anunciante al organismo regulador para la verificación de que la publicidad que pretende llevar a cabo es conforme a los códigos publicitarios. Junto a estos instrumentos preventivos, ASA dispone de un jurado (ASA Council), por cada uno de los códigos (uno para la publicidad audiovisual y otro para la publicidad no audiovisual), constituido por el presidente de ASA y doce miembros (de los que al menos dos tercios han de ser independientes de la industria publicitaria), y cuya función es determinar, en caso de conflicto, si se ha producido o no un incumplimiento de los códigos publicitarios.

En lo que respecta al cumplimiento de las prohibiciones y limitaciones contenidas en la Communications Act 2003, el esquema adoptado por el legislador es sumamente sencillo y se limita a establecer dos alternativas frente a las conductas que infrinjan lo establecido: el requerimiento o la imposición de una sanción. En ambos casos, el legislador atribuye la competencia para ello a la autoridad reguladora, reconociendo como tal en el ámbito audiovisual, y por lo que respecta a estas limitaciones y prohibiciones, a la OFCOM (art. 368Z19 Communications Act 2003). Frente a un incumplimiento, que sea constatable y mediante resolución motivada, la autoridad reguladora podrá requerir formalmente al sujeto infractor para que cese en la conducta o lleve a cabo las medidas necesarias para que la conducta no constituya un incumplimiento de las normas, disponiendo un plazo para ello (art. 368Z15 Communications Act 2003). Si el sujeto no cumple con lo establecido en el requerimiento, la autoridad audiovisual le podrá imponer una sanción económica, en los términos que establece el art. 368Z16 Communications Act 2003, y que será apropiada y proporcional a la entidad del incumplimiento. El legislador británico, al contrario de lo que suele contemplarse en otros ordenamientos como el español, no establece escalas de gravedad ni márgenes cuantitativos⁶⁴. Es el principio de proporcionalidad y de adecuación de la sanción a la entidad de la infracción el que determina la cuantía. Ahora bien, sí se establece un límite máximo para la sanción, que el legislador fija en un 5 % del beneficio obtenido en un período determinado (conforme a una serie de reglas para su interpretación) o, en su defecto, en un máximo de 250 000 libras esterlinas.

4. EL RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD DE ALIMENTOS NO SALUDABLES EN ESPAÑA Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

La evolución de esta cuestión en nuestro país ha seguido un desarrollo similar al que acabamos de ver en los ordenamientos portugués y británico, aunque se ha detenido en la última fase del proceso y no ha culminado en una regulación de rango legal o reglamentario. Durante las dos últimas décadas, el tratamiento de las medidas de intervención en la publicidad alimentaria se ha concentrado en la implementación de mecanismos propios de autorregulación⁶⁵. Como ya expusimos al inicio de este trabajo, las declaraciones de organismos internacionales y europeos, en el marco de las políticas de prevención en salud, sobre la adopción de estrategias de lucha contra la obesidad y de fomento de hábitos nutricionales saludables, condujeron a la aprobación en nuestro país de la Estrategia NAOS en 2005. En el mismo año la FIAB (Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas) lideró la elaboración y suscripción del Código de correulación de la publicidad de alimentos y bebidas, dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud, conocido como Código PAOS, al que en 2009 se adherieron AESAN, AUTOCONTROL, FORTA (organismo que agrupa a las televisiones autonómicas) y UTECA (organismo que integra a las cadenas de

⁶⁴ Para un acercamiento al funcionamiento de la potestad sancionadora en el Reino Unido, recomendamos el excepcional trabajo de Sánchez Sáez (2008, pp. 91-167).

⁶⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* con mayor detenimiento Rozados Oliva (2021, pp. 377 y ss.).

televisión privada), y que en 2012, además de ser revisado, ampliaría el número de organizaciones suscriptoras del acuerdo, al que habría que añadir un importante número de empresas⁶⁶.

Estas medidas contenidas en el Código PAOS se aplican a la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de hasta doce años cuando su difusión se realiza en medios audiovisuales e impresos, y a menores de quince años cuando la publicidad se lleva a cabo en internet. Para determinar cuándo se considera que la publicidad se dirige a los menores se utilizan diferentes criterios, como el tipo de producto promocionado, el diseño publicitario, el público destinatario principal del medio de difusión o la franja horaria en el caso de los servicios de comunicación audiovisual lineales. En cuanto al contenido de las medidas, limitan o condicionan la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores en los siguientes términos:

- a) Se introduce una prohibición general de fomentar hábitos no saludables o sedentarios, lo que se concreta en cuestiones como la prohibición de exponer el alimento o bebida como sustitutivo de algunas de las tres comidas principales, en fomentar la comida y bebida de forma inmoderada, excesiva o compulsiva o la muestra de una cantidad desproporcionada del producto.
- b) La exposición del producto debe atenerse a reglas precisas de información: reforzar la exigencia de veracidad (no inducción a error sobre sus características, los beneficios de su consumo, o destacando cualidades que no posea); impedimento de explotación de la imaginación del menor con animaciones de fantasía, de modo que no le permita conocer la dimensión real de las características del producto, y la prohibición de utilización de modos de exposición que puedan asustar a los menores con inserción de descripciones de violencia gratuita o agresivas. En el caso de los menores de doce años, la exigencia de la utilización de un vocabulario adecuado y adaptado a su nivel de conocimiento. Además, con el objeto de evitar la confusión, se establece la obligación de la debida separación entre los anuncios y los programas, así como unas reglas dirigidas a impedir que no se distinga el verdadero carácter publicitario del anuncio y la obligación de que las presentaciones comparativas se basen en ventajas reales y fácilmente comprensibles.
- c) Sobre las técnicas utilizadas, se disponen una serie de prohibiciones dirigidas a evitar una presión comercial excesiva o inadecuada: el impedimento de que se explote la incredulidad del menor, que se incite para que persuade a terceros, le apremie a su obtención de modo inmediato o exclusivo o le induzca a pensar que obtendrá como beneficio mayor aceptación social.
- d) En cuanto a la vinculación con programas o personajes, el Código exige extremar la cautela en este aspecto, más allá de la regla general de no explotar la especial confianza del menor en determinados sujetos (padres, profesores, profesionales de programas infantiles, personajes reales o ficticios o que gocen de popularidad), especialmente en la publicidad dirigida a menores de doce años. Para ello, se prohíbe en este caso la intervención de estos sujetos, así como el empleo de su imagen o voz relacionada directamente con la promoción de un producto, todo ello sin perjuicio de su participación en campañas de salud pública y educativas destinadas a promover hábitos nutricionales saludables.
- e) La utilización de recursos promocionales como sorteos, concursos y otros queda condicionado a que se observe lo siguiente: que las promociones sean claras y comprensibles; que los sorteos no generen expectativas irreales sobre las posibilidades de ganar o el hipotético premio, y la referencia a clubes infantiles sólo se podrá realizar cumpliendo determinados requisitos (interactividad, continuidad y exclusividad).

El cumplimiento de las previsiones del Código PAOS se fiscaliza a través de un doble mecanismo garantizador: por un lado, mediante la configuración de una Comisión de Seguimiento, que tiene como función el análisis, evaluación periódica y la fiscalización de la observancia del Código. Y, por otro lado, mediante la intervención del Jurado de la Publicidad de Autocontrol⁶⁷, al que le corresponde resolver las reclamaciones que se interpongan por el incumplimiento de estas reglas de autorregulación y, llegado el caso, imponer las sanciones que correspondan. Para ello debe calificar la infracción como leve, grave o muy grave, atendiendo a la entidad o repercusión ante los consumidores, el impacto de la publicidad (duración, ámbito de los

⁶⁶ El listado de empresas adheridas, actualizado a fecha 13 de junio de 2022, puede consultarse en: https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/web/nutricion/detalle/empresas_adheridas.htm (último acceso, 26-02-2024).

⁶⁷ Organismo independiente de autorregulación publicitaria, constituido en 1995, y en el que se integran todos los sujetos que intervienen en el sector publicitario o guardan relación con él, como anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación, asociaciones profesionales e instituciones públicas. Sobre este organismo puede visitarse su web: <https://www.autocontrol.es> (último acceso, 26-02-2024).

medios utilizados y número de consumidores alcanzado), la competencia desleal y el perjuicio a la imagen de la industria alimentaria o parte de ella. A estas infracciones le corresponden las siguientes sanciones: en el caso de las leves, de 6000 a 30 000 euros; en el de las graves, de 30 001 a 90 000 euros, y en el de las muy graves, de 90 001 a 180 000 euros.

El desarrollo de las políticas preventivas en materia de salud pública, dirigidas a minimizar la exposición de los menores a la publicidad de productos no saludables, queda circunscrita en nuestro país hasta la fecha al funcionamiento de este mecanismo de autorregulación descrito anteriormente. En el plano legal destaca la escasa atención prestada por el legislador a esta cuestión, siendo llamativo que la ley específica (Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria) se reduzca a remitirse a la autorregulación, contemplando en su art. 46 la obligación de promover códigos de conducta para la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de quince años, con el fin de contribuir a prevenir la obesidad y promover hábitos saludables. El desinterés del legislador por abordar esta cuestión encuentra, sin embargo, un pequeño cambio de a través de la previsión contenida en el art. 124.3 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), en la que se mantiene la remisión a la autorregulación, pero en la que se remarca la finalidad de que las medidas conduzcan a la remisión de la exposición de los menores a la publicidad de estos productos no saludables, y se introduce como novedad la posibilidad de que, ante la ausencia de eficacia del código de conducta adoptado, se lleve a cabo por el Gobierno un tratamiento reglamentario dirigido a establecer restricciones sobre el contenido de los mensajes o el horario de emisión, siempre en aras de garantizar la protección de los menores de edad.

Este sistema, sin embargo, es objeto de fuertes críticas que sostienen y acreditan la insuficiencia de las medidas de autorregulación y que denuncian el continuo incumplimiento del Código PAOS en la publicidad de productos no saludables dirigida al público infantil, a la vez que advierten del efecto pernicioso de una elevada exposición de este sector de población a los estímulos publicitarios asociados al consumo de productos no saludables⁶⁸. Estos planteamientos críticos, como hemos visto, no son únicos y propios de nuestro país, sino que son comunes en el ámbito internacional, de ahí que se esté iniciando un proceso de revisión del marco de actuación de las políticas preventivas, incorporando su tratamiento en normas de rango legal, como hemos visto en el caso portugués y el británico. En España, una solución en esta dirección llegó a plantearse con la elaboración por el Ministerio de Consumo de un borrador de Real Decreto sobre regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigidas al público infantil⁶⁹. Sin llegar al nivel de los países referidos en este trabajo (que han optado por una iniciativa del propio legislador), al menos la norma reglamentaria sin duda constituía un salto cualitativo en el abordaje de este problema de salud pública que viene a representar la obesidad infantil.

El proyecto de real decreto, que llegó a estar en el Plan Normativo del Gobierno para 2022, venía a reforzar el conjunto de prohibiciones y limitaciones ya contenidas en el Código PAOS, especialmente los principios de identificación publicitaria, veracidad y responsabilidad. En gran medida, las cuestiones abordadas por el proyecto de real decreto reproducían en esencia el marco regulador recogido en el Código PAOS. El salto cualitativo se producía con el establecimiento de una prohibición total de publicidad de alimentos y bebidas no saludables dirigida a los menores de dieciséis años, para lo que se establecían, además, una serie de condiciones que observar en el caso de la publicidad difundida por medio de servicios de la sociedad de la información, con la imposición de la obligación de contar con mecanismos eficaces para evitar el acceso a la publicidad del público infantil. Una de las cuestiones más polémicas se encontraba en la concreción de los alimentos considerados como no saludables y, por tanto, objeto de prohibición. En este caso no se optaba por introducir un parámetro cuantitativo para considerar el carácter no saludable con carácter general, aplicándolo sobre el producto específico (el nivel de grasa, sal o azúcar), sino que se establecía una lista de alimentos y bebidas, contenida en un anexo, y dividida en grupos de alimentos, muchos de los cuales eran objeto de total prohibición, con independencia del nivel de grasa, sal o azúcar que contuviera el producto en cuestión (por ejemplo, «chocolate y productos de confitería, barritas energéticas, coberturas, dulces y postres», «zumos» o «helados»). No cabe duda de que esta amplitud de la prohibición, por categorías

⁶⁸ En esta línea crítica se sitúan, por ejemplo, dos tesis doctorales centradas en esta cuestión: Romero Fernández (2017) y León Flández (2017). En el plano de los estudios científicos, son numerosos los que denuncian la insuficiencia de la autorregulación y la necesidad de abordar una respuesta normativa más eficaz; *cfr.*, *inter alia*, Bosqued Estefanía *et al.* (2016); León Flández *et al.* (2018), y Royo-Bordonada *et al.* (2016).

⁶⁹ El contenido del borrador y de la memoria complementaria aún puede consultarse en la página web del Ministerio: https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/Borrador_RD_publicidad.pdf (último acceso, 26-02-2024).

generales, no facilitó en modo alguno la acogida de la norma (prohibir de forma absoluta la publicidad de helados sin ni siquiera contemplar aquellos que pudieran tener un bajo nivel en grasa o azúcar, por ejemplo, no apuntaba a que pudiera suscitar un gran respaldo).

Este proyecto fue informado por la CNMC⁷⁰, que introdujo algunas críticas razonables, así como una serie de recomendaciones cuya acogida hubiera mejorado el texto en algunos aspectos (como una revisión del ámbito objetivo, el reconocimiento de las competencias de las autoridades audiovisuales autonómicas o la toma en consideración de la realidad nacional de consumo a la hora de definir las categorías de alimentos y bebidas, por ejemplo). Su aprobación fue bien recibida por las organizaciones de consumidores y por todos los agentes públicos y privados implicados en la lucha contra la obesidad infantil como problema de salud pública, pero como suele ser habitual, y así ha ocurrido en los países objeto de este estudio, encontraba el rechazo de las organizaciones representativas de intereses empresariales del sector, tanto en su dimensión productiva como comercial y publicitaria. A esta postura, en nuestro país, se sumaba la oposición de una parte del propio Gobierno, en concreto el Ministerio de Agricultura, contrario a la imposición de restricciones a la publicidad de productos alimentarios, en la misma línea que se posiciona el sector⁷¹. Como resultado de esta controversia, el proyecto de real decreto ya no figuraba en el Plan Normativo del Gobierno para 2023, y parece haberse abandonado definitivamente. Prueba del cambio de rumbo gubernamental sobre esta cuestión es la aprobación del Plan Estratégico Nacional para la Reducción de la Obesidad Infantil (2022-2030)⁷², en el que no se contempla ninguna medida conducente a intervenir en la publicidad de productos no saludables dirigida a menores. Sin embargo, no parece que esta renuncia al reforzamiento de la regulación publicitaria a través de una reforma que introduzca en el ordenamiento jurídico, en el plano legal o reglamentario, siga las recomendaciones que desde la comunidad científica y los organismos internacionales se vienen exponiendo como mecanismo eficaz de reducción de la obesidad y de fomento de hábitos nutricionales saludables. La acción directa de las Administraciones públicas y, en especial, el ejercicio de potestades como la inspectora o la sancionadora, puede contribuir de modo más efectivo al logro de los objetivos que se persiguen en el ámbito de la salud pública, de ahí que defendamos la necesidad de acometer de nuevo un proceso de reforma que conduzca a la aprobación de normas equiparables con los países que están a la vanguardia en el tratamiento de esta cuestión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bombillar Sáenz, F. M. (2021). Respaldo del derecho audiovisual y publicitario a las políticas públicas de lucha contra la obesidad infantil y fomento de hábitos de vida saludables. En M. A. Torres y L. Sánchez-Mesa (dirs.) y F. M. Bombillar Sáenz (coord.), *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición* (pp. 295-345). Thomson Reuters Aranzadi.
- Bosqued Estefanía, M. J., López Jurado, L., Moya Geromini, Á. y Royo Bordonada, M. Á. (2016). La publicidad alimentaria dirigida a menores en España. *Alimentación, Nutrición y Salud*, 23(1), 19-25. <http://hdl.handle.net/20.500.12105/9358>
- Caldeira, C. (2013). *A especial relação do direito da publicidade com os direitos dos consumidores*. IADE.
- Chaves, R. M. (2005). *Regime jurídico da publicidade*. Almedina.
- Crown, G., Bray, O. y Earle, R. (2010). *Advertising Law and Regulation* (2.ª ed.). Bloomsbury Professional.
- De Amorim, A. C. A. (2015). Comunicação Comercial e Direito dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação. *Revista de Direito Intelectual*, (1).
- De Amorim, A. C. A. (2017). *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitario*. Almedina.
- De Amorim, A. C. A. (2018a). *Manual de Direito da Publicidade*. Petrony.
- De Amorim, A. C. A. (2018b). Conceito jurídico de publicidade: contributos para uma redefinição. *Estudos de Direito do Consumidor*, (14), 21-51. <http://hdl.handle.net/11328/2839>
- De Andrade, J. C. V. (2003). Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. En A. Pinto Monteiro (dir.), *Estudos de Direito do Consumidor n.º 5*. Centro de Direito do Consumo.
- Dias, A. S. y Pereira, R. S. (2022). *Direito das contra-ordenações*. Almedina.
- Duarte-Melo, A. (2019). Autorregulação publicitária em Portugal: os interesses da indústria e dos consumidores em convergência? *Revista Mediterrânea de Comunicação*, 10(2), 131-146. <https://doi.org/10.14198/MEDCOM2019.10.2.17>

⁷⁰ Disponible en: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4353758.pdf> (último acceso, 26-02-2024).

⁷¹ Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2023-02-09/agricultura-es-partidaria-de-no-regular-la-publicidad-de-alimentos-insanos-para-ninos-en-contrade-lo-anunciado-por-pedro-sanchez.html>, último acceso 26-02-2024).

⁷² Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/100622-plan-estrategico-nacional-reduccion-obesidad-infantil_en-plan-bien.pdf (último acceso, 26-02-2024).

- Garde, A., Davies, S. y Landon, J. (2017). The UK rules on Unhealthy Food Marketing to Children. *European Journal of Risk Regulation*, 8(2), 270-282. <https://www.jstor.org/stable/26363804>
- Geraldes, A. L. (1999). *O Direito da Publicidade. Estudos e Práticas Sancionatórias. Decisões da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade*, Instituto do Consumidor.
- Gunter, B. (2016). *Food Advertising. Nature, Impact and Regulation*. Palgrave Macmillan.
- Harris, J. y Bargh, J. (2009). Television Viewing and Unhealthy Diet: Implications for Children and Media Interventions. *Health Communication*, 24(7), 660-673. <https://doi.org/10.1080%2F10410230903242267>
- José, P. Q. (1999). *O Novo Direito da Publicidade: Código da Publicidade e Legislação complementar*. Vislis Editores.
- León Flández, K. (2017). *Evaluación de la publicidad alimentaria dirigida a niños por televisión en España* [tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/15804>
- León Flández, K., Royo Bordonada, M. Á., Moya Geromini, M. A., Bosqued Estefanía, M. J., López Jurado, L. y Damián, J. (2018). Marketing techniques in television advertisements of food and drinks directed at children in Spain, 2012. *International Journal of Public Health*, (63), 733-742. <https://doi.org/10.1007/s00038-018-1085-7>
- López Bolas, A., Feijoo Fernández, B. y Fernández Gómez, E. (2022). Publicidad de alimentos ultra procesados en youtubers preescolares durante la COVID-19: estudio de caso. Fonseca. *Journal of Communication*, (24), 7-18. <https://doi.org/10.14201/fjc.28296>
- Lwin, M. O., Yee, A. Z. H., Lau, J., Ng, J. S., Lam, J. Y., Cayabyab, Y. M., Malik, S. y Vijaya, K. (2020). A macro-level assessment of introducing children food advertising restrictions on children's unhealthy food cognitions and behaviors. *International Journal of Advertising*, 39(7), 990-1011. <https://doi.org/10.1080/02650487.2020.1717856>
- Mytton, O. T., Boyland, E., Adams, J., Collins, B., O'Connell, M., Russell, S. J., Smith, K., Stroud, R., Viner, R. M. y Cobiac, L. J. (2020). The potential health impact of restricting less-healthy food and beverage advertising on UK television between 05.30 and 21.00 hours: a modelling study. *PLoS Medicine*, 17(10), e1003212. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1003212>
- Pereira, A. B. (2022). *Regime geral das contraordenações e coimas*. Almedina.
- Rocha, M. L., Dias, M. G. y Ferreira, M. C. A. (1994). *Contra-ordenações. Legislação e doutrina*. Escola Superior de Polícia.
- Rodrigues, A. S., do Carmo, I., Breda, J. y Rito, A. I. (2011). Associação entre o marketing de produtos alimentares de elevada densidade energética e a obesidade infantil. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 29(2), 180-187. [https://doi.org/10.1016/S0870-9025\(11\)70022-0](https://doi.org/10.1016/S0870-9025(11)70022-0)
- Roldão, P. M. y Serra, F. H. (2010). A criança, a publicidade e as práticas alimentares. Resultados de uma investigação exploratória. Da Investigação al Práticas. *Estudos de Natureza Educacional*, 10(1), 185-201. <http://hdl.handle.net/10400.21/3106>
- Romero Fernández, M. M. (2017). *Evaluación de la publicidad alimentaria dirigida a niños en televisión en España* [tesis doctoral]. Universidad Autónoma de Madrid. <http://hdl.handle.net/10486/678458>
- Royo-Bordonada, M. Á., Bosqued-Estefanía, M. J., Damián, J., López-Jurado, L. y Moya-Geromini, M. A. (2016). Nutrition and health claims in products directed at children via television in Spain in 2012. *Gaceta Sanitaria*, 30(3), 221-226. <https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.01.004>
- Rozados Oliva, M. J. (2009). *Derecho Administrativo de la Publicidad*. Tirant lo Blanch.
- Rozados Oliva, M. J. (2021). La intervención en la información al consumidor y en la actividad publicitaria como instrumento para el fomento de hábitos saludables y de lucha contra la obesidad. En M. A. Torres y L. Sánchez-Mesa (dirs.) y F. M. Bombillar Sáenz (coord.), *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición* (pp. 347-387). Thomson Reuters Aranzadi.
- Rozados Oliva, M. J. (2022). Derecho de la Publicidad (I): Aspectos generales. Régimen jurídico de la publicidad según la finalidad. En M. A. Torres López, J. M. Souvirón Morenilla y M. J. Rozados Oliva (dirs.), *Elementos para el estudio del Derecho de la Comunicación* (4.ª ed., pp. 313-332). Tecnos.
- Sánchez Sáez, A. J. (2008). La potestad sancionadora en el Derecho comparado: Reino Unido. *Documentación Administrativa*, (282-283), 91-167. <https://doi.org/10.24965/da.v0i282-283.9638>
- Santos, M. S. y De Sousa, J. L. (2006). *Contra-Ordenações. Anotações ao Regime Geral*. Vislis.
- Sáenz, F. M. B., Martínez, L. J. S. M. (eds.) y López, M. A. T. (coord.) (2022). *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*. ARANZADI/CIVITAS.
- Torres López, M. A., Sánchez-Mesa Martínez (dirs.) y Bombillar Sáenz, F. M. (coord.) (2021). *Hábitos de vida saludables y lucha contra la obesidad: los retos del Derecho ante la salud alimentaria y la nutrición*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Vieira, C. M. (2018). *La publicidad y el consumo de alimentos funcionales en Portugal* [tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/15964>
- Vilela, A. (2013). *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de «recorrença» e a de «erosão» do Direito penal clássico*. Coimbra Editora.
- Vilela, A. (2015). O direito contra-ordenacional: un direito sancionatório com futuro? *Anatomia do Crime*, (2), 149-164.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 28-10-2023
Modificado: 10-01-2024
Aceptado: 23-01-2024
Prepublicado: 06-02-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11289>
Páginas: 116-139

Referencia: Pavel, E.-V. (2024). El régimen jurídico de las alteraciones de los grupos políticos locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 116-139. <https://doi.org/10.24965/reala.11289>

El régimen jurídico de las alteraciones de los grupos políticos locales

The legal regime of alterations to local political groups

Pavel, Eduard-Valentin

Universidad de Lleida. Departamento de Derecho (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-5517-4006>

eduard.pavel@udl.cat

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor lector de Derecho Administrativo en la Universidad de Lleida y asesor jurídico (en excedencia) en el Ayuntamiento de Lleida, con líneas de investigación abiertas, principalmente en procedimiento administrativo y derecho local.

RESUMEN

Objetivos: el presente artículo tiene por objeto deslindar el régimen jurídico de las alteraciones de los grupos políticos locales. Dicho de otra manera, se ha pretendido analizar en profundidad, a la luz del art. 73.3 de la LBRL, las figuras de la adscripción y no adscripción a los grupos políticos, dado que se prevén de forma inacabada las vicisitudes sustantivas y procedimentales de la alteración de estos. **Metodología:** la metodología utilizada es la típica del derecho: el uso de la normativa, jurisprudencia, doctrina consultiva y la doctrina científica. **Resultados:** se han establecido las bases del encaje dogmático y cauce procedimental aplicable a la no adscripción (principal mecanismo forzoso de alteración del grupo político local), teniendo particularmente en consideración los motivos de la existencia de esta figura, así como la intervención de una pluralidad de sujetos en las decisiones sobre la composición de los grupos. **Conclusiones:** nuestro ordenamiento jurídico no prevé un régimen jurídico completo de no adscripción o, más ampliamente dicho, alteración del grupo político local, ni en los aspectos sustantivos para su producción ni tampoco sobre el iter procedimental que seguir para su acuerdo, necesitándose para ello la intervención del legislador.

PALABRAS CLAVE

Grupo político local; abandono; expulsión; miembro no adscrito; procedimiento.

ABSTRACT

Objectives: The purpose of this article is to define the legal regime of the alterations of the local political groups. In other words, it has been intended to analyze in depth, in the light of article 73.3 of the LBRL, the figures of the ascription and non-ascription to the political groups, since the substantive and procedural vicissitudes of the alteration of these are provided for in an unfinished way. **Methodology:** The methodology used is typical of law: the use of regulations, jurisprudence, advisory doctrine and scientific doctrine. **Results:** We have established the basis of the dogmatic and procedural framework applicable to the non-attachment (main mechanism for the forced alteration of the local political group), taking into particular consideration the reasons for the existence of this figure as well as the intervention of a plurality of subjects in the decisions on the composition of the groups. **Conclusions:** Our legal system does not provide for a complete legal regime of non-attachment or, more broadly speaking, alteration, of the local political group, neither in the substantive aspects for its production nor on the procedural iter to be followed for its agreement, requiring the intervention of the legislator.

KEYWORDS

Local political group; withdrawal; expulsion; non-attached member; procedure.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS GRUPOS POLÍTICOS LOCALES. 2.1. LA INCERTIDUMBRE NORMATIVA RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS GRUPOS POLÍTICOS LOCALES. 2.2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LOS GRUPOS POLÍTICOS LOCALES: UNOS SUJETOS SINGULARES. 2.2.1. Los grupos políticos como sujetos creados en el seno corporativo e independientes del partido político al que representan. 2.2.2. El influjo del derecho de asociación en el grupo político local. 2.2.3. Los grupos políticos locales ejercen funciones públicas. 2.2.4. Una definición de los grupos políticos a partir de la refundición de sus rasgos característicos. 3. LA PREOCUPACIÓN POR EL TRANSFUGUISMO Y SU INFLUENCIA EN EL TRATAMIENTO DE LA NO ADSCRIPCIÓN. 3.1. EL TRANSFUGUISMO COMO «INFRACCIÓN», LA NO ADSCRIPCIÓN COMO «SANCIÓN». 3.2. LA PRIVACIÓN DE LA ADSCRIPCIÓN EXCEDE DE LOS CASOS DE TRANSFUGUISMO. 3.3. UNA CRÍTICA A LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONCEPTO POLÍTICO DE TRANSFUGUISMO COMO JUSTIFICACIÓN ÚLTIMA DE LA NO ADSCRIPCIÓN. 4. LAS DIFERENTES TIPOLOGIAS DE ALTERACIONES DE LOS GRUPOS POLÍTICOS LOCALES. 4.1. LAS ALTERACIONES DEL GRUPO POLÍTICO LOCAL CAUSADAS POR UNA DECISIÓN VOLUNTARIA DEL CONCEJAL. 4.2. LAS ALTERACIONES DEL GRUPO POLÍTICO LOCAL CAUSADAS POR LA EXPULSIÓN DEL CONCEJAL U OTRAS CAUSAS AJENAS A SU VOLUNTAD. 4.2.1. Las expulsiones acordadas por parte del partido político y sus efectos en el grupo político local. 4.2.2. Las vicisitudes de la expulsión del grupo político local acordada por el propio grupo. 5. LA VIABILIDAD DE UN RETORNO AL GRUPO POLÍTICO LOCAL INICIAL. 6. FINAL. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El grupo político, cuyas raíces derivan del grupo parlamentario (Coello Martín, 2022, pp. 145 y ss.), es una institución necesaria en la vida política local, una figura a través de la cual se canaliza la actuación corporativa de los concejales provenientes de una misma lista electoral, según dispone el art. 73.3, párrafo primero, de la LBRL¹. Nuestro ordenamiento jurídico entiende que el camino natural del concejal, una vez miembro de la corporación local, es que sea integrado en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fue elegido (concejal adscrito), mientras que su actuación corporativa se llevará a cabo a través de aquel grupo. Sobre la base de esta regla, la normativa de régimen local suele atribuir al grupo político una serie de derechos y beneficios inherentes al mismo².

Del mismo modo, los concejales que conforman el grupo disfrutan de *un estatuto jurídico integral* como consecuencia de su adscripción al grupo, hecho que les otorga la totalidad de los derechos y obligaciones inherentes a dicho estatuto. Ahora bien, el estatuto jurídico del concejal sufre importantes modulaciones cuando el representante político queda en una situación de falta de adscripción, momento en el cual el derecho al ejercicio de los cargos políticos representativos (art. 23 de la CE) se ve matizado especialmente³.

¹ En el presente trabajo, a los efectos de llevar una línea discursiva homogénea, me referiré con carácter general a los concejales (representantes políticos que integran los ayuntamientos), sin perjuicio de que las referencias hechas a estos son plenamente válidas también para los representantes políticos de cualquier otro tipo de entidad local (p. ej., diputados de las diputaciones provinciales, consejeros de los consejos comarcales).

² A continuación, se realizará un breve resumen de los derechos y beneficios que tienen reconocidos los concejales como consecuencia del disfrute de su íntegro estatuto jurídico. Primero, en la *vertiente económico-material*, destaca el hecho de que los grupos políticos disfrutarán de una dotación económica singular, asimilada a una subvención, con la finalidad de atender los gastos de su funcionamiento (art. 73.3, párrafo segundo, LBRL); o que los grupos políticos deberán tener garantizados determinados medios materiales, a cargo de la corporación local, como, por ejemplo, disponer de un espacio de reuniones en el edificio municipal así como del personal u otros recursos mínimos e indispensables para la llevanza de sus tareas facilitados por la propia corporación. Y, la segunda y más relevante vertiente, es la *participación de los grupos políticos en el gobierno de la corporación*. Se trata del conjunto de atribuciones que sirve para explicar a los grupos políticos como el *centro de la vida local*, entre las que se encuentra, entre otras, las siguientes: la potestad de designar a los representantes del grupo en determinados órganos colegiados locales, donde destacan las comisiones informativas (art. 29 en relación con el 125.c del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, en adelante, ROF); el derecho a proponer un candidato a alcalde (art. 196 de la Ley orgánica 5/1985, de 29 de junio, del Régimen Electoral General, en adelante, LOREG); el derecho a presentar mociones así como ruegos o preguntas (art. 97.6 y 7 del ROF); o la posibilidad de presentación de propuestas de resoluciones ante el pleno (en Cataluña, véase el art. 106 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley municipal y de régimen local de Cataluña). Con el objetivo de profundizar en estas atribuciones, véase el completo trabajo de Alonso Higuera (2015, pp. 147-180).

³ Cabe mencionar que la normativa y la jurisprudencia constitucional han validado una profunda reducción del estatuto del concejal cuando este se quede sin adscripción. Entre otras, dos de las restricciones más importantes son: a) que los derechos económicos de los miembros no adscritos no puedan ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia (art.

Tanto las funciones y atribuciones de los concejales adscritos y grupos políticos como el régimen jurídico substantivo de los miembros no adscritos han sido objeto de estudio en profundidad por parte de la doctrina, sin que en este trabajo se pretenda seguir recorriendo estos derroteros. Por el contrario, la amplia preocupación por la parte substantiva de la no adscripción contrasta con la nula atención que el ordenamiento jurídico y la doctrina le han prestado a la parte adjetiva de la no adscripción, es decir, el procedimiento administrativo para desposeer de adscripción a un concejal. No se ofrecen herramientas jurídicas suficientes para hacer frente a las situaciones que pueden producir alteraciones o cambios en la composición inicial del grupo político local.

De ahí que en el presente estudio se pretenda buscar respuestas concretas a este asunto y que, a su vez, se pueden dividir, con carácter general, en los tres siguientes aspectos: a) determinar las causas que generan la situación de la no adscripción; b) establecer el procedimiento administrativo en sentido estricto para el paso a la situación de no adscripción, y, por último, c) deslindar el rol de los sujetos que, de manera más directa o indirecta, tienen algún tipo de interés en la situación jurídica del grupo, esto es, el concejal afectado, el grupo político, el partido político así como la corporación local afectada.

Sin embargo, con carácter previo a adentrarnos en la problemática planteada concerniente a las alteraciones de los grupos políticos locales en sentido estricto, es preciso analizar dos aspectos antecedentes que harán comprender el alcance de algunos conflictos relativos a las alteraciones de los grupos políticos y la viabilidad del planteamiento de algunas soluciones que se van a proponer. De esta manera, *ex ante*, cabe profundizar sobre la naturaleza jurídica de los grupos políticos locales, así como los orígenes de la no adscripción.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS GRUPOS POLÍTICOS LOCALES

2.1. La incertidumbre normativa respecto de la naturaleza jurídica de los grupos políticos locales

El primero de los eslabones que se hallan en el asunto de los grupos políticos locales es la arraigada incertidumbre sobre su naturaleza jurídica, a pesar de que se trata de un asunto largamente estudiado por parte de nuestra doctrina científica⁴.

A nadie se le escapa que la constitución de un grupo político es consecuencia de dos factores relacionados con los sujetos que lo integran, los representantes políticos. Por un lado, que se trata de un grupo que se configura como una organización de representantes que tienen en común una misma ideología o unos mismos intereses en el ámbito local (Belda Pérez-Pedrero, 2001, pp. 226-227). Por otro, el derecho de

73.3, párrafo tercero, LBRL), lo que conlleva prohibiciones de ostentar cargos concedidos discrecionalmente por el alcalde (ser teniente de alcalde o integrarse en la Junta de Gobierno Local ex arts. 46.1 y 52.1 ROF), el ejercicio de cargos por delegación del alcalde de los arts. 43 y 120.1 ROF o la asunción de cualquier cargo político de carácter discrecional; b) la imponderabilidad del voto de los no adscritos y de los que formen parte del grupo político del alcalde en el caso de la moción de censura a este (art. 197.1 a de la LOREG en relación con la STC de 21 de diciembre de 2017, núm. 151/2017). Así lo destacan, entre otras, las SSTs de 26 de octubre de 2020 (ROJ 3320/2020) y de 16 de diciembre de 2020 (ROJ 4353/2020). Recuerda el TS que la previsión del art. 73.3, párrafo tercero, LBRL, en la que se sustenta la legitimidad de dichas prohibiciones, trae causa precisamente en la II adenda de 26 de mayo de 2006 al acuerdo antitransfuguismo de 1998, en el que se señalaba que los partidos políticos se comprometían a no aceptar en sus equipos de gobierno municipal a los transfugas, rechazando asimismo la posibilidad de que por parte del alcalde «se efectúe cualquier nombramiento político que implique atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos, en favor de los transfugas». Ahora bien, también matiza que existen ciertos cargos o funciones que es atribuido a los concejales directamente por el *mandato electoral*, sin que se les pueda negar por la mera condición de no adscritos, como lo es la participación en los plenos con voz y voto –con la excepción prevista en el art. 197.1 a LOREG, respecto a la moción de censura–, participación en las comisiones informativas ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el derecho de información, así como ostentar honores y tratamientos propios de todo concejal. Estas limitaciones han sido seriamente discutidas hasta hace bien poco, dada la división jurisprudencial y doctrinal que existía, siendo ejemplo el caso de la falta de acuerdo respecto a las determinadas delegaciones –que producen un incremento de los derechos económicos de los concejales– a los no adscritos. Aunque esta cuestión se zanjó con la STS de 26 de octubre de 2020. Para muestra un botón. El Consejo Consultivo de Andalucía, poco antes de la citada sentencia, por todos, en el Dictamen de 30 de septiembre de 2020, núm. 510/2020; sobre la base de una determinada línea de la jurisprudencia menor, aceptaba que se pudieran atribuir delegaciones a los concejales no adscritos. Sin embargo, cambió radicalmente de postura después de la sentencia antes citada, en su Dictamen de 3 de diciembre de 2021, núm. 914/2021. Finalmente, por citar un último ejemplo, también ha seguido esta línea la STSJ de Andalucía de 5 de mayo de 2023 (ROJ 4674/2023).

⁴ Algunos de los más relevantes estudios que directa o indirectamente pretenden dar respuesta a esta cuestión: Belda Pérez-Pedrero (2001, pp. 223-320); Calonge Velázquez (2003, pp. 123-162); Carballeira Rivera (2005, pp. 27-32); García García (2011, pp. 1265 y ss.); Lasagabaster Herrarte (2014, pp. 225-252); Rivero Ysern (2014, pp. 155-162); Alonso Higuera (2015, pp. 125-180); del Saz *et al.* (2015, pp. 231-239); Fernández García (2018, pp. 291-338), y Rovira López (2019, pp. 196 y ss.).

constitución de los grupos, el cual es un derecho de configuración normativa, del art. 23 de la Constitución española (CE)⁵.

El precepto que recoge el guante y desarrolla el mentado derecho fundamental es el art. 73.3 de la LBRL, en tanto en cuanto dispone que, en relación con su actuación corporativa, «los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos». Se trata de un artículo que, con carácter general, tras la reforma de la LBRL mediante la Ley 11/1999, da a entender la obligatoriedad de estos grupos⁶.

Ahora bien, volviendo a la idea base del presente epígrafe, el verdadero quebradero de cabeza es la indeterminación de su naturaleza jurídica⁷. El art. 73 de la LBRL nada dispone sobre la naturaleza jurídica de los grupos políticos locales. De igual modo, encontramos silencio en el ROF. Tampoco lo aclara, con carácter general, la legislación autonómica de régimen local⁸. En fin, otro tanto sucede con la Ley Orgánica de 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP).

Este vacío ha llevado a la doctrina a plantearse múltiples escenarios respecto de la naturaleza jurídica de los grupos (Calonge Velázquez, 2003, p. 129). De las diversas teorías existentes se pueden deducir varias corrientes de pensamiento: a) la que defiende el carácter de *asociaciones* de los grupos políticos; b) la que sostiene que se trata de *órganos* de las formaciones políticas a las que representan o de los Parlamentos o entidades locales en las que se integran; c) la que observa que los grupos políticos tienen una dimensión pública significativa, con cierta cercanía al órgano administrativo, y d) la que singulariza a los grupos locales como sujetos *sui generis* de derecho público⁹.

Tal y como señalaba hace muchos años Torres del Moral (1981, p. 58), las *tesis que se han propuesto son seguramente todas las pensables*. En cambio, hoy en día parece que se ha asentado un posicionamiento más bien mixto que reúne, de un modo u otro, las connotaciones generales de los primeros tres postulados anteriores, pero sin carácter absoluto, erigiéndose como unas entidades singulares¹⁰.

De ahí que pareciera que nos acercaríamos más a la cuarta corriente anteriormente anotada, es decir, que el grupo político es un *sujeto singular de derecho público*. El origen de esta naturaleza compleja se explica a partir de las notas elementales de los grupos políticos¹¹. Son tres, bajo mi punto de vista, las razones o notas esenciales de los grupos políticos que ayudan a la conformación de esta idea, razones que además se convierten en las principales ideas-fuerza que servirán para dibujar el régimen de las alteraciones de los grupos políticos en la situación en la cual se encuentran hoy.

⁵ Se trata de un derecho de configuración normativa (legal o reglamentaria de los Parlamentos o de las normas orgánicas de las entidades locales) de los representantes políticos, tal y como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional en muchas ocasiones, como, por ejemplo, en la STC de 28 de enero de 2013, núm. 10/2013.

⁶ Lasagabaster Herrarte (2014, p. 230). Aunque también es cierto que la doctrina se resiste a entender la operatividad de esta norma en los municipios más pequeños, al tiempo que alguna ley autonómica directamente lo establece en este sentido. Véase Rivero Ysern (2014, p. 156), o más detalladamente sobre la problemática de la obligatoriedad, véase Alonso Higuera (2015, pp. 127-128). Además, cabe retener que esta previsión puede variar en función de la legislación autonómica en materia de régimen local. Por ejemplo, en Cataluña la obligación de conformar grupos municipales se sitúa en los municipios que están por sobre de los 20 000 habitantes, de conformidad con el art. 50.1 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (TRLMRLCat). Por lo tanto, tal y como señala la STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2021 (ROJ 4661/2021), refiriéndose a un ayuntamiento cuyo municipio se encuentra por debajo de ese umbral, «en Catalunya no es obligatoria la constitución de grupo municipales».

⁷ Véase, en este sentido, Alonso Higuera (2015, pp. 129-139), autora que tilda de «crípticos» los preceptos de la LBRL y del TRLMRLCat sobre los grupos municipales, afirmación no exenta de acierto.

⁸ La legislación objeto de consulta ha sido el art. 50 de la ley catalana, TRLMRLCat; los arts. 111 a 113 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; los arts. 76 a 78 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Islas Baleares; los arts. 125 a 136 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana; los arts. 27 a 30 de la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia; la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía; los arts. 26 a 28 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias; la Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura; la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha; el art. 32 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid; la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León; la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra; el art. 34 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, y, por último, los arts. 74 a 79 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia.

⁹ En este sentido, véase, Sanz Pérez (2001, pp. 331-368); Cid Villagrasa (2007, pp. 179-204), o Villarino Marzo (2018, pp. 539-540). Estas teorías, respecto de los grupos de ámbito municipal, se pueden deducir asimismo de Calonge Velázquez, (2003, pp. 129-131) o de Fernández García (2018, pp. 300-303).

¹⁰ Es de observar lo que indicaba Calonge Velázquez (2003, pp. 130-131), en tanto que defendía esta naturaleza singular precisamente porque en la configuración normativa de los grupos políticos se pueden hallar indicadores que sugieren la incorrección de su imbricación en una naturaleza jurídica rígidamente deslindada.

¹¹ Una enumeración de estas características básicas de los grupos municipales se puede hallar en Fernández García (2018, pp. 300-303).

2.2. Características principales de los grupos políticos locales: unos sujetos singulares

2.2.1. Los grupos políticos como sujetos creados en el seno corporativo e independientes del partido político al que representan

En primer lugar, los grupos políticos se integran orgánicamente en una cámara parlamentaria o en una corporación local, con lo cual, forman parte, material y prácticamente, de ese organismo¹². No son pocas las dificultades jurídicas que afronta esta concepción, ya que los grupos no expresan la voluntad del ente público en el que se integran, la actuación del grupo no puede ser considerada de esa organización y, además, cuentan con autonomía propia para la gestión de sus intereses (Torres del Moral, 1981, p. 51).

Tampoco podría defenderse que los grupos políticos sean un órgano dependiente jurídicamente del partido o formación política a la cual representan. Es imperativo distinguir entre grupos y partidos (o formaciones) políticos, ya que se trata de entidades jurídicas diferenciadas a pesar de que los grupos locales sean frecuentemente *una lógica emanación de los partidos políticos*¹³. El derecho a la representación política es un derecho fundamental previsto en el art. 23 CE atribuido al representante político, en nuestro caso, el concejal. A su vez, el derecho de constitución de los grupos políticos se encuentra dentro del núcleo del art. 23 CE, que en todo caso es, en origen, atribuido a los concejales, no a los partidos políticos que les han presentado a las elecciones, sin perjuicio de que, al tratarse de un derecho fundamental de configuración legal la ley pueda matizar este aspecto¹⁴. El hecho de que se disocien conceptualmente sendas figuras ha provocado que el TC además declare la correlativa separación de su personalidad jurídica y de las voluntades, siendo el grupo político, por tanto, *independiente* del partido en lo que a su capacidad de decisión se refiere (id.).

2.2.2. El influjo del derecho de asociación en el grupo político local

La segunda de las características destacadas de los grupos viene a ser una regla que matiza la integración de estos en una corporación local, aunque no la rompe. A pesar de su integración en dicho organismo público, la parcela de su autonomía en la gestión de sus intereses no deja de tener una dimensión destacable. Como se ha puesto de manifiesto, dicha autonomía trastoca seriamente el enlace jurídico que pudiera llegar a tener con los dos sujetos más vinculados a los grupos: por un lado, los partidos políticos; por otro, las entidades locales en las que se integran.

En esta ecuación se puede añadir que influye poderosamente el germen de la –también– pretendida naturaleza *asociativa* del grupo político, opción que, sin abandonar los rasgos distintivos de otras figuras jurídicas, parece albergar una mayor fortaleza entre la doctrina (Belda Pérez-Pedrero, 2001, pp.

¹² Como apunta Sanz Pérez (2001, p. 338), «la posición de centro de la actividad parlamentaria, su estabilidad y permanencia dentro de la respectiva Cámara es un dato incuestionable y no puede ser puesto en duda seriamente (...)». De hecho, eso ha llevado a muchos reglamentos parlamentarios a introducir a los grupos en la regulación de su organización en la respectiva Cámara, algo que sucede de forma parecida en el campo de la Administración local con los reglamentos orgánicos. A título meramente ejemplificativo, véase la regulación de los grupos políticos municipales que realiza el Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, aprobado en el año 2018, en tanto en cuanto los introduce dentro del título III, dedicado a los «órganos de gobierno municipal».

¹³ SSTC de 1 de marzo de 1990, núm. 36/1990; de 17 de diciembre de 2007, núm. 251/2007; STC de 28 de enero de 2013, núm. 10/2013. En la segunda de las citadas sentencias el TC manifiesta con claridad que «este Tribunal Constitucional ha asumido que partidos políticos y grupos parlamentarios son realidades conceptualmente distintas, por lo que la afirmación de su identidad fáctica en un caso concreto no puede erigirse en criterio que impida al grupo parlamentario concernido el acceso al proceso precisamente para cuestionar esa identidad, ya que de ese debate dependerá el que finalmente se decida su disolución o su continuidad».

¹⁴ Se ha de tener en cuenta que el TC se contradice en este sentido, señalando en otros apartados de las sentencias anteriores, especialmente la última de ellas, que son los partidos políticos (o las agrupaciones de electores) los sujetos que constituyen los grupos políticos. Radicalmente en contra de esta postura se ha pronunciado Lasagabaster Herrarte (2014, pp. 246-247), al sostener que los que realmente constituyen el grupo político son los electos porque estos tendrán libertad para formar el grupo o no, quedando simplemente relegados a la situación de no adscritos en caso de que se aparten de la doctrina del partido político. Ahora bien, si de entrada pudiera parecer contradictoria esta idea, que lo parece, la situación última que se produce en caso de la constitución de los grupos políticos es que, a pesar de que materialmente sean los concejales los que lo crean, solicitándolo así al presidente de la corporación local (art. 24 ROF), la última palabra sobre quiénes lo conforman y, por ende, sobre la existencia misma del grupo, será del partido político. Esta no deja de ser una consecuencia de la voluntad legislativa de evitar el transfuguismo, un objetivo que, a la postre, ha atribuido todo el poder sobre el grupo al partido político.

225-227). Incluso algunas decisiones del Tribunal Supremo (TS) señalan que los grupos políticos se cimientan sobre una *base asociativa* a causa de que sus miembros se integran a los grupos por razón de identidad ideológica, de actuación política o de intereses comunes observados en el espejo de los partidos políticos¹⁵.

Considerar la base asociativa de los grupos es un mero punto de partida, pero no deja de ser una visión problemática. En este sentido, este factor no implica que a los grupos políticos les sea de aplicación el art. 22 de la CE y, consiguientemente, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación (LODA)¹⁶. De hecho, el art. 1.3 de la LODA los excluye expresamente cuando dice que se regirán por su legislación específica (aparte de los partidos políticos) cualesquiera otras asociaciones reguladas por leyes especiales. A pesar de todo lo anterior, no creo que a este tipo de asociaciones especiales se les pueda dejar al margen de las dimensiones básicas del contenido esencial del derecho fundamental, el cual debería seguir rigiendo, aunque limitadamente¹⁷.

Un matiz de contornos más nítidos lo encontramos en que la dimensión asociativa no alcanza a extenderse a toda la esfera de actuación de los grupos, ya que de entrada la pertenencia a los grupos políticos se erige como un *derecho-deber*¹⁸, lo que pudiera dar a entender que se fijan límites a la dimensión negativa del derecho de asociación, es decir, al derecho a no asociarse (al menos en lo que se refiere a los grupos formados en el terreno de la Administración local, ex art. 73.3, párrafo primero, LBRL). También es difusa y ciertamente contradictoria con la idea anterior la preceptividad inicial de integrar un grupo político local, siéndolo aún más cuando el art. 73.3 de la LBRL abre la puerta a que los concejales puedan abandonar de forma voluntaria dichos grupos. Ciertamente, el legislador pone límites al miembro no adscrito, aunque no lo prohíbe. Lo que sí es cierto es que al comienzo de una nueva corporación local se impone la constitución de grupos. Y, por tanto, la dimensión negativa del derecho de asociación, consistente en la libertad de no asociarse, se vería matizada¹⁹. También se podría sostener, por la misma razón, la matización de la dimensión positiva del derecho de asociación. No existe como tal una libertad de creación de asociaciones o de adscripción a las ya creadas, a causa de los límites a la movilidad entre grupos, puesto que no se permite el abandono voluntario de un grupo para crear o ingresar en otro distinto sin que conlleve efectos negativos sobre el sujeto afectado²⁰.

Al margen de los supuestos anteriores, hay otros elementos cuya ausencia podría poner en jaque la atribución de esta naturaleza jurídica, como, por ejemplo, la falta de un acta fundacional del grupo como tal (art. 5.2 LODA); la falta de inscripción registral (art. 10.1 LODA), o, por poner un último ejemplo, la falta de obligatoriedad de tener estatutos de grupo (art. 7 LODA) (en sentido similar, Cid Villagrasa, 2007, pp. 189-194). Por tanto, se puede observar que tampoco podemos incardinar a los grupos locales en el concepto de

¹⁵ «De lo dicho podemos inferir (...) la sustancial base asociativa de los grupos políticos» espetó el TS en las dos sentencias dictadas el 8 de febrero de 1994 (ROJ 12769/1994 y 15584/1994). El propio TS matiza luego esta concepción, como se explicará más adelante.

¹⁶ En este sentido interpretó, correctamente en mi opinión, los pronunciamientos del TS la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2017 (ROJ 1454/2017), en tanto en cuanto destacó que «una cosa es que tengan una base asociativa en sentido amplio y otra que sean asociaciones sujetas a dicha norma, con sus estatutos, asamblea, inscripción registral, etc.».

¹⁷ El contenido esencial del derecho de asociación comprende, de conformidad con la STC de 27 de abril de 2006, núm. 135/2006, cuatro dimensiones básicas: a) libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; b) libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; c) libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, y d) como dimensión *inter privados*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse. Sobre la prevalencia del núcleo esencial del derecho fundamental respecto de aquellas «asociaciones» que tienen un régimen especial, la propia LODA en su exposición de motivos expresa que debe existir compatibilidad entre el régimen general del derecho de asociación y la regulación de asociaciones especiales, teniendo incidencia en estas últimas el contenido mínimo y común del derecho fundamental. Esta concepción es, además, muy pacífica entre la doctrina (Gómez Montoro, 2004, pp. 26 y ss.; Elvira Perales, 2008, p. 310; González Pérez y Fernández Farreres, 2002, p. 45).

¹⁸ Fernández García (2018, p. 301) y Calonge Velázquez (2003, p. 130) defienden que este hecho podría suponer el rechazo de la aplicabilidad de la vertiente negativa del derecho de asociación, esto es, el derecho a no asociarse.

¹⁹ Aunque, tal y como explica Cid Villagrasa (2007, pp. 189-194), el TC ha subrayado en la STC de 18 de julio de 1989, núm. 132/1989, que no todo establecimiento obligatorio de una categoría de sujetos a una asociación vulnerará el derecho de asociación. No cabe excluir la posibilidad de que los poderes públicos intervengan poniendo límites a este derecho justificando el cumplimiento de fines de interés público. Algo que para la autora se daría en el caso de los grupos parlamentarios, precisamente porque «la obligatoriedad de su pertenencia a los mismos responde a un fin público relevante».

²⁰ Sí que es cierto que podría llegar a defenderse que una cierta adscripción voluntaria al grupo se justifica por la excepcionalidad del interés público superior que se pretende defender (STC de 16 de diciembre de 1991, núm. 1991/244), es decir, evitar el transfuguismo político y, con ello, el incumplimiento del mandato electoral, como se verá.

asociación a pesar de que el núcleo del derecho de asociación sobrevuele su régimen jurídico y sí existan aspectos del grupo que estén informados por él.

2.2.3. Los grupos políticos locales ejercen funciones públicas

El tercer hecho distintivo de los grupos políticos es su indudable *dimensión jurídico-pública* y la consiguiente dotación de funciones públicas en el marco de su participación en la actuación de la institución en la que se integran (Fernández García, 2018, p. 302).

Sin ir más lejos, en el ámbito local la propia constitución de las comisiones informativas se basa en los grupos políticos locales (art. 20.1 c, in fine, de la LBRL) (Fernández García, 2018, p. 302), mientras que las comisiones informativas son divisiones internas del pleno. El peso de los grupos políticos locales, al decidir sobre sus representantes en las comisiones informativas, es, sin duda, una de sus funciones públicas más destacadas, más de lo que a simple vista pudiera parecer. Las comisiones informativas son órganos municipales que tienen por objeto el estudio, dictamen, investigación, informe o análogas funciones no resolutivas respecto de aquellos asuntos cuya resolución es competencia del pleno, así como del seguimiento de la gestión del alcalde, la Junta de Gobierno Local y los concejales delegados (art. 123 del ROF). Lejos de tratarse de funciones meramente formales de control de la gestión municipal, el TC ha resaltado la importancia de estos órganos impropios al considerarlas como «divisiones internas del Pleno, que sólo un formalismo que prescinda absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas» cuyo ejercicio forma parte del núcleo esencial de la función pública representativa porque, a la postre, las funciones atribuidas a las comisiones informativas ejercen una función de control del gobierno municipal y que sirve para la formación de la voluntad de la corporación a través del pleno²¹. Si bien este hecho implica que no se pueda desplazar a los concejales no adscritos de formar parte de estos órganos, con carácter general, al pretender que preferentemente los concejales deban actuar a través de los grupos (art. 73.3 LBRL) y que la constitución de las comisiones informativas se realice a partir de los grupos (art. 21.1 c LBRL), se puede deducir una cierta esencialidad en el papel desarrollado por los grupos.

Además, el grupo, por medio de su portavoz, participa en una multitud de actuaciones de los órganos locales, especialmente en lo que se refiere al régimen de desarrollo de las sesiones plenarias, por ejemplo: la ordenación de los asientos en las sesiones (art. 89 ROF), las intervenciones (art. 94 ROF) o la introducción de mociones por la vía de urgencia (art. 91.4 del ROF). La dimensión pública de los grupos también se deja entrever en el campo de las alteraciones del propio grupo. Sin perjuicio de que este último aspecto se desarrollará con más detalle, es preciso señalar que el TS tiene sentado que las expulsiones de un grupo local tienen relevancia pública y son controlables —en algunas ocasiones— ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque de forma muy limitada²².

2.2.4. Una definición de los grupos políticos a partir de la refundición de sus rasgos característicos

La unión de los elementos anteriores ha provocado que la doctrina proporcione definiciones complejas sobre los grupos locales, en las que se procura integrar la gran parte de los matices recogidos (así, por ejemplo, Alonso Higuera, 2015, pp. 134-135; Fernández García, 2018, p. 303; Calonge Velázquez, 2003, pp. 126-129). De ahí que algún autor haya apuntado, atinadamente, al cuarto de los elementos antes destacados: la singularidad de la naturaleza jurídica de los grupos políticos (Calonge Velázquez, 2003, p. 131).

De este modo, se podría definir a los grupos políticos locales como una entidad singular creada en el seno de una entidad local, de base asociativa, que actúa con independencia funcional respecto del partido político que lo constituye y respecto de la Administración local en la que se inserta. Ahora bien, a pesar de la autonomía de los grupos políticos, tanto el partido político como la corporación local conservan algunas parcelas de poder sobre la vida y las decisiones de los grupos políticos que se explican por la lealtad asociativa que se le debe al primero o por el ejercicio de funciones públicas en el seno del segundo.

²¹ STC de 20 de diciembre de 2012, núm. 246/2012.

²² En este sentido, la STS de 14 de mayo de 2002 (ROJ 3373/2002) o las dos SSTs de 8 de febrero de 1994 (ROJ 12769/1994 y 15584/1994).

3. LA PREOCUPACIÓN POR EL TRANSFUGUISMO Y SU INFLUENCIA EN EL TRATAMIENTO DE LA NO ADSCRIPCIÓN

La figura jurídica resultante de la falta de integración de un concejal al grupo político que constituye el partido por el que fue elegido es conocida como *miembro no adscrito* y está prevista en el art. 73.3 de la LBRL. El precepto establece dos clases de adquisición de la condición de miembro no adscrito y lo hace en función del sujeto que –de manera más o menos directa– influye en la decisión.

Así, por un lado, tenemos la adquisición de la condición de miembro no adscrito por la desvinculación del grupo político. El art. 73.3 LBRL, en su párrafo primero, establece que adquirirán esta condición aquellos miembros de las corporaciones locales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia. Por otro lado, se halla el pase a no adscrito a causa de la desvinculación del partido político. En el párrafo sexto del mismo artículo se establece la categoría de no adscrito cuando la mayoría de los miembros de un grupo político abandonen el partido político que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones o sean expulsados de este.

Se puede observar que tanto en el primero como en el segundo caso, las causas de no adscripción están acotadas y ciertamente limitadas, dado que respecto de la primera causa no se observa la posibilidad de expulsión por parte del grupo político, mientras que la segunda se reserva para el pase a no adscritos para aquellos supuestos en los que *la mayoría de concejales* abandonen o sean expulsados de la formación política, pero nada se dice sobre qué sucede cuando no son la mayoría los que se desvinculen.

Sin embargo, en realidad pueden existir otros supuestos de no adscripción que derivan de la voluntad legislativa subyacente a este precepto y que no es otra que la voluntad de castigar las conductas constitutivas de *transfugismo político*.

3.1. El transfugismo como «infracción», la no adscripción como «sanción»

Una vez señaladas las causas generales de la no adscripción previstas expresamente, es preciso plantearse la motivación de una tal figura o, dicho de otro modo, las razones que justifican su existencia. En este sentido, el tratamiento jurídico recibido por el estatuto de *miembro no adscrito* y las razones de su existencia dará algunas claves sobre qué es lo que le preocupa al legislador respecto de las alteraciones que puedan acontecer en el marco de los grupos locales.

En el derecho positivo no hubo preocupación por esta figura hasta la reforma de la LBRL del año 2003. Del análisis de la tramitación parlamentaria de la Ley 53/2003, que sirvió para modificar la LBRL, se deduce que la previsión del actual art. 73.3 LBRL fue justificada para atajar el *fenómeno del transfugismo*²³. Mediante esta reforma se pretendió penalizar el incumplimiento de la voluntad de los ciudadanos manifestada en las elecciones a través de conductas tráfugas, esto es, lo que a juicio de los propios partidos políticos se considere un incumplimiento del mandato electoral (para el ámbito local, art. 140 CE)²⁴. De ahí que, como

²³ Ni el texto original de la LBRL ni tampoco la reforma que introdujo la Ley 11/1999 (que precisamente modificó el art. 73 tal y como lo conocemos a día de hoy) se preocupó de los miembros no adscritos, sin perjuicio de que alguna ley autonómica ya lo recogía, tal y como explica Alonso Mas (2005, pp. 96-98). No fue hasta la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, cuando se incluyó dicha figura mediante la modificación del art. 73.3, párrafo tercero, de la LBRL. Lo curioso del caso es que el texto original de la reforma planteada no presentaba mención alguna a esta cuestión, sino que se propuso en una enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Socialista como consecuencia, precisamente, del Pacto Antitransfugismo. Precisamente dicho grupo parlamentario alegó el Pacto Antitransfugismo para justificar la modificación de la LBRL, apuntando que el abandono de la formación política a través de la cual resultaron elegidos «debilita la estabilidad en las corporaciones locales y deteriora los fundamentos del sistema democrático. Por tanto, resulta medida necesaria la de regular la figura del “no adscrito” (...)». Esta circunstancia fue acogida años más por el TC a la hora de interpretar el fenómeno de la no adscripción a la luz del transfugismo, particularmente en sus sentencias de 18 de enero de 2012 (núm. 9/2012) y de 20 de diciembre de 2012 (núm. 246/2012). En esta última, realizando una comparación del art. 73.3 de la LBRL con su artículo homólogo de la ley madrileña (el art. 32 de la ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid), señaló que responde a la decisión de «poner coto al fenómeno del denominado «transfugismo político» en el ámbito de las corporaciones locales». Véase también el estudio de Flores Domínguez (2022, pp. 31-55).

²⁴ Tal y como explica Fernández Hernández (2021, pp. 118-119), el incumplimiento del mandato electoral se realiza a través del llamado falseamiento de su resultado, en tanto en cuanto el tráfuga no apoya al grupo político con el que se presentó a las elecciones, sino que apoya, al contrario, como si hubiese concurrido en la candidatura de ese partido. De modo similar lo explica Cebrián Abellán (2021, pp. 594 y ss.). Ahora bien, en la actualidad, como se verá, el transfugismo ya no conlleva solamente aquellos actos de apoyo a los otros grupos o partidos políticos, sino cualquier atisbo de insumisión a la voluntad del sujeto político (el partido), hecho que amplia

consecuencia de conductas que incurrieran en transfuguismo, previstas en el art. 73.3 LBRL, los concejales quedarían en la situación de no adscripción.

Esta motivación tenía originariamente un *punctum dolens*, dado que en el campo de la realidad no era lo mismo un miembro tráfuga que un no adscrito. De acuerdo con el Pacto Antitráfuguismo²⁵, es conducta tráfuga cualquier actuación de traición al sujeto político (partidos, coaliciones o agrupaciones de electores), ya sea el abandono, la expulsión o el simple incumplimiento de la disciplina de partido²⁶. ¿Y en caso de duda sobre si una actuación concreta es transfuguismo o no?, se preguntará al sujeto político²⁷. De manera que la consigna es clara: transfuguismo actualmente significa cualquier actuación contraria a la voluntad del sujeto político²⁸. Por su parte, como se verá, la no adscripción, en principio, está prevista solo cuando se incurre en las expresas causas del art. 73.3 LBRL, sin que exista una equiparación directa con el transfuguismo.

Sea como fuere, la realidad es que la asociación entre transfuguismo (hecho fáctico desencadenante) y la *no adscripción* (resultado jurídico) ha sido acogida y utilizada por la jurisprudencia del TC²⁹ primero, y del TS³⁰ después, para explicar la existencia de los miembros no adscritos, así como la legitimidad de las muchas limitaciones que conlleva esta figura. De ahí que el objetivo de «frenar y reducir el condenable fenómeno de deslealtad política conocido como transfuguismo», plasmado en un pacto aparentemente sin efectos jurídicos³¹, adquiere una fuerza jurídica incontestable a través del *miembro no adscrito*. Se trata de una categoría que verá asociadas determinadas restricciones legítimas en su estatuto de representante político³².

Sin perjuicio de otras restricciones ya mencionadas, en el terreno de las alteraciones de la composición de los grupos políticos locales, destaca la *prohibición de incorporarse a otro grupo político o de constituir un nuevo grupo político* (art. 73.3, párrafo primero, LBRL), limitación esta validada por el TC³³. Dicho de otro modo, como regla general, el concejal tiene proscrita la posibilidad de cambiar su adscripción, debiéndose mantener en el grupo que inicialmente constituya (los miembros de) la formación política que le ha presentado a las elecciones; mientras que el incumplimiento de esta premisa conllevaría su relegación a la no adscripción.

El margen para establecer limitaciones, al contrario de lo que pudiera parecer, no es absoluto. Estas deben ajustarse a la *garantía de la igualdad* para que no vulneren el núcleo de la función representativa de los concejales. Y, a su vez, el respeto de la igualdad y no discriminación ha de ser armonizada con la libertad del mandato cuyas raíces se encuentra en el propio art. 23 de la CE; hecho que significa preservar al representante político de las voluntades políticas ajenas que pudieran imponérsele mediante actuaciones jurídicamente vinculantes. Los citados equilibrios deben valorarse mediante la realización del conocido *test de proporcionalidad* (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sin que, por tanto, sean constitucionales aquellas limitaciones que restrinjan –desproporcionadamente– la libertad de mandato.

Una vez se justifiquen estas garantías, sin embargo, la licitud de las limitaciones se convierte en realidad. La misma idea se aplica a la propia existencia del miembro no adscrito. El hecho de perder la adscripción a un grupo político, con la consiguiente modulación de la composición grupal que esto conlleva, no vulnera por este solo hecho el derecho a la representación política de los concejales³⁴.

perversamente este término –que conlleva efectos jurídicos perjudiciales para el sujeto al que se le aplica– que en su origen podría haber sido justificado.

²⁵ En su última versión de 11 de noviembre de 2020, denominada Pacto por la Estabilidad Institucional.

²⁶ En términos bastante similares se han pronunciado algunos tribunales incluso antes de la última actualización del acuerdo. Por ejemplo, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014 (ROJ 4316/2014) o del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de diciembre de 2015 (ROJ 14787/2015).

²⁷ Así lo establece el párrafo tercero del primer acuerdo de la III adenda del Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en Relación con el Transfuguismo en las Instituciones Democráticas, firmada en el año 2020.

²⁸ Presno Linera (1998, p. 135) ya tuvo la ocasión de criticar, en su día, la verdadera pretensión de los pactos sobre el transfuguismo, que es el afianzamiento de la estricta disciplina de partido.

²⁹ Véase, por ejemplo, las SSTC de 18 de enero de 2012 (núm. 9/2012); de 20 de diciembre de 2012 (núm. 246/2012); de 21 de diciembre de 2017 (núm. 151/2017), o de 12 de diciembre de 2019 (núm. 159/2019).

³⁰ Entre otras, SSTC de 26 de octubre de 2020 (ROJ 3320/2020) y de 16 de diciembre de 2020 (ROJ 4353/2020).

³¹ Por todas, la STC de 18 de enero de 2012 (núm. 9/2012).

³² Véase la nota 3.

³³ En las ya citadas SSTC de 18 de enero de 2012, núm. 9/2012; y de 20 de diciembre de 2012, núm. 246/2012.

³⁴ Así lo ha reiterado el TC en una multitud de ocasiones, por ejemplo, al margen de las SSTC mencionadas en las notas antecedentes, las SSTC de 28 de enero de 2013 (núm. 10/2013); de 9 de julio de 2009 (núm. 169/2009), o de 4 de junio de 2012, núm. 117/2012). Razona el tribunal que «ni la consideración de estos diputados provinciales como miembros no adscritos de la corporación, con la consiguiente supresión del grupo mixto, ni las consecuencias que de ello derivan respecto de estos extremos de su

Si bien es cierta esta afirmación, no es menos cierto que no todo despojo de adscripción al concejal es constitucionalmente aceptado. La jurisprudencia siempre se encarga de matizar esta percepción, como ya se ha señalado, con el límite en la garantía de la igualdad y libertad de mandato. La no adscripción ha de ser proporcional al fin que se pretende conseguir. De ahí que en alguna ocasión se haya reconocido la vulneración del art. 23 CE cuando la adquisición de la condición de no adscripción se haya producido de una forma injustificada. Por ejemplo, el TS ha entendido que las alteraciones internas de las formaciones políticas no se han de asimilar a un abandono susceptible del pase de los concejales de esa formación política a no adscritos³⁵; o el TSJ de Castilla-La Mancha, que ha determinado que la calificación de un concejal como no adscrito a los efectos de la convocatoria de una sesión plenaria sin haberse seguido previamente el procedimiento de expulsión del grupo político conlleva la vulneración del art. 23 CE³⁶.

Por todo, se puede concluir que a la hora de valorar la licitud o ilicitud de una desadscripción es importante analizar circunstancialmente la producción de algunas de las causas habilitantes para tal objeto, recogidas en el art. 73.3 LBRL, que guardan origen en la voluntad de luchar contra el transfuguismo político, teniendo en cuenta los contrapesos que suponen las garantías de igualdad y la libertad de mandato³⁷.

3.2. La privación de la adscripción excede de los casos de transfuguismo

Aunque el transfuguismo está en el ánimo del régimen del miembro no adscrito, como se ha visto, sucede que el art. 73.3 de la LBRL establece –o permite– un concepto aún más amplio del concejal no adscrito (Alonso Mas, 2005, p. 98). Y su amplitud va más allá de las fronteras del transfuguismo *stricto sensu*, al posibilitar el ordenamiento jurídico (aunque en ocasiones sea por omisión) alteraciones de los grupos políticos que no guardan motivo en la comisión de una conducta tránsfuga³⁸.

Existe la posibilidad de que un concejal quede en la situación de no adscripción cuando es expulsado por el resto de los miembros de un grupo político sin haber incurrido en alguna conducta cualificada de *tránsfuga* cuando precisamente es víctima de tal conducta de expulsión llevada a cabo por el resto de los miembros del grupo en contra de la voluntad del partido político.

Además, en el razonamiento de la voluntad legislativa, se comete también un gran error al penalizar a todos los *tránsfugas* de manera indiscriminada, dado que tampoco diferencia el legislador entre *tránsfuga* «bueno» y *tránsfuga* «malo» (véase el trabajo de Català i Bas, 2014, pp. 43-77). Como se ha indicado, el transfuguismo es la simple deslealtad con el partido político, una deslealtad que ha de entenderse en sus términos más amplios, cuyo efecto más directo provocará la expulsión de dicho partido y, consecuentemente, la no adscripción al grupo político de este. Y ello por la razón de que se estaría traicionando al electorado, el cual ha votado a un determinado partido, sobre la base de un programa electoral.

Ahora bien, tal y como apunta Català i Bas (2014, pp. 51-55), si se llevara al extremo este argumento se debería plantear la posibilidad de penalizar asimismo a los propios partidos políticos cuando incumplan su

régimen jurídico, vulneran, por tanto, el derecho de los recurrentes a ejercer su *ius in officium*». Igualmente, la STC de 12 de diciembre de 2019 explica que el tribunal «viene admitiendo de un modo reiterado que poner freno al transfuguismo político es una finalidad constitucionalmente legítima y puede justificar que el legislador imponga ciertas limitaciones en el estatus del representante político que se coloca en tal situación (...)».

³⁵ STS de 24 de enero de 2020 (ROJ 212/2020). Se trataba aquí de un supuesto en el cual el Ayuntamiento de Coslada –no el propio grupo o el partido político– decidió el pase de varios concejales de un grupo político a la situación de no adscritos y la consiguiente desaparición de dicho grupo. La decisión se tomó por una alteración interna de la coalición de los partidos que se presentaron a las elecciones, entendiendo el Ayuntamiento que esta alteración provocaba la aplicación (por analogía) del art. 73.3 LBRL, asimilándolo al abandono del partido. El TS acaba determinando que las alteraciones internas de una formación política no pueden conllevar un abandono voluntario de estas.

³⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de septiembre de 2022 (ROJ 3676/2022). El supuesto enjuiciado se enmarcaba en la presentación de una moción de censura y la determinación del quórum necesario de conformidad con lo previsto en el art. 197.1 de la LOREG. La cuestión elemental era determinar la validez o no de la expulsión de un miembro del grupo político proponente de la moción de censura –siendo este, a la vez, el alcalde– y su correspondiente pase a la situación de no adscrito, dado que era trascendente a los efectos de valorar si se alcanzaba o no la mayoría absoluta requerida para la convocatoria del pleno que tuviera conocimiento de la moción de censura, dado que, de conformidad con el art. 197.1 LOREG, no cuenta el voto de los no adscritos. En este sentido, la Secretaría del Ayuntamiento de Alhambra tuvo por buena la expulsión y, por tanto, la atribución de la situación de no escrito, a pesar de no haberse seguido el procedimiento de expulsión –no había ni siquiera un acta de expulsión del grupo político que la acordó–, dado que el pleno en ningún momento tomó conocimiento de tal expulsión con carácter previo al debate y decisión sobre la moción de censura.

³⁷ Sobre el fuerte casuismo impregnado a estos asuntos se ha pronunciado el TS en la sentencia citada en la nota 48, en tanto que «la decisión concreta deberá ser dada en función del contenido del acto impugnado pues, según sea uno u otro, percutirá o no sobre el derecho de participación política».

³⁸ En este sentido lo manifiesta también el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 12 de mayo de 2022, núm. 345/2022.

programa electoral o, añadido, de frenar –desde la propia corporación local– el pase a la no adscripción cuando no es el concejal el que incurre en transfuguismo malo, sino el propio partido vulnerando su programa electoral (el sujeto tráfuga es el partido)³⁹. En este supuesto, una conducta de los concejales contraria a la disciplina de partido, pero respetuosa con el programa electoral o con la legalidad vigente, sería más bien un *transfuguismo bueno*, leal con el electorado o con el ordenamiento jurídico⁴⁰.

3.3. Una crítica a la aplicación automática del concepto político de transfuguismo como justificación última de la no adscripción

Finalmente, una última idea preocupante sobre el pretendido trasfondo de la lucha contra el transfuguismo en la razón de ser de la no adscripción radica en la configuración misma del concepto de *transfuguismo*. Si bien no existe un concepto nítido, se ha manifestado que la III adenda al Pacto Antitransfuguismo del 2020 expande enormemente las actuaciones tráfugas hasta el punto de poder considerar como tales cualesquiera conductas que vayan en contra de los intereses del partido o dirigidas a romper su disciplina interna.

El punto más preocupante de esta expansión es la correlativa ampliación de los efectos que va a producir, dado que el hecho de incurrir en una conducta tráfuga conllevará –directa o indirectamente– la no adscripción, mientras que este estado legitimará determinadas limitaciones al estatuto jurídico del concejal, limitaciones que no operarían si no se viese despojado de su adscripción.

Sin embargo, la ecuación formada por transfuguismo, no adscripción y limitación de su estatuto jurídico debe ponerse en entredicho cuando la no adscripción se origina fuera de los supuestos específicamente tipificados en la ley. ¿Por qué razón? La respuesta es que el transfuguismo no es un concepto legal ni está previsto legalmente como susceptible de generar la situación de no adscripción, a pesar de que las conductas legales susceptibles de no adscripción guarden origen en la lucha contra el transfuguismo. En el ámbito local genera no adscripción el abandono del grupo político (art. 73.3, párrafo primero, LBRL). También genera dicha situación la no integración en el grupo político que constituya la formación electoral por la que un concejal fue elegido (art. 73.3, párrafo primero, LBRL). O, por último, es provocada por el abandono o la expulsión de la mayoría de los concejales de un grupo político por parte del partido político, quedando como legítimos integrantes de este los que no estuvieran en ninguna de las anteriores situaciones (art. 73.3, párrafo sexto, LBRL).

En todos estos supuestos se presume *iuris et de iure* que los concejales que incurren en alguno de los supuestos anteriores cometen un acto de traición del partido político, un acto de transfuguismo y por tal actuación merecen el destierro a la no adscripción. Fuera de esos casos, como veremos, existen más opciones de no adscripción cuyos problemas interpretativos se resolverán, sorprendentemente, a la luz del Pacto Antitransfuguismo (Coello Martín, 2022, p. 156). Por decirlo llanamente, se resolverá al dictado del partido político al que representa el grupo afectado, el cual mantiene el poder de decisión último.

Esto último sorprende poderosamente porque el Pacto es, en principio, un acuerdo entre partidos, si tuándose en el terreno de los compromisos políticos, no en el de las normas jurídicas (Presno Linera, 1998, p. 122; en sentido similar, Siverio Luis, 2021, pp. 80-81). En este sentido, al margen de las previsiones legales específicas, no se debería permitir la limitación del derecho a la representación política del art. 23 de la CE sobre la base del Pacto, porque eso significa que un pacto sin valor jurídico es capaz de limitar un derecho fundamental. De ahí que, por ahora, considere sin matices que se debería volver a la casilla de salida: la titularidad del *ius in officium* es del concejal.

Además, es al propio concejal, como representante político, el sujeto al que le corresponde la libertad de mandato, dado que no es cierto que cualquier conducta contraria a la voluntad del partido político provoque una desestabilización de la vida política local o modifique la voluntad popular. Otra cosa sería que el legislador pretendiera blindar la disciplina de partido a través de la incorporación expresa de la prohibición de su rotura a través de normas de castigo como la no adscripción, pero esta cuestión debería preverse de forma expresa y no siempre sucede así.

³⁹ Es un supuesto para valorar –y una causa de justificación de la conducta del político acusado de transfuguismo– que se explica desde hace algún tiempo, tal y como relata de Esteban (1990, p. 11). También lo recuerda de este modo Fernández Hernández (2021, p. 119).

⁴⁰ Imaginemos un concejal que vota en contra de un acuerdo ilegal o advierte de determinadas irregularidades en un procedimiento administrativo, contrariando el criterio de su partido político o de algunos miembros de su grupo político. La razón de ser de esta posibilidad no ha sido, lamentablemente, avistada por el legislador.

Sea como fuere, lo cierto es que este asunto merece de un debate, público y académico, que vaya más allá de los simples intereses de los partidos y en el que se revisen en profundidad los conceptos de no adscripción, transfuguismo, así como plantearse si toda conducta tráfuga es merecedora de penalización con limitaciones jurídicas en el estatuto de los sujetos que incurrir en ella.

4. LAS DIFERENTES TIPOLOGÍAS DE ALTERACIONES DE LOS GRUPOS POLÍTICOS LOCALES

En línea con la idea presentada, una vez constituido el grupo local su composición no es inamovible. Ya se ha apuntado que cabe la alteración de esa composición a causa del abandono voluntario o involuntario (expulsión). Sin embargo, estas dos vías de alteración de los grupos locales tienen a su vez muchas hipótesis diferenciadas que se justifican en la convergencia de cuatro actores distintos en la esfera de influencia de los grupos políticos locales. Estos actores son los siguientes: el concejal afectado; los propios grupos políticos (formados por los concejales); la Administración local en la que se integran, y los partidos políticos con los que se presentaron a las elecciones. Visto así, el concejal *está sujeto a una triple vinculación subjetiva* en el terreno del régimen jurídico de las entradas y salidas del grupo.

La triple vinculación y su prácticamente nula regulación han sido los culpables de muchas tensiones jurídicas entre estos sujetos a lo largo de la vida política local. La raíz del problema radica en determinar el sujeto garante de los movimientos que pueden producirse en el marco de un grupo. Lo más normal es que tanto grupo como partido pretendan tener una gran autonomía decisoria a la hora de encarar una posible modificación de la membresía de los grupos. Un problema que se agrava aún más si tenemos en cuenta el teatro de operaciones: la corporación local, cuyo rol dista de tener un contorno nítido.

Por tanto, a los efectos de observar cada una de las alternativas, es preciso abundar en todas las posibles alteraciones, recogidas o no expresamente en la ley, si bien realizando una referencia previa a la pérdida de la condición de concejal.

4.1. Las alteraciones del grupo político local causadas por una decisión voluntaria del concejal

Se trata del supuesto menos conflictivo del régimen de alteraciones de los grupos locales por voluntad propia del concejal y responde a dos posibles supuestos⁴¹: la falta de integración en el grupo político del partido con el que concurrió a las elecciones, o el abandono voluntario de tal grupo político local.

Por un lado, la posibilidad de la no integración en el grupo está prevista directamente en el primer párrafo del art. 73.3 LBRL. También lo está su consecuencia inmediata, la consideración de miembro no adscrito. En este sentido, es suficiente con que el concejal afectado no suscriba el escrito de constitución de ningún grupo político local al que se refiere el art. 24.1 del ROF. Este actuar será suficiente para que quede en situación de no adscripción, por el simple motivo de que en ningún caso se produce la adscripción automática a un grupo político en el periodo de constitución de la corporación local ni este efecto viene impuesto por el ordenamiento jurídico⁴²; al contrario, está previsto como una posibilidad.

Por otro lado, también existe la posibilidad de que un concejal abandone un grupo local en el que se ha integrado previamente a través de los mecanismos previstos en los arts. 24.1 y 26 del ROF. En este supuesto será suficiente con la presentación de un escrito de abandono ante la Secretaría del Ayuntamiento correspondiente, siguiendo el procedimiento que el art. 24.1 ROF establece para la constitución de los grupos, aplicable analógicamente también en supuestos de abandono⁴³. Esta presentación producirá efectos constitutivos de la situación de no adscripción, dado que se trata de un *acto recepticio y unilateral*, no produciendo estos efectos el posterior acto de toma de conocimiento por parte del pleno (art. 25 del ROF).

⁴¹ Véase, por todas, la STSJ de Madrid de 16 de febrero de 2023 (ROJ 1863/2023). Más concretamente, esta sentencia se encarga de señalar expresamente que este tipo de abandonos o falta de integración son típicas conductas de transfuguismo y de ahí que tengan pleno encaje en el supuesto del art. 73.3 LBRL como hecho habilitador de la no adscripción: «En primer lugar, porque el soporte fáctico y jurídico en el que se asienta y fundamenta (supuesta “instrumentalidad” del partido político MÁS MADRID) ninguna relación guarda con el real y concreto supuesto que nos ocupa, que no es otro que un típico supuesto de “transfuguismo” (abandono del grupo municipal al que pertenecían)».

⁴² STSJ de Madrid de 13 de enero de 2023 (ROJ 3/2023).

⁴³ STC de 31 de mayo de 1993 (núm. 185/1993).

4.2. Las alteraciones del grupo político local causadas por la expulsión del concejal u otras causas ajenas a su voluntad

Es bastante llana la idea del abandono en clave voluntaria del grupo local o incluso de la condición de concejal por parte de un determinado representante político. Sin embargo, existe una variedad de circunstancias que nos depara la realidad en torno a la figura del concejal no adscrito que se producen al margen de los supuestos de voluntariedad. Es el caso las expulsiones del partido político, así como las expulsiones por parte del grupo político.

Sobre este tipo de expulsiones poco nos dice el art. 73.3 de la LBRL, nada el ROF y tan solo alguna ley autonómica, puntualmente, proporciona alguna respuesta más⁴⁴. De ahí que el casuismo que puede producirse en las turbulentas actividades políticas nos obligue a acudir a la jurisprudencia y doctrina consultiva a efectos de intentar cerrar un flanco ciertamente debilitado y estudiar de esta manera su viabilidad jurídica, su procedimiento y la profunda reforma que necesitarían estos aspectos.

4.2.1. Las expulsiones acordadas por parte del partido político y sus efectos en el grupo político local

El art. 73.3, párrafo primero, LBRL determina que quedarán en situación de no adscritos aquellos miembros de las corporaciones locales que no se integren en el grupo político o que lo abandonen. Alude, asimismo, en su párrafo sexto a la posibilidad de que los miembros de los grupos políticos sean expulsados del partido político y a estos les atribuye —en una lectura a *sensu contrario*— la condición de miembros no adscritos.

Esta previsión sigue siendo limitada, dado que se refiere a un supuesto muy concreto, que es el caso en el cual «la mayoría de los concejales de un grupo político abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma», concluyendo que en ambos casos serán «los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos». De su literalidad se podría entender que solo en este supuesto, cuando sean expulsados la mayoría de los concejales, se producirá la no adscripción, sin que se aplique este supuesto para aquellos casos en los que el partido político formalice, por ejemplo, la expulsión individual de alguno de los concejales⁴⁵.

La cuestión se resolvió hace años por la jurisprudencia y ahora es pacífico que el precepto comprende no solo el abandono voluntario, sino también el involuntario, causado por la expulsión del partido político⁴⁶. La justificación de que la expulsión del partido conlleve también la salida del grupo constituido por dicha formación se motiva en que es el partido político el titular del *derecho de constitución de los grupos políticos*; un derecho que se canaliza a través de los representantes políticos que dicha formación ha presentado a las elecciones⁴⁷. Y es precisamente esta idea la que se traslada en el párrafo primero del art. 73.3 de la LBRL. De ahí que no tuviera sentido que una expulsión del partido político careciera de efecto alguno sobre la condición de miembro del grupo político constituido por dicho partido. El mismo razonamiento se puede aplicar en aquellos supuestos que no son de expulsión en sentido estricto, sino de desaparición de un determinado partido político⁴⁸.

⁴⁴ El silencio normativo sobre la posibilidad de que la expulsión (del grupo político) sea habilitante de la no adscripción es dudosa para algún autor, como, por ejemplo, Nogueira Martínez (2012, p. 86).

⁴⁵ Por la razón de que el titular del *ius in officium* no es el partido, sino el representante político (por todas, véase la STC de 4 de febrero de 1983, núm. 5/1983), incluso se podría defender que el art. 73.3, párrafo sexto, de la LBRL no contuviera los supuestos de expulsión del partido político como presupuesto de la situación de no adscripción. Sin embargo, esta idea es difícil de sostener.

⁴⁶ Destaca una línea interpretativa realizada por muchas sentencias del TSJ de Madrid entre los años 2006 y 2008 en los que se cuestionaba precisamente que el art. 73.3 LBRL comprendiera también la expulsión del partido político como presupuesto automático de la no adscripción. Por citar un ejemplo, la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2008 (ROJ 22047/2008), en la que se reitera la doctrina del tribunal, argumenta que el concepto «abandono» al que se refiere el citado precepto incluye cualquier forma de abandono, sea voluntario e involuntario y, por tanto, en este último caso, se incluiría también el supuesto de la expulsión de la formación política. Esta interpretación —sin perjuicio de que se dio en algunas otras sentencias puntuales antes del TSJ de Madrid— se impuso y consolidó posteriormente, tal y como explica el Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, de 13 de junio de 2013, núm. 2013/0311. Y, finalmente, fue aceptada recientemente por el TS en su ya citada sentencia de 24 de enero de 2020 (ROJ 212/2020), en la cual se recapitulaba que «la figura del concejal no adscrito deriva de su falta de integración en un grupo político municipal, ya sea voluntaria o por expulsión de la formación política por la que fueron elegidos y que constituyó el grupo político municipal». Igual de didáctica resulta la STSJ de Andalucía de 8 de septiembre de 2021 (ROJ 14715/2021).

⁴⁷ La STC de 28 de enero de 2013, núm. 10/2013, ha señalado que «son los partidos políticos o, en su caso, las agrupaciones de electores (que la ley define conjuntamente como “formación política”) los que constituyen los grupos políticos municipales».

⁴⁸ Véase la sentencia del TC citada en la nota anterior, que confirma el criterio de que un grupo político municipal debe ser disuelto como consecuencia de la ilegalización del partido que lo constituyó, dado que el mantenimiento del grupo político correspondiente

Más problemática resulta, sin embargo, la fijación del procedimiento administrativo que seguir por parte del ayuntamiento ante la expulsión de un concejal, llevada a cabo por su partido para determinar su no adscripción. La regulación es escasa. El párrafo sexto del art. 73.3 LBRL atribuye al secretario de la corporación la potestad de dirigirse a la formación política que presentó la candidatura del citado concejal a efectos de que «notifique la acreditación de las circunstancias señaladas» (la expulsión o el abandono). Ante esta situación, la jurisprudencia del TC ha optado por aplicar por analogía el procedimiento previsto en los arts. 24 y 25 del ROF para la constitución de los grupos políticos⁴⁹. De estos dos preceptos se desprende que los grupos políticos se constituyen mediante escrito dirigido al presidente y suscrito por todos sus integrantes, del que se dará cuenta al pleno en la primera sesión que se celebre.

Así las cosas, todo parece indicar que, en términos generales, las etapas procedimentales de una expulsión por parte del partido político se dividen en tres: a) escrito dirigido al presidente de la corporación y suscrito por el representante del partido político que presentó a las elecciones a un determinado representante local (art. 24 ROF); b) posibilidad de que el secretario de la corporación solicite la acreditación de dichas circunstancias (art. 73.3, párrafo sexto, LBRL) para aquellos supuestos en los que puedan existir dudas, y c) toma de conocimiento por parte del pleno en la próxima sesión plenaria (art. 25 ROF).

Ahora bien, ¿la corporación local se debe limitar a acusar el recibo de una determinada certificación o declaración de expulsión por parte del representante del partido político? O, en caso contrario, ¿puede controlar la legalidad de la citada expulsión? Aunque la respuesta dista de ser pacífica, en mi opinión la corporación no puede limitarse a aceptar de forma automática la declaración de expulsión. La razón se halla en la legislación de los partidos políticos. La LOPP establece que estas formaciones gozan de *libertad organizativa*, pero que ello no les exime de ajustarse al ordenamiento jurídico vigente en la toma de dichas decisiones (art. 6). De esta manera, se puede observar que el art. 3.2 s) LOPP determina cómo deben las formaciones políticas aplicar la potestad disciplinaria: siguiéndose un *procedimiento contradictorio* en el que se garanticen los derechos a ser informado de los hechos, a ser oído con carácter previo a la imposición de sanciones y a que el acuerdo sea motivado⁵⁰.

En este punto es necesario advertir que la imposición de las sanciones disciplinarias de los partidos políticos es una cuestión de carácter civil (en este sentido también apunta Siverio Luis, 2021, p. 90), siendo los juzgados y tribunales de este orden los que conocerán de cualquier cuestión relacionada con las medidas disciplinarias que puedan adoptar (art. 40 en relación con el art. 1.3 y la DF segunda de la LODA). Pero una cosa es que la expulsión del partido político se dirima en la jurisdicción civil como un asunto *interprivatos* y otra cosa es que la Administración no pueda (o no deba) controlar nada con respecto al efecto (el pase a la situación de no adscrito) que dicha expulsión produce en el terreno administrativo. Un efecto que, en algunas ocasiones –aunque sean escasas– puede vulnerar el *ius in officium* del representante político y, consecuentemente, ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sobre esta cuestión encontramos un primer criterio que se estableció en unas ya lejanas sentencias del TS, fechadas en 28 de diciembre de 1984 y de 2 de marzo de 1982:

[...] ante la comunicación de un partido político a una Corporación local dando cuenta de la pérdida de la condición de miembro del mismo de una persona que ostenta un cargo electivo municipal, el órgano plenario de la Corporación está obligado a calificar o examinar si se dan los requisitos esenciales (formalidades extrínsecas) que aparentemente legitiman la decisión

a un partido ilegalizado y, por tanto, disuelto, no dejaría de constituir un mero fraude legal, al no dejar de ser un intento de rodear los efectos del art. 12 de la Ley Orgánica 6/2012, de 27 de junio, de partidos políticos (LOPP, en adelante).

⁴⁹ STC de 31 de mayo de 1993 (núm. 185/1993).

⁵⁰ Como reitera la Sala Civil del TS, por todas, en la STS de 7 de julio de 2020 (ROJ 2166/2020): «En los partidos políticos, el derecho a la autoorganización propio de toda asociación, que les es reconocido en el art. 6 de la Constitución al prever que “su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley”, tiene un límite en el derecho de los propios afiliados a la participación en su organización y funcionamiento (STC 56/1995, de 6 de marzo), que, como prevé ese precepto constitucional, deberán ser democráticos. Lo anterior supone, como declara la sentencia del Tribunal Constitucional citada en el anterior párrafo, que se reconoce, aunque sea indirectamente, un derecho de los afiliados a no ser expulsados del partido si no es por las causas y siguiendo el procedimiento establecido en la ley y en los estatutos. Este derecho a permanecer en el partido es el presupuesto de los demás derechos de participación democrática que tienen como afiliados. Existe pues, una tensión entre el derecho de autoorganización del partido político, en su faceta sancionadora o disciplinaria (prever en sus estatutos las infracciones de los afiliados, las sanciones asociadas a tales infracciones, los procedimientos disciplinarios y los órganos competentes para tramitarlos, y adoptar las decisiones disciplinarias, con respeto del contenido mínimo derivado de los arts. 6 y 22 de la Constitución y del art. 3.2 s de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos) y el derecho de los afiliados a permanecer en el partido político y participar en su organización y funcionamiento democráticos».

de baja, pues al menos deben quedar acreditados que ésta fue adoptada por el órgano competente, a través del procedimiento establecido y mediante decisión motivada⁵¹.

Dicho de otro modo, lo que el TS está defendiendo es que la corporación local, como consecuencia de la comunicación de la expulsión por parte de un partido político, *deberá examinar* el citado acuerdo de expulsión. Más concretamente, deberá fiscalizar si se han cumplido, como mínimo, tres elementos esenciales denominados *formalidades extrínsecas* y que son las siguientes: a) que la resolución ha sido adoptada el órgano competente; b) que se ha llevado a cabo siguiendo el procedimiento establecido, y c) que ha sido motivada.

Parece que esta interpretación es la que, poco a poco, se está imponiendo en el terreno de los órganos consultivos⁵² y también en algunos pronunciamientos judiciales⁵³, en un criterio por el cual debe entenderse además que no se puede entrar a controlar la *legalidad sustantiva* del acuerdo adoptado por el partido político, dado que ello supondría una intromisión indebida en la autonomía del partido (art. 6 LOPP).

Una vez delimitado el campo de las formalidades extrínsecas, es preciso plantearse quién y cómo se realiza dicha verificación.

Respecto de lo primero, la legislación (art. 73.3, párrafo sexto, in fine) sugiere atribuir al secretario unas potestades sobredimensionadas respecto de la no adscripción de los concejales no adscritos cuando estos son expulsados del partido político. Se le atribuye la potestad de dirigirse al partido político para que acredite las circunstancias de la expulsión (o, en su caso, el abandono del partido). La exigencia de la acreditación de estos extremos no es tan sencilla de aplicar como parece. No se trata de un mero requerimiento del acuerdo de expulsión para impulsar el procedimiento que en el seno de la corporación local llevará a la no adscripción del electo expulsado. Toda vez que la corporación ha de controlar el cumplimiento de los elementos procedimentales de la expulsión referenciados, será tarea del secretario informar al alcalde sobre tales extremos. Mientras que, en caso de que exista validación, el alcalde se limitará a *dar cuenta al pleno del acuerdo de expulsión* (art. 25 ROF), sin adoptarse resolución alguna por parte de ningún órgano de la corporación local. Por tanto, el único pronunciamiento expreso sobre la concurrencia de los requisitos procedimentales de la expulsión será del secretario. Una tarea ciertamente comprometedor si se tiene en cuenta, además, que lo que debe verificar es, en realidad, el procedimiento tramitado por un partido político.

Y, en segundo lugar, ¿qué documentación puede llegar a requerir el secretario para verificar dichas «formalidades extrínsecas»? Aquí está el centro del conflicto, dado que ninguna norma ofrece el más mínimo indicio sobre ello⁵⁴. Esta circunstancia nos lleva nuevamente a tener que ofrecer soluciones a partir de criterios meramente casuísticos.

De entrada, lo natural será que la formación política aporte una simple certificación o declaración de la expulsión de un concreto afiliado de su partido que, a su vez, tiene la condición de miembro de la corporación local a la que se dirija dicho escrito. Sobre la suficiencia o no de dicho documento, el Consejo Consultivo de Andalucía (en adelante, CCA) y el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (en adelante, CCCV) han estado realizando verdaderos ejercicios de equilibrio a la hora de esbozar la documentación que se debe requerir y, por ende, fiscalizar por parte de las entidades locales.

En un primer momento, el CJCCV, en su dictamen de 13 de junio de 2013, determinó que si lo que debía verificarse por parte de la corporación eran los aspectos procedimentales antes citados, el secretario tenía que requerir, además de la comunicación de la expulsión (certificación, declaración, etc.), toda aquella documentación acreditativa del acuerdo adoptado por el órgano competente de la formación política y de que

⁵¹ STS de 28 de diciembre de 1984 (ROJ 1962/1984) que cita, a su vez, la sentencia del mismo tribunal de 2 de marzo de 1982.

⁵² Así, cabe destacar los dictámenes del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (núm. 311/2013) y de 15 de septiembre de 2021 (núm. 540/2021), así como el del Consejo Consultivo de Andalucía de 14 de febrero de 2018 (núm. 81/2018). Más concretamente, este último dictamen destaca –siguiendo el criterio del órgano consultivo valenciano– que «la Entidad Local no puede limitarse a comprobar únicamente que quien remite dicha comunicación del acuerdo de expulsión es efectivamente el representante político, coalición o federación (...), sino que deberá comprobar, además, que el acuerdo ha sido adoptado por el órgano competente, a través del procedimiento establecido. Todo ello, observando las cautelas a las que ya nos hemos referido en este dictamen, en el bien entendido de que la Corporación no puede entrar en el examen de la “legalidad sustantiva” del acuerdo adoptado por un partido político o coalición política acerca de la expulsión del concejal, ya que ello supondría una intromisión indebida en la autonomía de los partidos».

⁵³ STSJ de Andalucía de 8 de septiembre de 2021 (ROJ 14715/2021), confirmando el criterio del antecitado Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía.

⁵⁴ Además, del estudio de las diferentes resoluciones judiciales y, sobre todo, los dictámenes de los órganos consultivos citados anteriormente, se puede extraer una tendencia a la resistencia por parte de los partidos políticos a facilitar información sobre esta cuestión, al interpretar –por lo general– que las entidades locales se estarían inmiscuyendo en sus asuntos internos.

se ha seguido el procedimiento fijado al efecto o, al menos, el trámite de audiencia. Más tarde, el CCA, matizando dicho criterio, señaló que la documentación exigible varía en función de las circunstancias del caso, pero condicionando la documentación a verificar aquello alegado por parte de los concejales afectados por dicha decisión. En este sentido, a título ejemplificativo, si el representante político denuncia irregularidades en el procedimiento disciplinario por omisión de la audiencia, este será el documento que deberá solicitarse por el secretario y, en su caso, ser sometido a la verificación correspondiente desde el punto de vista procedimental a la luz de la normativa disciplinaria del partido⁵⁵. Recientemente, parece que el CJCCV, en su Dictamen de 15 de septiembre de 2021, también ha girado hacia esta segunda opción. Corrigiendo ligeramente su doctrina anterior, parte de la base de que sea suficiente con una declaración o manifestación de los hechos por parte de la secretaria general del partido político. Sin embargo, no se trata de una afirmación absoluta, sino que *la condiciona a que exista un trámite de audiencia previa* al concejal en cuestión con la finalidad de garantizar la plena certeza de los hechos y evitar así la indefensión de este a la vista de que, en principio, la corporación local no tendrá toda la documentación que debería fiscalizar. Se deduce así –en una lectura entre líneas– que el CJCCV no considera suficiente la declaración del secretario general del partido para garantizar los hechos y las circunstancias de la expulsión del partido y de ahí que enmiende la postura que había adoptado en el 2013 aceptando el trámite de audiencia al representante político afectado. Ahora bien, si como consecuencia de la audiencia se cuestionase algún aspecto procedimental, apunta que será necesario requerir nuevamente la acreditación de estos hechos⁵⁶.

Sobre la anterior encrucijada, considero ciertamente tímida la contención de sendos órganos consultivos a la hora de requerir el entero expediente disciplinario tramitado por el partido. Es comprensible que se pretenda preservar una cierta armonía entre la libertad organizativa del partido político y los deberes control sobre las formalidades extrínsecas que puede tener la corporación local, limitando en la mayor medida posible el requerimiento de toda la documentación procedimental sobre la expulsión. No obstante, la introducción de un trámite de audiencia con el único objeto de trasladar al concejal afectado la responsabilidad de poner de manifiesto las posibles deficiencias procedimentales significa trasladarle una carga que, en principio (ex art. 73.3, párrafo sexto, LBRL) le corresponde a la Administración. Más concretamente, si se asume el criterio del control de las formalidades extrínsecas que de antaño propuso el TS, la consecuencia natural que se produce es que deba requerirse *la totalidad del expediente disciplinario* seguido por parte de la formación política.

4.2.2. Las vicisitudes de la expulsión del grupo político local acordada por el propio grupo

Si algo no prevé el art. 73.3 de la LBRL es que la expulsión de un miembro de un grupo político sea acordada por el propio grupo. El párrafo sexto del precepto se refiere literalmente a la *formación política*, expresión que engloba exclusivamente al partido político y entidades asimiladas, sin que incorpore la expulsión formalizada por el propio grupo.

Ahora bien, a pesar de que los grupos locales no tengan personalidad jurídica propia porque ninguna norma se la atribuya⁵⁷, hace años que la jurisprudencia se ha encargado de trazar la línea distintiva de las voluntades entre grupo y partido político, estableciendo una suerte de autonomía jurídica del primero frente al segundo⁵⁸. Y esta razón tendrá una relevancia trascendental para decantar la balanza hacia la posibilidad de la expulsión.

⁵⁵ Dictamen del CCA de 8 de septiembre de 2018 antes citado. Concretamente señala que «cabe concluir que la documentación a exigir variará en función de las circunstancias del caso, siendo evidente que cuando se denuncie la actuación de un órgano incompetente, la omisión del procedimiento, la falta de audiencia, u otras irregularidades, no será suficiente con la acreditación certificada del acuerdo de expulsión».

⁵⁶ Lo indica de la forma siguiente: «Per això, segons el parer d'aquest Òrgan consultiu, i a fi de facilitar i agilitzar la "presa en consideració" de la condició de "regidor no adscrit", i garantir, al mateix temps, la plena certesa dels fets esdevinguts en relació amb la seua expulsió, s'estima procedent que s'admeta la citada declaració o manifestació de fets per part de la secretària general del partit, la representació del qual assumeix, amb audiència del regidor afectat el Sr. X, a fi que pugui corroborar o qüestionar les formalitats externes de la seua expulsió, és a dir, els fets relatats per la citada secretària del partit (...). En el cas que, al marge de la legalitat substantiva, aquests fets foren qüestionats o negats pel regidor afectat, haurà de requerir-se de nou l'aportació a la representant del partit de la documentació acreditativa d'aquests fets».

⁵⁷ STS de 5 de marzo de 2014 (ROJ 1123/2014).

⁵⁸ Varios han sido los pronunciamientos del TC en este sentido, siendo el más claro el establecido en la STC de 1 de marzo de 1990, núm. 36/1990, en la cual se apreció lo siguiente: «De este modo, sin necesidad de ahondar ahora –pues no es imprescindible para nuestros fines– en la difícil naturaleza jurídica, tanto de los partidos políticos como de los Grupos Parlamentarios, resulta indudable

Tempranamente el TS se vio forzado a pronunciarse sobre las decisiones de expulsión de alguno de sus miembros por parte de los grupos políticos, en dos sentencias: de 8 de febrero de 1994 y otra de 14 de mayo de 2002⁵⁹. El tribunal sostuvo la posibilidad de que los grupos pudieran decidir sobre este aspecto a partir de una idea fundamental: *su carácter bifronte*.

Por un lado, el grupo político tiene una base asociativa, dado que se trata de diferentes miembros con ideología, ideas y actuación política comunes que se unen para dirigir sus acciones en el seno de la corporación local, lo cual provoca una *fuerte prevalencia* de la voluntad del grupo a la hora de decidir sobre la adquisición y la pérdida de la cualidad de miembro de este⁶⁰, debiéndose tomar las decisiones por mayoría simple de sus miembros⁶¹. Aunque el TS no haga hincapié, se deduce con facilidad que dicha prevalencia en el régimen interno del grupo se sobrepone sobre cualquier otra voluntad en aplicación del contenido esencial del derecho de asociación del art. 22 CE y la ley que lo desarrolla, esto es, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación (LODA)⁶².

Por otro lado, y a pesar de la idea anterior, los grupos no dejan de estar «sometidos a un régimen de reglamentación administrativa y siendo piezas básicas en la formación de la voluntad de los Entes de la Administración local», en palabras del TS. De ahí que observe una dimensión pública y administrativa suficiente en lo que se refiere a las decisiones de admisión o expulsión de los grupos como para que sus decisiones puedan estar sometidas a la fiscalización jurisdiccional contencioso-administrativa, aunque muy limitadamente⁶³. Sin embargo, más discutible resulta la posibilidad de interponer los correspondientes recursos en vía administrativa. Entre los pocos pronunciamientos judiciales existentes, los tribunales se han decantado por la revisión en vía judicial, pero sin dar más detalles sobre la posibilidad de revisión por la Administración de su propio acto de *toma de conocimiento*. En el ámbito doctrinal no mejora el panorama, dado que se encuentran opiniones variopintas sobre este aspecto. Algunas opiniones entienden que no puede haber pronunciamiento en vía administrativa respecto de la toma de conocimiento⁶⁴. Otras consideran que el criterio del TS es controvertido, hecho provoca la necesidad de colmar dicha controversia mediante su regulación en el reglamento orgánico (Alonso Higuera, 2015, p. 135).

Lo primero que se puede vislumbrar sobre la decisión de expulsión es que no es emitida por la Administración, es del grupo político, mientras que el único acto –si así se le puede denominar– producido por la Administración es la toma de conocimiento de la expulsión. Asimismo, el tribunal no aclara si la Administración puede controlar, en vía administrativa, la legalidad o cualquier otro aspecto de la expulsión, mientras que las pistas que ofrece son escasas e incluso contradictorias.

la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de voluntades presentes entre ambos, de forma que no tienen por qué coincidir sus voluntades (como sucedería en los supuestos en los que los grupos parlamentarios estén integrados por parlamentarios procedentes de distintas formaciones políticas, integrantes de coaliciones electorales y que hayan concurrido conjuntamente a las elecciones), aunque los segundos sean frecuentemente una lógica emanación de los primeros". Este criterio se reiteró luego en la STC de 17 de diciembre de 2007, núm. 251/2007, que recordó, previa cita de la sentencia de 1990, que «este Tribunal Constitucional ha asumido que partidos políticos y grupos parlamentarios son realidades conceptualmente distintas, por lo que la afirmación de su identidad fáctica en un caso concreto no puede erigirse en criterio que impida al grupo parlamentario concernido el acceso al proceso precisamente para cuestionar esa identidad (...)». O, finalmente, en la STC de 28 de enero de 2013 antes citada, reiterando la doctrina del propio tribunal, señala lo siguiente: «De igual manera, en diversas ocasiones hemos puesto de relieve las diferencias sustanciales que, desde la óptica del art. 23 CE existen entre el partido político y el grupo parlamentario. Así, en la STC 36/1990 de 1 de marzo, FJ 1, señalamos que "conforme a la doctrina de este Tribunal, los titulares del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos representativos y con los requisitos que señalen las Leyes (art. 23.2 de la Constitución) son los ciudadanos, por mandato de dicho precepto, y no los partidos políticos"».

⁵⁹ SSTs de 8 de febrero de 1994 (ROJ 15584/1994 y 12769/1994); así como de 14 de mayo de 2002 (ROJ 3373/2002).

⁶⁰ Esta idea se repitió con posterioridad –aunque a modo de simple *obiter dicta*– en la STS de 14 de mayo de 2002 (ROJ 3373/2002).

⁶¹ Además de las sentencias citadas en las notas anteriores, véase también la STS de 16 de junio de 2022 (ROJ 2425/2022), la cual se pronuncia sobre qué mayoría es preceptiva para decidir el cambio de portavoz del grupo político. Apunta el Alto Tribunal que no procede exigir la unanimidad del grupo, dado que este tipo de acuerdos es una excepción que solo se podría prever mediante ley, mientras que la decisión por mayorías es la regla general, hecho que no deja de derivar de la necesidad de que el funcionamiento interno de los partidos políticos debe ser democrático (art. 6 CE), principio que expande al propio funcionamiento del grupo político.

⁶² La doctrina general de la vertiente negativa del derecho de asociación es la que utiliza el Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana de 13 de diciembre de 2012, núm. 2012/0925, para defender y reforzar la idea que sostuvo el TS en el año 1994, con cita expresa a la STC de 22 de noviembre de 1988, núm. 218/1988, en la cual el tribunal dijo que los acuerdos de expulsión de las asociaciones son una expresión del derecho de asociación.

⁶³ Esta es también una postura que se ha ido imponiendo con carácter general entre la jurisprudencia menor.

⁶⁴ En el mismo sentido, Fernández García (2018, p. 306): «en efecto, una manifestación más de que los grupos no son órganos de las instituciones en las que se insertan, es que sus actos no son objeto de control por estas, sino directamente por los tribunales de justicia».

Así las cosas, uno de los argumentos que utiliza el tribunal para validar el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa es que el acto plenario de darse por enterado de la decisión del grupo no deja de ser *una conducta administrativa*. Una conducta sobre la que puede debatir y tomar una decisión que, aunque no lo apunte específicamente, se dice que puede ser en dos sentidos: darse por enterado o no hacerlo⁶⁵. Prosigue el tribunal que, por esta razón, su «legalidad» es susceptible de sometimiento al examen de esta jurisdicción, aunque reconozca, *obiter dicta*, que el alcance de la revisión contencioso-administrativa sea realmente escaso. Precisamente, resulta contradictorio con las ideas anteriores que, al entrar en el fondo del asunto, el tribunal parece limitar enormemente el alcance del control jurisdiccional contencioso-administrativo sobre este tipo de decisiones. Dice, ni más ni menos, que la decisión de los grupos en este campo tienen una «fortísima prevalencia», que tienen una *amplia discrecionalidad* y que *el control jurisdiccional es realmente escaso*. ¿Qué es, entonces, susceptible de control contencioso-administrativo? Pocas pistas ofrecen estos pronunciamientos del TS. Lo que está claro, sin embargo, es que la admisión del acceso a esta jurisdicción debe pretender ejercer algún tipo de control, aunque sea mínimo, ya que, contrariamente, estas sentencias vendrían a ser –en sí mismas– una antinomia⁶⁶.

A pesar de las limitaciones de este criterio, posteriormente la contienda judicial ha seguido y parece ser que ha permanecido tal cual se expone. La STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2017 siguió la mentada interpretación a pesar de no considerarla jurisprudencia y, como tal, vinculante. El TSJ entendió al acto de dar cuenta al pleno de la expulsión de un miembro por parte de su grupo político local como un acto administrativo susceptible de ser enjuiciado en el orden contencioso-administrativo, en línea con las decisiones anteriores del TS⁶⁷.

Ahora bien, no ha sido hasta hace poco que se ha dado –aunque indirectamente– algún argumento de peso para justificar el conocimiento del orden jurisdiccional contencioso, mediante el asunto que se conoció en la STS de 24 de enero de 2020⁶⁸. Un supuesto en el cual la actuación de la Administración provocó el pase a no adscritos de varios concejales sin que estos fueran expulsados o abandonaren por voluntad propia el grupo. El Ayuntamiento, interpretando que las alteraciones internas de los partidos (coaliciones en dicho caso) generarían *ex lege* la no adscripción de los miembros del grupo de dicho partido, equiparó la situación a un abandono. El TS, sin embargo, señaló que esa interpretación era totalmente injustificada, con lo cual se vulneraba el art. 23 de la CE cuando –tal y como hemos visto– el pase a la situación de no adscritos no suele conllevar, por lo general, la vulneración de dicho derecho fundamental.

La enseñanza de este último pronunciamiento, aplicable al debate concreto que se presenta en este epígrafe, es que la reserva de un cierto control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene sentido cuando la Administración, a través de su actuación, produce una vulneración manifiesta de algún derecho fundamental de los concejales a través de la *toma en consideración* o incluso con un acuerdo expreso de su pase a no adscritos.

Es asimismo ilustrativa de ello la STSJ de Madrid de 26 de junio de 2019, relativa a aquellos supuestos en los que la corporación local tome en consideración un escrito tramitado por un representante electoral como adecuado para el pase a la situación de no adscritos de determinados miembros de un grupo sin disponer de los elementos probatorios suficientes como para que se cumplan los presupuestos del art. 73.3 LBRL, supuesto en el cual se incurriría en nulidad del acuerdo de toma en consideración⁶⁹. De igual modo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de septiembre de 2022 señala que se vulnera el derecho fundamental del art. 23 CE en aquellos supuestos en los que la persona titular de la secretaría de la corporación, sin previa toma en consideración por parte del pleno y sin más procedimiento, decide aplicar automáticamente un acuerdo de expulsión del grupo político y tener por no adscrito a un concejal⁷⁰.

Sin embargo, estas ideas tampoco acaban de encajar del todo con el interrogante sobre qué puede controlarse de una decisión de un grupo político, dado que en el primero de los ejemplos citados no enjuicia-

⁶⁵ Todo ello cuando en las SSTS de 8 de febrero de 1994 sostiene que «con esto queremos decir que en principio el acto de dación de cuenta del presidente al Pleno no excluye que éste pudiera debatir o contestar su contenido, o bien –como ha ocurrido en este caso– que se limite a darse tácitamente por enterado».

⁶⁶ De hecho, llama la atención el voto particular formulada por el magistrado Luis Antonio Burón Barba en las sentencias de 1994, conforme el cual defiende que las decisiones de expulsión de un miembro de un grupo político «no puede calificarse como acto de la Administración», como tampoco lo sería el acto de dar cuenta al Pleno y, como tal, no son actuaciones sometidas al derecho administrativo.

⁶⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2017 (ROJ 1454/2017).

⁶⁸ STS de 24 de enero de 2020 (ROJ 212/2020).

⁶⁹ STSJ de Madrid de 26 de junio de 2019 (ROJ 5855/2019).

⁷⁰ STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de septiembre de 2022 (ROJ 2676/2022).

ba propiamente una decisión de dicho sujeto, sino una actuación del Ayuntamiento. De igual manera, en el segundo de los casos tampoco existió una decisión de un grupo, sino de un representante electoral. Mientras que en el tercero de los casos, sí existía una decisión del grupo, pero se anulaba porque no se había seguido el procedimiento (refiriéndose a la falta de toma de consideración por parte del pleno, sin más añadido).

Los únicos indicios que pudieran deducirse de la posibilidad de control que eventualmente tuviera la Administración y el juez administrativo es que se deben limitar a verificar la realidad de los hechos, si existe o no expulsión, si existe o no abandono y si estos presupuestos son adoptados por los sujetos que deben hacerlo, sin más trámite administrativo que la toma de conocimiento por parte del pleno de la corporación local. Fuera de aquí, y siempre a la luz de la jurisprudencia citada, poco parece que pueda revisarse por la Administración o, incluso, por el juez. En el mismo sentido, parece que en la toma de razón no cabe que el pleno ni siquiera vote la pertinencia o no de la expulsión y si esta se ha realizado correctamente o no⁷¹. El único control formal (y limitado) que puede hacerse se realizará por parte del secretario de la entidad local, a efectos de comprobar si se dan las circunstancias del abandono o la expulsión, aplicando analógicamente lo previsto para los abandonos o expulsiones formalizadas por la formación política del párrafo sexto del art. 73.3 LBRL⁷².

Con ello no se quiere decir que esta regulación y su interpretación sean las correctas. De hecho, en mi opinión, lo más razonable sería zanjar el asunto de una forma mucho más clarificadora, dada la inseguridad jurídica que generan los titubeantes criterios mostrados hasta ahora. No considero que haya inconveniente en que la Administración local ejerza un cierto control de legalidad de esa toma en consideración incluso más allá de la mera observancia de los requisitos formales.

Se podría habilitar, de *lege ferenda*, un procedimiento de control por parte de la Administración que tenga carácter reglado, similar al que se ha destacado y defendido en este trabajo respecto de aquellas expulsiones acordadas por el partido político. En cualquier caso, este procedimiento debería respetar y, por tanto, complementarse, con la *autonomía organizativa* propia de los grupos políticos –tanto respecto de los partidos políticos como respecto de las Administraciones–, asentando simplemente unos requisitos *de minimis* que garanticen el derecho a la defensa de los miembros que son expulsados⁷³. Eso sí, dada la dimensión pública de las decisiones de los grupos en lo que se refiere el régimen de sus alteraciones, la idea que se estaría trasladando con esto es que se garantizan los contornos de la autonomía organizativa, pero al mismo tiempo se veta la *desorganización*, la cual perjudicaría a aquellos miembros que se vieran afectados por este tipo de decisiones.

5. LA VIABILIDAD DE UN RETORNO AL GRUPO POLÍTICO LOCAL INICIAL

Una última cuestión que puede plantearse es si una vez adquirida la condición de miembro no adscrito por cualquier causa, el representante político puede volver a reincorporarse a un grupo político, ya sea al grupo en el que originariamente se integró.

⁷¹ Aunque sea respecto de una expulsión realizada por el partido político, el criterio que en este sentido se ha apuntado por parte de la STSJ de Andalucía de 8 de septiembre de 2021 (ROJ 14715/2021) también nos puede servir en este caso.

⁷² Esta idea se desprende también de la sentencia citada en la nota anterior, en la cual sostiene que el Ayuntamiento «se ha limitado a constatar en correcta aplicación del art. 73.3 LBRL que el ahora apelante ha sido expulsado del partido político en el que se había integrado para ser elegido como Concejal (...)».

⁷³ Resulta interesante el tratamiento que de este tema realizó el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana en su Dictamen de 13 de diciembre de 2012, núm. 2012/0925, proponiendo un *procedimiento contradictorio* equiparable al de un procedimiento disciplinario *stricto sensu*. El órgano consultivo recomendó una posible regulación de este procedimiento en los reglamentos orgánicos de las entidades locales. Un procedimiento en el que se garanticen derechos propios del procedimiento sancionador: derecho a ser informado de los hechos motivo de la expulsión; derecho de defensa y audiencia, y derecho a una decisión motivada. Este procedimiento sería de aplicación supletoria en defecto de regulación que pudieran contener unos eventuales estatutos de los grupos políticos, todo ello con el fin de no traspasar la libertad organizativa de estos. En esta línea, es preciso destacar la reciente regulación realizada por el Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Lleida de 29 de abril de 2022 en su art. 62.3, en el cual se articula un procedimiento de expulsión de los miembros de un grupo municipal por parte de los demás miembros de aquel grupo. Este precepto prevé los siguientes trámites: un acuerdo inicial en el cual se señalen las razones por las cuales se pretende la expulsión; la notificación del acuerdo; el otorgamiento de un trámite de audiencia al concejal afectado, y un acuerdo definitivo que se notifique al concejal afectado donde se tengan en consideración las alegaciones que este habrá podido presentar. También establece ese artículo que el cumplimiento de estos aspectos adjetivos de la expulsión deberá acreditarse ante el secretario de la corporación con carácter previo a la toma de razón por parte del pleno, y que no se podrá verificar por parte de la corporación municipal la *legalidad substantiva* del acuerdo, limitándose, de esta manera, a fiscalizar únicamente los aspectos de naturaleza procedimental.

El primer obstáculo en el camino a la reintegración, con independencia de cuál sea el supuesto concreto en el marco del que se pueda dar, es que la legislación de régimen local parece limitar la incorporación a los grupos políticos al *momento inicial de constitución de las entidades locales*, tras las correspondientes elecciones.

Esta idea no se deduce directamente del art. 73.3 de la LBRL, dado que el precepto solo dispone que los miembros de las corporaciones locales se deben constituir en grupos políticos «a los efectos de su actuación corporativa». Es el ROF el que apunta en la dirección señalada. En primer término, el art. 24.1 de este texto reglamentario establece que «los grupos políticos se constituirán (...) dentro de los cinco días hábiles siguientes a la constitución de la Corporación». Por su parte, el art. 25 del ROF determina que el presidente debe dar cuenta al pleno en la primera sesión que celebre.

Nada especial añaden, en términos generales, las legislaciones autonómicas en la materia⁷⁴, con lo cual se podría entender que el protagonismo se cede al reglamento orgánico y, en su defecto, al ROF⁷⁵. Sin embargo, la idea apuntada en el epígrafe anterior, conforme la cual en temas de organización interna de los grupos prevalece la voluntad de sus integrantes, podría abrir la puerta a un cambio de signo.

Es preciso en este momento remontarnos a la STC de 31 de mayo de 1993⁷⁶. El litigio constitucional conoció de un asunto en el cual cinco concejales del grupo socialista (inicialmente formado por seis) del Ayuntamiento de Barañain presentaron en el registro general del consistorio su renuncia a formar parte del grupo socialista y solicitando el ingreso en el grupo mixto. Unos días más tarde, y una vez la Comisión Ejecutiva Federal del PSN/PSOE aceptó la renuncia, los cinco concejales se retractaron de su petición y expresaron formalmente la voluntad de mantenerse en el grupo socialista. En el corto periplo entre el abandono del grupo y la rectificación, uno de los disidentes resultó elegido alcalde por renuncia del anterior (el único que quedaba en el grupo socialista), al pertenecer a la lista electoral más votada. De forma paralela, el partido abrió el correspondiente procedimiento disciplinario contra los cinco concejales disidentes, con suspensión de la militancia, antes del pleno de elección del nuevo alcalde, pero no lo resolvió definitivamente hasta transcurrida dicha sesión plenaria. Como consecuencia de este relato fáctico, el TSJ de Navarra declaró la nulidad del pleno de elección de nuevo alcalde, nulidad que fue recurrida en amparo por el que salió elegido alcalde de aquel pleno. En el marco del recurso de amparo la discusión central era la posibilidad o no de ser designado legalmente candidato a alcalde si en el momento de tal designación –y posterior elección– había abandonado voluntariamente el grupo de cuya lista electoral fue cabeza de lista. La operatividad de esta posibilidad dependía del análisis de dos cuestiones: a) ¿desde cuándo producía efectos el abandono del grupo?, y b) ¿cuáles son las consecuencias del escrito de desistimiento del abandono?

El primer interrogante se resuelve indicando por parte del TC que el acto por el cual se formula el abandono voluntario del grupo municipal es «un acto recepticio y unilateral que produce plena eficacia con su presentación en la Secretaría del Ayuntamiento (art. 24.1 ROF) sin necesidad de su aceptación por el pleno ya que el art. 25 ROF sólo habla de “dar cuenta al Pleno” requisito al que no pueden anudarse efectos constitutivos».

⁷⁴ Las tendencias de la legislación autonómica en esta materia van desde el no pronunciamiento sobre estos términos –como lo hace por ejemplo la ley catalana, la aragonesa, la valenciana, la gallega o la navarra– hasta una regulación más cercana al ROF, en el sentido de apuntar que los grupos políticos se constituyen en un momento inmediatamente posterior a la constitución de la corporación –tal y como lo recoge la ley canaria, vasca o murciana–.

⁷⁵ Ahora bien, excepcionalmente se da alguna puntualización, tal y como sucede en Madrid y Galicia. Por lo que se refiere a la primera, la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad Autónoma de Madrid, determina en su art. 32.2, *in fine*, que el concejal que hubiera abandonado su grupo político «no podrá integrarse en ningún otro grupo político». Esta previsión, sin embargo, no resuelve otras combinaciones que pudieran ocurrir, como, por ejemplo, si es posible la vuelta al grupo de origen o si una vez disuelto (o encontrándose vacío) este grupo originario pudiera volver a constituirlo. Y, por lo que se refiere a ley autonómica gallega, la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, si bien acoge como norma general una muy cercana a lo que ya establece el ROF (art. 75.1), luego la matiza al referirse a los supuestos de adquisición de miembro de la corporación local posterior a la sesión constitutiva (art. 76.1). Así, dispone que, en estos últimos casos, los miembros de la corporación se deberán incorporar al grupo correspondiente a la lista en que hayan sido elegidos o, en su caso, al grupo mixto, mientras que si no se integran de la forma mencionada, quedarán integrados automáticamente en el grupo correspondiente a la lista en que hayan salido elegidos. De este modo, a diferencia de la ley madrileña, la ley gallega otorga una clara preferencia a que los miembros no adscritos se integren en el grupo que constituye la lista electoral en que hayan salido elegidos. Sin perjuicio de lo que pudieran añadir los reglamentos orgánicos, de entrada se podría desprender que la voluntad normativa es que la constitución de los grupos políticos se acote a ese momento inicial del desarrollo político. Es una reserva interpretativa que plantea Cuerda Más (2010, p. 12). Ahora bien, el propio autor indica que, a pesar de esta posibilidad, cabría también entender que el reingreso es posible.

⁷⁶ STC de 31 de mayo de 1993, núm. 185/1993.

Pero la segunda de las ideas es la que proporciona una de las claves para resolver la cuestión conflictiva que ahora nos atañe. Una vez consumado el abandono, apunta el Tribunal que el desistimiento posterior carece de toda virtualidad jurídica en tanto en cuanto ya se ha perfeccionado. De ahí que señale una cosa digna de transcripción:

Se está por tanto, ante una nueva solicitud de incorporación al Grupo Socialista, igualmente lícita, pero que, a diferencia del abandono, requiere el cumplimiento de un requisito imprescindible, expresado en el art. 24 del ROF: el consentimiento de todos sus miembros, precepto que es trasunto de los arts. 24 y 26 del Reglamento del Congreso, que imponen la misma necesidad, así como que la incorporación de nuevos miembros a un grupo parlamentario ya constituido requiere la aceptación del portavoz del grupo en cuestión.

Una idea inicial que se desprende de este razonamiento es que es posible y «lícita» una nueva solicitud de incorporación a un grupo político, a pesar de no efectuarse al inicio del mandato. Sin embargo, la efectiva aceptación de dicha solicitud dependerá de la voluntad de los miembros del grupo. Por tanto, de conformidad con esta doctrina constitucional, la respuesta a la pregunta que lleva por título este epígrafe ha de ser afirmativa en el sentido de que sí es posible el retorno al grupo. Y lo es, en palabras del TC, en atención a la necesidad de salvaguardar la *identidad y funcionalidad de los grupos políticos* en su actuación local.

La tipología de conflictos que se pueden generar en torno a la vuelta al grupo no finaliza aquí. ¿Qué sucede si en el momento de la solicitud de «retorno» ya no existe grupo alguno al que volver? Podría darse el caso de que el grupo político al que alguno de los concejales pretende volver se haya desintegrado.

Caben, en tal caso, dos alternativas: que el miembro de la corporación ya no sea miembro del partido político con el que se presentó a las elecciones; o que sí siga siéndolo.

En el primero de los supuestos, la respuesta es sencilla. Ante la inexistencia de grupo que pueda expresar su voluntad y la condición de no afiliado al partido político con el que concurrió a las elecciones, el miembro de la corporación estará destinado a la condición de no adscrito (art. 73.3, párrafo primero, LBRL).

La respuesta no es tan diáfana en el segundo caso. En este terreno, ante la falta de pronunciamiento por parte del TS, los criterios de los tribunales han sido fluctuantes con respecto a la posibilidad de constituir grupo más allá del plazo establecido en el art. 24 del ROF. Por un lado, se pueden localizar decisiones que tienden a señalar la posibilidad de constitución de los grupos políticos con independencia del cumplimiento o no del plazo de cinco días que establece el art. 24 del ROF, si las circunstancias así lo exigen⁷⁷. También existen sentencias que se limitan a subrayar la literalidad de tal precepto y, con ello, no permitir constitución alguna de grupos políticos más allá de dicho término⁷⁸.

Tras evaluar los distintos argumentos proporcionados por unas y otras resoluciones judiciales, me inclino por la posibilidad de volver a constituir un grupo tras superarse el momento de constitución de las corporaciones. Los condicionantes de esta posibilidad son que ya no exista el grupo inicialmente constituido y que el miembro de la corporación, a pesar de haber salido del grupo en un momento inicial, siga vinculado al partido político con el que concurrió a las elecciones y resultó elegido.

De entrada, es preciso apuntar que la constitución de los grupos es un derecho-deber (art. 24 del ROF). En la primera de las vertientes se trata de un derecho inherente al *ius in officium* (art. 23 CE), lo cual significa que el legislador –y la Administración– deben respetar el contenido esencial del derecho fundamental⁷⁹. De ahí que, en términos generales, el TC observa un quebranto de tal derecho si se vacía de contenido, si se le somete a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultan su ejercicio de forma irrazonable o se desnaturaliza⁸⁰. Ello conlleva que se deba realizar una *interpretación restrictiva* de todas aquellas normas que puedan limitar el ejercicio de derechos o atribuciones que integran el *estatuto constitucionalmente relevante*

⁷⁷ STSJ de Murcia de 12 de febrero de 2010 (ROJ 329/2010): «En definitiva, el art. 24.1 ROF al establecer que los grupos políticos se constituirán mediante escrito dirigido al Presidente (...) contempla la inicial constitución de grupo, sin que deba ser interpretado en el sentido de vedar la ulterior constitución del mismo o de otros, si las circunstancias concurrentes así lo exigen, máxime si se tiene en cuenta que, a efectos de su actuación corporativa, los miembros de las Corporaciones Locales tienen necesariamente que constituirse en grupos». En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía de 6 de abril de 2016 (ROJ 7661/2016).

⁷⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005 (ROJ 4111/2005); o las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 21 de enero de 2010 (ROJ 1378/2010) o de 13 de enero de 2023 (ROJ 3/2023).

⁷⁹ STC de 29 de noviembre de 2017, núm. 139/2017.

⁸⁰ En este sentido, a título ejemplificativo, véase la STC de 12 de diciembre de 2019, núm. 159/2019, y la STC de 29 de noviembre de 2017, núm. 139/2017.

del representante político⁸¹. Y, como hemos visto, la no adscripción no vulnera directamente el art. 23.2 de la CE, pero sí que podría hacerlo si la privación de la posibilidad de formar o integrarse en un grupo no fuera razonable o proporcionada.

Teniendo esto presente, no resultaría compatible con el contenido esencial del *ius in officium* rechazar la posibilidad de volver a constituir grupo en el caso de que el representante político siga vinculado al partido. Ello a pesar de que el TC, en ocasiones, haya podido dar a entender la idea contraria. En efecto, la STC de 18 de enero de 2012, ha señalado que la LBRL no les reconoce a los miembros no adscritos derecho de constitución de un nuevo grupo ni el derecho a incorporarse en alguno de los ya existentes en la corporación⁸². La frase, entendida literalmente, da a entender que es un valladar insuperable para la rehabilitación de la vuelta a un grupo político o su reconstitución. Sin embargo, los posteriores pronunciamientos del tribunal, en los cuales reafirma esta doctrina, también aprovechan para matizarla y –en mi opinión– para ofrecer algún criterio de interpretación alternativo. Así, la STC de 20 de diciembre de 2012 reafirma e incluso refuerza la idea anterior, al subrayar que el art. 73.3 de la LBRL establece en su primer párrafo «una prohibición de incorporarse a otro grupo político y de constituir un nuevo grupo político»⁸³. Ahora bien, la acepción de «otro» constituye una aclaración significativa de lo anterior. ¿Implica esto que un representante político puede reintegrarse o reconstituir *el mismo* grupo político en el que se integró inicialmente? La respuesta es, desde mi punto de vista, afirmativa, aunque siempre que se den las condiciones legales para ello.

En este punto es preciso parar mientes en las situaciones que podrían dar lugar a esta encrucijada. Podría ocurrir el caso, *ad exemplum*, de un determinado miembro que fuera expulsado por los restantes miembros de un grupo, con su correspondiente pase a la situación de no adscrito, y que esta decisión no fuera acorde con la voluntad del partido político al que estos representen. La consecuencia previsible de esta situación será una posterior expulsión de los miembros díscolos del partido, lo que también les trasladaría a la situación de no adscritos. Finalmente, la pérdida sobrevenida de los miembros de un grupo político provocaría la desaparición o disolución del grupo⁸⁴. El planteamiento que en este sentido se realiza es si una vez disuelto el grupo puede volver a constituirlo aquel representante político que está en la situación de no adscrito y fue expulsado en primer lugar del grupo político, pero que cuenta con el respaldo del partido.

Considero que para dar respuesta afirmativa a esta cuestión es preciso que se cumplan tres requisitos esenciales: a) si mediante la constitución del citado grupo estamos ante un *nuevo* grupo; b) si la adquisición de la condición de no adscrito de la persona que pretende volver a constituir el grupo se produjo como consecuencia de haber incurrido en transfuguismo político, y c) si conserva o ha rehabilitado su militancia con el partido político que la presentó a las elecciones.

En el primer supuesto el razonamiento es simple. Lo que se deriva de la doctrina constitucional es que se pretende poner coto a la constitución de un nuevo grupo. Ahora bien, la simple reconstitución del grupo originario en el que se integró el representante político originariamente no supone la constitución de un *nuevo grupo*. Con este término se *debería entender la constitución de un segundo grupo o un grupo diferente originario*, correspondiente a la formación política que presentó a las elecciones al representante local.

El elemento que se señala en segundo lugar es el que tras de sí alberga más relevancia: para que pueda reconstituir un nuevo grupo político local, el miembro no adscrito no debe haber quedado en dicha situación como consecuencia de haber incurrido en transfuguismo político. De hecho, tal y como ya hemos observado, todas las limitaciones a los derechos de los concejales no adscritos que se han valorado en las últimas dos décadas por parte del TC (y que este ha declarado constitucionales) se justifican precisamente

⁸¹ STC de 16 de octubre de 2019, núm. 115/2019.

⁸² STC de 18 de enero de 2012, núm. 9/2012. Este criterio también fue reiterado más tarde en las SSTC de 4 de junio de 2012, núm. 117/2012.

⁸³ STC de 20 de diciembre de 2012, núm. 246/2012.

⁸⁴ Aunque ello no es pacífico del todo, dado que la situación de no adscripción de todos los miembros del grupo nos puede llevar a una disyuntiva: la inexistencia del grupo o, por el contrario, su existencia como si de un *grupo político latente* se tratase (sin miembros). En mi opinión, cuando un grupo político se queda sin miembros, este desaparece. La razón se halla en que con la salida de sus miembros, naturalmente, el grupo –que recordemos, tiene base asociativa– pierde su razón de ser: la unión de sus miembros para la consecución de fines legítimos (art. 2.1 de la LODA). Así las cosas, y partiendo de la base de que no se tienen estatutos propios (que es lo habitual en el mundo local), entre otras, la LODA (art. 17) remite en el tercer orden de preferencia a las causas generales de disolución de las personas jurídicas que son aplicables a las asociaciones. Entre estas, recogidas en el art. 39 del Código Civil (CC), se hallan una causa que podrían encajar con la pérdida sobrevenida de miembros de un grupo político: la imposibilidad de seguir aplicando a la asociación la actividad y los medios de que disponían. Ahora bien, y como se verá, la respuesta que se ofrezca sobre esta cuestión no condiciona el desenlace que se explicará a continuación.

en esta finalidad: evitar el transfuguismo⁸⁵. Mientras que por transfuguismo actualmente se entiende todo aquel quebrantamiento de la disciplina del partido, a lo que, naturalmente, se le debe unir el haber quedado en no adscripción por este motivo. En este sentido, es coherente entender la prohibición de constituir un nuevo grupo como consecuencia de haber falseado la representación política a través de una conducta tráfuga y, al mismo tiempo, comprender que, si no ha sido así, no encajaría la aplicación de esta restricción al concejal que quiera reconstituir el grupo político originario.

Finalmente, el tercer requisito para la reconstitución del grupo –que enlaza además con los dos anteriores– es que se conserve la relación de afiliación entre el representante local y el partido político que lo presentó a las elecciones y para el que resultó escogido. En el momento de constitución inicial del grupo político, es el partido político el titular del *derecho de constitución del grupo* –derecho que canaliza a través de los miembros de la corporación local–.

Por tanto, será su voluntad la que tendrá la última palabra en la constitución del grupo político, siendo viable incluso la *rehabilitación* de las relaciones entre un representante local y su formación política originaria para validar la vuelta al grupo. La idea que se acaba de esbozar no deja de estar orientada a la idea fuerza de los grupos políticos locales, cuya existencia se motiva en la representación de la formación política surgida de las elecciones, mientras que el TC ha sostenido en muchas ocasiones que nuestro sistema electoral tiene una lógica en la cual el protagonismo básico corresponde a tal formación.

6. FINAL

La falta de previsión del procedimiento para el tránsito de la situación de adscripción a la situación de no adscripción de un representante político local es una situación que requiere de una profunda reflexión y la intervención del legislador con la finalidad de atajar la situación de inseguridad jurídica que estos acontecimientos, más frecuentes de lo que parece, producen en la práctica.

El objetivo del trabajo ha pretendido ser, en todo momento, identificar y cavilar sobre los principales problemas que genera la escasez normativa y los posibles enfoques que, de *lege ferenda*, esta podría tener a partir de la experiencia ya existente derivada del casuismo judicial y consultivo.

De esta manera, en el campo de las alteraciones de los grupos políticos locales, de entrada, es apremiante el establecimiento de un procedimiento que seguir para la no adscripción en el que se introduzcan garantías para los representantes políticos afectados y se concreten los órganos competentes para solicitar, intervenir y resolver sobre la no adscripción.

También resulta imperativo establecer una clara delimitación del poder y funciones de los sujetos intervinientes en este proceso, desde el propio representante político afectado hasta el partido político, pasando por el grupo político y la corporación local en la cual se integra.

Y, finalmente, es preciso determinar concretamente las causas habilitadoras de la no adscripción más allá de las limitadas previsiones del actual art. 73.3 de la LBRL y, aprovechando la inercia, establecer de forma clara la influencia del transfuguismo en la pérdida de la adscripción al grupo político.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Higuera, C. (2015). Los grupos políticos municipales. Cuadernos de Derecho Local, (37), 125-180. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1649/8_Grupos_politicos_municipales_Carmen_Alonso_Higuera.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Alonso Mas, M. J. (2005). El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos. *Revista de Administración Pública*, (168), 95-130. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-168-septiembrediciembre-2005/el-discutible-regimen-juridico-de-los-concejales-no-adscritos-2>
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2001). Los grupos políticos en los ayuntamientos y diputaciones. *Revista de Derecho Político*, (51), 223-318. <https://doi.org/10.5944/rdp.51.2001.8823>
- Calonge Velázquez, A. (2003). Los grupos políticos municipales. *Revista de Estudios de la Administración Local*, (292-293), 123-162. <https://doi.org/10.24965/reala.vi292-293.9220>

⁸⁵ Es el ejemplo, entre otras, de las SSTC de 20 de diciembre de 2012, núm. 246/2012; de 21 de diciembre de 2017, núm. 151/2017, o de 12 de diciembre de 2019, núm. 159/2019. También el TS ha recordado esta justificación en sus sentencias de 16 de diciembre de 2020 (ROJ 4353/2020) y de 26 de octubre de 2020 (ROJ 3320/2020).

- Carballeira Rivera, M. T. (2005). La participación ciudadana y los grupos políticos municipales. En J. L. Carro Fernández-Valmayor (dir.), *La modernización del gobierno local: estudios sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local* (pp. 41-62). Atelier.
- Català i Bas, A. H. (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. <https://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>
- Cebrián Abellán, M. (2021). *Todo Administración local: régimen competencial, organizativo y de funcionamiento de las entidades locales*. El Consultor de los Ayuntamientos.
- Cid Villagrasa, B. (2007). Naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios: el grupo parlamentario como titular de derechos y obligaciones. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (extra 1), 179-204.
- Coello Martín, C. (2022). *Astrolabios, cabotaje y fuga de tripulantes parlamentarios*. En *Los grupos parlamentarios: evolución y perspectivas de futuro* [seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 24 y 25 de enero de 2022] (pp. 75-210). Parlamento Vasco.
- Cuerda Más, J. (2010). Régimen jurídico de los concejales no adscritos. *Revista CEMCI*, (9), 1-23. <https://revista.cemci.org/numero-9/pdf/tribuna-2.pdf>
- De Esteban, J. (1990). El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, (70), 7-32. <https://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>
- Del Saz, S., Alli Turrillas, J. C. y Bacigalupo, M. (2015). La organización municipal. En M. Lora-Tamayo Vallvé (dir.), *Manual de Derecho Local* (pp. 169-244). Iustel.
- Elvira Perales, A. (2008). A vueltas con el derecho de asociación (comentario a las SSTC 133 y 135/2006, ambas de 27 de abril). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (83), 301-323. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-83-mayoagosto-2008/vueltas-con-el-derecho-de-asociacion-comentario-las-sstc-133-y-1352006-ambas-de-27-de-abril-2>
- Fernández García, J. F. (2018). Los grupos políticos y su financiación. *Revista de Administración Pública*, (205), 291-338. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.10>
- Fernández Hernández, O. M. (2021). El transfuguismo político en las entidades locales y propuestas para combatirlo. *Revista CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, (251), 113-144. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2021.9335>
- Flores Domínguez, L. E. (2022). Transfuguismo y coaliciones electorales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (17), 31-55. <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11053>
- García García, E. (2011). Grupos políticos municipales: constitución y modificaciones. Concejales no adscritos. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (10).
- Gómez Montoro, A. J. (2004). *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Pérez, J. y Fernández Farreres, G. (2002). *Derecho de asociación: comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*. Civitas.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2014). Partidos políticos y grupos municipales: un debate no cerrado sobre sus relaciones jurídicas. *Revista Vasca de Administración Pública*, (98), 225-250. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.98.2014.07>
- Nogueira Martínez, D. (2012). El ámbito de aplicación del estatuto legal de los representantes locales no adscritos. *Anuario de Derecho Municipal 2011*, (5), 63-96. <http://hdl.handle.net/10486/701100>
- 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>
- Rivero Ysern, J. L. (2014). *Manual de Derecho local*. Civitas.
- Rovira López, B. (2019). Las asignaciones a los grupos políticos: régimen jurídico, destino, control, justificación y publicidad. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (extra 2).
- Sanz Pérez, A. L. (2001). La naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios. Una aproximación al proceso de juridificación de los grupos parlamentarios. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, (10), 331-368. https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/331.pdf
- Siverio Luis, S. (2021). Los límites de la lucha contra el transfuguismo: análisis sobre la constitucionalidad de la limitación de derechos políticos y económicos a los concejales no adscritos. *Anuario Parlamento y Constitución*, (22), 77-125. https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/articulos/PyC22_Siverio_Limites.pdf
- Torres del Moral, A. (1981). Los grupos parlamentarios. *Revista de Derecho Político*, (9), 21-66. <https://doi.org/10.5944/rdp.9.1981.8067>
- Villarino Marzo, J. (2018). Cortes Generales y grupos parlamentarios. *Revista de las Cortes Generales*, (103), 533-552. <https://doi.org/10.33426/rcg/2018/103/116>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 01-12-2023
Modificado: 22-03-2024
Aceptado: 22-03-2024
Prepublicado: 08-04-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11312>
Páginas: 140-159

Referencia: Castillo Ramos-Bossini, S. E. (2024). Análisis y balance del estatuto económico de los cargos electos locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 140-159. <https://doi.org/10.24965/reala.11312>

Análisis y balance del estatuto económico de los cargos electos locales

Analysis and balance of the economic status of local elected officers

Castillo Ramos-Bossini, Susana E.
Universidad Internacional de la Rioja (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2993-8065>
susanacrbossini@ugr.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada; máster en Dirección y Gestión Pública de Vivienda y Suelo por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, y doctora en Derecho en el ámbito de un contrato de personal investigador predoctoral en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

RESUMEN

Objetivos: el presente estudio aborda un análisis del estatuto económico de los miembros electos de las entidades locales. **Metodología:** se emplea la metodología inductiva propia de las ciencias jurídicas, sin olvidar la perspectiva histórico-jurídica y, todo ello, bajo la técnica de la investigación dogmática de *lege ferenda*. **Resultados:** se indaga sobre la problemática que ha planteado desde su inicial instauración en la década de los ochenta valorando el rendimiento institucional del sistema respecto de los principios de buen gobierno que deberían de presidirlos. **Conclusiones:** se realizan distintas propuestas de mejora normativa a fin de que, en su caso, sean tenidas en cuenta en una eventual reforma del sistema.

PALABRAS CLAVE

Cargos públicos locales; retribución; asistencias; indemnizaciones; incompatibilidades.

ABSTRACT

Objectives: The present study addresses an analysis of the economic status of the elected members of local entities. **Methodology:** The inductive methodology typical of legal sciences is used, without forgetting the historical-legal perspective and, all of this, under the technique of dogmatic research de *lege ferenda*. **Results:** The problem that has arisen since its initial establishment in the 1980s is investigated, assessing the institutional performance of the system with respect to the principles of good governance that should govern them. **Conclusions:** Different proposals for regulatory improvement are made so that, where appropriate, they are taken into account in a possible reform of the system.

KEYWORDS

Local public offices; remuneration; assistance; compensation; incompatibilities.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: ¿A QUÉ PRINCIPIOS Y VALORES DEBE RESPONDER EL RÉGIMEN DE DEDICACIÓN Y DERECHOS ECONÓMICOS DE LOS ELECTOS LOCALES? 2. DE LA TRADICIÓN

LEGISLATIVA DE LA GRATUIDAD EN EL EJERCICIO DE LOS CARGOS ELECTOS LOCALES A LA RETRIBUCIÓN POR EL DESEMPEÑO DE LA ACTIVIDAD Y LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA GESTIÓN. 3. LAS RETRIBUCIONES DE LOS MIEMBROS ELECTOS DE LAS ENTIDADES LOCALES. 3.1. LA DEDICACIÓN EXCLUSIVA. 3.2. LA DEDICACIÓN A TIEMPO PARCIAL. 3.3. LAS ASISTENCIAS. 4. LAS INDEMNIZACIONES POR RAZÓN DEL SERVICIO. 5. ¿HA LLEGADO EL MOMENTO DE REFORMAR EL SISTEMA? APUNTES PARA UNA EVENTUAL REDEFINICIÓN DEL ESTATUTO ECONÓMICO DE LOS ELECTOS LOCALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN: ¿A QUÉ PRINCIPIOS Y VALORES DEBE RESPONDER EL RÉGIMEN DE DEDICACIÓN Y DERECHOS ECONÓMICOS DE LOS ELECTOS LOCALES?

Pasadas ya cuatro décadas desde la instauración de los Gobiernos locales democráticos y casi otras cuatro del dictado de la primera legislación básica de régimen local, el objeto de este estudio se centra en realizar un balance y una valoración, y en su caso realizar propuestas a la vista del estudio realizado, de un elemento no menor del estatuto de los cargos electos, a saber: los derechos económicos de los miembros electos de las entidades locales. Y es que, en efecto, el régimen de dedicación y derechos económicos de los electos locales resulta crucial, más allá de compensar la dedicación al ejercicio de las funciones del cargo, a fin de garantizar la consecución de una serie de principios y valores que, al menos desde mi punto de vista, debieran inspirar dicho régimen.

Lo cierto es que dicho régimen, básicamente establecido en tres momentos principales (1985, 2000 y 2013), responde a un conjunto de características que distan muy mucho del régimen de los altos cargos en la esfera estatal y autonómica y que, entre otras que podrían señalarse, son fundamentalmente tres de las que damos cuenta a continuación.

Por de pronto una de sus primeras características es la uniformidad ya que, a pesar de que el régimen local es una materia competencialmente compartida con las comunidades autónomas, lo cierto es que estas, como después podrá comprobarse, han hecho un uso limitado de su competencia. Cierto es también, y debe subrayarse, que en este punto el Estado ha dejado escaso espacio normativo a las mismas y a las propias entidades locales que, con carácter habitual, fijan a través de las bases de ejecución del presupuesto municipal disposiciones a este respecto¹.

La segunda de sus características lo representa la realidad fáctica sobre la que se asienta el mismo. Un espacio muy fragmentado, con entidades de muy diverso tamaño y circunstancias que ha condicionado, de forma relevante y hemos de tenerlo muy en cuenta, las soluciones finalmente ofrecidas por la legislación que solo parcialmente ha tenido en cuenta dicho aspecto.

La tercera característica es la decisiva influencia que ha ejercido en dicho régimen el art. siete de la Carta Europea de Autonomía Local², muy atento a compensar financieramente a los miembros electos, pero mucho más romo en garantizar con ese régimen distintos valores y principios que debieran, en mi opinión, ser inspiradores de ese régimen y, más en concreto, los que se derivan de los principios del buen gobierno que, a diferencia de lo que acontece en el ámbito estatal o autonómico, tienen una escasa influencia en el diseño del mismo. Ciertamente en el ámbito local, y a diferencia de lo que acontece en el caso estatal o autonómico, no existe en sentido estricto un concepto de *alto cargo*, que sería el elemento comparativo que utilizar a estos efectos³. En realidad, el carácter de autoadministración corporativa que caracteriza a las entidades locales determina una posición singular de los concejales electos que desempeñan funciones propias de lo que podríamos denominar actividad legislativa, pero también funciones típicamente ejecutivas, más acusadas en el equipo de gobierno, pero también existentes en determinadas funciones del Pleno y, por ello, extensibles al conjunto de los electos locales. Y todo ello a pesar de la cierta parlamentarización

¹ Véase, a este respecto, la STSJ del País Vasco de 23 de mayo de 2011 (rec. 1453/2008).

² El art. 7.º de dicha Carta, bajo la rúbrica «Condiciones del ejercicio de las responsabilidades a nivel local», establece que: 1. El Estatuto de los representantes locales debe asegurar el libre ejercicio de su mandato. 2. Debe permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como si llega el caso, la compensación financiera de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñado y la cobertura social correspondiente. 3. Las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por Ley o por principios jurídicos fundamentales.

³ Pueden verse, a estos efectos, las SSTS de 14 de julio de 2022 (rec. 7014/2020) y 21 de septiembre de 2022 (rec. 6897/2020), que ponen en cuestión que en el régimen local exista, en sentido estricto, altos cargos con el mismo sentido que en el ámbito estatal o autonómico.

del régimen local español tras la reforma del régimen local acontecida en 2003 que, sin embargo, no resta singularidad al modelo de Administración pública existente en la esfera local (Parejo Alfonso, 2002, p. 105 y Velasco Caballero y Díez Sastre, 2005)⁴. En cualquier caso, y a salvo de dicha circunstancia, lo cierto es que el ejercicio de las funciones de los cargos electos en el ámbito local se sujeta deontológicamente a los mismos condicionantes que, en la esfera estatal y autonómica, se predicen respecto de los altos cargos en esos ámbitos, lo que nos permite acudir a las normas reguladoras de estos en esas esferas de gobierno e indagar cuál es el tratamiento que a la cuestión objeto de debate se ofrece en las mismas para poder extraer las debidas conclusiones.

Con carácter general, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, LTBG) recogió una serie de principios de actuación de buen gobierno⁵ y, asimismo, en el ámbito estatal el ejercicio de un alto cargo se sujeta a ciertos principios jurídicos que presiden y guían su actividad y que se recogen con carácter general en la Ley 3/2015, Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado (en adelante LACAGE)⁶.

También, en el ámbito autonómico, diversas normas han señalado principios de actuación. Es el caso de Navarra en que la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por el que se aprueba un Código de Buen Gobierno diferencia entre unos principios éticos y de conducta⁷; o del País Vasco que en la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos que diferencia entre unos principios de conducta individual, otros referidos a la calidad institucional y otros relativos a su relación con la ciudadanía y contempla un sistema de seguimiento y control; o, por poner un último ejemplo⁸, en el ámbito autonómico con mayor parquedad el art. 28 de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de Asturias se remite a la LTBG añadiendo, además, unas específicas previsiones y remitiéndose a un futuro código⁹. Pues bien, y atendiendo a lo que nos ocupa en el presente trabajo, puede decirse que en todas ellas la plena dedicación y la actuación objetiva en el ejercicio de sus funciones son las reglas habituales al referirnos a la dedicación y a los derechos económicos de los altos cargos.

Lo cierto es que, a pesar de las extensas enumeraciones de principios que en estas normas podemos encontrarnos, en realidad los preceptos establecidos en dichas normas respecto de la cuestión que nos

⁴ Es preciso advertir que resulta un error identificar de forma absoluta el modelo de Gobierno local con el modelo de gobierno imperante en la esfera estatal o autonómica y, sencillamente, y en base a dicha identificación, construir un sistema organizativo y directivo que no tenga en cuenta los parámetros constitucionales que caracterizan el régimen local en la Constitución de 1978. Y es que, el modelo de Administración pública establecido constitucionalmente no es uniforme para la Administración estatal y autonómica, por un lado, y para la Administración local, de otro. De esta forma, la doctrina ha puesto de relieve que la construcción de la estructura fundamental de las Administraciones territoriales, que no es disponible de forma absoluta, responde a dos modelos bien caracterizados: de un lado, el modelo institucional burocrático, en el que lo decisivo es el desempeño de los cargos de manera profesional (la legitimación proviene de la corrección y la eficacia de la actividad administrativa) y que tradicionalmente se identifica con el prototipo mismo de Administración pública, al que responden las Administraciones directas de las dos instancias territoriales superiores del Estado; de otro, el modelo de autoadministración democrática, modelo prototípico municipal, en el que adquiere importancia la participación directa o mediante representantes y, por tanto y además de su corrección y eficacia, la posibilidad de imputación de la actividad administrativa al colectivo destinatario de la misma.

⁵ Y es que la LTBG, en su art. 26 establece determinados principios de buen gobierno, entre los cuales señala que ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios. Y añade como principio de actuación que desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.

⁶ El art. 3 de la LACAGE establece que el ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios: a) interés general: servirán con objetividad a los intereses generales; b) integridad: actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses; c) objetividad: adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio; d) transparencia y responsabilidad: adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción, y e) austeridad: gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto.

⁷ Y en su art. 3, donde se recogen unos principios de conducta, destaca que el desempeño de los altos cargos exige la plena dedicación.

⁸ Ciertamente, se podrían señalar más como es el caso de Cantabria, que por Acuerdo de 17 de octubre de 2013, aprobó el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Se ha realizado, inclusive, una recopilación que puede consultarse en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2022-232_2

⁹ Específicamente, y referido al ámbito local, puede verse la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el Estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los plenos de Castilla-León, que, amén de declarar altos cargos a los miembros de las entidades locales (art. 17), recoge una serie de principios de buen gobierno.

ocupa pueden reconducirse, amén de los principios de eficacia e integridad¹⁰, a dos grandes principios de actuación: la objetividad y la imparcialidad e independencia en el ejercicio del cargo, que se traducen, entre otras manifestaciones, como las incompatibilidades durante el ejercicio de las funciones y *ex post* a su cese o los conflictos de intereses, en la dedicación exclusiva y en una única retribución a fin de garantizar los bienes jurídicos que esos principios pretenden proteger.

Refiriéndonos a la primera regla cabe decir, en el ámbito estatal, que la regla general que preside el desempeño del cargo es la dedicación exclusiva. En este sentido, el art. 13 de la LACAGE señala que

los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea¹¹.

Y es que la dedicación exclusiva es una de las reglas más clásicas entre las normas que configuran el régimen de incompatibilidades de los altos cargos¹². Constituye, por así decirlo, la regla sobre la que se asienta el posterior régimen de incompatibilidades y las limitaciones que se establecen para el ejercicio de actividades públicas y privadas (Castillo Ramos-Bossini, 2023). La *ratio* en la imposición de esta responde a la idea de que el establecimiento de determinados límites para el desempeño de una segunda actividad simultáneamente al ejercicio de las funciones propias del cargo, ya sea esta pública o privada, responde al hecho de que, en caso contrario, no solo pudiera existir merma en la dedicación a este, sino también un eventual menoscabo de la independencia e imparcialidad en el ejercicio de las funciones del cargo (Pérez Monguió y Fernández Ramos, 2016, pp. 171-172).

La segunda regla que se aplica a la dedicación de los altos cargos, en el ámbito estatal o autonómico, es la relativa a la percepción de una retribución única. En efecto, el art. 13.1 de la LACAGE señala, además de lo ya apuntado, que los altos cargos «tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea»¹³.

¹⁰ La STC 178/1989, de 2 de noviembre señaló que «el llamado “principio de incompatibilidad económica”, o el principio, en cierto modo coincidente con él, de “dedicación a un solo puesto de trabajo” no vulneran en modo alguno la Constitución, ya que no están vinculados únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente, a la garantía de imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar “de acuerdo” con él (art. 103.1 CE)». En opinión que no compartimos en su integridad, sin embargo, Pérez Monguió (2022, p. 191) ha mantenido que «la eficacia no necesariamente está vinculada a la dedicación exclusiva. Un alto cargo puede ser muy eficaz en el ejercicio de todos sus cometidos públicos y desempeñar otras actividades sin que interfirieran en ese elemento». De otro lado, y respecto de la integridad, lo reconoce de forma expresa las normas que se han ocupado de dicho tema y así, por ejemplo, la exposición de motivos de la Ley 5/2017, de 1 de junio de Integridad y Ética Pública de Aragón reza de la siguiente manera: «La consolidación de la democracia requiere que el conjunto del modelo institucional y social asuma como elemento estructural la transparencia, la participación, la integridad y la ética pública, contribuyendo de este modo a una mejor gobernanza, a mejores prácticas regulatorias, a un mejor servicio a los intereses generales y a las demandas sociales. Y no resultan tampoco adecuadas respuestas en negativo, que se limiten a combatir prácticas de corrupción, clientelismo o despilfarro, públicas o privadas, del todo rechazables. Solo de la construcción de esa nueva cultura de la gestión pública y de relación con lo público basada en la integridad, de la acción en positivo para ello, surgirá un combate eficaz de tales prácticas, desterrándolas en la mayor medida posible de nuestra sociedad. Y, conviene reconocerlo, tales actuaciones son, antes que nada, producto de acciones de personas o entidades concretas, a ellas imputables. La previsión del castigo al delito o la infracción administrativa desincentiva su comisión, sin duda, pero no la erradica. La existencia de la normativa penal o sancionadora, necesaria, lo pone de manifiesto».

¹¹ Pese al carácter taxativo de la Ley, la misma contempla a continuación algunas excepciones, es decir, esa dedicación exclusiva cederá ante determinados supuestos que permiten la compatibilidad de ciertas actividades de carácter público o privado. Pero lo que no permite, en cualquier caso, como acontece en el caso local, es una dedicación parcial.

¹² En el ámbito estatal esta regla se preveía en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, y en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, así como en las distintas normas autonómicas dictadas al efecto.

¹³ Dicha regla también es contemplada con carácter general, expresa o implícitamente, en las normas autonómicas. Así, y en forma detallada, el art. 4 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad de Cataluña establece que: 1. Los altos cargos al servicio de la Generalidad no pueden percibir más de una retribución o compensación a cargo de los presupuestos públicos ni ninguna otra remuneración que provenga de una actividad privada, salvo las excepciones establecidas por la presente ley. 2. La retribución que deben percibir los altos cargos al servicio de la Generalidad es la que

Se trata, en este caso, de una regla complementaria a la anterior que refuerza, más si cabe, la intención del legislador de sujetar al alto cargo a un régimen de dedicación absoluta, ya sea en lo referido a qué actividades puede desarrollar como a qué retribuciones puede percibir por aquellas actividades que se exceptúan de esa imposibilidad de prestación.

Hasta aquí los principios y reglas que rigen, en lo esencial, el estatuto económico de los altos cargos en el nivel estatal y autonómico. Sin embargo, y como ahora tendremos oportunidad de comprobar, el régimen local se apartó antes y ahora de las consideraciones anteriores por distintos motivos que han condicionado desde siempre los derechos económicos de los electos locales y que, básicamente, se reconducen a dos: el primero, ya lo hemos apuntado, la multiplicidad y variedad de entes locales existentes con mayor y menor capacidad económica y complejidad en la gestión de los servicios públicos; el segundo, la sempiterna desconfianza, se debe reconocer que en ocasiones justificada, en la actuación de los electos locales a la hora de decidir dicha cuestión, lo que se ha manifestado en la existencia de un conjunto de límites a la hora de abordar la regulación de dicha materia.

La cuestión finalmente es si ese régimen garantiza o no, y en qué medida, los principios y valores que, fundamentalmente, han de presidirlo y que no son otros que, dando por supuesto la compensación financiera por el ejercicio de las funciones del cargo, la objetividad, la imparcialidad y la independencia como principios que han de inspirar fundamentalmente los derechos económicos de los cargos electos locales. Y a eso dedicaré las siguientes páginas analizando dicho régimen y valorándolo finalmente a la luz de estos principios.

2. DE LA TRADICIÓN LEGISLATIVA DE LA GRATUIDAD EN EL EJERCICIO DE LOS CARGOS ELECTOS LOCALES A LA RETRIBUCIÓN POR EL DESEMPEÑO DE LA ACTIVIDAD Y LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA GESTIÓN

Tradicionalmente, el ejercicio de un cargo electo en el nivel local de gobierno no había conocido retribución alguna, al menos con carácter general, en el régimen anterior a la Constitución de 1978. Inclusive, con anterioridad, el desempeño honorífico era bastante común en nuestro ordenamiento jurídico¹⁴. Una idea, adelantémoslo, que, al menos a mi juicio, debe calificarse como voluntarista y errada, aunque bien es cierto que el desempeño de dichos cargos se desarrollaba en un contexto presidido por la precariedad de unas corporaciones locales tuteladas y con escasas y reducidas competencias, ceñidas, en la mayoría de ellas, a la higiene y ornato público, las obras y ciertos servicios locales de carácter básico. Y en las que una mal entendida uniformidad determinaba un tratamiento homogéneo de entidades muy complejas con otras entidades de mucha mayor simplicidad en su organización y estructura.

En efecto, sin distingo alguno el art. 83 de la Ley de Régimen Local de 1955 disponía que el cargo de concejal era obligatorio y gratuito¹⁵, aunque como ya se señalaba entonces dicha previsión era soslayada en más de una ocasión (Marqués Carbó, 1957, p. 380), sobre todo en grandes corporaciones locales, a través de gastos de escritorio, compensaciones por asistencia, gastos de representación, viajes, etc.¹⁶ Y

esté establecida presupuestariamente para el cargo principal que ejercen, sin perjuicio de las dietas, indemnizaciones y primas de asistencia que les correspondan por formar parte de órganos colegiados, de órganos de gobierno o de consejos de administración de empresas o entidades o que sean expresamente declaradas compatibles de acuerdo con lo establecido por la presente ley. 3. Los altos cargos al servicio de la Generalidad no pueden tener, individualmente o junto con sus cónyuges, convivientes de acuerdo con la normativa de uniones estables de pareja o demás familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad, la titularidad de participaciones que representen un porcentaje igual o superior al 10% del capital en empresas que tengan conciertos, convenios o contratos de cualquier tipo con el sector público estatal, autonómico, comarcal o local. 4. La percepción de pensiones de derechos pasivos y de la Seguridad Social es incompatible con el ejercicio de un alto cargo al servicio de la Generalidad, salvo que la normativa reguladora de la Seguridad Social permita percibir dicha pensión y a la vez trabajar o percibir rentas. Si una persona, en el momento de ser designada o nombrada para un alto cargo, está percibiendo una pensión, esta queda en suspenso. La pensión se recupera automáticamente cuando dicha persona cesa en el cargo. 5. La intervención de la Administración de la Generalidad no debe autorizar, en su caso, las nóminas o entregas en las que se infrinja el presente artículo y debe comunicar este hecho al departamento competente en materia de función pública. Y, en el caso de Baleares, el apdo. 2 del art. 35 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno, establece que «asimismo, tampoco pueden percibir ninguna otra remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes, ni ninguna otra percepción que de manera directa o indirecta provenga de una actividad privada».

¹⁴ Lo mismo se disponía en la Ley Municipal de 1877 (art. 63), en el Estatuto Municipal de 1924 (art. 83) y en la Ley Municipal de 1935 (art. 49), añadiendo estos últimos que era «irrenunciable».

¹⁵ Y en forma complementaria, bajo la denominación de condiciones del cargo de concejal, los arts. 78 y 79 de la Ley de Régimen Local enumeraba una serie de incapacidades e incompatibilidades para el ejercicio de las funciones edilicias.

¹⁶ La Ley de Régimen Local y sus reglamentos de desarrollo autorizaban, en determinados casos, la posibilidad de establecer asignaciones en los municipios de gran población a los diputados provinciales, tenientes de alcalde y delegados de servicios.

recogiendo la opinión de algunos tratadistas, dicho autor señalaba los riesgos de corruptelas que podía conllevar ese voluntarista enfoque de la retribución de los cargos electos¹⁷. Bien es cierto que en el caso de los alcaldes y de los presidentes de las diputaciones provinciales, a pesar de declararse también el cargo como de desempeño gratuito, los arts. 64.2 y 223 de la citada ley contemplaban unos gastos de representación limitados a municipios de más de 10 000 habitantes, y remitiendo al reglamento el establecimiento de unos límites máximos que, efectivamente, se establecieron en el art. 11 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de 17 de mayo de 1952, circunstancia, tanto su percepción como la limitación a ciertas poblaciones, que inclusive era justificada por algún autor (Redacción de El Consultor, 1956, p. 171).

Con posterioridad, y en los momentos previos a la celebración de las primeras elecciones democráticas, el RD 3046/1977, en su disposición adicional¹⁸, estableció que los alcaldes y los presidentes de las diputaciones provinciales percibirían las asignaciones que se estableciesen en los presupuestos de las respectivas corporaciones dentro de los límites que se contemplasen en los reglamentos de desarrollo. En concreto, el Real Decreto 1531/1979, de 22 de junio, y con arreglo a esas previsiones, vino a legalizar unas retribuciones que eran inevitables desde el mismo momento que, especialmente en las entidades locales de una cierta población, los miembros de estas corporaciones dedicaban su tiempo a la gestión de los asuntos atribuidos a la competencia local. De esta forma, junto a las asignaciones a alcaldes y presidentes de diputación, se autorizaba gastos de representación y dietas a sus miembros electivos por asistencias a sesiones y reuniones de las comisiones informativas.

Finalmente, superando el recato que lucía en estas disposiciones y que había ocasionado inclusive resoluciones jurisdiccionales, como la STS de 2 de octubre de 1984 (Arz. 4880), que declaraba sin ambages, poniendo de manifiesto las irregularidades a que daban lugar esas pretendidamente beatíficas previsiones, que esa norma solo autorizaba gastos de representación y dietas por asistencia a sesiones y reuniones de comisiones informativas y en ningún caso un sueldo fijo de carácter mensual, el art. 75 de Ley 7/1985, de 2 de abril¹⁹, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), contempló la posibilidad de retribución en caso de dedicación exclusiva y estableció la obligación de darlos de alta en el régimen general de seguridad social, con las salvedades que eran necesarias en el caso de los funcionarios públicos²⁰. Se ha de añadir que no sin debate desde el inicio de la etapa democrática²¹.

En cualquier caso, la regla general establecida en la redacción originaria de la LRBRL en 1985 era la gratuidad, como se desprendía de la tradición legislativa, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieran por asistencia a sesiones de órganos colegiados (Morell Ocaña, 1988, p. 500), pero en ciertas condiciones, las establecidas en dicho art., podía ser retribuido el desempeño del cargo; a saber y fundamentalmente: la dedicación exclusiva para el desempeño de una actividad en el seno de la corporación. Sin embargo, se sujetaba dicha retribución a limitaciones dada la tradicional desconfianza que el legislador de régimen local ha tenido sobre esta cuestión que, asimismo, determinó con posterioridad que la Ley 14/2000 impusiese, a fin de incrementar la transparencia y conocimiento de los acuerdos adoptados, la necesaria publicación de los acuerdos sobre estas materias en el boletín oficial de la provincia y en el tablón de anuncios de la entidad local (Rivero Ysern, 2014, p. 147)²².

¹⁷ De hecho, el Proyecto de Código de Gobierno de Administración Local que precedió a la Ley de Régimen Local de 1950 reguló la percepción de dietas por sesiones, en número limitado y de cuantía variable según el censo de población.

¹⁸ Esta norma articuló parcialmente la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local.

¹⁹ En su redacción originaria, el art. 75 establecía que: 1. Los miembros de las corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos, cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el régimen general de la seguridad social, asumiendo las corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el art. anterior. En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes. 2. Los miembros de las corporaciones locales podrán percibir indemnizaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el pleno de la corporación. Dicho art. ha sufrido distintas modificaciones. La primera, con ocasión de la Ley 9/1991, de 22 de marzo; una segunda vez lo fue a propósito de la Ley 11/1999, de 21 de abril, y una tercera ocasión como consecuencia de la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, y es esta última, junto a la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, las que han delimitado en lo esencial el régimen de los derechos económicos de los electos locales. Los apdos. 5 y 6 fueron añadidos por la Ley Orgánica 1/2003 de 10 de marzo y los apdos. 7 y 8 del art. fueron modificados a propósito de las leyes de suelo de 2007, 2008 y 2015.

²⁰ Dichas previsiones se desarrollaron mediante Orden de 12 de marzo de 1986.

²¹ Y como reconoce la STS de 10 julio 2000 (rec. 7791/1994) de forma más restrictiva en un inicio, liberalizándose progresivamente.

²² Limitaciones establecidas en proporción a la población sobre las que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional que, como puntualiza la STC 111/2016, de 9 de junio (RJ 6), responde a los principios de eficiencia en los recursos públicos (art. 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), partiendo del «(...) razonable criterio de que, a menor población, menor carga real de trabajo y

Dicho art. de la norma básica se completó con lo dispuesto en el art. 13 del ROF, que contemplaba distintas percepciones económicas para los miembros electos de las entidades locales: sueldo para cargos con dedicación exclusiva; indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en este sentido aprueba el pleno corporativo; asistencias para los miembros de la corporación que no tuviesen dedicación exclusiva por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formasen parte en la cuantía que señalara el pleno²³.

Esta primigenia redacción fue determinante para que numerosos cargos electos, entre 1985 y 1999, no percibieran retribución alguna si no renunciaban a su profesión habitual, a pesar de que desde 1989, en concreto desde 1 de marzo de ese año, entraba en vigor la Carta Europea de Administración Local de 15 de octubre de 1985, de la que se derivaba un nuevo y distinto paradigma que imponía la compensación financiera adecuada por los gastos ocasionados como consecuencia del ejercicio de su mandato.

Pero no será hasta 1999 cuando, en primer lugar, el art. 109.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, aragonesa de Administración Local, contemplara dedicaciones especiales sin llegar a ser exclusivas²⁴. Y casi al unísono con la anterior, la legislación básica como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la LRBRL, da otro paso fundamental ya que, a fin de erradicar lo que venía siendo una práctica irregular generalizada para el cobro de una retribución a través de indemnizaciones en el caso de no dedicación exclusiva, permitió la percepción de retribuciones y la dedicación al cargo de forma parcial.

La reforma impulsada por la Ley 14/2000, esencial en el esquema actual de las retribuciones de los electos locales, junto a diferenciar perfectamente entre los distintos tipos de dedicación que podían establecerse, clarificó los conceptos retributivos que integraban el régimen económico de los electos locales distinguiendo entre sueldos, dietas, indemnizaciones y asistencias²⁵ (Redacción El Consultor, 2003, p. 206).

En 2013, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local añadió un art., el 75 bis, que además consagraría límites cuantitativos a la percepción de retribuciones, y el art. 75 ter, que establecía un número máximo de miembros con dedicación exclusiva atendiendo al número de habitantes del municipio.

La mera lectura de los preceptos actuales que se dedican a esta cuestión denota, en forma meridiana-mente clara, lo anacrónico de la situación anterior y el cambio de paradigma que ha supuesto la profesionalización en la gestión local. Y si, con anterioridad como se ha señalado, la regla general era la gratuidad, lo cierto es que ahora, y a partir de cierta población, la regla general es la dedicación exclusiva y la retribución en un número relevante de los cargos electos que ejercen funciones de gobierno. Otra cosa es que el sistema funcione adecuadamente, que no existan irregularidades y vacíos en la regulación y que existan márgenes de mejora que debieran ser explorados.

3. LAS RETRIBUCIONES DE LOS MIEMBROS ELECTOS DE LAS ENTIDADES LOCALES

El Tribunal Constitucional en su STC 28/1984 de 28 junio, FJ 4.º, ya declaró que el derecho fundamental que reconoce el art. 23.2.º de la Constitución «se circunscribe al derecho al cargo y a permanecer en el mismo, pero no comprende el derecho al percibo de las cantidades que puedan estar previstas en las leyes o normas aplicables». El cobro o no de las retribuciones previstas para un cargo o función pública cae, en consecuencia, fuera del ámbito del derecho consagrado en el art. 23.2.º de la Constitución.

menor remuneración, asegurando en todo caso ámbitos decisorios suficientemente amplios que permitan ponderar otras variables». No es esa mi opinión, necesariamente, y menos establecida con carácter general.

²³ No obstante, y según dicha norma, todos podían percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de organismos dependientes de la corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de consejos de administración de empresas con capital o control municipal o de tribunales de pruebas para selección de personal.

²⁴ El apdo. 2 de dicho art. prevé que «cuando el ejercicio de la Alcaldía o de determinadas responsabilidades, como tenencias de alcaldía, presidencias de comisiones o delegaciones, exijan una dedicación especial sin llegar a ser exclusiva, el Pleno podrá autorizar la percepción de una cantidad fija y periódica para compensar dicha responsabilidad. En estos casos, en cuanto al alta en la Seguridad Social, se estará a lo dispuesto en la normativa específica aplicable».

²⁵ Y es que, como se detalla en esa publicación producto de una jurisprudencia representada por la STS de 16 de enero de 2000, el concepto de indemnización se había ensanchado notoriamente, abarcando también aquellas que compensaban ganancias dejadas de obtener o impedir otro ingreso, lo que a su vez se había traducido en prácticas irregulares de percepciones económicas.

Siendo, además, y a salvo de alguna declaración *obiter dicta* contenida en alguna resolución jurisdiccional²⁶, que la jurisprudencia ha cuestionado que se trate de un derecho subjetivo de los miembros electos, a pesar de que el ROF así parece reconocerlo. En este sentido, si bien ha exigido una motivación suficiente de la medida cuando se ha acordado una modificación de las retribuciones ya fijadas originariamente, rechazando reducciones que no obedezcan a una justificación razonable y a una proporcionalidad suficiente²⁷, lo cierto es que ha rechazado que ese mero hecho por sí mismo pueda necesariamente representar una desviación de poder²⁸.

Ciertamente y, en cualquier caso, existe una amplia discrecionalidad en su establecimiento, a salvo de los límites establecidos en la legislación a los que más adelante nos referiremos²⁹, si bien esta amplia habilitación concedida al pleno de la entidad local no puede afectar al normal y regular funcionamiento democrático de la corporación o introducir tratos diferenciados en el estatuto retributivo de los concejales que carezca de justificación razonable y legítima³⁰.

Como ya se ha dejado expuesto, la percepción de retribuciones por parte de los miembros electos de las entidades locales conoce dos modalidades principales atendiendo a la dedicación que al ejercicio de sus funciones los mismos dedican: dedicación exclusiva y a tiempo parcial. Ninguna otra consideración, a salvo de los límites que recoge la regulación atendiendo a la población del municipio, se establecen. Tampoco se contempla estructura alguna respecto de los conceptos que haya de retribuir el salario de los electos ni tampoco valoración distinta entre los cargos retribuidos atendiendo a su complejidad, importancia o cualquier otra circunstancia. Es una retribución, como también sucede en el ámbito estatal y autonómico, muy primaria en el sentido que solo atiende, con carácter general –ya que como veremos existe alguna excepción–, al *quantum* retributivo. Y es que, en cualquier caso y como se ha destacado en la doctrina más solvente (Font i Llovet et al., 2016, p. 108), la cuantía de las retribuciones debería fijarse en atención a tres parámetros o factores distintos: la población, la dedicación requerida y la responsabilidad asumida. No la mera representatividad³¹. Sin embargo, en la realidad práctica, si bien los dos primeros criterios se cumplen con carácter general (con algún grado, eso sí, de picardía en ocasiones como acontece en las dedicaciones parciales), la última es reiteradamente ignorada, tanto en lo que se refiere al tipo de dedicación (si exclusiva o parcial y dentro de esta última los distintos porcentajes a que puede estar sujeta) como dentro de cada modalidad dadas las dificultades en la apreciación de este último aspecto que preside su aplicación. Bien es cierto

²⁶ STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2010 (rec. 168/2003).

²⁷ Pueden verse, respecto de este aspecto, la SJCA de Palencia, de 15 de junio de 2021 (rec. 202/2020) y de 10 de junio de 2022 (rec. 59/2021) y la STSJ Castilla-León de 21 de noviembre de 2022 (rec. 520/2021). Asimismo, y respecto de la proporcionalidad, puede verse la STSJ de País Vasco de 2 de diciembre de 2019 (rec. 221/2019).

²⁸ Véase la STSJ de Galicia, de 17 de junio de 2020 (rec. 289/2018).

²⁹ Con respecto a estos límites es preciso realizar dos consideraciones: de un lado, que de acuerdo con lo establecido en la STSJ Castilla y León, de 11 de abril de 2014 (rec. 399/2013), no les afectan las limitaciones cuantitativas que en su caso puedan establecerse para los empleados públicos; y de otro, es preciso tener en cuenta que, como pone de manifiesto la SJCA de Segovia, de 19 de octubre de 2022 (rec. 18/2022), si bien los arts. 75, 75 bis y 75 ter LBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013, establecieron unos criterios homogéneos retributivos, lo hicieron desde la óptica de la percepción individual máxima a percibir por los miembros de la corporación local, pero no es el conjunto de percepciones que corresponden a la masa salarial del conjunto de electos, dado que las retribuciones por dedicación exclusiva, dedicación parcial y asistencias haría que una parte de los ayuntamientos no pudieran operar porque la actividad administrativa que se debe desplegar requiere que se compense económicamente las actividades desarrolladas en el ámbito político local, lo que sería una situación que paralizaría la actividad política municipal.

³⁰ STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2001 (rec. 623/2000).

³¹ En este sentido, la STSJ de Madrid, de 5 de junio de 2020 (rec. 68/2020), aclara que «el número de cargos con dedicación exclusiva se encuentra legalmente limitado en función de la población del Municipio en norma con rango legal, límite que puede llevar como inherente consecuencia que existan determinados miembros de la Corporación que, aun perteneciendo a un Grupo Político y aun teniendo asignadas responsabilidades diferentes a la mera asistencia a los Plenos, Comisiones, Consejos o Juntas, no puedan tener reconocida la dedicación exclusiva por haberse alcanzado en la Corporación de que se trate el límite máximo legal de cargos con tal clase de dedicación (aparte de las consiguientes limitaciones presupuestarias). Del mismo modo el reconocimiento de una dedicación parcial no puede pretenderse que constituya derecho o facultad dependiente, en exclusiva, de la unilateral voluntad de aquel miembro perteneciente a un Grupo político que opte por no tener una dedicación exclusiva, resultando de lo dispuesto en el art. 75.2 de la Ley 7/1985 que el desempeño de cargos con dedicación parcial solo puede serlo por realizar funciones de presidencia, de vicepresidencia o a la ostentación de delegaciones o desarrollo de responsabilidades que así lo requieran, como antes hemos visto (...). La retribución, por tanto y como pusimos de manifiesto en nuestra Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (rec. 144/2005), no está en ningún caso vinculada a una determinada representatividad política con la que deba guardar una determinada proporción sino a la concreta responsabilidad y a una especial dedicación al cargo que la justifiquen, especiales circunstancias cuya concurrencia en el supuesto concreto sometido a nuestra consideración no ha quedado debidamente acreditada por la parte actora (a quien incumbía la cumplida acreditación de dicho extremo, tanto en cuanto hecho constitutivo de su pretensión como desde la perspectiva de la disponibilidad o facilidad probatoria a que hace mención el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en este ámbito jurisdiccional específico)».

que en lo que se refiere a este último criterio, y respecto de las asistencias, alguna legislación autonómica ha introducido este elemento estableciendo un componente fijo y otro variable en atención a las funciones relacionadas con la responsabilidad del cargo representativo (art. 32.4 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi).

Eso sí, sus efectos, junto a la cuantía económica derivada del porcentaje de dedicación que se establezca, son muy distintos respecto de las incompatibilidades al que se sujeta una y otra modalidad. Así, en el primer caso esa dedicación comporta la incompatibilidad con otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, de carácter privado, en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (en adelante, LIAP). No así la segunda modalidad. Cuestión, esta última, que no ha dejado de plantear problemas ya que dicha sujeción, impropia por quedar referida a situaciones netamente distintas³², colisiona con algunos aspectos del estatuto jurídico de los cargos electos y ha obligado a los tribunales a conciliar la normativa electoral con la derivada de esa Ley³³.

Las previsiones normativas sobre estas retribuciones se contienen tanto en la legislación básica estatal como, salvo en determinados supuestos³⁴, en la legislación autonómica de desarrollo. Bien es verdad que esta sigue, con carácter general, estrictamente lo establecido en la legislación básica estatal sin introducir novedades reseñables más allá de las que se expondrán en los distintos apartados del presente trabajo. Lo cierto es, sin embargo, que podría cuestionarse la competencia estatal en la materia, al menos exhaustivamente, no ya a favor de la legislación autonómica, sino inclusive respecto de la competencia local (Font i Llovet et al., 2016, p. 119)³⁵.

Cabe destacar que, como se hace en este trabajo, junto a la retribución como consecuencia de una dedicación exclusiva o parcial, es preciso incluir dentro de las retribuciones, en atención a su auténtica naturaleza, las cuantías económicas percibidas por asistencias a órganos colegiados, dado que las mismas no tienen como finalidad la compensación de gastos efectivamente realizados en el ejercicio de sus funciones, que es la *ratio* a la que obedecen las indemnizaciones, sino que compensan en sí mismas el propio ejercicio de la función de miembro electo, lo que las acerca en mayor medida, sin duda y en mi opinión, a ser consideradas como una modalidad de retribución³⁶. Una retribución singular, ciertamente, pero la realidad es que no son indemnizaciones ni tampoco un *tertium genus*, a pesar de que no sean periódicas y de idéntica cuantía, ya que la finalidad por la que se percibe es la misma, a salvo de que su percepción tenga

³² Lo pone de manifiesto, a título de ejemplo, la no compatibilidad de la pensión de jubilación con la percepción de asistencias cuando estas tienen un carácter periódico por aplicación de la LIAP (sí, sin embargo, se admite para las pensiones derivadas de la incapacidad permanente STSJ Madrid de 26 de diciembre de 2017, rec. 275/2017). Véase las SSTSJ de Madrid de 16 de marzo de 2020 (rec. 243/2019) y de 4 de mayo de 2022 (rec. 151/2021).

³³ De esta forma, y a propósito de la compatibilidad de los funcionarios públicos, es preciso distinguir las causas de inelegibilidad e incompatibilidad funcional que impiden el acceso o ejercicio de un cargo público representativo por determinada persona; de las causas de «incompatibilidad económica» que prohíben que se perciba retribución (total o parcial) por ese cargo representativo. Pueden verse, respecto de este punto, la SJCA Ourense de 21 de diciembre de 2015 (rec. 297/2015) o la más reciente de STSJ Castilla-León de 21 de junio de 2021 (rec. 20/2021). Asimismo, puede consultarse la STS de 28 de mayo de 2020 (rec. 5298/2017), que indica que no cabe confundir los supuestos de inelegibilidad con los de incompatibilidad, aun cuando aquellos también lo sean de incompatibilidad, ya que los supuestos del 178 no suponen la imposibilidad del derecho al sufragio pasivo, es decir, la recurrente podrá tener la compatibilidad entre el desempeño de sus funciones como personal del Ayuntamiento de Tardajos y el derecho a ser elegido como concejal en unas elecciones municipales en otra entidad local, siempre que no sea en el mismo ayuntamiento donde realiza sus funciones, y ello con independencia de que el cargo de concejal sea o no retribuido o no implique la percepción de dietas o cualquiera que sea el régimen de dedicación exclusiva o parcial, ya que la aplicación del art. 178.2 b) que se refiere al respectivo ayuntamiento no deja lugar a dudas sobre la existencia de tal causa de incompatibilidad, siendo esta una doctrina unánime de la Junta Electoral Central, como resulta de sus acuerdos de 25 de septiembre de 1987, 21 de octubre de 1988, 17 de junio de 1996, 29 de junio de 1999, 22 de junio de 2000, 12 de febrero de 2001, 22 de marzo de 2001 y 19 de junio de 2002.

³⁴ En efecto, la legislación andaluza no se refiere a ello, ni tampoco la de Madrid, Extremadura, Canarias, Murcia, Castilla-León o Castilla-La Mancha. Tampoco Asturias ha dicho nada sobre este punto.

³⁵ Los autores hacen referencia al Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias núm. 8/2014, de 27 de febrero, y parecen decantarse, en lo que se refiere a los límites retributivos, por entender que se vulnerarían las competencias autonómicas sobre régimen local, pero no las competencias locales en virtud del principio de autonomía local.

³⁶ Así también la ha considerado alguna resolución jurisdiccional. Véase la STSJ de Madrid, de 16 de marzo de 2020 (rec. 243/2019), y la de 4 de mayo de 2022 (rec. 151/2021), que indica que «en general, como apreciábamos en nuestros anteriores pronunciamientos, las sesiones de los órganos colegiados son periódicas –además de las extraordinarias que puedan señalarse– y la asistencia de sus miembros resulta obligada, por lo que las cantidades percibidas, aun cuando sean en el concepto de “asistencias”, podrían considerarse remuneración o retribución periódica».

requisitos y efectos distintos, a las retribuciones ordinarias por dedicación exclusiva o parcial de estos miembros electos³⁷.

3.1. La dedicación exclusiva

El apdo. 1 del art. 75 de la LRBRL, complementado normativamente en el nivel estatal por los apdos. 1 y 2 del art. 13 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 (en adelante ROF) y en algunas legislaciones autonómicas de régimen local³⁸, recoge esta modalidad de dedicación previendo, a estos efectos, que percibirán las retribuciones que corresponda, siendo dados de alta en el régimen general de seguridad social³⁹. Retribuciones que se asignan, como ya se ha apuntado, sin obedecer a estructura salarial alguna ni hacer ninguna distinción atendiendo a la importancia o complejidad de las funciones a desarrollar⁴⁰.

Configurado, en los términos que establece el ROF, como un derecho de los miembros electos, su efectiva plasmación está sujeto, sin embargo, a la concurrencia de tres circunstancias que limitan su ejercicio: la primera, consistente en que ese derecho solo concurre cuando se trate de un municipio mayor de 1000 habitantes; la segunda, y para el resto de los municipios, derivada de los límites que a estos efectos establece la propia normativa de régimen local; la tercera, de que efectivamente así se establezca por el pleno de la corporación local.

Con relación a la primera de las circunstancias citadas, el Tribunal Constitucional descartó en la STC 111/2016 que el régimen de dedicación y retribuciones establecido para municipios de menos de 1000 habitantes –arts. 75 *bis*, segundo párrafo, y 75 *ter*, apdo. 1 a) LRBRL– vulnerase el derecho fundamental de participación política (23.1 CE) porque no «impedía ajustar las remuneraciones a la carga que supongan las tareas concretamente realizadas por el miembro de la corporación».

Sobre la segunda de las circunstancias aludidas, dicha previsión debe ajustarse, a su vez, a dos límites que se introdujeron a fin de limitar el denominado «gasto político» por la LRSAL basándose en criterios poblacionales⁴¹: por un lado, la cuantía de la retribución no puede sobrepasar los límites establecidos en el art.

³⁷ Similar consideración puede realizarse, a estos efectos, con las asistencias en la legislación valenciana, donde el art. 130 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana, tan solo distingue entre retribuciones, sin distinguir añadido alguno, e indemnizaciones.

³⁸ La legislación autonómica de desarrollo en aquellos casos que se han referido a las retribuciones de los cargos electos, con carácter general, reitera lo establecido en dicho precepto sin añadir ninguna previsión específica (Cataluña o Galicia) y aun así no todas las normas se refieren a esta modalidad de retribución (La Rioja). Distinto a este supuesto es el caso de dos comunidades autónomas: Euskadi y Baleares. En el primer caso porque, en el marco de lo que denomina Estatuto de la Oposición, el apdo. 1 del art. 33 de la Ley de Instituciones Locales de 2016 garantiza a los municipios que dispongan de una población superior a 10 000 habitantes que exista, al menos, un concejal o concejala de la oposición con dedicación exclusiva, con el fin de que las funciones de control y fiscalización del gobierno municipal puedan llevarse a cabo de forma efectiva. En el segundo supuesto, porque el art. 74 de la Ley Municipal de 2016, en la redacción dada por el art. 32 de la Ley 6/2007, 27 diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas, contempla que los alcaldes o presidentes de las entidades locales o, en su caso, un miembro electo del gobierno de estas entidades que cumplan los requisitos establecidos reglamentariamente (menos de 6000 habitantes y menos de 3 500 000 euros de recursos ordinarios en el presupuesto), pueden ser retribuidos por medio de las ayudas finalistas que se otorguen con cargo al Fondo de Colaboración Económica. Dicho régimen ha sido establecido por el Decreto 37/2014, de 8 agosto, regulador del sistema de compensación económica destinado a los ayuntamientos y entidades locales menores de las Illes Balears, que abonen a sus miembros electos retribuciones por el ejercicio de sus cargos en régimen de dedicación exclusiva o parcial al servicio de la gestión pública local. Respecto del régimen de compensación, y aunque referido a Navarra, es reseñable lo dispuesto en la STSJ de Navarra de 4 de mayo de 2010 (rec. 410/2009). También algunos reglamentos orgánicos municipales contemplan el desarrollo de lo previsto en el estatuto establecido en la legislación básica, como acontece, a título de ejemplo, en el Ayuntamiento de Algete (STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2022, rec. 188/2021, que reconoce la potestad normativa municipal en esta materia

³⁹ Tienen también derecho a cotizar por desempleo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, en virtud de la cual se hace extensiva la protección por desempleo a los miembros de las corporaciones locales que desempeñan su función con dedicación exclusiva o parcial. Debe tenerse en cuenta a estos efectos el Real Decreto 1108/2007, de 24 de agosto, sobre reconocimiento como cotizados a la seguridad social de los períodos en que los miembros de las corporaciones locales ejercieron con dedicación exclusiva su cargo político, con anterioridad a su inclusión en el régimen general de la seguridad social.

⁴⁰ De hecho, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, de 11 de abril de 2014 (rec. 399/2013), se cuestiona dicha circunstancia, aunque no se rechaza en sí misma por el Tribunal, sino que se justifica en el caso concreto que hay una responsabilidad similar. En dos sentencias anteriores, con distinto criterio, se consideraba que era el trabajo desarrollado lo que debía primar (STS de 12 de febrero de 1991, Ar. 1184) mientras que la otra sentencia no avaló esa idea (STS de 1 de diciembre de 1995, Ar. 9009).

⁴¹ Lo cierto es que, al momento de aprobarse dicha norma, había una gran crítica a este tipo de gastos, en más de una ocasión justificada. De esta forma, Delgado Piqueras (2014, p. 335) recoge que el *Informe del Tribunal de Cuentas núm. 959*, de 20 de diciembre de 2012, que en el ejercicio 2010 había 36 alcaldes o presidentes de diputación provincial que cobraron más que el presidente del Gobierno, y que diez de estos alcaldes lo superaron en más de un 20 %.

75 bis de la LRBRL⁴²; por otro lado, el número de concejales en régimen de dedicación exclusiva tampoco puede ser superior al señalado en el art. 75 ter de la LRBRL⁴³.

Límites, de otro lado, que han sido justificados por el Tribunal Constitucional que, en la STC 54/2017, razonó que los arts. 75 bis y ter conectan con los principios constitucionales de eficiencia en los recursos públicos y estabilidad presupuestaria y quedan plenamente justificados ya que, como también contempló la STC 41/2016, el art. 149.1.18 CE ampara, sin lugar a dudas, normas básicas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica en el modelo local español con el fin de realizar los imperativos que se derivan de los arts. 31.2 y 103.1 CE y la estabilidad presupuestaria como norma de conducta a la que están sujetas las entidades locales.

En cuanto a la tercera de las circunstancias citadas más arriba, se ha planteado distinta problemática dado que, como ya se apuntó, el precepto atribuye una amplia potestad discrecional al pleno de la corporación, aunque bien es verdad que a propuesta del presidente de la corporación, pudiendo, en su caso, ser controlada jurisdiccionalmente a fin de garantizar su correcto ejercicio⁴⁴. Concretamente, y respecto de la decisión adoptada, se ha discutido si procede o no la abstención de los miembros electos que, con posterioridad, ejercerán dichos cargos en régimen de dedicación exclusiva una vez nombrados por el alcalde⁴⁵. También ha sido objeto de debate los efectos retroactivos a la fecha de la adopción de dichos acuerdos, es decir, a su toma de posesión como miembros electos, una vez efectivamente nombrados los concejales que desarrollarán dichas funciones por el alcalde cuando ambas fechas no coinciden dadas las limitaciones y requisitos que, a estos efectos, establece la legislación procedimental⁴⁶.

Asimismo, se ha planteado alguna problemática respecto de las incompatibilidades públicas y privadas que implica dicha dedicación⁴⁷. En este sentido, si se aprueba la dedicación exclusiva, únicamente podría

⁴² Estos límites plantean la cuestión de si han de referirse tan solo a la retribución o también han de venir referidos a las indemnizaciones que se perciban como consecuencia del ejercicio del cargo. A diferencia de Font i Llovet et al. (2016, p. 121), que mantienen que se «quiere limitar el conjunto de compensaciones económicas de todo tipo –salvo los trienios– que un determinado electo local puede percibir con cargo a los presupuestos públicos», en mi opinión solo puede referirse a la retribución dada que la naturaleza de las indemnizaciones, como compensación de gastos, impediría que pudiera entenderse incluida. De otro lado, es de interés tener en cuenta el criterio establecido por la FEMP que en una nota explicativa sobre el régimen retributivo de los corporativos (Retribuciones de los electos locales tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local. Régimen de dedicaciones exclusivas y parciales), señalaba que «los límites establecidos en la Disposición Adicional Nonagésima en la 22/2013, se refieren a euros brutos anuales para cada cargo electo que ejerza su cargo en régimen de dedicación exclusiva, y no para el conjunto de los que lo ejerzan en una misma Corporación Local. Este límite no incluye ni las cuotas a la Seguridad Social a cargo de la Corporación ni las indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo». Desde mi punto de vista, no son de aplicación los límites genéricos establecidos en el art. 7 LIAP (respecto de la retribución de un director general y respecto del grupo del puesto principal), puesto que la norma específica –la LRBRL– tan solo se refiere a los del art. 5 que son los «límites que con carácter general se establezcan», es decir, los de la LPGE, y el segundo puesto (el de alcalde) no tiene naturaleza ni equivalencia al personal funcionario.

⁴³ El Real Decreto Ley en su art. 11.3 introdujo una disposición adicional nonagésima a la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2013, concretado los límites poblacionales y cuantitativos a la percepción de retribuciones por parte de los miembros de las entidades locales.

⁴⁴ De esta forma, en la STSJ de Murcia, de 28 de enero de 2011 (rec. 843/2009), el Tribunal señalaba que, pese a la discrecionalidad de la que pueda gozar en esta materia, carece de justificación y de proporcionalidad el que se otorgue a dos grupos municipales que tienen un número muy diferente de miembros, el mismo número de concejales con dedicación exclusiva.

⁴⁵ Entre otras, y tras algunas vacilaciones, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 11 de abril de 2014 (rec. 399/2013), estima que el acuerdo por el que se establecen qué retribuciones y en razón de qué régimen se van a percibir por los distintos ediles, no supone que concurra un interés personal que imponga abstenerse a alguno de los afectados ya que, razona la citada sentencia, cuando prima el interés general o institucional no existe la obligación de abstenerse. Bien es cierto que distinto al acuerdo primigenio de establecimiento de las retribuciones sería un posterior acuerdo respecto de estas, según se desprende de la STSJ Castilla-León, de 11 de junio de 2009 (rec. 61/2009).

⁴⁶ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 9 de julio de 2004 (rec. 1072/2003), estima que sí es posible dicha circunstancia siempre que concurren los tres requisitos establecidos en la legislación procedimental: en primer lugar, que produzcan efectos favorables al interesado; en segundo término, que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y, por último, que no se lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas.

⁴⁷ En concreto, será incompatible la percepción de retribuciones por dedicación exclusiva con: la percepción de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes y con la percepción de asistencias a sesiones de órganos colegiados de la propia corporación donde presta sus actividades, aunque sin embargo podrán percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo. Expresamente el art. 225 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia, recoge que su percepción será incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas que de ellas dependan. Por otro lado, es preciso tener en cuenta que los concejales que sean proclamados diputados provinciales o equivalentes deberán optar por mantener el régimen de dedicación exclusiva en una u otra entidad local, sin que en ningún caso puedan acumularse ambos regímenes de dedicación (art. 75.bis.2 LRBRL). Y serán compatibles las actividades enumeradas en el art. 19 de la LIAP.

desempeñar uno de los escasos supuestos que la LIAP autoriza la compatibilidad con otra actividad pública (arts. 3 a 10 LIAP). Respecto de las actividades privadas, en concreto, ha ocasionado algún debate la dicción del ROF que parecía permitir ciertas «ocupaciones marginales» (art. 13.3), lo que en realidad, y como ha puesto de manifiesto Alonso Higuera (2014, p. 12), configuraba una dedicación más que exclusiva preferente, aunque en mi opinión la norma reglamentaria incide en un *ultra vires* y, sobre todo desde la dicción establecida en el precepto legal tras la Ley 14/2000, ha de entenderse en el marco de lo dispuesto por la LIAP, no siendo susceptible de excepción alguna en dicho aspecto a pesar de que el Tribunal Supremo y tribunales superiores de justicia parecen haber admitido su subsistencia⁴⁸. En cuanto a las incompatibilidades públicas, especial significación tiene la percepción de una pensión de jubilación en que la legislación reguladora de dicha situación, tanto la general de seguridad social como la de clases pasivas, prohíbe expresamente su compatibilidad con cualquier cargo, profesión o actividad retribuida.

Pero, asimismo, y tras su cese, el apdo. 8 del art. 75, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 7/2015, contempla que durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el art. 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Previéndose que, a estos efectos, los ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese periodo para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.

3.2. La dedicación a tiempo parcial

Las indemnizaciones por lucro cesante como consecuencia del ejercicio de los cargos en las entidades locales estaban primigeniamente reguladas en el art. 75 LRBRL, si bien primero con la Ley 11/1999, y después con la entrada en vigor de la Ley 14/2000, se introdujeron cambios, como ya se relató, en el régimen retributivo de los miembros de las corporaciones locales⁴⁹, incluyendo la dedicación parcial retribuida y con

⁴⁸ La STS de 12 de abril de 2000 (Ar. 4568) así lo admite, entendiendo que la actividad privada consistente en el ejercicio de la profesión de procurador de los tribunales no es, en ningún caso, una actividad marginal. En cambio, la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2010 (Ar. 5845) considera compatible con este régimen de dedicación exclusiva la actividad privada de farmacéutico-analista, habida cuenta de las circunstancias concurrentes: mero titular de la oficina de farmacia, en la que su intervención se limitaba a una actividad de representación, dirección y orientación general que solo exigía una dedicación limitada.

⁴⁹ Antes del año 2000, los concejales que no tuvieran reconocida dedicación exclusiva tenían derecho a percibir unas asignaciones, denominadas asistencias, por su concurrencia efectiva a los órganos colegiados de que formaran parte, y en la cuantía que el pleno señalara (art. 13.6, inciso 1.º del ROF). Al no contemplarse la retribución en los supuestos de dedicación no plena –que concurría en los alcaldes que tenían solamente dedicación parcial, o en los concejales que ostentaban delegaciones– se vino desnaturalizando el contenido de las asistencias, abonándose bajo esta rúbrica verdaderos sueldos periódicos en su devengo y fijos en su cuantía. De ahí que la STS de 30 de abril de 1990 (ES:TS:1990:12387) declarase que las asignaciones no podían encubrir un sueldo o salario, sino que debían corresponderse con las asistencias debidamente documentadas en las actas de las reuniones. Así, los ediles de las corporaciones locales que no tuvieran dedicación exclusiva solamente podían recibir ingresos por asistencias documentadas y la jurisprudencia posterior vino a confirmar que las indemnizaciones a los miembros de la corporación debían efectuarse en función del trabajo que cada concejal prestase en la corporación, inadmitiendo que dichas indemnizaciones tuvieran carácter de fijas en su cuantía y periódicas en su vencimiento, es decir, deviniendo auténticos sueldos. Pero, fundamentalmente, a partir de la STS de 18 de enero de 2000 (rec. 1764/1994) se flexibilizó la interpretación del concepto indemnización establecida en el art. 13.5 del ROF (gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos y previa justificación documental, que se limitaba a gastos tales como desplazamientos, alojamientos y manutención, y demás susceptibles de encuadrarse en este concepto). Para ello, la resolución jurisdiccional referida partió de la definición de indemnización desde el punto de vista gramatical fijado en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española de la Lengua como «resarcimiento de un daño o perjuicio», no existiendo inconveniente para admitir una valoración global de los perjuicios que se pudieran producir, pero siempre que exista consignación presupuestaria de dichas compensaciones económicas. Dicha sentencia también afirmó que, por el principio de jerarquía normativa, las disposiciones del art. 75 de la LRBRL prevalecían sobre el art. 13 del ROF, siendo que el art. 75 LRBRL se refiere, sin ninguna limitación, al concepto «indemnización», mientras que el ROF se refiere a indemnizaciones por gastos. Ello implica, en su sentido gramatical, usual o jurídico, resarcir un daño o perjuicio, y este puede surgir tanto por un gasto realizado como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, como, en fin, por la «pérdida o dedicación de un tiempo a una actividad» cuando se podría haber dedicado a otra. De todo ello se infería que la indemnización por gasto realizado, a que se refiere el art. 13 del ROF, no agota, ni con mucho, el concepto genérico y sin concreción alguna de «indemnización» al que se refiere la LRBRL. De ahí que el FJ 6.º de dicha sentencia concluya que no ha existido infracción legal ni jurisprudencial, siendo ajustado a derecho el acuerdo de las indemnizaciones discutidas: unas, por mayor dedicación al cargo y responsabilidad; y otras, por dedicación parcial, fijadas en términos razonables y sin superar el límite legal al efecto. La sentencia referenciada originó algún desconcierto y confusión en el ámbito local, que demandaba una nueva configuración normativa que aclarase las indemnizaciones a

alta en el régimen general de la seguridad social para los cargos con responsabilidades que lo requieran y se limitaron las indemnizaciones según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas aprobase el pleno corporativo.

Distinta a la dedicación exclusiva, por tanto, es este supuesto cuya *ratio* fue, junto con aclarar el objeto de las indemnizaciones utilizadas de forma indiscriminada hasta entonces, limitando su aplicabilidad al resarcimiento de los gastos que eventualmente se originasen por el desarrollo de sus funciones, establecer una retribución a fin de dar una respuesta a aquellos electos cuyas funciones no requieran una dedicación exclusiva ni el consiguiente sometimiento a un estricto régimen de incompatibilidades dado que permite su compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada o pública siempre que se respeten las limitaciones que al efecto se establecen en la LIAP del año 1984.

El Tribunal de Cuentas, en sentencia núm. 4 del año 2012, dictada por la Sala de Justicia en Recurso de Apelación n.º 52/2011, definió la dedicación parcial de los cargos corporativos por contraposición a la dedicación exclusiva como aquella que, por su dedicación horaria, no absorbe todo el tiempo de una jornada de trabajo y, por tanto, permite el desarrollo de otras actividades. El Tribunal de Cuentas entiende, a estos efectos, que la dedicación parcial no es uniforme, sino que admite distintos grados e intensidades, pero exige siempre la continuidad diaria y una intensidad mínima de dedicación. De esta forma, si la dedicación parcial limita en su franja superior con la dedicación exclusiva, por la inferior lo hace con la dedicación discontinua, esto es, ocasional, que solo da derecho a percibir asistencias.

Los requisitos para su establecimiento vienen determinados en el propio precepto, que establece, en primer término y no sin cierta ambigüedad dada la amplitud con que lo hace, que para poder ser establecida dicha retribución se han de desarrollar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones o desarrollar responsabilidades que así lo requieran. Del tenor del precepto parece deducirse que es precisa una cierta continuidad y permanencia a lo largo del tiempo (Font i Llovet et al., 2016, p. 106). En cualquier caso, y así parece deducirse de la letra de la norma y ya se apuntó con anterioridad, se atribuye al pleno una amplia discrecionalidad que, en la práctica, se traduce en que dichas retribuciones con dedicación parcial, y sin incompatibilidad alguna en principio con el desarrollo de una actividad privada o pública, se pueden establecer indiscriminadamente y alcanzan, como también acontece en la dedicación exclusiva, tanto a los miembros electos del equipo de gobierno como a los miembros electos de los grupos políticos de oposición (Rodríguez Álvarez, 2002)⁵⁰. Circunstancia que, a diferencia de lo que acontece en la dedicación exclusiva, puede dar lugar a situaciones que pudieran ser irregulares en la que todos los miembros de la entidad establezcan para sí dedicaciones parciales con idéntica intensidad. Basta con que se desarrolle cualquier función, por evanescente que esta sea, para, en principio, poder acceder a dicha retribución sin quedar sujeto, sin embargo, a un régimen estricto de incompatibilidad⁵¹.

No menos ambigüedad, y consiguiente atribución de discrecionalidad al pleno de la corporación, que es quien la establece, se contempla para el segundo límite, a saber: la dedicación efectiva al ejercicio de esas responsabilidades atribuyendo a este la fijación de la dedicación mínima a partir de la cual procede dicha retribución cuya no fijación determina la nulidad del acuerdo⁵².

percibir por los cargos locales, lo que se produjo en virtud de la reforma del art. 75 la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

⁵⁰ De hecho, y en forma expresa, el art. 33 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi, titulado como Estatuto de la Oposición, dispone que: 1. Los municipios que dispongan de una población superior a 10 000 habitantes garantizarán que, al menos, exista un concejal o concejala de la oposición con dedicación exclusiva, con el fin de que las funciones de control y fiscalización del gobierno municipal puedan llevarse a cabo de forma efectiva. 2. En los municipios de más de 5000 habitantes y hasta 10 000 habitantes se garantizará que, al menos, exista un concejal de la oposición con dedicación parcial, con las mismas finalidades recogidas en el apartado anterior. 3. En todo caso, tales derechos de la oposición corresponderán al partido o coalición más representativa según los resultados electorales o, en su defecto, a la fuerza más votada. En caso de igualdad de votos, se alternarán en iguales periodos del mandato ambas fuerzas políticas en el disfrute de tales derechos.

⁵¹ Aunque, ciertamente, dicha posibilidad en muchos casos constituiría un auténtico fraude de ley. Los autores con anterioridad citados deducen que «por todo ello, entendemos que no se ajustarían a la legalidad los acuerdos de asignación de retribuciones para el ejercicio de tareas que no requieran una mínima dedicación específica, regular y continuada, en el ejercicio de funciones ejecutivas. Y, a la inversa, también deberíamos convenir que tampoco se ajustarían a la legalidad los acuerdos que remuneran el ejercicio de estas responsabilidades regulares y continuadas a través del concepto de asistencias» (Font i Llovet et al., 2016, p. 106).

⁵² En efecto, como puede verse en la SJCA de Salamanca, de 6 de noviembre de 2006 (rec. 168/2005), el acuerdo adoptado aludía a un horario flexible, adaptado a las circunstancias dado que la mayor parte de los concejales tienen trabajo, refiriendo que va a ser una asistencia continuada... y que «a la vista de la gestión que se haga, pues hablaremos de cuál es la dedicación de cada concejal». Sin embargo, la resolución jurisdiccional es tajante y explica que «en consecuencia, no habiéndose fijado en el acuerdo del Pleno impugnado que determina los cargos que llevan aparejada la dedicación parcial y sus retribuciones, el régimen de dedicación mínima

Si bien, y dada la sujeción al régimen de incompatibilidades que es preciso deducir de los apdos. 7 y 8 del art. 75 LRBRL, ya que no aparece en forma expresa respecto del ejercicio de actividades privadas⁵³, parece obvio que el pleno debería establecer, tanto en los supuestos de ejercicio de actividades públicas como en el de las privadas, el régimen de horarios garantizando en el caso de las públicas que no hay solapamiento de jornada con su horario en el sector público y ello sin perjuicio de que, con arreglo al apdo. 6.º del art. 75, puedan dentro de su horario de trabajo realizar tareas o asistir a sesiones de órganos colegiados. Y es que, sin duda, uno de los problemas que se plantean es el control de dicha dedicación que queda remitida a lo que, en su caso, se establezca mediante el acuerdo plenario y donde no parece que los sistemas tradicionalmente usados a estos efectos sean una solución real, especialmente cuando la dedicación alcanza porcentajes como, nada más y nada menos, el del 75 %⁵⁴.

Inclusive mayor inconcreción existe respecto del ejercicio de actividades privadas. Como se ha apuntado, la prestación de servicios en el sector público está expresamente admitida en los términos del art. 5 de la LIAP, en la que, salvo que resulta de aplicación la LIAP, nada más se dice. Es obvio que, en principio, salvo las estrictamente prohibidas en los arts. 11 a 15 de esa ley, podrán desarrollar su actividad profesional sin limitación alguna. No obstante, la problemática se centra en determinar, dada su imprecisa formulación, el alcance de las previsiones establecidas en el art. 11.1 LIAP respecto a la imposibilidad de desarrollar actividades profesionales o mercantiles que se relacionen directamente con las que se ejercen como consecuencia de las responsabilidades asumidas en virtud de esa dedicación parcial como cargo electo, lo que exigiría, desde mi punto de vista, que se arbitrara un procedimiento para solicitar la compatibilidad de acuerdo a lo establecido en el art. 14 LIAP, a fin de posibilitar su ejercicio, a diferencia de la compatibilidad para realizar funciones en el sector público, que no parece en principio que deba ser objeto de autorización alguna al haber sido contemplada *ex lege*.

En cuanto a las limitaciones que dicha dedicación comporta, recordemos, en primer término, que el acuerdo plenario ha de determinar el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones (número de horas diarias, semanales o mensuales dedicadas al cargo), pero, además, el apdo. 2 del art. 5 remite a las leyes de presupuestos generales del Estado la fijación de límites a estos efectos⁵⁵. De nuevo aquí no encontramos más que ambigüedad, un notorio vacío legal porque el límite horario de dedicación cuando lo es a tiempo parcial se concretó años más tarde en la disposición adicional nonagésima en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014, pero solo para los municipios de menos de 1000 habitantes, que recordémoslo ahora, no pueden tener miembros electos con dedicación exclusiva⁵⁶. Nada se estableció expresamente para los de mayor población⁵⁷, si bien es cierto que la jurisprudencia ante

necesaria para percibir tales retribuciones, se estima que se ha vulnerado el art. 75.2 de la Ley de Bases del Régimen local y en consecuencia procede también por esta causa estimar el presente recurso declarando la nulidad del acuerdo impugnado de conformidad con los arts. 63.1 Ley 30/1992 y 70.2 y 71.1 LJCA».

⁵³ Con carácter general, el régimen de dedicación parcial es incompatible con: a) la percepción de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de la misma entidad local y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, salvo las indemnizaciones por gastos efectivos ocasionados en el ejercicio del cargo; b) la percepción de retribuciones por dedicación exclusiva de otras administraciones públicas de que forme parte el cargo electo; c) con el desarrollo de otras actividades, en los términos de la LIAP; d) con la percepción de pensiones con cargo al sistema de seguridad social, que debe quedar en suspenso, pues resulta incompatible la percepción de la pensión con la de otro empleo público siguiendo lo dispuesto en la legislación de seguridad social e incompatibilidades.

⁵⁴ Como puede verse en la STSJ de Galicia, de 16 de mayo de 2018 (rec. 34/2018), es realmente problemática la compatibilidad de la dedicación parcial con el mantenimiento del cargo de funcionario público exigiéndose la fijación de horarios.

⁵⁵ Asimismo, el art. 5.2 de la LIAP, en la redacción dada a este precepto por la Ley 14/2000, establece que «no obstante, en los supuestos de miembros de las Corporaciones locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el art. 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se podrán percibir retribuciones por tal dedicación, siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. La Administración en la que preste sus servicios un miembro de una Corporación local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas».

⁵⁶ Y así sigue. Puede consultarse a este respecto la disposición adicional vigésima séptima de la Ley de PGE para 2023.

⁵⁷ Una nota explicativa de la reforma local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con el valor que deba darse a dicho instrumento de aclaración, recogía los siguientes criterios: a) la declaración del régimen de dedicación parcial de los miembros de las corporaciones locales presenta dos limitaciones. En primer lugar, no todos los miembros de la corporación local pueden ser declarados en esta situación, en la medida en que, por expreso mandato legal, queda reservada para los cargos representativos locales que realicen funciones de presidencia o vicepresidencia de órganos colegiados municipales, los que ostenten delegaciones o quienes desarrollen responsabilidades que así lo requieran; y en segundo lugar, en cuanto a los límites de las retribuciones para concejales en dedicación parcial, hay que distinguir entre municipios con población inferior a 1000 habitantes y municipios con población superior a esa cifra. En el primer caso, de acuerdo con la disp. adic. 90.ª LGPE 2014, los límites de las retribuciones por dedicación parcial se fijan en función del porcentaje de dedicación con relación a la jornada laboral, según la tabla que figura en dicha disp. adicional. En el caso

los abusos que en algunos supuestos se producían con dedicaciones del 90 % o más ha remitido a esos límites y, en concreto, al del 75 % las dedicaciones parciales que pueden establecerse⁵⁸. Pero la realidad, y paradójicamente tras muchos años de establecerse la necesaria fijación de límites, es que por encima de 1000 habitantes no se establece límite alguno sin perjuicio de que, eso sí, en una correcta interpretación haya de entenderse que, con independencia del porcentaje, el límite máximo ha de ajustarse a la escala por población establecida anualmente en las leyes presupuestarias.

Los cargos con dedicación parcial, en cualquier caso, no pueden percibir asistencias, pero sí ser indemnizados por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio del cargo⁵⁹.

3.3. Las asistencias

No calificada, en mi opinión de forma acertada, como una indemnización, como acontece en el ámbito del empleo público⁶⁰, las asistencias, previstas en el apdo. 3.º del art. 75 LRBRL para aquellos miembros que ejercen su cargo siempre que no tengan asignada dedicación exclusiva ni parcial, tienen como objetivo compensar a los miembros electos de las entidades locales por la concurrencia efectiva y, lógicamente, la preparación de los asuntos para debatir, a los órganos colegiados de los que forman parte, lo que constituye un deber del cargo electo⁶¹. Realmente, y como están concebidas en el estatuto de los miembros de las entidades locales, su finalidad no es compensar perjuicios objetivos, sino compensar la realización misma de las funciones que el cargo de electo supone⁶². Tanto es así que, en ocasiones, su establecimiento ha escondido una retribución en sentido estricto, evitando las cotizaciones a la seguridad social y evadiendo los límites derivados de la legislación de incompatibilidades, como pone de manifiesto la propia jurisprudencia⁶³.

de municipios con población igual o superior a 1000 habitantes, habrá que entender que el límite máximo total que pueden percibir por todos los conceptos retributivos quienes desempeñen su cargo en régimen de dedicación parcial viene determinado por la aplicación del porcentaje de dedicación parcial –75 %, 50 %, 25d%– que corresponda a la cuantía máxima de referencia por tramos de población prevista en el párrafo primero de la citada Disposición adicional de la LPGE.

⁵⁸ Puede verse, a estos efectos, la STSJ de Andalucía, de 23 de febrero de 2018 (rec. 744/2017), que aún sin mucha base legal considera que debe de existir alguna diferencia entre la dedicación exclusiva y la parcial, sin que la diferencia entre éstas sea tan reducida que permite eludir en fraude de ley las restricciones legales respecto del número de dedicaciones exclusivas fijadas por tramo de población. De esta forma, y aun siendo consciente la resolución jurisdiccional de que el límite del 75 % está fijado por el legislador para los municipios de población inferior a 1000 habitantes, considera la citada sentencia que, aunque sea a los efectos orientativos, puede resultar de interés atender a tal porcentaje sin que, como ocurría en el caso analizado, una dedicación parcial de hasta el 90 % viene en la práctica a suponer una dedicación exclusiva, y, por tanto, debe de ser anulada.

⁵⁹ En estos supuestos, sin embargo, sí resulta compatible con la percepción de asistencias por la concurrencia a las sesiones de órganos de gobierno o dirección de organismos o entidades instrumentales dependientes de la propia corporación, pero con personalidad jurídica separada (art. 13.6 ROF). En mi opinión, si ya resulta discutible que cuando se trata de funciones ínsitas al ejercicio del cargo se retribuyan, en todo caso han de respetarse los límites totales que la legislación marca. Un criterio más flexible mantienen Font i Llovet et al. (2016, p. 115).

⁶⁰ Como es conocido, en el marco de la función pública las asistencias no son sino un concepto más de las indemnizaciones por razón del servicio. Puede verse, en este sentido, el art. 1 apdo. d) del RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio que alude a las cuantías económicas percibidas en razón de tal concepto como compensación o indemnización.

⁶¹ Con esta perspectiva alguna legislación autonómica y, en concreto, el art. 20 de la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los plenos de Castilla-León establece, a estos efectos, algunas previsiones que completan la legislación básica. En concreto, dicho art., en su apartado segundo, prevé: «Los miembros de las entidades locales que incumplan reiteradamente con el deber de asistencia a los Plenos, sin justificación suficiente, serán sancionados con una cantidad equivalente a la indemnización dejada de percibir por cada falta de asistencia entendiendo que hay incumplimiento reiterado cuando se produzcan tres faltas de asistencia consecutivas o cuando no se asista a un tercio de las sesiones anuales que se hayan convocado. Le corresponde a la Junta de Gobierno o, de no existir, al Pleno de la entidad local, apreciar la falta de justificación suficiente de la ausencia, sin perjuicio de la competencia sancionadora atribuida a la Alcaldía o Presidencia de la entidad local».

⁶² La STS de 3 de julio de 2007, dictada en recurso de casación en interés de ley, explica que las asistencias a órganos colegiados difieren en su naturaleza de las indemnizaciones por razón del servicio. Razona el Tribunal que mientras las indemnizaciones atienden a las circunstancias de tiempo o lugar en que se desarrolla el trabajo (viajes, traslado de domicilio, alojamiento, comida) y, por ende, buscan compensar económicamente los perjuicios, fundamentalmente económicos, que tales circunstancias implican, las asistencias atienden no a las circunstancias objetivas del trabajo encomendado, sino a este en sí mismo, es decir, a las funciones o tareas que conlleva y, por eso, su fin no es compensar perjuicios objetivos ocasionados por los hechos o condiciones que circundan el desempeño del trabajo, sino compensar la realización misma de las funciones que el trabajo encomendado integra.

⁶³ De esta forma, las SSTSJ Cataluña, de 16 de julio de 2013 (rec. 18/2011), de 19 de octubre de 2012 (rec. 84/2012), de 10 de octubre de 2013 (rec. 268/2011) o, más recientemente, la STJ Cataluña de 21 de julio de 2020 (rec. 517/2018) denuncian que sigue habiendo grietas en el sistema mediante la fórmula de incrementar tanto el importe unitario como la cadencia de las asistencias a juntas de gobierno y de establecer dietas con unas cantidades muy altas, se consigue sustituir la retribución municipal obligada a cotizar

De esta forma, los efectos de las asistencias y las indemnizaciones difieren notablemente en su consideración laboral y fiscal. Y es que, a diferencia de las indemnizaciones, en las asistencias, por esa naturaleza antes aludida, se tiene derecho a un permiso para asistir a las mismas considerándose un rendimiento del trabajo a efectos fiscales y habilitando al empresario a descontar del salario la cuantía misma⁶⁴. Es decir, y en definitiva, las asistencias a las sesiones de los órganos colegiados son un tipo de retribución cuya percepción por los miembros corporativos tiene como objetivo principal la compensación, un *lucro cesante*, por impedir la eventual obtención de otro ingreso durante el tiempo dedicado a dicha asistencia. Además, y en el caso de aquellos concejales con una relación de empleo bajo dependencia de un empresario, también compensa la posible pérdida de retribuciones en los puestos de trabajo de los concejales.

El precepto no se refiere a los órganos colegiados que dan derecho a su devengo, por lo que, en principio, cualquier órgano colegiado en que participen los miembros electos son susceptibles de ocasionar el derecho al devengo⁶⁵. Sí parece posible establecer diferencias en la cuantía de las asistencias atendiendo al órgano municipal de que se trate teniendo en cuenta la propia importancia, complejidad o competencia del órgano en concreto (STSJ Comunidad Valenciana, de 17 de junio de 2005, rec. 2151/2003), pero dichas diferencias no son conforme a derecho si se establecen atendiendo a la pertenencia a grupos políticos u otras razones personales siempre que no vengan justificadas por motivos objetivos como puede ser la presidencia o la secretaría del órgano colegiado (STS 25 de marzo de 2003, rec. 6447/1998).

Tampoco el precepto concreta las cuantías que pueden percibirse por estas, si bien no podrán superar globalmente los límites establecidos en el art. 75.bis LRBRL, lo que, en cualquier caso, de nuevo otorga una amplia discrecionalidad en su establecimiento, que, en ocasiones, ha provocado abusos en su percepción como muestra de nuevo la propia jurisprudencia recaída sobre esta cuestión (entre otras la STS de 1 de diciembre de 1995, rec. 1516/1991)⁶⁶.

El precepto otorga, además en su apdo. 6.º, un permiso por el tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una corporación local, entendiendo por este, según lo previsto en el art. 37.3.d) ET y el art. 30.2 Ley 30/1984, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la corporación o de las comisiones y atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado, lo que ha sido

a la seguridad social por ingresos que, presuntamente, no son cotizables. Indica, a estos efectos, que el hecho de que las funciones políticas o institucionales de carácter más o menos ejecutivo que venían desempeñando los miembros del equipo de gobierno se desarrollasen sin contar con medios materiales relevantes o contando con el auxilio del aparato burocrático de la corporación, no cambia las cosas. Entre otras razones, porque es obvio que los miembros electos de las entidades locales no son elegidos para otra cosa que para desempeñar funciones políticas y de gobierno. Y el desempeño de esas funciones –y no de otras– es el que tiene en cuenta el art 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para modular, según las circunstancias o la intensidad del ejercicio de esos cometidos políticos, los derechos económicos de diferente signo o naturaleza de los que gozan los electos y, en su caso, las obligaciones especiales de estos últimos para con la seguridad social. Y razona que «estaban claramente vinculadas a cometidos institucionales asociados a las funciones de alcalde. Cometidos institucionales que el actor desempeñó antes, al margen o con independencia de las vicisitudes propias de las sesiones de los órganos municipales a las que asistió. Y porque los miembros electos de las Corporaciones locales son elegidos para desempeñar funciones políticas y de gobierno, cuya intensidad tiene en cuenta el art 75 LRBRL para modularlos derechos económicos de los cargos electos y las obligaciones con la SS».

⁶⁴ Véase la interpretación del art. 37.3 d) ET que realiza la STSJ de Castilla-La Mancha (social), de 15 de mayo de 2002 (rec. 431/2001), respecto de la posibilidad de su descuento y la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2687/2011, de 8 de noviembre, que establece que «las retribuciones que se asignan a los miembros referenciados estarán sometidas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a su sistema de retenciones a cuenta como rendimientos del trabajo, con excepción de la parte de las mismas que el citado ente local asigne para gastos de viaje y desplazamiento de sus destinatarios».

⁶⁵ La STS, de 28 de abril de 2006 (rec. 2048/2002), se pronunció respecto del consejo de administración de una sociedad municipal que no era un órgano de la corporación. En mi opinión, dicho parecer no es acertado en relación con la ratio del precepto, que lo que trata es de evitar retribuciones por distintos conceptos cuando en realidad se trata de funciones propias del cargo que se realizan, precisamente, por el ejercicio de las funciones a este atribuidas.

⁶⁶ A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la función pública, que en el art. 28.3 del RD 462/2002, establece el límite del 40 % de las retribuciones, excluidas las de carácter personal derivadas de la antigüedad que correspondan, asimismo anualmente, por el puesto de trabajo principal. La STSJ de País Vasco, de 2 de diciembre de 2019 (rec. 221/2019), establece a este respecto, que «en la fijación de la cuantía de las retribuciones, ha de recordarse que el Pleno no goza de total discrecionalidad, sino que se encuentra circunscrito, además de por unos límites cuantitativos, por los siguientes principios: 1. El principio de igualdad, de manera que a igual dedicación y responsabilidad correspondería, en principio, igual retribución, al no estar vinculada esta a una determinada representatividad política con la que haya de guardar alguna proporción, sino a la concreta responsabilidad y dedicación al cargo que la justifiquen. 2. El principio de proporcionalidad, que genera la obligación de los entes locales de establecer las retribuciones guardando la debida proporcionalidad respecto del régimen de dedicación exclusiva y, dentro de la dedicación parcial, respecto del porcentaje de dedicación reconocida a cada electo. Y esto hace que las decisiones plenarios correspondientes deban estar motivadas, a fin de justificar la viabilidad del reconocimiento del derecho y la legitimidad de las diferencias retributivas».

desarrollado, a mi juicio de forma discutible en el caso de la legislación laboral por ser exclusiva competencia del Estado, por alguna legislación autonómica⁶⁷.

La competencia para establecerlas corresponde al pleno y requiere de expediente, acreditando la existencia de consignación presupuestaria y su posterior publicación en el BOP y en el tablón de anuncios de la corporación.

4. LAS INDEMNIZACIONES POR RAZÓN DEL SERVICIO

Las indemnizaciones, como consecuencia de haberse incurrido en gastos en el ejercicio del cargo, vienen contempladas en el art. 75.4 de la LRBRL y se perciben de forma independiente a la dedicación del cargo electo dada su naturaleza de compensación de gastos. Su establecimiento, a diferencia de lo que acontece en las anteriores, se remite a las normas de aplicación general en las Administraciones públicas que, sin embargo, van a poder ser completadas por lo que, en su caso, disponga el pleno de la entidad.

Como se ha apuntado con anterioridad, las mismas tuvieron en un inicio y hasta la reforma del art. 75 acontecida en 1999 con la introducción de la modalidad de retribución por dedicación a tiempo parcial, una aplicación desnaturalizada, ya que no solo se percibían por los gastos efectivos en que se pudiera haber incurrido en el ejercicio del cargo, sino que también compensaban el propio ejercicio de las funciones propias del cargo electo. En la actualidad, y tras esa reforma del año 1999, han quedado ceñidas exclusivamente a la compensación de los gastos ocasionados, debidamente justificados⁶⁸, en que se incurra como consecuencia del ejercicio del cargo.

La remisión a las normas de aplicación general a las Administraciones públicas se concreta en la aplicación de nuevo a estos del régimen de dietas e indemnizaciones establecidas para los funcionarios públicos que se establecen en el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, siendo que las facultades establecidas a favor del pleno lo son meramente de desarrollo de las previsiones establecidas en este, a tenor de la expresa dicción del precepto, pero en ningún caso en mi opinión de sustitución o enmienda de lo establecido en el mismo⁶⁹.

Precisamente esa capacidad normativa del pleno se puede manifestar, y así de hecho sucede en distintas entidades locales a través de distintos instrumentos (reglamento orgánico, bases de ejecución del presupuesto, etc.), en un caso concreto, como acontece con los gastos por asistencia jurídica a estos (STSJ de Madrid, de 29 de noviembre de 2022, rec. 430/2022), básicamente por imputaciones penales, donde la dicción del art. 75.4 LRBRL y 13.5 del ROF, que permitiría perfectamente su abono no aclaran el alcance, las circunstancias y los requisitos de ese abono⁷⁰.

⁶⁷ En efecto, el art. 32.6 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi de 2016, junto al supuesto previsto en el art. 75.6 LRBRL, añade que «también tendrá esa condición el tiempo dedicado por los miembros electos o electas a tareas representativas, funciones delegadas o asistencias a reuniones con otras instituciones o con entidades o asociaciones ciudadanas, así como en cualquier otra actividad propia de su cargo, atendiendo, en su caso, a las previsiones que en relación con los citados derechos pudieran preverse en la legislación laboral, así como en la de función pública». No en el caso del personal funcionario, ya que la norma solo tiene consideración de norma básica. En cualquier caso, con independencia de la cuestión competencial, también abre una vía para convertir las asistencias en una auténtica retribución en contra, por tanto, del espíritu de la reforma acontecida con ocasión de la Ley 14/2000.

⁶⁸ De esta forma, la STSJ Cataluña, de 10 de febrero de 2006 (rec. 501/2002), indica que no cabe fijar indemnizaciones, con carácter genérico, y sin previa justificación documental.

⁶⁹ Hay autores, no obstante, que entienden que dicho régimen puede flexibilizarse mediante la fijación de las cuantías de las indemnizaciones, razonando que el reenvío no significa que no quepa otra solución que su traslado automático y cerrado a los corporativos locales, si bien cualquier desvío de las tablas y criterios establecidos debería motivarse suficientemente con criterios de razonabilidad y donde se acredite el carácter proporcionado, reparador y limitativo de las cantidades a percibir (Santirso Fernández, 2015). Inclusive la dicción de alguna normativa conduciría a llegar a esta conclusión, como resulta del art. 20 de la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el Estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los plenos de Castilla-León, que modulando el precepto estatal básico se refiere a las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en este sentido apruebe el pleno y no a las que en desarrollo de este apruebe el pleno. Otras normas autonómicas prescinden directamente de esa remisión y directamente remiten al pleno la fijación del régimen de indemnizaciones (art. 166.2 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña).

⁷⁰ La inexistencia precisamente de criterios claros en este aspecto ha motivado que sea la jurisprudencia, desde hace años, quien haya establecido los requisitos que permiten su reintegro. En efecto, la STS de 4 de febrero de 2022 (rec. 3271/1996), seguida por la mayoría de las resoluciones jurisdiccionales posteriores (a título de ejemplo, la STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2022, rec. 488/2022), señala una serie de requisitos para que esos gastos puedan ser indemnizados, a saber: «a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal

5. ¿HA LLEGADO EL MOMENTO DE REFORMAR EL SISTEMA? APUNTES PARA UNA EVENTUAL REDEFINICIÓN DEL ESTATUTO ECONÓMICO DE LOS ELECTOS LOCALES

Tras lo expuesto, y a la vista de la patología que podemos encontrar en la aplicación del régimen económico de los electos locales, no cabe sino contestar a la pregunta originariamente formulada en forma recelosa. De esta forma, se mantienen vacíos en el sistema que ocasionan, no ya solo irregularidades en su aplicación que es posible detectar a tenor de las resoluciones jurisdiccionales analizadas, sino más bien, y atendiendo a la cuestión planteada al comienzo de estas líneas, que solo parcialmente garantizan, sobre todo en lo que se refiere a las dedicaciones parciales y las asistencias, el necesario *status* de imparcialidad, objetividad e independencia que las funciones desarrolladas requerirían. Y dicho ello, creo que no estaría de más repensar el sistema a fin de incrementar su fiabilidad, atendiendo a la estructura de nuestra planta local y estableciendo reglas claras y concluyentes como acontece en el ámbito estatal y autonómico.

En efecto, se comenzaba este trabajo aludiendo al periodo temporal transcurrido desde la generalización del cobro de retribuciones por parte de los electos locales y los hitos normativos que habían modelado, un tanto a borbotones y sin la reflexión que merecería la cuestión, el régimen finalmente establecido. Ciertamente, ha transcurrido un extenso periodo de tiempo en que distintas cosas se han transmutado. Y entre ellas algunos de los presupuestos sobre los que se articuló el actual régimen económico. Otros subsisten y habrá de atenderse también a estos para encontrar el equilibrio adecuado.

Por supuesto, y creo que no habrá duda sobre este punto, nuestras entidades locales han cambiado notoriamente. Mayor complejidad en su gestión, más competencias y mayor importancia como nivel de gobierno, y mayores exigencias respecto de las labores de gobierno del territorio y no solo de prestación de servicios públicos. Insuficiencia, ciertamente, en su financiación, pero no nos encontramos en la actualidad en la situación paupérrima de la que se partía al inicio de los gobiernos locales democráticos.

También mayores exigencias respecto del cumplimiento de los principios que presiden el buen gobierno hasta ahora insuficientemente considerados. Por un lado, las irregularidades, de algunas hemos dado cuenta reveladas por la propia jurisprudencia de nuestros tribunales, que siguen apareciendo tras cada proceso electoral a la hora de plasmar las previsiones normativas y que nos permiten, tras el análisis efectuado, apuntar un rendimiento insuficiente del sistema establecido y recomendar su replanteamiento. De otro, que el sistema, en su propia concepción, incentiva las propias fugas del mismo y del régimen de incompatibilidades. A título de ejemplo, fugas en lo que se refiere a las dedicaciones parciales y su compatibilidad con otras actividades y una casi total ausencia de principios y límites sobre la cuantía y la cadencia de los cobros por asistencia.

Por de pronto, y creo que se coincidirá en la idea sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo, se hace preciso rediseñar un estatuto de los cargos electos en el nivel local que garantice la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de las funciones de estos. Comenzando, de esta forma, por el régimen de incompatibilidades, que francamente es una de las cuestiones que merecería repensarse en una futura reforma de la legislación local, dada la insuficiencia de una normativa en esta concreta materia, pensada para funcionarios públicos y no para responsables políticos, donde hay francos márgenes de mejora respecto de las incompatibilidades y los conflictos de intereses que eventualmente se produzcan durante el ejercicio del cargo con relación al ejercicio de actividades privadas.

miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta. Estos gastos deben entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características. b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así. c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de éstos o su carácter lícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas. De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurren causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanar del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no puede considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal». Y añade que, en cualquier caso, y siendo, la carga de someterse al proceso penal para depurar una responsabilidad, en principio, de naturaleza personal, «el carácter suficiente o no de la exculpación o absolución para determinar el carácter indemnizable de los gastos de representación y defensa debe ser apreciado en cada caso examinando las circunstancias concurrentes a tenor de las decisiones adoptadas por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal».

Y es que llama notoriamente la atención el sistema por su *incompletitud*, ya se trate por la ausencia de regulación (a título de ejemplo baste referirnos a las dedicaciones parciales como se puso de manifiesto líneas atrás o los gastos derivados de actuaciones judiciales por el ejercicio de las funciones), ya sea por las referencias a la articulación de su régimen jurídico por relación al estatuto funcional, que en determinados aspectos pudieran coincidir con el estatuto de los electos locales pero que difieren sustancialmente en otros, o al estatuto de los altos cargos en otras características, como las limitaciones tras el cese en el mismo. Pareciera que existe un cierto desinterés en abordar las cuestiones que refiere ese estatuto a la vista de las concretas circunstancias que acontecen en el ámbito local.

Un estatuto que, además, y en lo que a los aspectos económicos se refiere debe ocuparse de la mayoría que gobierna, pero también, y al menos a partir de ciertos tramos de población o de presupuesto, debería de alcanzar a los miembros de la oposición. Una democracia local de calidad exige para lograr un rendimiento óptimo profesionalizar la gestión, por supuesto del equipo de gobierno, pero también de la oposición. No hay buen gobierno sin una buena oposición. Y en los casos de entidades, desde luego la mayoría de las entidades locales mayores de 20 000 habitantes así pueden ser caracterizadas, con una alta complejidad estructural y organizativa y diversidad de materias sobre las que se ejerce una efectiva competencia, es preciso profesionalizar el control de la actuación municipal y de las decisiones adoptadas por los equipos de gobierno.

Un estatuto, también ha de indicarse, que debe abandonar aún más la uniformidad y la homogeneización forzada actualmente imperante. Y ello en dos sentidos. En un primer aspecto, es preciso pasar efectivamente a considerar este estatuto como una competencia normativamente compartida por los tres niveles de gobierno. De esta forma, si originariamente las comunidades autónomas ciñeron su competencia a elementos como la población o el territorio, y tras los estatutos de segunda generación estas han asumido más decisivamente sus competencias en materia de régimen local y su diversidad, aconsejaría que, respetando los principios generales, los límites y la estructura básica del sistema, pudieran desarrollar respecto de su realidad local esos aspectos. Iguales consideraciones pueden realizarse en relación con las propias entidades locales. En un segundo sentido, las limitaciones que, en su caso, se establezcan pueden y deben aunar el número de habitantes con otras variables igualmente relevantes, como el presupuesto de que se dispone y determinar, dentro de este, qué presupuesto ha de dedicarse al gasto político incluido el personal eventual, ofreciendo a las entidades locales un margen de decisión en este punto.

En definitiva, y como se ha puesto de manifiesto por algunos autores en una reflexión que hago mía, no parece una buena solución la opción sin mayor debate y atención por «un sistema político local *low cost* –que pudiera caracterizarse por un progresivo deterioro salarial– podría llevar no sólo a expulsar del sistema a personas cualificadas, capaces de gestionar de manera eficiente nuestros recursos públicos, sino también a desvalorizar la política» (Font i Llovet et al., 2016, p. 132).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Higuera, C. (2014). El nuevo régimen jurídico del Estatuto de los miembros electos de las corporaciones locales, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. *Cuadernos de Derecho Local*, (36), 7-27. <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.36.648>
- Castillo Ramos-Bossini, S. E. (2023). *El régimen jurídico de los altos cargos*. Dikynson. <https://doi.org/10.2307/jj.5076313>
- Delgado Piqueras, F. (2014). El redimensionamiento de las retribuciones de los cargos públicos locales. En M. J. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local: La ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: veintitrés estudios* (pp. 331-370). Thomson Reuters Aranzadi.
- Font i Llovet, T., Vilalta Reixach, M. y Aldomà Buixadé, J. (2016). Límites a las retribuciones de los cargos electos locales. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104(1), 103-134. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.104.2016.1.03>
- Marqués Carbó, L. (1957). *El Derecho Local Español*. Informaciones Municipales.
- Morell Ocaña, L. (1988). *El Régimen Local Español*. Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (2002). Gobierno y Administración pública en la Constitución española. En J. Rodríguez-Arana (dir.) y M.^a Calvo Charro (coord.), *La Administración pública española* (pp. 89-160). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Pérez Monguió, J. M. (2022). Dedicación de los altos cargos en Andalucía. En F. A. Castillo Blanco, S. Fernández Ramos, y J. M. Pérez Monguió (dirs.) y S. E. Castillo Ramos-Bossini (coord.), *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad* (pp. 183-222). Instituto Andaluz de Administración Pública. <https://doi.org/10.46735/iaap-pub.5.25>

- Pérez Monguió, J. M. y Fernández Ramos, S. (2016). *El Estatuto de los Altos Cargos*. Aranzadi.
- Redacción de El Consultor (1956). *Régimen local* (3.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos.
- Redacción de El Consultor (2003). *Manual del concejal* (5.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos.
- Rivero Ysern, J. L. (2014). *Manual de Derecho Local* (7.ª ed.). Civitas.
- Rodríguez Álvarez, J. M. (2002). El nuevo régimen retributivo de los cargos electivos locales. *Cunal: Revista de Estudios locales*, (Extra 1), 109-126.
- Santirso Fernández, M. A. (2015). Retribuciones, asistencias e indemnizaciones de los cargos electos. *El Consultor de los Ayuntamientos*, (8), 1039-1053. https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKriHz9-fB8_lorZ7LOnb3bo2dvv29_f-4WXed0U1fKzvZ3d-zv7u5_ig-L8-mk1fXO9yj87z8om_38AKSubJDUAAAA=WKE
- Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. (2005). Régimen jurídico-administrativo de los «municipios de gran población». *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, (28), 15-40.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 06-11-2023
Modificado: 24-02-2024
Aceptado: 10-03-2024
Prepublicado: 19-03-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11298>
Páginas: 160-184

Referencia: Bastús Ruiz, B. (2024). La importancia de las actuaciones municipales en la garantía del derecho a la vivienda. Entre el urbanismo y la colaboración público-privada. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 160-184. <https://doi.org/10.24965/reala.11298>

La importancia de las actuaciones municipales en la garantía del derecho a la vivienda. Entre el urbanismo y la colaboración público-privada

The significance of municipal actions in safeguarding the right to housing. Urban planning and public-private collaboration

Bastús Ruiz, Berta
Universidad de Barcelona (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8318-8420>
bertabastus@hotmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho Administrativo por la Universidad de Barcelona. Actualmente forma parte de la Asociación Española de Derecho Urbanístico (AEDUR) y del Centre d'Innovació i Gestió de les Administracions Públiques (CIGAP) de la Universidad de Girona. Sus principales líneas de investigación se centran en el ámbito del derecho a la vivienda y el derecho urbanístico.

RESUMEN

Objetivos: analizar las distintas actuaciones, tanto urbanísticas como en materia de colaboración público-privada, que ha llevado a cabo el Ayuntamiento de Barcelona para garantizar el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada. **Metodología:** trabajo descriptivo. **Resultados:** a pesar de que en el ordenamiento jurídico español la competencia en materia de vivienda corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas, los ayuntamientos tienen un papel básico y fundamental en la gestión y la promoción del derecho a la vivienda. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Barcelona ha impulsado distintos mecanismos como la reserva de suelo en suelo urbano consolidado o la covivienda. **Conclusiones:** la Administración pública tiene la necesidad de implantar una política de actuación global para incrementar el parque público de vivienda. Esta política debe caracterizarse, especialmente, por una fuerte y estable inversión económica, por la configuración de un marco jurídico claro y seguro y por la implantación de medidas de colaboración entre las distintas Administraciones y entre la Administración y el sector privado.

PALABRAS CLAVE

Ayuntamiento; urbanismo; vivienda; suelo; colaboración público-privada.

ABSTRACT

Objectives: Examine the diverse actions, including urban planning and public-private collaboration, that Barcelona City Council has implemented to guarantee the right to access to adequate and decent housing. **Methodology:** Descriptive work. **Results:** Although, in the Spanish legal system, competence in housing matters corresponds exclusively to the Autonomous Communities, the City Councils have a basic and fundamental role in the management and promotion of the right to housing. For example, Barcelona City Council has promoted different mechanisms such as land reservation on consolidated urban land or cohousing. **Conclusions:** The Public Administration needs to implement a global policy to increase the supply of public housing. This policy must be characterized, especially, by strong and stable economic investment, by the configuration of a clear and secure legal framework and by the implementation of collaboration measures between the different Administrations and between the Administration and the private sector.

KEYWORDS

Town hall; urban planning; housing; land; public-private partnership.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA VIVIENDA. 1.1. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA. 1.2. NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE VIVIENDA. 1.3. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1.3.1. El derecho a la vivienda en la Constitución de 1978 y en los distintos estatutos de autonomía. 1.3.2. Reconocimiento legal del derecho de acceso a la vivienda. 1.3.3. Las competencias transversales del Estado y las comunidades autónomas en esta materia. 1.3.4. El papel de los ayuntamientos en el derecho a la vivienda. 2. LA IMPORTANCIA DE LAS ACTUACIONES MUNICIPALES EN LA GARANTÍA Y LA PROMOCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA. ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CATALÁN Y, EN ESPECIAL, DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS POR EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. 2.1. EL MUNDO LOCAL EN LA GARANTÍA Y PROMOCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA. 2.2. MECANISMOS IMPLEMENTADOS POR EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA PARA GARANTIZAR Y PROMOVER EL DERECHO A LA VIVIENDA. ENTRE EL URBANISMO Y LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. 2.2.1. El impulso de las herramientas urbanísticas para incrementar el parque público de vivienda. 2.2.2. La colaboración público-privada como fórmula alternativa para incrementar el parque público de vivienda. Especial referencia a la *cohousing* y las promociones ya existentes en el municipio de Barcelona. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El acceso a una vivienda constituye actualmente una de las necesidades más básicas de nuestra sociedad. La vivienda es la esfera que protege a todo ciudadano y que, a su vez, le brinda una serie de ventajas en su desarrollo social. El acceso a una vivienda garantiza y protege, a su vez, otro tipo de derechos igual de importantes y necesarios como son, por ejemplo, el derecho a la salud o el derecho a la intimidad. Esto es así porque el derecho de acceso a la vivienda tiene carácter poliédrico e incide no solo en el ámbito jurídico, sino también en el ámbito social y económico.

Como veremos, el derecho de acceso a la vivienda debe ser considerado como un derecho básico y universal. Por ello, los poderes públicos –a todos los niveles– deben destinar los recursos que sean necesarios para fomentar y proteger este derecho con todas las garantías posibles. En ese sentido, los ayuntamientos, como Administración más cercana a los ciudadanos, deberían erigirse como una piedra angular en la garantía y protección del derecho a la vivienda. Sin embargo, el papel de los ayuntamientos en esta materia es escaso y queda siempre vinculado a las actuaciones autonómicas, a pesar de los constantes esfuerzos que los municipios realizan en este ámbito.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo del presente trabajo es doble:

- a) Por un lado, se realiza un análisis de la normativa sobre el derecho a la vivienda, tanto a nivel internacional y europeo como a nivel estatal, autonómico y local. Este análisis nos permitirá saber cuál es la visión global sobre este derecho y, en el ámbito estatal, ver cuál es la distribución competencial en la materia, haciendo especial hincapié en el rol de las administraciones locales.
- b) Por otro lado, una vez analizado el marco jurídico, se procede a comprobar las actuaciones que el Ayuntamiento de Barcelona ha llevado a cabo en los últimos años en materia de vivienda.

1. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA VIVIENDA

1.1. Marco jurídico internacional del derecho a la vivienda

A nivel internacional existen distintos documentos que persiguen la protección y la garantía de todo tipo de derechos. En concreto, en este trabajo nos centraremos en analizar aquellos documentos que recogen previsiones sobre el derecho a la vivienda.

El primer documento que debemos señalar es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹, que reconoce el derecho de toda persona a tener un nivel de vida adecuado que le asegure, junto a su familia, la vivienda (art. 25.1). A pesar de que la Declaración constituye una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que carece de valor jurídico obligatorio, cabe tener presente que, en conjunto, la Declaración es uno de los primeros documentos que recoge un compendio de derechos económicos, sociales y culturales que inciden en la población mundial y, por lo tanto, su impacto y transcendencia es indiscutible.

En este punto, es imprescindible manifestar que la Declaración ya señala en su art. 22 que toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre teniendo en cuenta la organización y los recursos de cada Estado. Por lo tanto, ya en el año 1948 se lanza un órdago internacional a los distintos Estados: deben proteger, fomentar y garantizar el cumplimiento de estos derechos en la medida que les sea posible.

Posteriormente, en el año 1966, se aprueban el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)², que junto a la Declaración de 1948 forman la Carta Internacional de Derechos Humanos vigente en la actualidad.

En lo que a este trabajo concierne, el PIDESC recoge en su art. 11.1 las previsiones necesarias para garantizar el nivel de vida adecuado, entre los que destaca el criterio de la vivienda. En relación con la obligación de los Estados en asegurar ese nivel de calidad de vida, el art. 2.1 del PIDESC también establece que cada Estado parte debe comprometerse a adoptar medidas económicas y técnicas para garantizar la plena efectividad de los derechos sociales.

A raíz de la creación en 1985 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ (en adelante, el Comité), como órgano que controla el cumplimiento de los mencionados pactos, se han ido estableciendo recomendaciones u orientaciones sobre cada derecho que nos permiten interpretar correctamente el contenido y el sentido de estos.

En relación con el derecho a la vivienda, es imprescindible destacar dos observaciones generales del Comité. Por un lado, la observación general n.º 4, de 13 de diciembre de 1991 (en adelante, OG4), que recoge cuál debería ser la interpretación adecuada del derecho a la vivienda. Y, por otro lado, la observación general n.º 7, de 20 de mayo de 1997 (en adelante, OG7), que se emite, fundamentalmente, para priorizar la problemática de los desalojos forzados. Es la primera de las observaciones mencionadas, la OG4, la que aquí interesa para poder analizar el contenido del derecho a la vivienda.

Así pues, la OG4 pretende concretar «algunas de las principales cuestiones que el Comité considera importantes en relación con este derecho». Teniendo en cuenta las palabras del Comité, el derecho a la vivienda debe regularse en los diferentes Estados teniendo en cuenta tres notas características básicas: 1) debe ser garantizado a todas las personas y sus familias, independientemente de su edad, de su situación económica, de su posición social o de cualquier otro tipo de factor discriminatorio; 2) debe relacionarse con «el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte», y 3) en relación con el concepto de «adecuación» de la vivienda, la OG4 establece una serie de factores a tener en cuenta, entre los que destacan la seguridad jurídica de la tenencia; la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras para garantizar la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición; que los gastos personales o del hogar sean soportables o que la vivienda debe cumplir con una serie de requisitos relacionados con la habitabilidad.

1.2. Normativa europea en materia de vivienda

Además de la normativa internacional, es importante también dejar constancia, aunque sea de forma breve, de aquellos instrumentos europeos que nos permiten articular el derecho a la vivienda y su configuración.

El 4 de noviembre de 1950 se adopta el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que guarda silencio en relación con los derechos económicos y sociales y, por lo tanto, no dice nada al respecto del derecho a la vivienda, aunque algunos autores señalan que en el art. 8 se recoge una especie de protección indirecta de esos derechos.

¹ Declaración adoptada y proclamada por la Resolución 217A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1966.

² Ambos pactos aprobados por la Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. No obstante, la entrada en vigor de ambos documentos es distinta: el PIDCP entró en vigor el 3 de enero de 1976, mientras que el PIDESC lo hizo el 23 de marzo de 1976.

³ Mediante Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985.

Más adelante, en 1961, la Carta Social Europea⁴ articula la protección del derecho a la vivienda en sus arts. 16 y 31. En estos preceptos se reconoce la importancia de la vivienda para conseguir las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de la familia y la obligación que tienen los Estados europeos de garantizar este derecho adoptando las medidas necesarias. El Comité Europeo de Derechos Sociales, que es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Carta Social Europea, adoptó el 5 de diciembre de 2007 una decisión que sentencia el incumplimiento del art. 31 de la Carta por parte de los Estados por la falta de progresos realizados en esta materia.

Por tanto, en el origen de la Unión Europea los derechos fundamentales –y mucho menos los derechos sociales– no reciben un gran tratamiento por parte de los Tratados constitutivos.

En 1989 se aprueba en Estrasburgo la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que ya hace una referencia expresa a la vivienda en su art. 26, cuando recoge las previsiones para mejorar la vida de las personas discapacitadas.

Pero es en 2001, con la aprobación en Niza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando se obtiene un verdadero documento de derechos en esta materia. En concreto, el art. 7 de la Carta señala una especie de protección al derecho de la vivienda cuando trata el respeto a la vida privada y familiar. Además, en su art. 34.3 dispone la necesidad de que los Estados reconozcan una ayuda social a la vivienda que garantice una existencia digna del ser humano.

Esta Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adopta fuerza normativa con la aprobación de la reforma del Tratado de la Unión Europea aprobado en 2007⁵ y que fue firmado por los Estados miembros el 13 de diciembre de 2007. El art. 6 de este texto definitivo otorga el mismo valor jurídico que los Tratados a los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta del año 2001.

1.3. La configuración del derecho a la vivienda en el ordenamiento jurídico español

1.3.1. *El derecho a la vivienda en la Constitución de 1978 y en los distintos estatutos de autonomía*

El Estado español, adherido a la Carta Social Europea y a los demás pactos internacionales mencionados anteriormente, recoge el derecho a la vivienda en el art. 47 de la Constitución: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

En la Constitución, el derecho a la vivienda se matiza con los adjetivos *digno* y *adecuado*. Nada se dice del concepto de *asequibilidad*, aspecto que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas considera un «aspecto clave del derecho a una vivienda adecuada»⁶.

En el ámbito autonómico, los distintos estatutos de autonomía recogen también el derecho a la vivienda en sus diferentes articulados. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico catalán, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) recoge el derecho a la vivienda como un derecho del ámbito civil y social⁷. De esta manera, el art. 26 determina: «Las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine».

Así como el art. 47 de la Constitución manifiesta que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, el art. 26 del EAC parece hacer mayor hincapié en aquellos sectores de la población que, debido a sus recursos insuficientes, pueden ser considerados como sectores vulnerables. En este sentido, el EAC incluye un mandato directo a los poderes públicos para que establezcan las medidas que sean necesarias

⁴ La Carta Social Europea se adopta por el Consejo de Europa en Turín, 18 de octubre de 1961. España ratifica esta Carta el 27 de abril de 1978 y la ratifica el 6 de mayo de 1980 (BOE n.º 153, de 26 de junio de 1980).

⁵ Este Tratado se firma por los Estados miembros el 13 de diciembre de 2007 y entra en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (13-12-1991). El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1, observación general n.º 4). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf> [última visita: 24-02-2024].

⁷ Se trata de un precepto que, a pesar de encontrarse ubicado sistemáticamente en el catálogo de derechos del EAC, no puede considerarse un derecho subjetivo y básico, sino que debe entenderse como un principio y un mandato a los poderes sociales (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2010, de 28 de julio de 2010).

para garantizar una vivienda a todos los ciudadanos. Este mandato queda reflejado también el art. 47 del EAC: «Los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados».

Este art. 47 del EAC también queda recogido como un principio rector, de igual manera que lo hace la Constitución. De esta forma, los poderes públicos de Cataluña deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar su plena eficacia.

Otro claro ejemplo lo constituye el ordenamiento jurídico andaluz. Así, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, recoge en su art. 25 la obligación de los poderes públicos a fomentar la promoción pública de vivienda: «Para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda. La ley regulará el acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten».

De la misma forma lo señala la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears en su art. 22 bajo la rúbrica del derecho de acceso a una vivienda digna: «Las Administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos de las Illes Balears. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente a favor de los jóvenes, de las personas sin medios, de las mujeres maltratadas, de las personas dependientes y de aquellas otras en cuyo caso estén justificadas las ayudas».

O, como último ejemplo, la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que refleja el derecho a una vivienda digna en su art. 16: «La Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente en favor de los jóvenes, personas sin medios, mujeres maltratadas, personas afectadas por discapacidad y aquellas otras en las que estén justificadas las ayudas».

Como hemos podido comprobar, en la mayoría de los estatutos de las distintas comunidades autónomas del territorio nacional se recoge el derecho a una vivienda digna –tal y como lo define la Constitución en su art. 47–, y en todos estos preceptos se recoge un mandato a los poderes públicos de los distintos territorios para que estos promuevan el acceso digno a la vivienda y lo fomenten a través de las ayudas correspondientes, especialmente a los sectores más desfavorecidos.

1.3.2. Reconocimiento legal del derecho de acceso a la vivienda

Respecto a la protección del derecho a la vivienda se deben tener en cuenta las diferentes posturas que la doctrina ha adoptado a lo largo del tiempo.

En cuanto a la protección del derecho a la vivienda, la doctrina suele señalar que el art. 47 de la Constitución no reconoce ningún derecho subjetivo. En efecto, el derecho a la vivienda se ubica en el capítulo tercero, que regula los principios rectores de la política social y económica. En consecuencia, no nos encontramos ante un derecho fundamental como los de la sección 1.ª del capítulo segundo que tienen una protección preferente y sumaria ante los tribunales ordinarios e, incluso, los ciudadanos pueden recabar la tutela de esos derechos a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como indica el art. 53 del propio texto constitucional.

En el caso del derecho a la vivienda nos encontramos ante un principio rector de la política social y económica que podrá ser alegado únicamente ante la jurisdicción ordinaria y al cual se le conceden las garantías del reconocimiento, respeto y protección en la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, tal y como indica el art. 53.3 de la Constitución.

No obstante, el derecho a la vivienda constituye un eje fundamental en el ordenamiento jurídico (Pisarello Prados, 2003; Ruiz-Rico, 2008). Por ello, son muchos los autores que consideran que, a pesar de su ubicación constitucional, el derecho a la vivienda genera consecuencias de carácter normativo que no deben obviarse (García Macho, 1982; Bassols Coma, 1983) y que «encierra un mandato ineludible a los poderes públicos para establecer garantías de su eficacia» (Quintía Pastrana, 2022) ha quedado reflejado con la aprobación de la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda.

En primer lugar, para Muñoz Castillo (2000, 2003) la eficacia del derecho a la vivienda depende, en esencia, del desarrollo normativo que se le otorgue. Por lo tanto, el carácter de derecho básico, esencial y fundamental lo otorga, prácticamente, la normativa de desarrollo.

Y, en segundo lugar, para Jaría Manzano (2011) el derecho a la vivienda dispone de una necesidad prestacional abismal «que lo hace dependiente de la distribución del gasto público, y de las políticas públicas destinadas a incidir en el mercado inmobiliario».

Por tanto, la gran mayoría de autores que consideran que los principios rectores «no son directamente aplicables» reconocen que estos principios «pueden operar como canon de constitucionalidad de las leyes», debido a la fuerza normativa de la que goza el texto constitucional (Díez Picazo, 2008; Cano Bueso, 2014), pero que necesitan, inevitablemente, de la actuación de los poderes públicos y, en consecuencia, de las potestades y políticas públicas.

Así lo indica también Arias Martínez (2019):

Aunque la ubicación en el texto constitucional del derecho a la vivienda (art. 47 CE) no nos permite afirmar que estemos ante un derecho fundamental sino ante un principio rector, ello no significa que se trate de una norma sin contenido o una simple declaración de intenciones, sino que, como en reiteradas ocasiones ha sostenido el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se trata de una previsión que vincula la actuación de los distintos poderes públicos.

Todo lo anterior lo señala también el Tribunal Constitucional en muchas de sus sentencias. Respecto a la importancia de la materia ya ha indicado que «por su íntima conexión con la esfera individual de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, es de máxima relevancia»⁸ y ha remarcado que «el destino efectivo de la vivienda al uso residencial [...] no es un deber del propietario, sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda»⁹. También ha reconocido, como decimos, que «la protección del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada es la dispensada por el art. 53.3 CE, pues no se trata de un derecho subjetivo exigible, sino un mandato constitucional pragmático»¹⁰.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es importante señalar que el derecho a la vivienda es un derecho pleno y básico que la Administración pública debe garantizar a todos los ciudadanos. Así lo considera López Ramón (2014) cuando indica que «el reconocimiento legal del derecho a la vivienda es ya imposible de eludir», que «el derecho a la vivienda está garantizado por la tutela judicial» o cuando reconoce que el derecho a la vivienda «no está dentro del catálogo de derechos fundamentales, pero sí participa de la cercanía a las garantías constitucionales».

1.3.3. Las competencias transversales del Estado y las comunidades autónomas en esta materia

Como vemos, el derecho a la vivienda goza de configuración legal a distintos niveles territoriales. Es necesario analizar, por tanto, la distribución de las competencias públicas en materia de vivienda (Quintana López, 1992; Barnés Vázquez, 2007; Iglesias González, 2022).

Nos encontramos ante un derecho de competencia exclusivamente autonómica que permite a las comunidades autónomas, en palabras del Tribunal Constitucional, «desarrollar una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política»¹¹.

Sin embargo, que nos encontremos ante una competencia exclusiva autonómica no quiere decir que la vivienda sea una materia que no pueda verse limitada por determinadas competencias del Estado. Así lo indica Souvirón Morenilla (2018): «Aunque el Estado no tiene, pues, una competencia material directa sobre vivienda, dispone de otros títulos constitucionales de competencia confluyentes o concurrentes (los del art. 149.1.1, 6, 13, 16, 21 CE, etc.) que le permiten regular o actuar como tal poder público en este sector».

Y así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en distintas sentencias. Ya en sentencia núm. 152/1988, de 20 de julio, en un litigio promovido por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre de 1983, sobre tramitación de las actuaciones de financiación en materia de vivienda, el Alto Tribunal indicó que, a pesar de que «es indiscutible que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta la titularidad de la competencia en materia de vivienda (...) tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado».

En concreto, respecto a la vivienda, la misma sentencia manifiesta que «este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su muy

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 93/2015, de 14 de mayo.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 16/2018, de 22 de febrero.

¹⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 32/2019, de 28 de febrero y núm. 152/1988, de 20 de julio.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 152/1988, de 20 de julio.

estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo».

En el caso concreto de Cataluña, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 59/1995, de 17 de marzo, recoge en su fundamento jurídico cuarto que «la tarea estatal de fomento en materia de vivienda, por más que el art. 9.9 EAC la atribuya a la competencia exclusiva de la Generalidad sin sujeción a competencia alguna del Estado, se encuentra, en este caso, respaldada por el título competencial a que se refiere el art. 149.1.13 CE» que es, concretamente, el relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Y es que, de acuerdo con Ponce Solé (2008), parece que la distribución competencial en esta materia se haya «caracterizado por una resistencia estatal a aceptar el cambio de papel que el modelo descentralizado supone, amparada por su mantenimiento de recursos financieros».

Sin embargo, que el Estado pueda intervenir en algunos aspectos en materia de vivienda respaldándose en los títulos competenciales del art. 149.1 CE –como ha hecho en la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda– no quiere decir que su actuación pueda extenderse hasta abarcar cualquier tipo de acción. Así lo explica el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 36/2012, de 15 de marzo: «Dicha competencia estatal (la del art. 149.1.13 CE) no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues, de no ser así, se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico»¹².

En conclusión, y atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el Estado puede intervenir en el sector de la vivienda en virtud de las facultades de planificación y dirección general de la economía, pero no queda legitimado «para fomentar cualquier actividad en materia de vivienda, regulándola directamente, sino en tanto y en cuanto las medidas de fomento se justifiquen por razón de sus atribuciones sobre las bases de planificación y la coordinación de la actividad económica». Y es que «si se admitiera una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte del Estado, se produciría, junto a la indicada alteración del sistema competencial, una distorsión permanente del sistema ordinario de financiación autonómica»¹³.

1.3.4. *El papel de los ayuntamientos en el derecho a la vivienda*

Además de lo anterior, no podemos obviar a la Administración local. Como decimos, los ayuntamientos, como Administración más cercana a los ciudadanos, deberían erigirse en piedra angular en la garantía y protección del derecho a la vivienda. Sin embargo, el papel de los ayuntamientos en esta materia es escaso y queda siempre vinculado a las actuaciones autonómicas, aunque realicen distintos esfuerzos en este ámbito.

En efecto, los municipios también tienen competencia en materia de vivienda, tal y como se establece en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL). El art. 25.2.a) de la LBRL manifiesta:

2. El municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.

En este sentido, la doctrina constitucional en la materia, en especial la sentencia del Tribunal Constitucional 159/2001, de 5 de julio de 2001 señala que la LBRL establece «el cauce y el soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional [de la autonomía local] es la Ley estatal de régimen local (...) que puede a priori contener, de un lado, tanto los rasgos definitorios de la autonomía local, concreción directa de los arts. 137, 140 y 141 de la CE, como, de otro, la regulación legal del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica (entre otras cosas) de los entes locales».

La Administración municipal puede, como decimos, intervenir en ciertas actividades económicas, pero debemos atender a la existencia de distintos tipos de intervención. Según Fernández González (1995), la intervención municipal puede clasificarse en distintas modalidades: la primera cuando el ente local tiene capacidad de legitimación en la intervención; la segunda cuando existe una efectiva atribución de competen-

¹² Véase también sentencias del Tribunal Constitucional núm. 186/1988, de 17 de octubre; núm. 133/1997, de 16 de julio o núm. 112/1995, de 6 de julio.

¹³ Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 152/1988, de 20 de julio y núm. 36/2012, de 15 de marzo.

cias al municipio y, finalmente, la tercera cuando existe titularidad en el desarrollo de la actividad municipal (Iglesias González, 2002).

Teniendo en cuenta que el art. 25.2.a) de la LBRL hace referencia a la «promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera» podemos entender que reciben una atribución competencial en este sentido y que, por tanto, el ente local puede ejecutar actuaciones en esta materia. Ahora bien, las competencias atribuidas a los municipios responden a dos características básicas. En primer lugar, no se trata de competencias exclusivas, sino que son competencias híbridas que requieren de la colaboración entre las distintas Administraciones territoriales para su correcto desarrollo. Así pasa exactamente con la competencia en materia de vivienda. Y, en segundo lugar, que este tipo de competencias deben ser desarrolladas por el legislador sectorial, estatal o autonómico y el municipio siempre deberá estar presente en la gestión de las materias reguladas en el art. 25.2 LBRL para asegurar, de esta forma, los intereses de las entidades locales.

Además, en el caso del art. 25.2.a) LBRL la competencia municipal en materia de vivienda queda limitada en dos sentidos (Pérez Mira y Bueso Guirao, 2016). Desde un punto de vista objetivo, el art. 25.2.a) LBRL solo permite a los municipios actuar en la «promoción y gestión de vivienda de protección pública». Y, desde un punto de vista ejecutivo, el precepto añade que esta promoción debe realizarse con «criterios de sostenibilidad financiera».

A pesar de ello, «se puede afirmar que las materias enumeradas en el art. 25.2 LBRL constituyen verdaderos títulos competenciales municipales para cuyo efectivo ejercicio no se precisa de desarrollo normativo estatal o autonómico» (Iglesias González, 2002).

Así lo ha indicado también el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en varias de sus sentencias. Sirva a modo de ejemplo la sentencia de 17 de junio de 1999, que indica en su fundamento jurídico 3.º que:

El art. 25.2.d) de la Ley de Bases, de 2 de abril de 1985, hace figurar entre los temas de neta competencia municipal no solamente la gestión y disciplina urbanística, sino también la promoción y gestión de la vivienda, como servicio público que puede contribuir a satisfacer las aspiraciones generales de la comunidad vecinal, y el art. 88.1 de la misma norma reconoce la facultad que corresponde a los Entes Locales para ejercer la iniciativa pública en materia de actividades privadas, previa la formación del correspondiente expediente, de acuerdo con el art. 128 de la Constitución.

En este sentido, el art. 85 LBRL señala que los servicios públicos locales sobre los que las entidades locales tienen competencia pueden prestarse mediante gestión directa (por la propia entidad local, por un organismo autónomo local, por una entidad pública empresarial local o por una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública) o mediante gestión indirecta (a través de las distintas fórmulas previstas en la legislación de contratos del sector público).

En el ámbito de la vivienda es importante señalar que los ayuntamientos pueden promover y gestionar la vivienda protegida y pueden acudir a las fórmulas de colaboración público-privada previstas en nuestro ordenamiento jurídico para prestar ese servicio, aunque sea mediante una gestión indirecta. De esta manera, el Ayuntamiento puede adjudicar el servicio a un ente propio o adjudicarlo a una sociedad de economía mixta o a una sociedad cooperativa de viviendas a través de las fórmulas contractuales adecuadas.

En conclusión, tanto en la normativa como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se configura la materia de vivienda como una competencia concurrente o híbrida. Bien es cierto que la vivienda es competencia exclusiva de las comunidades autónomas y, por tanto, son los entes autonómicos quienes deben regularla y gestionarla. No obstante, los entes locales también pueden promover y gestionar la vivienda sin saltarse, eso sí, los términos establecidos por la legislación estatal y autonómica.

2. LA IMPORTANCIA DE LAS ACTUACIONES MUNICIPALES EN LA GARANTÍA Y LA PROMOCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA. ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CATALÁN Y, EN ESPECIAL, DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS POR EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

2.1. El mundo local en la garantía y promoción del derecho a la vivienda

En efecto, como decimos, la Constitución atribuye a las comunidades autónomas la competencia exclusiva en materia de vivienda. Sin embargo, el Estado puede incidir en la materia en base, especialmente, a los arts. 149.1.1.ª y 13.ª de la Constitución.

Eso es lo que ha ocurrido con la aprobación de la Ley estatal por el Derecho a la Vivienda que se ha dictado al amparo de los arts. 149.1.1.^a y 13.^a CE, que atribuyen al Estado las competencias para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Además, dicha ley desarrolla competencias exclusivas del Estado, como las previstas en el art. 149.1.8.^a (legislación civil), 149.1.6.^a (legislación procesal) y 149.1.14.^a (hacienda general). La invasión de las competencias exclusivas autonómicas ha sido el principal problema de la Ley desde el inicio de su tramitación. En este sentido, entre el texto del proyecto de ley y el texto finalmente aprobado en el Congreso de los Diputados existen diferencias sustanciales que pretenden salvar y respetar la distribución competencial en la materia y no interferir, de esta forma, en la normativa de vivienda de las distintas comunidades autónomas.

Sin embargo, respecto al papel de los ayuntamientos, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, ha perdido la oportunidad de regular ciertos aspectos del ámbito local. Así lo señala Ponce Solé (2023), cuando dice que en esta ley falta «una mayor sensibilidad por las competencias, recursos y políticas públicas de los entes locales» y, en relación con la competencia sobre vivienda de los municipios del art. 25 LBRL, señala que su redacción «es insuficiente y confusa». Por todo lo anterior, prosigue, «se hubiera agradecido un mayor cuidado del legislador estatal hacia el mundo local, crucial en esta materia de vivienda, en el que la colaboración leal entre AAPP ha de ser fundamental».

En consecuencia, a pesar de que la LBRL establece en su art. 25.2.a) la competencia municipal en materia de «promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera», la realidad es que los municipios tienen sus competencias muy condicionadas a la actuación y al marco jurídico establecido por las respectivas comunidades autónomas. En consecuencia, «deben atenerse a los tipos de vivienda protegida establecidos por el Estado y/o comunidad autónoma porque carecen de competencia tanto legislativa como ejecutiva en la materia» (Vaquer Caballería, 2022).

A pesar de lo anterior, los ayuntamientos constituyen la institución más cercana al ciudadano, que conoce de los problemas y necesidades sociales de forma más inmediata y que, por lo tanto, pueden plantear soluciones efectivas a los mismos.

A continuación, analizaremos una serie de herramientas que el Ayuntamiento de Barcelona ha implantado a lo largo de los últimos años para incrementar el parque público de vivienda.

2.2. Mecanismos implementados por el Ayuntamiento de Barcelona para garantizar y promover el derecho a la vivienda. Entre el urbanismo y la colaboración público-privada

El derecho a la vivienda se configura como un derecho con carácter poliédrico y multidisciplinar ya que condiciona, de forma directa o indirecta, el cumplimiento y la garantía de otro tipo de derechos (así, por ejemplo, el derecho a la familia o el derecho a la intimidad). En este sentido, para poder incrementar el parque público es necesario construir una política basada en dos pilares clave:

1. En primer lugar, reforzar la ayuda y la cooperación entre las distintas Administraciones públicas y, en especial, dotar de la fuerza necesaria y de la seguridad jurídica adecuada las actuaciones realizadas por los municipios.
2. Y, en segundo lugar, implantar una política de actuación global, caracterizada especialmente por una fuerte y estable inversión económica y por la colaboración de la Administración pública con el sector privado. Además, los poderes públicos deben conjugar todas las potestades administrativas y todos los recursos a su alcance para velar por la garantía y cumplimiento de este derecho.

Teniendo en cuenta, como ya hemos señalado, el rol importante que juegan los ayuntamientos en materia de vivienda, se van a analizar una serie de mecanismos o herramientas que el municipio de Barcelona ha puesto en marcha para incrementar el parque público de vivienda.

La actuación del Ayuntamiento de Barcelona (2023)¹⁴ en relación con el derecho a la vivienda se ejecuta en relación a cuatro ejes de actuación:

1. Hacer frente a la emergencia habitacional.
2. Evitar desahucios y promover el acceso a la vivienda digna.

¹⁴ Derecho a la vivienda. Disponible en: <https://www.habitatge.barcelona/ca/estrategia/dret-habitatge> [última visita: 24-02-2024].

3. Impulsar un parque público en régimen de alquiler.
4. Fomentar la rehabilitación de los parques de vivienda de la ciudad.

Todo ello con base en el Plan por el Derecho a la Vivienda 2016-2025, que fue aprobado por el pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 27 de enero de 2017 y que responde a las competencias atribuidas por la LBRL. En consecuencia, es interesante ver qué mecanismos ha impulsado el municipio de Barcelona para garantizar este derecho. Y es que, además de aplicar y gestionar una amplia política de fomento (es el caso de las ayudas al alquiler o las ayudas a la rehabilitación), el Ayuntamiento de Barcelona también ha impulsado otro tipo de herramientas que pueden ser clave a la hora de incrementar el parque público de vivienda, como, por ejemplo, distintas herramientas urbanísticas y mecanismos basados en la colaboración público-privada.

2.2.1. El impulso de las herramientas urbanísticas para incrementar el parque público de vivienda

El derecho urbanístico constituye una rama del ordenamiento jurídico administrativo que permite a las Administraciones configurar el modelo urbanístico de la ciudad¹⁵. A través de la figura del plan¹⁶, que constituye una norma de rango reglamentario¹⁷, y junto con la participación de los propietarios y el resto de los operadores implicados, la Administración clasifica y califica el suelo del territorio.

La conexión entre el derecho urbanístico y la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico es evidente, pues el propio art. 47 CE –que recoge el derecho a una vivienda digna y adecuada– señala que los poderes públicos deben hacer efectivo este derecho, «regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

La regulación urbanística se encuentra recogida en 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 (en adelante, TRLS). Además, para el territorio de Cataluña la regulación urbanística se recoge en el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo (en adelante, TRLUC) y en su respectivo reglamento, el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo (en adelante, RLUC).

Y, en relación con los planes urbanísticos –y con la figura de la reserva de suelo–, debemos tener en cuenta, especialmente, los planes de Ordenación Urbanística Municipal (en adelante, POUM¹⁸) que, de acuerdo con el art. 57.3 TRLUC, son los encargados de concretar las reservas de suelo destinados a vi-

¹⁵ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el urbanismo «constituye una función pública y no una expectativa privada» (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1964, de 2 de mayo de 1973 y de 29 de noviembre de 1989, entre otras), puesto que se despliega y ejercita a través de los planes urbanísticos correspondientes y «posee la virtud de establecer y definir el estatuto del derecho de propiedad y ostenta la cualidad innovativa, constituyendo [...] un gradual y coordinado sistema normativo, al que debe ajustarse el ejercicio de las facultades dominicales» (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1969).

¹⁶ El plan se configura como el elemento esencial de la ordenación urbanística. A través de los planes urbanísticos la Administración establece la ordenación del territorio, clasifica y califica los tipos de suelo y define el contenido del derecho de propiedad. Así lo señala, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1985: «Que el urbanismo, como normativa reguladora del uso del suelo, en modo alguno desconoce el derecho de propiedad privada, antes al contrario, lo presupone, porque en otro caso perdería relevancia la normativa ordenadora que comporta, sustituyéndose por una muy simple actuación administrativa sobre un suelo sustraído de la titularidad de los particulares; por tanto, en el urbanismo convergen la titularidad dominical privada del suelo, normalmente, con la decisión pública relativa al uso del mismo, determinando sus utilidades posibles, y no dependiendo tal uso de la sola conveniencia del propietario, como sucede en la normativa del Código Civil, y así, de los arts. 58, 76 y 87, entre otros, de la vigente Ley del Suelo, se infiere, inequívocamente, que la ordenación urbanística establece los límites de las facultades del dominio, límites que han de reputarse “normales” porque definen el contenido normal del derecho de propiedad; por otra parte, no sólo la Ley del Suelo respeta el derecho de propiedad privada en los términos dichos, sino que incluso, pese a que la regulación que el urbanismo supone tiene un marcado carácter público, como tendente a satisfacer fines sociales, no se veda la actividad de los particulares en la gestión urbanística».

¹⁷ Así lo indica claramente el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias. Entre ellas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 1989, señala que «los planes urbanísticos tienen el carácter de auténticas normas jurídicas, de normas reglamentarias en cuanto subordinados a la ley de la que traen causa, los cuales se integran en el ordenamiento de acuerdo con criterios jerárquicos en razón de su funcionalidad y ámbito territorial respectivo, de forma tal que el anterior no puede conculcar del que trae causa».

¹⁸ El POUM constituye el eje central del planeamiento urbanístico general. Son instrumentos de carácter obligatorio para los ayuntamientos (alcance municipal, aunque también puede tener alcance supramunicipal) y tienen carácter originario, es decir, no necesitan de la existencia de otros planes previos para poder aprobarse. Además, el POUM es necesario para el desarrollo urbanístico, puesto que su función esencial es la clasificación del suelo, y también es integral, ya que regula todos los aspectos posibles de la ordenación urbanística. Por todo lo anterior, el POUM es el mejor tipo de plan para ejemplificar la ordenación urbanística. A través del POUM se establece la clasificación del suelo, se define el modelo de desarrollo urbanístico, se localizan los sistemas urbanísticos generales y se define el contenido del derecho de propiedad. Es, por tanto, la definición de plan urbanístico en sí mismo.

vienda de protección oficial (en adelante, VPO) y los programas de Actuación Urbanística Municipal (art. 60 TRLUC), que recogen las políticas de suelo y vivienda de uno o varios municipios.

Además de lo anterior, debemos tener en cuenta que el legislador estatal en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda prevé una serie de actuaciones en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística y, en concreto, en su art. 15 señala una serie de criterios básicos que deben cumplirse para «asegurar la efectividad de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los pertinentes derechos establecidos».

Por lo tanto, las comunidades autónomas son las encargadas de ordenar y urbanizar las ciudades, respetando en todo momento los principios generales del derecho aplicables al derecho administrativo¹⁹, puesto que «son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas»²⁰ y que actúan, de acuerdo con Trayter Jiménez (2021), como doble garantía: por un lado, suponen un límite al legislador urbanístico que debe respetar los principios al elaborar los planes y, por otro, constituyen una guía a la Administración urbanística que aplica las normas. Y, además de estos principios generales, el derecho urbanístico se rige por dos principios esenciales: el derecho de propiedad como un derecho estatutario y el reparto equitativo de beneficios y cargas²¹.

Y, por último, además de estos principios, el planificador debe tener en cuenta una serie de límites a la hora de elaborar y aprobar los distintos planes urbanísticos que, de acuerdo con Romero Rey (2004), pueden clasificarse en tres categorías: límites externos (como la atribución de competencias para la elaboración del plan y el procedimiento legalmente establecido, so pena de nulidad del plan²²), límites internos (con base en el principio de racionalidad o proporcionalidad) y, por último, límites heterogéneos (el principio de jerarquía entre los planes²³, la teoría de la fuerza normativa de lo fáctico²⁴ o los estándares mínimos urbanísticos, como, por ejemplo, la reserva de suelo para la construcción de VPO, así como las normas que resultan de directa aplicación).

Por lo tanto, en lo que a este trabajo interesa, podemos definir el derecho urbanístico como una de las herramientas de actuación más potentes y necesarias en el ámbito de la vivienda. La Administración pública, a través de los planes urbanísticos, ordena el territorio, clasifica y califica el suelo y establece el régimen de propiedad de este.

Por ese motivo, se van a examinar distintos mecanismos que en el ámbito del derecho urbanístico se han llevado a cabo por distintos municipios para incrementar el parque público de vivienda.

A) *La reserva de suelo en suelo urbano consolidado*

La reserva de suelo se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una herramienta urbanística que se utiliza para destinar el suelo a la construcción de vivienda pública o para cubrir otro tipo de necesidades sociales que se requieran, como la construcción de una escuela pública o una zona verde.

¹⁹ Esto es, el principio de interés general, el principio de separación de poderes, el principio de legalidad, el principio de descentralización y, muy especialmente, el principio de moralidad.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1991.

²¹ Así lo indica el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, como, por ejemplo, la sentencia de Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 1982, que señala «la presencia de las dos ideas maestras de nuestro ordenamiento urbanístico: una que viene a configurar el derecho de propiedad como un derecho estatutario, considerando las limitaciones impuestas como definidoras del contenido normal del dominio, y por ello, no legitimadora de pretensiones indemnizatorias; y otra, en compensación a la primera, atributiva a los afectados por la ordenación de un derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en dicha Ley (art. 87.1), instrumentando las indemnizaciones en los supuestos de restricciones o privaciones del aprovechamiento sólo cuando [...] no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados». O también la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1989 que reconoce, de igual manera, ambos principios: «Como tiene declarado el Tribunal Supremo [...] el ordenamiento urbanístico se rige por dos principios esenciales: a) la configuración del derecho de propiedad como un derecho estatutario, y b) el reparto equitativo de los beneficios y cargas del planeamiento; principios que se desprenden de los arts. 14 y 33 de la Constitución».

²² El planificador debe cumplir con los aspectos procedimentales a la hora de elaborar y aprobar los planes urbanísticos para evitar la nulidad del plan por no respetar el procedimiento, por omitir alguno de los trámites esenciales del mismo o por seguir un procedimiento más sencillo que el establecido por ley (art. 47.1.e de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común) puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la nulidad de pleno derecho de un plan comporta la nulidad en cascada de todo el planeamiento derivado, así como todos los actos de aplicación que del mismo deriven con efectos *ex tunc* (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021).

²³ Así lo indica, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990: «Resulta claro que aprobado definitivamente un Plan General, la vinculación al mismo de la Administración, impide aprobar planes parciales que no se ajusten a aquél, siendo claro que si aprobase éstos en contradicción con el Plan General, los planes estarían viciados de nulidad de pleno derecho».

²⁴ Se trata de una «consolidada doctrina jurisprudencial [...] que defiende que la realidad no puede ser desconocida por el que crea la norma ni por el que la aplica, de tal forma que los terrenos urbanos deben ser considerados atendiendo a su misma situación, al constituir la realidad física sustraída a la esfera voluntarista por la Administración» (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012).

En nuestro caso concreto, la reserva de suelo nos interesa como mecanismo urbanístico que sirve para garantizar que una parte del terreno va a ir destinada a incrementar el parque público de vivienda. En concreto, las reservas de suelo con destino a la construcción de viviendas públicas hacen referencia a un porcentaje de edificabilidad de viviendas y suelen responder a una limitación de precios, tanto en las rentas de alquiler como en el precio de venta. Y el objetivo siempre es el mismo: fomentar la creación de viviendas públicas para garantizar el acceso a la vivienda de toda la población.

Ahora bien, la técnica jurídica que se emplea para materializar estas reservas es el estándar urbanístico: «Determinación obligatoria, que establece el legislador, limitando la discrecionalidad del planificador, que tienen naturaleza estructural» (Gómez-Ferrer Morant, 1975).

Para García de Enterría y Parejo Alfonso (1979), el estándar urbanístico se define como: «una técnica de reducción de la discrecionalidad propia de la potestad de planeamiento a través de la fijación de unas reglas de fondo de carácter mínimo o máximo, que actúan como verdaderos límites legales a aquella potestad, y, por tanto, de las respectivas competencias asignadas a los distintos órganos. Su incumplimiento implica de suyo una manifiesta infracción de una norma con rango legal de Ley».

Por tanto, los estándares urbanísticos tienen una función clara: «Limitan la capacidad de decisión del planificador, al reservar una cierta cantidad de suelo para zonas verdes, aparcamientos y dotaciones públicas» (Fernández Rodríguez, 2001).

Así lo indica también el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias al indicar que estos estándares constituyen un «tope mínimo legal, un límite frente a los poderes planificadores de la administración»²⁵.

En el caso de la vivienda pública, el estándar urbanístico constituye un límite para el destino y el uso de unos terrenos concretos. En este sentido, el legislador indica al planificador que un porcentaje del suelo deberá ir destinado a la construcción de vivienda pública y, por tanto, deberá tener un uso específico en un espacio concreto.

Esta sería la reserva de suelo tradicional que ha sido configurada a lo largo de los últimos años y que se implementaba, esencialmente, en suelo rural o urbanizado, de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 20.1.b) TRLS, o en suelo urbanizable o suelo urbano no consolidado en el caso del territorio catalán. Sin embargo, en el caso de Cataluña, en junio de 2018, el Ayuntamiento de Barcelona aprobó la Modificación del Plan General Metropolitano (en adelante, MPGM), que fue publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat* el 14 de diciembre de 2018. Con esta modificación, el Ayuntamiento pretende la «creación de nuevas viviendas de protección oficial en suelo urbano consolidado, distribuido por todos los barrios de la ciudad y no solo en los ámbitos de actuación urbanística».

Este objetivo surgió por la realidad fáctica de que la ciudad de Barcelona ya está urbanísticamente consolidada y no puede desarrollar más suelo a su alrededor, pues es prácticamente inexistente. Por tanto, lo que se propuso con la implantación de esta medida era aplicar la reserva del 30 % del techo urbanístico para vivienda de protección oficial, no solo a edificios de nueva construcción, sino también a los edificios que realizaran obras de ampliación o de reforma o rehabilitación de más de 600 m².

Si bien es cierto que se trata de una medida que se regula y detalla por primera vez, debemos señalar que ya existía cierta cobertura legal para el establecimiento de estas reservas. Así, por ejemplo, la disposición adicional tercera del TRLUC señala que la ley urbanística catalana debe entenderse complementada, en materia de vivienda, por una serie de cuestiones entre las que indica la «aplicación de la destinación total o parcial de la edificación a vivienda con protección oficial en suelo urbano consolidado».

Finalmente, después de distintas controversias surgidas entre el Ayuntamiento de Barcelona y diferentes entidades del sector inmobiliario, se aprobó el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, que introdujo distintas medidas para mejorar el acceso a la vivienda, entre las que destaca la modificación del art. 57.3 TRLUC con el fin de establecer reservas de suelo para viviendas de protección pública en suelo urbano consolidado.

Alrededor de la figura de la reserva de suelo en suelo urbano consolidado (en Cataluña, es aquel tipo de suelo en el que ya se han realizado las cesiones urbanísticas correspondientes y la equidistribución de beneficios y cargas) se han generado dos posturas distintas.

Por un lado, hay quien considera que esta reserva se ha instaurado mediante la técnica de la calificación o uso del suelo, y que como es una medida que queda enmarcada en una competencia exclusiva autonómica, no afecta al derecho de propiedad del art. 33 de la Constitución. Esta ha sido la postura adoptada

²⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1983 y 7 de diciembre de 1987.

por el Ayuntamiento de Barcelona durante la tramitación y aprobación de la MPGM del 2018, por la Generalitat de Cataluña con la aprobación del Decreto Ley 17/2019 y por sentencia del Tribunal Constitucional núm. 16/2021, de 28 de enero, que valida las previsiones sobre las reservas establecidas en suelo urbano consolidado por la normativa catalana. La concepción de la reserva del 30 % de vivienda protegida en el suelo urbano consolidado significaría, sin más, un uso distinto al de la vivienda, uso que obviamente no conllevaría indemnización alguna.

Y, por otro lado, otros entienden que la reserva en suelo urbano consolidado genera una nueva obligación que se incorpora de manera global y uniforme al estatuto jurídico de la propiedad de ese tipo de suelo y que, por tanto, afecta de forma directa al contenido esencial del derecho de propiedad. Con el establecimiento de la reserva del 30 % en suelo urbano consolidado para construir vivienda pública, y además con carácter general, en realidad, se está produciendo una incidencia directa al estatuto de la propiedad, restringiendo las facultades dominicales del propietario que ya realizó en su momento las cesiones, los deberes de equidistribución de beneficios y cargas y todas aquellas obligaciones necesarias para culminar el proceso urbanizador edificatorio y al que se le impone una nueva carga y debe exigirse, en consecuencia, la correspondiente indemnización (así lo prevé también la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 16/2021, de 28 de enero, que a pesar de validar este tipo de reservas señala que debe proceder la indemnización que corresponda).

La realidad es que desde su aprobación en el año 2018 la reserva de suelo en suelo urbano consolidado, según datos de la APCE (2022) «solo ha generado 52 viviendas con protección oficial»²⁶ y, en consecuencia, de acuerdo con Sans Casanovas (2022), ha sido «un fracaso estrepitoso [...] porque al impulsar la norma no se contó con la complicidad de los sectores productivos». Asimismo, también indica que «no solo no ha aportado los pisos sociales que se esperaban, sino que está provocando una paralización de la actividad constructora y, como hay demanda y menos pisos, los precios suben».

En definitiva, es una medida que se introdujo por los poderes públicos catalanes con el fin de «atajar un problema creciente en la ciudad con la adopción de medidas más radicales de todas las que pueden observarse en otras ciudades europeas», teniendo a su disposición otras medidas menos invasivas en el estatuto jurídico de la propiedad como, por ejemplo, el derecho de superficie o la cesión de uso.

B) El derecho de superficie o la cesión de uso del suelo como mecanismos más respetuosos con el derecho de propiedad

Con la reserva de suelo en suelo urbano consolidado, la Administración pública catalana traslada al sector privado la obligación de construir vivienda pública que, tanto la Constitución como los distintos estatutos de autonomía, imponen a los poderes públicos.

En efecto, el sector de la promoción y construcción de viviendas debe soportar, además de la escasa viabilidad económica de los proyectos, el caos normativo, la inexistencia de recursos por parte de la Administración y la falta de concreción de un sistema de compensación por las reservas de suelo impuestas.

Como decimos, la Administración pública está tratando de responsabilizar al sector privado de una situación que ha generado por sí misma mediante su omisión en la materia de vivienda en las últimas décadas. Es evidente que la Administración necesita al sector privado para poder revertir y mejorar la situación, pero no trasladándole sus responsabilidades, sino estableciendo mecanismos de colaboración público-privada.

Y, además, para poder vehicular debidamente esos mecanismos de colaboración público-privada, la Administración debe regular, promover y aplicar otro tipo de medidas urbanísticas que le permitan movilizar suelo de titularidad pública para la construcción de viviendas sometidas a un régimen de protección pública.

Y es que entre las distintas herramientas urbanísticas que los poderes públicos, en especial los ayuntamientos, pueden tener en cuenta para incrementar el parque público de vivienda sin perjudicar el derecho de propiedad encontramos la posibilidad de vincular el suelo público a distintos derechos reales como, por ejemplo, el derecho de superficie o el derecho de uso.

Por un lado, el derecho de superficie ha sido regulado tradicionalmente a través de la legislación civil. Actualmente, en Cataluña, el art. 564 del Código Civil Catalán (en adelante, CCC), aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del CCC, relativo a los derechos reales recoge todas las previsiones relativas a este derecho.

²⁶ APCE (2022). *La vivienda y su importancia económica y social*. Disponible en: https://www.foment.com/wp-content/uploads/2022/11/Informe-APCE-Foment_La-vivienda-y-su-importancia-econo%CC%81mica-y-social-2022_18112022.pdf [última visita: 24-02-2024].

Se trata de un «derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma» (art. 564-1 CCC). En consecuencia, el derecho de superficie permite la separación de la propiedad entre lo que se construye y el terreno o suelo sobre el que se erige la construcción, que puede ser anterior o posterior a la constitución del derecho de superficie.

De acuerdo con el art. 564-3 CCC pueden constituir este derecho los propietarios y titulares de derechos reales posesorios que dispongan libremente de la finca/terreno afectado. La constitución debe realizarse mediante escritura pública que debe concretar la duración del derecho (nunca superior a 99 años), las características de la construcción existente o futura (y el plazo para realizar las obras, en este caso), la extensión del derecho de superficie (es decir, si comprende toda la finca o no y, en su caso, la delimitación concreta de la parte del terreno afectado) y, finalmente, el precio o entrada y canon que deben satisfacer los superficiarios, en caso de que proceda (por lo tanto, entendemos que el derecho de superficie podría constituirse de forma gratuita).

Los superficiarios y los propietarios de la finca pueden establecer el régimen jurídico de los derechos y obligaciones respectivos (art. 564-4 CCC) y la extinción del derecho de superficie queda sujeto a las causas generales de extinción de los derechos reales establecidas en el art. 532 CCC (esto es, pérdida del bien, consolidación de las titularidades o renuncia).

Finalmente, cabe señalar que la Ley estatal por el derecho a la vivienda promueve el otorgamiento de derechos de superficie «a terceros para que edifiquen, rehabiliten y/o gestionen viviendas de parque público, siempre que quede garantizada la titularidad pública del suelo, mediante los correspondientes procedimientos que garanticen la transparencia y pública concurrencia en la concesión de estos derechos» (art. 28.1.b).

En el ámbito urbanístico catalán, el derecho de superficie se encuentra previsto en el art. 171 TRLUC que señala lo siguiente:

La Administración de la Generalidad, los entes locales, las entidades urbanísticas especiales y las otras personas jurídicas de derecho público, en el ámbito de las competencias respectivas, y también las personas particulares, pueden constituir el derecho de superficie en terrenos de que sean propietarios o propietarias para destinarlos a construir viviendas, establecer servicios complementarios o hacer instalaciones industriales, logísticas y comerciales u otras edificaciones determinadas en los planes urbanísticos.

La regulación urbanística permite a los poderes públicos constituir el derecho de superficie en suelos de su titularidad, es decir, en suelo público y vincula su regulación a la legislación civil catalana y al título constitutivo de derecho. En este sentido, la Administración pública puede constituir el derecho de superficie sobre suelos de su titularidad y suelos que integren el patrimonio público de suelo y de vivienda.

En el primer caso, como hemos dicho, la Administración debe respetar los límites establecidos por la legislación civil catalana, mencionados anteriormente. En el segundo caso, para la constitución del derecho de superficie, ya sea gratuita u onerosa, la Administración debe ajustarse a lo establecido en los arts. 165 a 170 TRLUC. Veamos qué ocurre en este caso.

Para constituir un derecho de superficie sobre suelos integrados en el patrimonio público debemos tener en cuenta los requisitos establecidos por la legislación aplicable sobre patrimonio de las Administraciones públicas y, además, los requisitos establecidos en el TRLUC. De esta manera, las Administraciones públicas pueden destinar parte de suelo de su titularidad o que integre el patrimonio de suelo y vivienda a la construcción y promoción de vivienda pública, de forma onerosa o gratuita.

Actualmente, en la legislación de vivienda catalana el derecho de superficie únicamente está previsto para la modalidad de equipamientos comunitarios de alojamiento dotacional, en el que la Administración titular del terreno puede otorgar este derecho real (o una concesión administrativa) a terceros para que los «construyan y gestionen» (art. 18 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda).

Este tipo de alojamiento, el denominado alojamiento dotacional, está destinado a «satisfacer las necesidades temporales de habitación de las personas, en régimen de uso compartido de todos o una parte de los elementos del alojamiento con otros usuarios o en régimen de uso privativo de una vivienda completa», de acuerdo con la definición establecida en el art. 3.j) Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda.

Por tanto, la legislación en materia de vivienda limita el uso del derecho de superficie a una modalidad de vivienda de carácter temporal y sujeta a unas determinadas condiciones. Sin embargo, cuando el art. 77.3 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, hace referencia a la calificación genérica de las

viviendas de protección oficial, admite como regímenes posibles la propiedad, el arrendamiento u otro régimen de cesión del uso sin transmisión de la propiedad, entre los que podría encajar el derecho de superficie.

Además del derecho de superficie, otro derecho de carácter real que podría fomentarse en materia de vivienda es el derecho de uso regulado en el art. 562 CCC. En este sentido, la legislación civil catalana señala que el mismo se regula por lo establece el título de constitución, el capítulo II del CCC y, subsidiariamente, la regulación del usufructo. Además, se presume el carácter vitalicio del derecho de uso constituido (art. 562-2 CCC).

Se trata, por tanto, de un derecho real que permite a los usuarios «poseer y utilizar un bien ajeno en la forma establecida por el título de constitución o, en su defecto, de modo suficiente para atender sus necesidades y las de quienes convivan con ellos» (art. 562-6 CCC). Además, el propio CCC permite vincular el derecho de uso a la vivienda cuando, en su art. 562-7, señala que «el uso de una vivienda se extiende a la totalidad de esta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos».

También regula el CCC el derecho de habitación que permite «ocupar las dependencias y anexos de una vivienda» indicados en el título de constitución. Es decir, no hacer uso de toda la vivienda, sino de una determinada parte de la misma, como, por ejemplo, una habitación.

La legislación catalana en materia de vivienda ya prevé la posibilidad de acceder a las viviendas de protección oficial en régimen de cesión de uso y, en especial, cuando se trata de viviendas promovidas en régimen de propiedad compartida –*cohousing*, a través de cooperativas de vivienda, que obtienen el derecho de superficie por parte de la Administración y ceden el uso a los usuarios de las viviendas–.

Además de lo anterior, es importante señalar que la Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2023, establece en su art. 25 una bonificación del 100 % en la cuota del impuesto de actos jurídicos documentados para la promoción y explotación de viviendas en régimen de cesión de uso para las cooperativas de vivienda sin ánimo de lucro y de iniciativa social en las escrituras otorgadas hasta el 31 de diciembre de 2025.

Estas son, únicamente, dos de las técnicas que la legislación en materia de urbanismo y vivienda podría fomentar y promover en el ámbito de la vivienda. Así lo están haciendo distintas ciudades de nuestro territorio, como Barcelona o Madrid, mediante sus correspondientes planes de vivienda.

En el caso del Ayuntamiento de Barcelona (Patronat Municipal de l'Habitatge de Barcelona, 2018), con el Plan por el Derecho a la Vivienda 2016-2025 se preveía desarrollar y construir por parte del Instituto Municipal de Vivienda de Barcelona un total de 8854 viviendas, de las cuales un 20 % serán adjudicadas mediante derecho de superficie. Por lo tanto, el ayuntamiento barcelonés ya ha impulsado la oferta de este tipo de VPO.

Y, en relación con el régimen de cesión de uso, en el año 2020 el Ayuntamiento de Barcelona (2016)²⁷ había conseguido incrementar el parque público de vivienda en 250 mediante acciones realizadas con cooperativas de viviendas que adjudican el uso de esta a los solicitantes de vivienda.

Lo mismo ocurre en Madrid, donde en los últimos años el Ayuntamiento (Ayuntamiento de Madrid, 2021) ha impulsado distintos programas de cesión de suelo en régimen del derecho de superficie con destino a la promoción de viviendas en alquiler asequible.

Y es que se trata de un tipo de derechos (los reales) que aportan una serie de ventajas que no podemos obviar:

- La Administración pública correspondiente puede sacar a concurso (o, en su caso, adjudicar directamente) el derecho de superficie sobre suelos de su titularidad o integrados en el patrimonio de suelo y vivienda para adjudicarlos a la sociedad que presente la oferta más ventajosa.
- La Administración pública puede adjudicar ese suelo de forma onerosa o de forma gratuita. Si el objetivo es atraer al sector privado para incrementar la oferta de VPO, la Administración puede ceder gratuitamente suelo público a condición de construir sobre el mismo viviendas públicas y de respetar los límites de venta y renta establecidos por la normativa para las VPO.
- La sociedad que resulte adjudicataria de los terrenos puede obtener los mismos de forma gratuita y, por lo tanto, se ahorra el coste del terreno. A cambio, se compromete a construir vivienda pública y a someterse a las condiciones fijadas previamente en el documento de transmisión del derecho de superficie.
- La sociedad puede construir y gestionar la adjudicación de las viviendas resultantes para recuperar y amortizar la inversión económica realizada. En este sentido, como hemos dicho, deben respetarse

²⁷ El *cohabitatge*. Disponible en: <https://www.habitatge.barcelona/es/acceso-a-vivienda/covivienda> [última visita: 22-02-2024].

los límites económicos de la renta y venta de VPO y, a la hora de adjudicar las viviendas, deben respetarse los criterios y requisitos de los registros de solicitantes de VPO correspondientes.

- Los ciudadanos podrían acceder a la VPO en derecho de superficie mediante una hipoteca que garantice pagos más asequibles, pues el precio de venta queda limitado a los de la VPO. Asimismo, las VPO en derecho de superficie pueden (y deben) ofrecerse en régimen de alquiler, respetando los límites de renta establecidos para las viviendas protegidas.
- El adquirente de la vivienda puede ocupar la misma durante el período de duración del derecho y, en caso de obtener la vivienda en propiedad, la misma puede transmitirse en herencia.
- En caso de no poder hacer frente a las cuotas del préstamo hipotecario o del alquiler, el contrato queda extinguido y la sociedad correspondiente (o la Administración, en caso de haberse extinguido el derecho de superficie) se queda con la vivienda.

En el caso de la vivienda, las Administraciones públicas podrían ceder, por un período de tiempo, parte de los terrenos de su titularidad al sector privado que, sin necesidad de comprar el suelo, construye un edificio de VPO y recibe las ganancias derivadas de las mismas, sujetas a las condiciones fijadas en el documento de transmisión. El inversor privado vende o alquila las viviendas resultantes y, en su caso, el derecho de superficie. Una vez finalizada la duración del derecho de superficie, toda la construcción vuelve a la Administración propietaria.

2.2.2. La colaboración público-privada como fórmula alternativa para incrementar el parque público de vivienda. Especial referencia a la *covivienda (cohousing)* y las promociones ya existentes en el municipio de Barcelona

La colaboración público-privada (en adelante, CPP) no responde a una definición concreta o fija. Se trata de un concepto elástico que ha ido evolucionando con el paso de los años y que, en la actualidad, tiene un papel muy relevante en las relaciones Estado-sociedad, con el fin de proteger y garantizar el interés público.

A nivel global, las fórmulas de CPP pueden denominarse como *public private partnership* (PPP) en el ámbito británico, asociaciones público-privadas o acuerdos de colaboración público-privada, como hace referencia la Unión Europea en algunos de sus documentos. Todas estas denominaciones responden a una sola idea: «Aquella cooperación entre actores públicos y privados, de carácter duradero, en los que los actores desarrollan conjuntamente productos y/o servicios, y donde se comparten riesgos, costes y beneficios» (Klijn y Teisman, 2003).

Si bien existen, como decimos, muchas formas distintas de definir el concepto de CPP²⁸, existen una serie de características comunes a todas las fórmulas de CPP posibles y que, siguiendo a García Solana (2017), debemos destacar. Así pues, en toda herramienta de CPP han de conjugarse los siguientes elementos, a saber:

1. Deben existir dos tipos distintos de autores: privados y públicos. En determinados mecanismos de CPP, pueden operar más de dos autores a la vez, pero, al menos uno de ellos, siempre tendrá carácter público.
2. Los autores, tanto públicos como privados, que participan en la CPP deben hacerlo a través de una participación voluntaria y autónoma. En otras palabras, deben poder tomar la decisión individual de participar en el proyecto y de aceptar las responsabilidades que del mismo se deriven.
3. El mecanismo de CPP debe realizarse para la consecución de un objetivo común: la protección del interés público o la mejora de determinados aspectos de la vida pública. En este sentido, los autores participantes en el proyecto deben priorizar el interés público por encima de los suyos propios.
4. Respecto al plazo de duración de la CPP, la mayoría de las definiciones recogen que debe tratarse de una relación formal y duradera.

²⁸ Por su parte, Moran *et al.* (2008) exponen que la CPP queda muy vinculada a la idea de discrecionalidad y de gobernanza colaborativa. Así, Donahue y Zeckhauser (2012) definen la CPP como aquellos «acuerdos cuidadosamente estructurados que entretienen las capacidades públicas y privadas en términos de discrecionalidad compartida». En la doctrina española, cabe destacar las definiciones acuñadas por Juan Lozano y Rodríguez Márquez (2006), que señalan que se trata de «diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio»; Concha Jarava (2007) dice que la CPP está conformada por «contratos, convenios, acuerdos u otras formas de cooperación entre entidades públicas y privadas para acometer la ejecución de infraestructuras (diseño, construcción, ampliación, e incluso su gestión y explotación), así como su financiación».

5. Ligado con lo anterior, la CPP debería poder reflejarse y formalizarse en una figura contractual que protegiera a los autores participantes, tanto públicos como privados, y que concretara los derechos y obligaciones de ambas partes y la actividad que se va a llevar a cabo.
6. Uno de los aspectos clave de la CPP pasa por compartir el riesgo existente en el proyecto compartido. Así lo señala Noguera de la Muela (2021) cuando dice que la CPP se caracteriza, en esencia, por «la diversificación, el reparto efectivo de los riesgos inherentes a los proyectos que se articulen a través de estas técnicas entre la Administración Pública y el operador privado».
7. Finalmente, la CPP debe caracterizarse, en efecto, por un clima de negociación, interacción y colaboración entre los autores públicos y privados participantes.

Siguiendo estas notas definitorias, y teniendo en cuenta que no existe una definición concreta acuñada por nuestro ordenamiento jurídico, las distintas instituciones y organizaciones internacionales han establecido el concepto de CPP en algunos de sus documentos.

Así, por ejemplo, la Comisión Europea (2004) en su libro verde sobre la colaboración público-privada indica que la figura de la CPP «carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio». De la misma manera, la Comisión Europea señala que las herramientas de CPP se caracterizan por la duración relativamente larga de la relación, el modo de financiación del proyecto (garantizado, en mayor parte, por el sector privado) y por el reparto de riesgos entre el socio público y el privado, aspectos también señalados por la doctrina anteriormente mencionada. A su vez, el Banco Mundial (2019)²⁹ señaló que los mecanismos de CPP pueden ser «un instrumento para satisfacer las necesidades de servicios de infraestructura», pero para ello es necesario diseñar de forma correcta y adecuada unos «entornos regulatorios equilibrados que puedan aportar mayor eficacia y sostenibilidad a la prestación de servicios públicos».

Además de lo anterior, debemos tener en cuenta que los distintos instrumentos de CPP pueden clasificarse en dos grandes grupos: CPP contractual y CPP institucional.

En definitiva, la CPP es un concepto que está vivo y que puede adaptarse al momento y a las circunstancias requeridas en función de las necesidades que el sector público necesita cubrir. De esta manera, en la parte de la CPP contractual, durante un tiempo y hasta el año 2018, existió en nuestro ordenamiento jurídico el contrato de colaboración público-privada³⁰ y, en la parte de la CPP institucional, podemos encontrar las agrupaciones, los consorcios o las sociedades de economía mixta, todos ellos recogidos en la normativa de aplicación correspondiente.

Además, con la aprobación de los fondos Next Generation EU y el Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se ha puesto de relieve la necesidad de fomentar la colaboración público-privada para salir de la crisis social y económica generada por la pandemia de la COVID-19.

En definitiva, la colaboración público-privada constituye el pilar fundamental para incrementar el parque público de vivienda y, en base a esta cooperación entre Administración pública y sector privado, en este trabajo se examina el impulso de la *covivienda*, aunque también existen otras fórmulas clave, como la adjudicación del contrato de concesión de obra pública al sector privado (fórmula de CPP contractual) o la constitución sociedades de economía mixta (fórmula de CPP institucional).

En todos los casos, es fundamental que la Administración pública configure un escenario suficientemente atractivo para el sector privado (cesión gratuita del suelo, beneficios fiscales, etc.) y que, a su vez, proteja el interés general y fije una serie de condiciones para las viviendas obtenidas en suelo público.

A) *El impulso de la covivienda*

En este sentido, valorando los datos y las actuaciones realizadas, parece que el Ayuntamiento de Barcelona –a lo largo de los últimos años– ha apostado por implantar el sistema de la *covivienda* o de la vivienda compartida (el denominado *cohousing*).

²⁹ Infraestructuras y alianzas público-privadas. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/publicprivatepartnerships/overview#1> [última visita: 22-02-2024].

³⁰ Sobre el contrato de colaboración público-privada, hoy desaparecido, y su régimen jurídico, Peña Ochoa (2008); Portell Salom (2008); Chinchilla Marín (2009); Colón de Carvajal (2009, 2011), y Hernando Rydings (2012).

El municipio catalán trata, en definitiva, de explorar las distintas ventajas y beneficios que se derivan de la vivienda compartida. Para ello, es importante distinguir dos fórmulas distintas: el *coliving* y el *cohousing*. Se trata de dos conceptos que, aunque se basan en ideas distintas, en muchas ocasiones pueden llegar a confundirse.

Por un lado, el *coliving* está muy vinculado con la idea de *coworking*. El *coworking* ofrece un espacio profesional para poder trabajar en compañía de otras personas. Se trata de espacios amplios donde, normalmente, profesionales de un mismo sector comparten el espacio de trabajo, las ideas y los gastos. Estos espacios favorecen las alianzas entre compañeros y la práctica del *networking*³¹. Así pues, el *coliving* se dirige en este sentido y pretende crear espacios de trabajo y convivencia compartidos.

Por otro lado, el concepto de *cohousing* o covivienda hace referencia a un grupo de personas que deciden vivir en comunidad.

En este sentido, los residentes de un *cohousing* tienen espacios individuales (y debidamente separados), pero también zonas compartidas o comunes. Los habitantes de un *cohousing* se encargan de su gestión y ellos mismos promueven actividades y talleres conjuntos para fomentar la participación y la colaboración social del grupo. Veamos un poco más.

Sobre su origen histórico, la covivienda (internacionalmente conocida como *cohousing*) constituye una forma alternativa de la vivienda tradicional, que está compuesta por dos tipos de espacios: parcelas privadas y zonas comunitarias.

Esta forma alternativa de vivienda tiene su origen en la Dinamarca de finales de los años sesenta (Viela Castranado, 2018). En concreto, en 1972 se creó la primera covivienda danesa y se denominó Sætedammen (Ny Hammersholt, a 3 km de Hillerød y a 5 km de Allerød), tal y como se señala en el libro del vigesimoquinto aniversario de Sætedammen, en danés (1997)³². Es el denominado modelo Andel, que impulsa, de acuerdo con La Borda (2016)³³, un «modelo de vivienda cooperativa en régimen de cesión de uso, en el que la propiedad del inmueble es colectiva y recae siempre en la cooperativa». De esta forma, las personas que habitan la covivienda tienen la condición de socios de la cooperativa.

Posteriormente, el fenómeno de la covivienda fue extendiéndose a otros países de Europa del Este y de Norte América y se asentó, especialmente, en países como Estados Unidos y Canadá³⁴.

En segundo lugar, respecto al concepto y a las características de la covivienda, debemos señalar que la definición más adecuada es la acuñada por los arquitectos americanos McCamant y Durrett (2011) cuando dicen que se trata de «aquellas viviendas colaborativas en las que los residentes participan de manera activa en el diseño y la gestión de su entorno. Se trata de un contexto en el que se combinan los espacios privados con las ventajas de espacios y recursos compartidos en comunidad».

De esta definición, podemos extraer una serie de características sobre la covivienda:

- a) En primer lugar, la covivienda es un tipo o una clase de vivienda colaborativa. Esto significa que el término *covivienda* no es un sinónimo exacto de vivienda colaborativa, puesto que el *cohousing* va «más allá de la colaboración e incorpora aspectos del ámbito arquitectónico, como son los espacios y servicios comunes, que desde su diseño están orientados y concebidos para facilitar la interacción social» (Cuesta *et al.*, 2020).
- b) En segundo lugar, en la covivienda conviven dos esferas distintas: la privada –que hace referencia a los espacios privados– y la pública o social –que es la relativa a las zonas comunes que se comparten entre los distintos usuarios de la covivienda–. Por lo tanto, podemos señalar que en la covivienda coexisten dos parcelas distintas de la persona: la intimidad personal o familiar que te da una vivienda o un hogar tradicional y, a la vez, la participación en espacios o actividades compartidas con otros usuarios, que se refleja tanto en la esfera social de los usuarios como en los valores arquitectónicos de la covivienda.
- c) Derivado de lo anterior, en tercer lugar, las coviviendas incluyen dos tipos de espacios. Por un lado, encontramos los espacios o parcelas privadas de los usuarios que podemos entender como un

³¹ El *networking*, de acuerdo con Carazo Alcalde (2019), es una actividad cuyo objetivo es ampliar la red de contactos profesionales. Así, se generan oportunidades de negocio y/o empleo.

³² «Del primer *cohousing* en Dinamarca a la lucha contra el aislamiento social en Massachussets (Ejemplos Internacionales XVI)», *El blog de Jubilares*, 23-7-2019. Disponible en: <https://blog.jubilares.es/tag/dinamarca/> [última visita: 24-02-2024].

³³ Cesión de uso. Disponible en: <http://www.laborda.coop/es/proyecto/cesion-de-uso/> [última visita: 24-02-2024].

³⁴ En España, la figura del *cohousing* se ha instrumentalizado a través de la legislación de cooperativas, tanto la estatal como la de las diferentes comunidades autónomas (Simón Moreno, 2020).

hogar tradicional (la mayoría de estos espacios privados se configuran como una vivienda unifamiliar, aunque de dimensiones más reducidas) y que protegen la intimidad personal y familiar de todos los usuarios de la covivienda. Y, por otro lado, existen los espacios o recursos comunes en los que todos los usuarios de la covivienda pueden compartir tiempo y actividades que fomenten el sentido social y de comunidad que define a este tipo de vivienda.

- d) Otra de las características que definen la covivienda es su flexibilidad. En otras palabras, la covivienda puede ubicarse en cualquier espacio y puede destinarse a todas las generaciones (desde los más jóvenes hasta la gente mayor con el denominado senior-cohousing, que veremos en el siguiente apartado). Además, esta flexibilidad permitiría configurar la tenencia de una covivienda en régimen de cesión de uso y, por tanto, manteniendo un régimen público e incrementando, de esta forma, el parque público de vivienda.
- e) En quinto lugar, la covivienda busca ser también una forma de vivienda sostenible y opta por el respeto máximo al medio ambiente en relación con el espacio y los materiales que se utilizan en su construcción.
- f) Y, finalmente, la covivienda es asequible en términos económicos, pues al compartir gastos con el resto de usuarios se aminora el coste de una vivienda adecuada, digna, de buena calidad y, sobre todo, pública.

Se trata de un tipo de vivienda que fomenta, especialmente, los valores en comunidad, esto es, el trabajo en equipo y la lucha por unos objetivos comunes sin olvidar la necesaria protección de la esfera privada de la persona y del núcleo familiar y tampoco la sostenibilidad y el imprescindible respeto por el medio ambiente.

Además de lo anterior, no podemos olvidar que una de las particularidades más destacables de la covivienda pasa por entender que este tipo de vivienda puede ir dirigido a cualquier grupo de ciudadanos que tengan un objetivo en común. En este sentido, debemos entender que no existe un único modelo de covivienda básico u obligatorio, pues ello dependerá siempre de las características de las personas que quieran ser usuarias de la covivienda y que compartan el sentido social y participativo de la misma, junto con unos objetivos comunes.

Por todo lo anterior, la clasificación o la tipología de las coviviendas se realiza en función de los objetivos, las características y las necesidades que tienen las personas usuarias que la conforman. En este sentido, y en términos generales, podemos señalar tres tipos de coviviendas distintos que suelen ser los más habituales, a saber:

- *Cohousing senior*. Es aquel que engloba una comunidad de personas mayores que comparten determinadas características. Puede definirse, de acuerdo con la Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios³⁵, como un «espacio donde vivir con independencia y autonomía, en un marco de envejecimiento activo donde la persona es el centro a través de una elección libre, siendo protagonistas de su propio devenir».
- *Cohousing junior*. Es el tipo de vivienda compartida dirigido a gente joven, normalmente entre los 20 y los 35 años. En este sentido, el *cohousing junior* podría incluso funcionar como una especie de «residencia de estudiantes», puesto que cada usuario dispondría de una vivienda privada y podría compartir salas de estudio y lugares de ocio con otros compañeros de su misma facultad o de otras disciplinas, lo que enriquecería significativamente su experiencia y sus conocimientos.
- *Cohousing intergeneracional*. Esta clase de covivienda está pensada para núcleos familiares que incluyan miembros de todo tipo de edad: desde niños hasta ancianos, pasando por adultos. Se trata, en definitiva, de dar una vivienda a aquellas familias que deseen vivir en comunidad junto con otras familias.
- *Cohousing rural*. Es aquel tipo de *cohousing* que se asienta en un ambiente rural y que centra sus prioridades en el respeto por la naturaleza, los animales y el medio ambiente. Después de toda la pandemia sanitaria a causa de la COVID-19 y todas sus consecuencias, el *cohousing rural* se erige como una buena alternativa para todas aquellas familias que quisieran trasladarse de la ciudad al campo.
- *Cohousing social o asequible*. Es una clase de vivienda compartida pensada por y para aquellos ciudadanos que necesitan una vivienda y, debido a sus circunstancias personales y/o económicas no

³⁵ HISPACOOOP y Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (2018). Cohousing senior y cooperativismo de consumo. <https://hispacoop.es/guia-de-cohousing-senior-y-cooperativismo-de-consumo/> [última visita: 24-02-2024].

pueden acceder a un hogar digno y adecuado. Mediante este tipo de *cohousing*, los poderes públicos podrían –como veremos más adelante– generar vivienda pública de calidad e incrementar el parque público de vivienda, garantizando así el derecho de acceso a la vivienda.

Por tanto, podemos encontrar tantos tipos de convivencia como tipos de necesidades existan. Como decíamos, la convivencia es flexible y puede adaptarse a todo tipo de situaciones y contextos, lo que también nos permite asegurar la existencia de esta figura a lo largo del tiempo, puesto que puede evolucionar a la vez que varían las necesidades de la población.

Finalmente, respecto al régimen jurídico del *cohousing* en Cataluña, debemos señalar que el Gobierno catalán aprobó el Decreto Ley 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda de protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler (en adelante, Decreto Ley 50/2020) con dos objetivos claros:

1. Por un lado, actualizar los precios de venta y renta máximos de las VPO que no estuvieran fijados por el Decreto Ley 17/2019, con la finalidad de garantizar la viabilidad económica de estas construcciones.
2. Por otro, configurar jurídicamente los «alojamientos con espacios comunes complementarios», como los denomina la misma norma.

Este segundo objetivo se realiza con el fin de poder dar encaje jurídico a la vivienda compartida en modalidad de *cohousing* o convivencia y poder mejorar la oferta pública de vivienda por parte de la Administración.

No obstante, antes de la entrada en vigor del Decreto Ley 50/2020, en Cataluña ya empezó a implantarse el *cohousing* mediante un sistema distinto: el sistema de cooperativa de viviendas regulado en la normativa estatal y, en especial, en la Ley catalana 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas (en adelante, Ley 12/2015).

La fórmula de la cooperativa de viviendas es un mecanismo muy extendido en países del norte de Europa y que, en los próximos años, parece estar llamado a «ocupar un lugar, si no determinante sí muy importante» (Etxezarreta y Merino, 2013) en las políticas de vivienda.

En este sentido, el Ayuntamiento de Barcelona ha impulsado desde el año 2015 esta modalidad de acceso a la vivienda: la cooperativa de vivienda en régimen de cesión de uso o, en otras palabras, la convivencia o *cohousing*. Los objetivos fijados por la Administración local son simples:

1. Garantizar el acceso a una vivienda digna y asequible.
2. Mantener la titularidad pública del suelo, ya que se ofrece en derecho de superficie.
3. Impedir la especulación con la vivienda.
4. Favorecer la estabilidad temporal de los usuarios.
5. Fomentar la gestión comunitaria de las viviendas.

Mediante este sistema, el Ayuntamiento cede de forma gratuita el derecho de superficie a la cooperativa de vivienda, debidamente constituida y registrada, por un período de 75 años (que puede ampliarse a 90 años). A cambio, la cooperativa construye o rehabilita el edificio en caso de que sea necesario y, posteriormente, gestiona la vivienda a través de sus órganos (asamblea general y consejo rector) y cede la vivienda en régimen de cesión de uso a los usuarios debidamente inscritos en la cooperativa. Una vez transcurrido el período temporal marcado para el derecho de superficie, todo lo que se encuentre construido sobre el suelo pasará a ser titularidad municipal.

Además de lo anterior, el Ayuntamiento de Barcelona añadió ya una condición esencial: puesto que el suelo y la vivienda están calificados como vivienda de protección oficial (vivienda pública), los usuarios que accedan a las mismas deberán estar inscritos en el registro correspondiente y cumplir los requisitos exigibles por la normativa catalana, esto es, esencialmente: que sean personas empadronadas en la ciudad de Barcelona, con recursos económicos determinados, que no sean propietarios de ninguna otra vivienda y que no puedan acceder a una vivienda en el mercado actual.

Para que las cooperativas de vivienda puedan acceder al suelo público, la Administración pública debe impulsar concursos públicos de solares de titularidad municipal. En el caso de la ciudad de Barcelona, ya en el año 2015 se firmaron los dos proyectos pioneros de esta fórmula: las convivencias de Princesa 49 y La Borda, donde los vecinos ya hacen uso de las instalaciones correspondientes. De esta forma, Barcelona se ha convertido en una de las primeras ciudades del Estado que desarrolla proyectos de convivencia y ha impulsado una mesa de vivienda cooperativa para promocionar e incentivar el modelo de la vivienda cooperativa en Barcelona.

Así, por ejemplo, el 30 de noviembre de 2015 el Ayuntamiento de Barcelona constituyó un derecho de superficie de 75 años de una parcela situada en la calle Constitució a favor de la cooperativa Habitatges La Borda. Esta parcela está calificada como vivienda de protección oficial en régimen general y, por lo tanto, la cooperativa está sometida a unos límites legales que debe respetar. En concreto, La Borda dispone de una serie de espacios y servicios compartidos (lavandería, cocina comedor y sala de estar, espacio para invitados, espacio polivalente, trasteros o paneles solares fotovoltaicos) y está regulada por unos estatutos propios que se ajustan a la normativa catalana sobre cooperativas.

El Ayuntamiento de Barcelona ha tratado, en definitiva, de impulsar el modelo de la covivienda mediante el mecanismo que tenía a su alcance: la cooperativa de vivienda. De esta manera, el Ayuntamiento cedía de forma gratuita suelo público a la cooperativa y esta se encargaba de construir o rehabilitar el edificio y de gestionar las viviendas resultantes, se conseguiría mejorar el acceso a la vivienda y ampliar el parque público de vivienda, pues las coviviendas tienen la consideración de VPO.

Como ya hemos señalado, a finales del año 2020 se aprobó el Decreto Ley 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de vivienda con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler que analizamos en el apartado siguiente. Así pues, actualmente, la covivienda en Cataluña puede y debe articularse mediante los denominados «alojamientos con espacios comunes complementarios».

El art. 2 del Decreto Ley 50/2020 modifica distintos artículos de la LDV catalana e introduce, por primera vez en la historia el concepto de «alojamiento con espacios comunes complementarios» (art. 3.p) LDV) y el de «espacios comunes complementarios» (art. 3.q) LDV) que quedan configurados de la siguiente manera:

p) Alojamiento con espacios comunes complementarios: la vivienda que, de acuerdo con la normativa de habitabilidad, tiene una superficie del espacio privativo inferior a la fijada para el resto de tipologías de vivienda y que dispone de unos espacios comunes complementarios ajustados a los requisitos mínimos y de calidad establecidos en la normativa mencionada.

q) Espacios comunes complementarios: los espacios de uso compartido de un edificio, otros que los elementos comunes establecidos como obligatorios por la normativa que, de acuerdo con el nivel de calidad exigido por la normativa de habitabilidad, complementan el uso y disfrute de los espacios privativos de todos o parte de las viviendas o alojamientos que comprende el edificio.

En este sentido, este tipo de alojamientos responden a una serie de características recogidas en la norma, en concreto, en el art. 18 bis LDV catalana:

- a) Pueden construirse en suelo destinado por el planeamiento urbanístico a usos de vivienda. También pueden construirse en suelo calificado como sistema urbanístico de equipamientos comunitarios, como veremos.
- b) Es imprescindible que la normativa de habitabilidad determine la superficie mínima que debe tener tanto el espacio privativo como los espacios comunes complementarios. En este sentido, la suma de ambos espacios no puede ser inferior a la superficie mínima establecida en la normativa de habitabilidad para las viviendas completas. En el caso de Cataluña, el Decreto 141/2012, de 30 de octubre, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad, señala en su art. 3.1 que «todas las viviendas tienen que constar, como mínimo, de una estancia o sala de estar-comedor, una cámara higiénica y un equipo de cocina; y tener una superficie útil interior no inferior a 36 m²».
- c) El edificio que sea destinado, en su totalidad, a este tipo de alojamientos no podrá dividirse en propiedad horizontal. En caso de que el edificio se destine parcialmente a este tipo de alojamientos, esta parte tendrá que configurarse como un solo elemento privativo diferenciado de los otros elementos que se integren en el mismo régimen de propiedad horizontal.
- d) Además de lo anterior, y con las excepciones mencionadas, estos alojamientos deben cumplir con las condiciones mínimas de habitabilidad previstas y recogidas en cada momento en la normativa aplicable. En este sentido, los alojamientos con espacios comunes complementarios deben ser accesibles (escaleras, ascensor, patio de ventilación, infraestructura común de telecomunicaciones) y deben fomentar la sostenibilidad y el ahorro energético, entre otras cuestiones.

Así pues, este tipo de alojamientos pretenden dar respuesta a la importante demanda de vivienda existente en nuestra sociedad. Se trata de un tipo de alojamiento que, hasta el momento, no encontraba encaje

en nuestro ordenamiento jurídico, pues las normas no lo preveían. Por tanto, el Decreto Ley 50/2020 supone la puesta en marcha de este tipo de alojamientos. Sin embargo, este es el inicio de un largo camino por recorrer, pues el marco jurídico normativo para desarrollar la vivienda compartida o el *cohousing* debe ser estable, claro y único con la finalidad de dotar al sistema de la seguridad jurídica que requiere.

En conclusión, dado que no existe una medida única que resuelva el problema de la vivienda, es necesario que los poderes públicos implanten una política de actuación global, es decir, utilizando todos los recursos y potestades disponibles.

Esta política debe caracterizarse, especialmente, por una fuerte y estable inversión económica, por la configuración de un marco jurídico claro y seguro y por la implantación de medidas de colaboración entre las distintas Administraciones, respetando el papel fundamental de los ayuntamientos, y entre la Administración y el sector privado, velando ambos por la protección y la garantía de un interés social y común: el derecho de acceso a una vivienda digna, adecuada y asequible.

CONCLUSIONES

I. A nivel internacional y europeo se reconoce el derecho a la vivienda y se impulsa a los Estados a garantizar y promover este derecho. Además, en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de que los organismos no ostentan competencias en la materia, se recogen una serie de características y orientaciones básicas que deberían permitir a los distintos Estados miembros conformar el contenido del derecho a la vivienda y seguir el concepto de vivienda social de manera uniforme.

II. En el ordenamiento jurídico español, la competencia en materia de vivienda, según la Constitución y los distintos estatutos de autonomía, corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas. Por tanto, el Estado no ostenta una competencia directa en esta materia, pero sí dispone de una serie de títulos constitucionales que le permiten incidir, de forma más o menos directa, en el sector de la vivienda, como son los recogidos en los arts. 149.1.1, 6, 8, 13, 16 o 21 de la Constitución.

En este complejo escenario competencial tampoco podemos olvidarnos de la Administración local, que de acuerdo con el art. 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, también juega un papel esencial en la promoción y gestión de la vivienda de protección pública y puede, por tanto, realizar tareas de gestión en este ámbito, siempre que se respete el marco jurídico estatal y autonómico de aplicación. Por lo tanto, a pesar de que la normativa de aplicación no le da la importancia que merece, el papel de los ayuntamientos en la gestión y la promoción del derecho a la vivienda es básica y fundamental. En este sentido, el trabajo analiza las distintas actuaciones llevadas a cabo en esta materia por el Ayuntamiento de Barcelona.

III. En el ámbito urbanístico, el Ayuntamiento de Barcelona ha impulsado la reserva de suelo en suelo urbano consolidado, una medida que no es del todo adecuada para incrementar el parque público de vivienda, pues perjudica el derecho de propiedad y constituye una carga que se impone al propietario y que debe ser debidamente indemnizada.

Además, en el ámbito del derecho urbanístico existen otras opciones, como el derecho de superficie o el derecho de uso o cesión de uso, que resultan más respetuosas con el derecho de propiedad y más para obtener vivienda pública.

IV. Finalmente, en el marco de la colaboración público-privada, entre otras medidas, el Ayuntamiento de Barcelona ha apostado, a lo largo de los últimos años, por la fórmula de la *covivienda* (*cohousing*). Se trata de que la Administración fomente la obtención de este tipo de viviendas a través de las sociedades cooperativas de viviendas para obtener más cantidad de vivienda y de forma más rápida, tal y como ha ocurrido en los países de la Unión Europea que disponen de los mayores parques públicos de vivienda.

En este sentido, la Administración cede el suelo público (también mediante concurso y con todas sus garantías) en régimen de superficie a una sociedad cooperativa de vivienda y esta otorga la cesión de uso a los socios o usuarios, cobrando una cuota inicial y otra cuota mensual.

La *covivienda* supone un cambio de las formas tradicionales de tenencia de la vivienda, pues implica disponer de una serie de espacios privados, pero, a la vez, compartir unas zonas comunes con el resto de los residentes. Se fomentan, por tanto, los valores de comunidad, el trabajo en equipo y la lucha por unos objetivos comunes. Este tipo de viviendas, en un principio, podrían ir dirigidos a determinados sectores de la sociedad, como los jóvenes que quieran emanciparse o las personas mayores que quieran compartir ciertas aficiones.

V. En definitiva, dado que no existe una medida única que resuelva el problema de la vivienda, es necesario que los poderes públicos implanten una política de actuación global, es decir, utilizando todos los recursos y potestades disponibles.

Esta política debe caracterizarse, especialmente, por una fuerte y estable inversión económica, por la configuración de un marco jurídico claro y seguro y por la implantación de medidas de colaboración entre las distintas Administraciones, respetando el papel fundamental de los ayuntamientos y entre la Administración y el sector privado, velando ambos por la protección y la garantía de un interés social y común: el derecho de acceso a una vivienda digna, adecuada y asequible.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias Martínez, M. A. (2019). Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (11), 106-121. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10602>
- Ayuntamiento de Madrid (2021). *Programa de cesión de suelo en régimen de derecho de superficie con destino a la promoción de viviendas en alquiler asequible*. Dirección General de Gestión Urbanística. <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Programa-de-cesion-de-suelo-en-regimen-de-derecho-de-superficie-con-destino-a-la-promocion-de-viviendas-en-alquiler-asequible/?vgnnextfmt=default&vgnextoid=2215df097f4bc710VgnVCM1000001d4a900aRCRD&vgnnextchannel=1ccd566813946010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>
- Barnés Vázquez, J. (2007). La distribución de competencias legislativas en materia de urbanismo y vivienda. *Revista Vasca de Administración Pública*, (79), 83-143. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.79.2007.2.04>
- Bassols Coma, M. (1983). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 17(85), 13-42.
- Cano Bueso, J. (2014). El derecho constitucional a una vivienda digna. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 48(291), 143-171.
- Carazo Alcalde, J. (2019). Networking. *Economipedia*. <https://economipedia.com/definiciones/networking.html>
- Chinchilla Marín, M. C. (2009). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP). En J. Colás Tenas y M. Medina Guerrero (coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público* (pp. 453-488). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Colón de Carvajal, B. (2009). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa. *Noticias Jurídicas*. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4488-el-contrato-de-colaboracion-entre-el-sector-publico-y-el-sector-privado-en-el-ordenamiento-juridico-espanol:-origenes-caracteristicas-y-naturaleza-de-una-experiencia-exitosa/>
- Colón de Carvajal, B. (2011). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis. *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, (110), 40-45.
- Comisión Europea (2004). *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e>
- Concha Jarava, M. (2007). La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras. *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, (Extra 0) [ejemplar dedicado a Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública], 49-68. https://www.aopandalucia.es/inetfiles/publicaciones_agencia/Revistas/Reflexiones/Num_00_Reflexiones_sobre_el_contrato_de_concesion_de_obra_publica/02_Financiacion_infraestructuras.pdf
- Cuesta Lerín, C., Arrondo Segovia, M. y San Román Ayala, I. (2020). *Diagnóstico del modelo cohousing en Euskadi*. Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, Gobierno Vasco. https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/contenidos/plan/ovv_cohousing/es_ovv_admi/index.shtml
- Díez-Picazo, L. M. (2008). *Sistema de derechos fundamentales* (3.ª ed.). Civitas.
- Donahue, J. D. y Zeckhauser, R. J. (2012). *Collaborative governance: private roles for public goals in turbulent times*. Princeton University Press.
- Etchezarreta, A. y Merino, S. (2013). Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica. *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, (113), 92-119. https://doi.org/10.5209/rev_REVE.2014.v113.43382
- Fernández González, F. J. (1995). *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Civitas.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2001). *Estudios de derecho ambiental y urbanístico*. Thomson Reuters Aranzadi.
- García de Enterría, E. y Parejo Alfonso, L. (1979). *Lecciones de derecho urbanístico: I, Vol. I*. Civitas.
- García Macho, R. J. (1982). *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Instituto de Estudios de Administración Local.

- García Solana, M. J. (2017). La colaboración público-privada: capacidades públicas para la gestión del modelo desarrollado por el Servicio Público de Empleo Estatal y las agencias privadas de colocación. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 4(2), 135-168. <https://doi.org/10.5209/CGAP.57916>
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1975). En torno a los estándares urbanísticos. En *Cincuentenario del Estatuto Municipal: estudios conmemorativos* (pp. 487-520). Instituto de Estudios de Administración Local.
- Hernando Rydings, M. (2012). *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*. Civitas.
- Iglesias González, F. (2002). *Administración pública y vivienda*. Editorial Montecorvo.
- Iglesias González, F. (2022). Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda. *Cuadernos de Derecho Local*, (59), 35-64. <https://gobiernolocal.org/distribucion-de-competencias-en-materia-de-vivienda/>
- Jaría Manzano, J. (2011). El derecho a una vivienda digna en el contexto del estado social. En H. Simón Moreno (coord.) y S. Nasarre Aznar (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis* (pp. 53-88). Edisofer.
- Juan Lozano, A. M. y Rodríguez Márquez, J. (2006). *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Klijn, E. H. y Teisman, G. R. (2003). Institutional and strategic barriers to public-private partnership: An analysis of Dutch cases. *Public Money and Management*, 23(3), 137-146. <https://doi.org/10.1111/1467-9302.00361>
- López Ramón, F. (2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (102), 49-91. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-102-septiembrediciembre-2014/el-derecho-subjetivo-la-vivienda-2>
- McCamant, K. y Durrett, C. (2011). *Creating cohousing: Building sustainable communities*. New Society Publishers.
- Moran, M., Rein, M. y Goodin, R. (eds.) (2008). *The Oxford handbook of public policy*. Oxford University Press.
- Muñoz Castillo, J. (2000). *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*. COLEX.
- Muñoz Castillo, J. (2003). *Constitución y vivienda*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Noguera de la Muela, B. (2021). La colaboración público-privada a propósito de los fondos europeos Next Generation (NG-EU): PERTE, agrupaciones, consorcios y sociedades de economía mixta. En J. M. Gimeno Feliu (dir.) y M.ª C. Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2020* (pp. 407-447). Thomson Reuters Aranzadi.
- Patronat Municipal de l'Habitatge de Barcelona (2018). *Qüestions d'Habitatge* (número 21, Plan por el derecho a la vivienda de Barcelona 2016-2025). https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/gh21_h_esp.pdf
- Peña Ochoa, A. (2008). El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (Extra 10), 87-108.
- Pérez Mira, J. M. y Bueso Guirao, E. (2016). *Efectos en el sector público local de la Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*. Dykinson.
- Pisarello Prados, G. (2003). *Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Icaria.
- Ponce Solé, J. (2008). La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, (7), 145-195.
- Ponce Solé, J. (2023). La Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda: su afectación de las competencias locales. *Acento Local*. <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/la-ley-estatal-12-2023-de-24-de-mayo-por-el-derecho-a-la-vivienda-su-afectacion-de-las-competencias-locales/>
- Portell Salom, N. (2008). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. *Revista General de Derecho Administrativo*, (18). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406775
- Quintana López, T. (1992). La actual distribución de competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. *Autonomies: Revista catalana de dret públic*, (15), 179-190. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/1829>
- Quintía Pastrana, A. (2022). Más allá del art. 47 CE: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, (6), 115-153. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_6_2022_989
- Romero Rey, C. (2004). Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 38(210), 11-48.
- Ruiz-Rico Ruiz, G. J. (2008). *El derecho constitucional a la vivienda: un enfoque sustantivo y competencial*. Ministerio de Vivienda, Centro de Publicaciones.
- Sans Casanovas, S. (2022). La reserva obligatoria del 30% para pisos sociales en Barcelona aporta solo 52 viviendas en cuatro años. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20221118/8612252/empresarios-construtores-lamentan-fracaso-estrepitoso-colau-vivienda-social.html#:~:text=Empresarios%20y%20constructores%20lamentan%20el,la%20medida%20impulsada%20por%20Colau&text=La%20medida%20que%20obliga%20a,sociales%20nuevos%20desde%20el%202018>
- Simón Moreno, H. (2020). Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España? *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, (134), 31-40. <https://doi.org/10.5209/reve.69165>

- Souvirón Morenilla, J. M. (2018). El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social. 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. 181-224). Dykinson.
- Trayter Jiménez, J. M. (2021). *Derecho urbanístico de Cataluña* (9.ª ed.). Atelier.
- Vaquer Caballería, M. (2022). El proyecto de ley por el derecho a la vivienda y la intervención local en la materia. Cuadernos de Derecho Local, (59), 96-117. https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2022/QDL59/QDL59_04_Vaquer_Caballeria.pdf
- Vielá Castranado, M. (2018). Cohousing: ¿Utopía o una posible solución a los problemas habitacionales en nuestro país? En M. T. Alonso Pérez (coord.), *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (pp. 401-452). Thomson Reuters Aranzadi.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 22-02-2024
Modificado: 19-03-2024
Aceptado: 22-03-2024
Prepublicado: 05-04-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11354>
Páginas: 185-199

Referencia: González Sanfiel, A. M. (2024). Patrimonio cultural: protección de valores, desplazamiento de garantías. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 185-199. <https://doi.org/10.24965/reala.11354>

Patrimonio cultural: protección de valores, desplazamiento de garantías

Cultural heritage: Protection of values, displacement of guarantees

González Sanfiel, Andrés Manuel

Universidad de La Laguna. Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0968-3165>

asanfiel@ull.edu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho Administrativo, premio extraordinario de doctorado, ha sido IP o miembro en diversos proyectos y contratos de investigación. Ha sido decano y director de departamento, autor de varias monografías, artículos y capítulos de libros, desarrollados en líneas de investigación tales como el derecho administrativo económico, servicios públicos y servicios de interés económico general, patrimonio cultural, contratación pública o derecho urbanístico, con especial atención a la nulidad del planeamiento. Profesor y miembro del equipo directivo del Máster de Derecho Urbanístico ULL.

RESUMEN

Objetivos: poner de manifiesto los abusos y falta de garantías que la legislación de patrimonio cultural está generando. Las vías son diversas: la desnaturalización de la categoría de los BIC con su uso excesivo; el recurso a un concepto abierto de patrimonio cultural como habilitante de potestades; la creación de categorías protectoras con la misma finalidad que los BIC; las soluciones inadecuadas desde la perspectiva urbanística, o la imprescriptibilidad en el restablecimiento de la legalidad no vinculada a categorías, sino a la legalidad patrimonial en su conjunto. **Metodología:** la propia de los estudios jurídicos, a través del análisis y crítica de la legislación sobre la base de la jurisprudencia, sobre todo constitucional y las aportaciones que ha realizado la doctrina científica. **Resultados:** se critica el marco normativo actual por la incertidumbre que genera en el régimen jurídico, con habilitaciones genéricas e inseguridad, poniendo en peligro las garantías que son consustanciales al Estado de derecho. **Conclusiones:** se debe proceder a una adecuación o rectificación del marco normativo que reconstruya el sistema teniendo presente que la seguridad jurídica es un valor esencial del Estado de derecho, incompatible con los apoderamientos genéricos.

PALABRAS CLAVE

Patrimonio cultural; bienes de interés cultural; abuso; Estado de derecho; garantías.

ABSTRACT

Objectives: To highlight the abuses and lack of guarantees that the cultural heritage legislation is generating. The ways are diverse: denaturalization of the category of BIC, its excessive use. The use of a generic concept of cultural heritage as an enabler of powers; the creation of protective categories with the same purpose as the BIC; inadequate solutions from the urban planning perspective or the non-applicability of statutes of limitations in the restoration of legality not linked to categories but to heritage legality as a whole. **Methodology:** That of legal studies, through the analysis and criticism of legislation on the basis of jurisprudence, especially constitutional and the contributions made by scientific doctrine.

Results: The current regulatory framework is criticized for the uncertainty it generates in the legal system, with generic authorizations and insecurity, endangering the guarantees that are inherent to the Rule of Law. **Conclusions:** The regulatory framework must be adapted or rectified to reconstruct the system, bearing in mind that legal certainty is an essential value of the Rule of Law that is incompatible with generic authorizations.

KEYWORDS

Cultural heritage; cultural property; abuse; rule of law; guarantees.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANOMALÍAS EN LAS DECLARACIONES DE BIC. 2.1. INDISPONIBILIDAD DEL CONCEPTO. 2.2. NATURALEZA DE LAS DECLARACIONES: ACTOS UNILATERALES. 2.3. ABUSO EN LAS DECLARACIONES. 2.4. DECLARACIONES SIN INSPECCIÓN OCULAR DE LOS TÉCNICOS. 3. DISFUNCIÓN EN LAS CATEGORÍAS PROTECTORAS: CONFUSIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO. 3.1. CONCEPTO GENÉRICO DE PATRIMONIO CULTURAL. 3.2. ABSORCIÓN DE TODOS LOS BIENES CON VALORES CULTURALES EN EL CATÁLOGO DE PROTECCIÓN. 3.3. IDENTIFICACIÓN ENTRE BIC Y BIENES CATALOGADOS. 4. INADECUADA COORDINACIÓN URBANÍSTICA. 4.1. INNECESARIA ADAPTACIÓN DEL PLANEAMIENTO A LAS DECLARACIONES DE BIC. 4.2. EXPANSIÓN DEL CONTROL PREVIO. 5. IMPRESCRIPTIBILIDAD EN AUMENTO EN EL ÁMBITO CULTURAL. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La lectura de las leyes autonómicas sobre patrimonio cultural, dan la impresión de que la protección de los bienes con valores culturales se puede realizar sacrificando garantías de los ciudadanos. Que la importancia de aquellos valores legitima cualquier acción pública para conseguir su protección. Se trata de un fenómeno que va en aumento y que se manifiesta a través de múltiples vías. Cuando parecía que el modelo estatal diseñado en la LPHE había arraigado y generado cierto derecho común del patrimonio cultural, las experiencias autonómicas están realizando desarrollos que habilitan a la Administración pública con poderes mucho más intensos y abiertos, en detrimento de garantías que son consustanciales al Estado de derecho. Es el caso de la categoría de los bienes de interés cultural que se somete a una serie de presiones que acaban por desnaturalizar sus perfiles. No es solo el uso abusivo que se ha hecho de ella, sino que esa práctica trae consigo una auténtica desvirtuación de la propia categoría reservada, como dejó dicho el Tribunal Constitucional, a los bienes más relevantes.

Aducir el valor patrimonial de un bien implica la paralización de iniciativas y actividades, aunque después el bien quede en el más absoluto olvido para los poderes públicos. En buena medida, esa legislación da por bueno que entrar en la espiral de lo cultural deje inerte a los particulares porque son muy importantes los valores que se tutelan, olvidando con ello que el Estado de derecho es, en sí mismo, un valor irrenunciable para cualquier sociedad. Si una lección clara nos ha enseñado es que el fin no justifica los medios y que la protección patrimonial se inserta en un contexto más amplio regido por unos valores, principios y reglas que son esenciales para la vida en colectividad. La pretensión de proteger un bien poniendo en peligro o minusvalorando el valor del Estado de derecho es un peligro para nuestro sistema. Si todo vale para conseguir la tutela de unos bienes valiosos, se rompe la idea misma de una sociedad civilizada. Es una idea muy sencilla y reiterada, aunque no por ello fácilmente ignorada: recuperar el equilibrio entre las prerrogativas que se reconocen a la Administración pública y las garantías que ostentan los particulares en una sociedad democrática, es decir, en un Estado de derecho avanzado.

El presente estudio pretende contribuir a la reflexión sobre la ruptura de ese equilibrio en el ámbito cultural, poniendo de manifiesto las deficiencias del modelo protector que se está fraguando en las comunidades autónomas, que camina hacia un modelo autoritario que pone el acento de forma exclusiva en la posición que ocupa la Administración pública con olvido, incluso con perjuicio, de aquellos sobre los que se proyectan esas prerrogativas. Como se expondrá, la regulación que se realiza de algunas cuestiones clave del patrimonio cultural pone de manifiesto tanto la ruptura como la necesidad de restablecer el equilibrio de forma inexcusable.

2. ANOMALÍAS EN LAS DECLARACIONES DE BIC

2.1. Indisponibilidad del concepto

La LPHE define los bienes de interés cultural (BIC) como aquellos que poseen los valores culturales «más relevantes»¹. Al quedar así declarados adquieren el máximo nivel de protección desde el punto de vista jurídico. El titular se coloca en una posición estatutaria que está caracterizada por un conjunto de derechos y deberes que se delimitan de conformidad con la función social que tienen esos bienes. Esa delimitación justifica, a su vez, una serie de limitaciones administrativas y habilita a la Administración pública con un haz de potestades que tutela los valores y el interés que estos bienes representan para la colectividad². Esa definición aporta seguridad jurídica al establecer cuáles son sus características y las consecuencias jurídicas que se anudan a aquella posición jurídica. La competencia para declararlos corresponde, con carácter general, a las comunidades autónomas, salvo en los supuestos en que la ostenta el Gobierno de la nación por tratarse de bienes de titularidad estatal que están afectos a los propios servicios estatales. Uno de los efectos más destacados es que esos bienes pasan a formar parte del patrimonio histórico español, con independencia de quien tenga atribuida la competencia para realizar aquella declaración. Por ello es necesario comunicar todas las declaraciones al registro estatal que centraliza la información y da una imagen de conjunto sobre la riqueza cultural más relevante al margen de su localización. En cualquier caso, ese registro es compatible con la existencia de los diferentes registros autonómicos creados con similar finalidad, aunque circunscritos a cada territorio autonómico³.

Una de las claves del sistema protector es delimitar a qué ente corresponde la definición de estos bienes, si al Estado o a las comunidades autónomas. La jurisprudencia constitucional ha respondido a esta cuestión señalando que se trata de una competencia estatal que ha quedado plasmada en la LPHE. Esta norma exige la concurrencia de un valor «más relevante» como requisito *sine qua non* para que los bienes puedan ser declarados BIC. A pesar de ello, las legislaciones autonómicas ofrecen un panorama muy diverso. En ellas se puede encontrar desde las que se limitan a reproducir la expresión estatal⁴, añadiendo a lo sumo algún matiz⁵, hasta las que, con toda claridad, se distancian y usan términos aparentemente similares,

¹ Art. 1.3 LPHE. Con la incorporación de esa categoría se asume la construcción dogmática elaborada en Italia por Massimo Severo Giannini al hilo de los trabajos realizados en el seno del Parlamento italiano por la Comisión Franceschini (1958-1963). Se puede tener acceso en español a la aportación de Severo Giannini (2005, pp. 11-42). Asimismo, una amplia exposición de la categoría la desarrolla Alegre Ávila (1994, pp. 641 y ss.).

² El modelo protector diseñado por el legislador estatal ha ejercido una gran influencia sobre la legislación autonómica en materia de patrimonio cultural, sin perjuicio de las singularidades que ese derecho ha aportado y los desarrollos recientes que tienden a alejarse de él. Dentro de ese sistema, los bienes de interés cultural (BIC) ocupan un papel central como máxima categoría protectora. En un principio el legislador estatal reservó su declaración a la Administración estatal, extremo éste que corrigió el Tribunal Constitucional invirtiendo el modelo inicialmente diseñado por la LPHE. Tras su intervención, la competencia general para declarar aquellos bienes le corresponde a las comunidades autónomas y solo excepcionalmente en algunos supuestos a la Administración estatal (bienes de su titularidad afectos a sus servicios públicos). Salvo esa corrección, el resto del diseño estatal para estos bienes se mantiene. Ello incluye las diferentes categorías en las que se divide (monumentos, conjuntos históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas, etc.), las limitaciones y prohibiciones generales o específicas de una determinada categoría, el sistema de doble autorización para la realización de las intervenciones (la cultural y la urbanística), la prohibición o excepcionalidad de algunas intervenciones, la obligación de comunicar las declaraciones al registro estatal centralizado, compatible con los diferentes registros autonómicos que existen. Entre otras medidas, la coordinación con el ámbito urbanístico en las actuaciones con dimensión inmobiliaria (planes especiales o equivalentes para determinadas categorías) ha sido uno de los aspectos destacados, estableciendo un conjunto de prohibiciones y limitaciones dirigidas a aquella finalidad. Puede reconocerse dentro de este grupo la diferencia para autorizar las obras según exista o no un plan protector.

En otro orden de cuestiones, la legislación admite la posibilidad de que junto a los BIC puedan existir otras figuras protectoras creadas por la legislación autonómica o el reconocimiento, como ya se indicó, de los derechos de tanteo o retracto para acrecentar la propiedad cultural en favor de las Administraciones públicas. Esas son las características grosso modo del modelo de protección previsto en la LPHE. Esta legislación ha sido excelentemente explicada en obras ya clásicas. Por orden cronológico: Álvarez Álvarez (1989); Barrero Rodríguez (1990); Alonso Ibáñez (1992), y la obra citada de Alegre Ávila (1994).

³ Sobre este particular aspecto se pronunció la conocida STC 17/1991, que clarifica que la existencia del registro general del Estado no impedía la creación de los diferentes registros de naturaleza autonómica (FJ 12).

⁴ Utilizan la expresión «más relevante» el art. 5 de la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las islas Baleares; art. 12.1 de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés; art. 5.1 de la Ley 21/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; el art. 10 de la Ley 1/2001, de 6 de mayo, del Patrimonio Cultural de Asturias; art. 14.1 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra, y el art. 12.2 de la Ley 8/2023, de 30 de marzo, del Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid.

⁵ En particular utilizan esas expresiones: «singular y relevante» (art. 8,1 de la Ley 12/2022, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León); «más relevante por su sobresaliente valor» (art. 3.1 de la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de

aunque no coincidentes⁶. Esta situación normativa se puede haber debido a una comprensión más amplia del título exclusivo de las comunidades autónomas en materia de patrimonio cultural, lo que podría haber inducido a pensar que era posible desplazar la legislación estatal, en este y otros extremos⁷. No obstante, tras la STC 122/2014, que enjuició la ley madrileña de patrimonio cultural aprobada en el año 2013, se clarificó esta cuestión, con apoyo en la jurisprudencia constitucional previa⁸. La respuesta del Tribunal Constitucional es contundente: la definición de estos bienes corresponde al Estado sin que las comunidades autónomas puedan apartarse de ella⁹:

Al referirse a los bienes «que tengan valor excepcional», no están precisando o concretando para la Comunidad (...) la caracterización estatal de los bienes de interés cultural como «los más relevantes», sino que, por el contrario, se mueven en un nivel de principio que interfiere claramente con un ámbito que, como ya hemos expuesto, está reservado al Estado, conllevando esta invasión su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad (STC 122/2014, FJ 6).

La solución tiene su lógica: la declaración de un bien de interés cultural cambia el estatuto jurídico del propietario de ese bien, arrastrando importantes consecuencias jurídicas restrictivas. Es coherente que la definición de esa propiedad, como cuestión civil, le corresponda al Estado y sea unitaria para todo el territorio. La materia se disocia entre los requisitos sustantivos estatales (el valor característico) y los requisitos

la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia); «singulares características y relevancia» (art. 2, a) de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano.

⁶ Las expresiones usadas son: «específicas cualidades que definen por sí mismo un aspecto destacado» (art. 15.1 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria); «excepcionales características y valores» (art. 11.1 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja); «carácter más destacado» (art. 8.2 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia); «más sobresaliente» para los bienes culturales de protección especial –art. 8.1 a)– y «relevante» para los bienes culturales de protección media –art. 8.1, b)–, ambos de la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco. El legislador canario utiliza la locución «más sobresalientes» para referirse a esa clase de bienes –art. 9.1, a) LPCC–, en sustitución de «ostenten notorios valores», que era la fórmula usada en la legislación previa (art. 17.1 de la derogada LPHC de 1999).

⁷ La concreción de la competencia en materia de bienes con valores patrimoniales ha sido una tarea bastante compleja. El carácter exclusivo con el que se presenta en la Constitución no deja de ser un espejismo, de ahí que deba recordarse el denominado «mito de la exclusividad» que utilizara tempranamente Muñoz Machado (1981, pp. 170-174). Ya García de Enterría destacó la multiplicidad de títulos estatales que aparecen en la materia y que permiten condicionar legítimamente aquella competencia exclusiva autonómica (García de Enterría, 1983); tratan también la cuestión competencial Muñoz Machado (2007, pp. 799-822); Abad Liceras (1999); Alegre Ávila (2004), y más tarde Bermúdez Sánchez (2019).

⁸ La STC 122/2014 sobre la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, Ley que fue derogada por la vigente Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid.

⁹ Todo ello, tal y como se ha indicado, sin perjuicio de reconocer la complejidad de ese reparto competencial. En síntesis, las ideas claves de ese reparto son las siguientes. Existe una competencia concurrente en materia cultural en donde se encuadra, entre sus múltiples manifestaciones, la protección del patrimonio histórico-artístico o cultural. Esa concurrencia admite la realización de acciones indistintas por parte del Estado y de las comunidades autónomas –sobre el alcance del concepto cultura dentro de la Constitución es de destacar a Prieto de Pedro (2006). Como consecuencia de ello, se permite que el Estado pueda legislar en aquello que precise de tratamientos generales o en supuestos en que la protección no pueda llevarse a cabo a través de otras instancias (STC 17/1991, FJ 3). Con independencia de ello, dentro del sistema protector adquiere una especial relevancia la competencia exclusiva estatal de lucha contra la exportación y la expoliación en materia de patrimonio cultural, sin perjuicio de la competencia también exclusiva sobre determinadas infraestructuras culturales de su titularidad, tales como museos, bibliotecas y archivos (todo ello en el art. 149.1.28.ª CE). La clave se encuentra en el concepto de *lucha contra la expoliación*, en la medida que esta competencia no solo se refiere a la destrucción física del bien o de alguno de sus valores, sino también a cualquier medida que ponga en peligro su función social, lo que otorga al Estado una habilitación más amplia de actuación (STC 17/1991, FJ 7). Al mismo tiempo, a tenor de lo dispuesto en el art. 149.2 CE, el Estado debe considerar, por imperativo constitucional, el servicio de la cultura como un deber y atribución esencial, facilitando la comunicación cultural con las diferentes comunidades autónomas, todo ello sin perjuicio de las competencias propias que corresponden a estas. No debe olvidarse que, junto a esos títulos específicos, el Estado ostenta otras competencias materiales generales que pueden incidir de forma significativa en la regulación de la materia cultural, tales como la legislación civil (propiedad cultural, deber de conservación, derechos de tanteo o retracto, etc.), legislación procesal, expropiación forzosa, legislación de procedimiento administrativo común y régimen jurídico de las Administraciones públicas, entre otras muchas habilitaciones contenidas en el art. 149 CE. Por su parte, las comunidades autónomas han asumido competencias exclusivas en materia de patrimonio cultural que sea de su interés, a lo que debe sumarse aquella que afecta a sus infraestructuras culturales (museos, bibliotecas, conservatorios) y sin perder de vista la competencia en el fomento de la cultura, la investigación y, cuando sea procedente, la enseñanza de su lengua propia (art. 148 apdos. 15, 16 y 17 CE, respectivamente). No obstante, se debe tener presente lo expuesto anteriormente sobre lo engañoso del término *exclusividad*, dado la multiplicidad de títulos estatales que la condicionan. Esta aproximación debe completarse con la existencia del mandato dirigido a todos los poderes públicos, dentro de los principios rectores de la política social y económica, de garantizar la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran. Como manifestación de la importancia de la función social sobre la propiedad cultural, aquella preocupación se proyecta con independencia del régimen jurídico y la titularidad de esos bienes. La protección se refuerza con un llamamiento a la legislación penal del Estado para que tipifique las acciones y omisiones que constituyan atentados contra este patrimonio (art. 46 CE).

formales autonómicos (competencia y procedimiento). La caracterización del valor es un aspecto de la materia cultural relativa a estos bienes que está en la órbita estatal, así como el estatuto (derechos, deberes, limitaciones) que se anudan a aquella declaración, mientras que las comunidades autónomas regulan otras cuestiones. Esto garantiza una cierta uniformidad y estandarización del valor que puede permitir la comparación entre bienes, es decir, son equiparables más allá de quién y dónde se haya producido la declaración.

En atención a la doctrina constitucional que ha sido destacada, las legislaciones autonómicas deberían llevar a cabo la corrección oportuna para adecuarse a los términos utilizados por el legislador estatal, al ser este el que cualifica la importancia del valor del que deriva la máxima protección de los bienes culturales y sus principales consecuencias jurídicas.

2.2. Naturaleza de las declaraciones: actos unilaterales

La cuestión de la naturaleza jurídica de las declaraciones de bienes de interés cultural y, por extensión, la protección a través de otras figuras protectoras no está exenta de algunas dudas. ¿Se trata de actos o de normas? ¿Es reglado o discrecional?

Aunque existen supuestos en los que la declaración de un bien como de interés cultural se realiza de forma directa por el legislador, lo normal y general es que aquella se realice mediante actos administrativos tras la tramitación del procedimiento administrativo que constate la existencia del valor y, por ende, su cualificación para poder formar parte del patrimonio histórico español. Este aspecto es bastante claro. El acto concreta el presupuesto de la norma al caso particular. No existe una innovación del ordenamiento jurídico, sino un mero acto ordenado que aplica la norma al supuesto concreto. La naturaleza normativa es excepcional; la ley opera como ley-acto, es decir, en realidad está sustituyendo al acto por razones de la importancia del valor, su número o cuestiones de eficacia en la protección. Fuera de esos supuestos, lo común y general es la declaración mediante actos administrativos¹⁰.

En cuanto a si esa decisión unilateral es reglada o discrecional, la jurisprudencia ofrece ejemplos para sostener ambas posiciones¹¹. Lo reglado otorga un mayor protagonismo a los técnicos que, a través de sus informes, deben acreditar la existencia del valor, de modo que el órgano decisor, fundamentalmente el Gobierno (estatal o autonómico), debería asumir la propuesta que se le formula. Por su parte, el carácter discrecional no prescinde de la importancia de la propuesta realizada sobre la base de los informes técnicos, pero valora otra dimensión que es más coherente con la naturaleza política del órgano llamado a ejercer la competencia, de modo que no es una cuestión meramente formal. En efecto, si se ha querido que sea el Gobierno el órgano competente para incorporar ese bien al patrimonio cultural español y si este es el órgano superior político que dirige a la Administración, resulta difícil encajar esa decisión en una especie de acto debido¹². Eso lo puede hacer un director general o cualquier otro órgano en la escala jerárquica. Pero no es así, hay algo más.

Si el ordenamiento atribuye al Gobierno esa decisión, es que deben valorarse otros extremos, lo que exige cierto nivel de discrecionalidad; de no ser así, la intervención del máximo órgano político se limitaría a un mero control de los elementos externos de la decisión (hechos, procedimiento, informes preceptivos, inexistencia de caducidad, etc.). La incorporación al patrimonio histórico español puede determinar que lo «más relevante» sea por relación con el resto de los bienes previamente declarados, de modo que sea necesario diferenciar y priorizar entre la multiplicidad de bienes con valores (efecto comparativo). La experiencia internacional así lo constata: no todo lo que se propone como patrimonio de la humanidad llega a alcanzar aquel reconocimiento, aunque puede ser similar a otros bienes que hayan sido declarados como tales. Puede haber cierta política cultural que vaya buscando algo diferente, algo que se aparte de lo anterior y no reproducir un eterno bolero (otro casco histórico más). Esa experiencia debe llevar a reflexionar a

¹⁰ Pese a que la naturaleza unilateral de la declaración como acto es un aspecto muy sólido en nuestro ordenamiento, están apareciendo algunos planteamientos que pretenden cambiar o desconocer aquella naturaleza y sustituirla por el de una norma reglamentaria. Por el momento no se sabe muy bien cuál es el objetivo. No obstante, la declaración, como se ha indicado, no responde a la lógica de la norma reglamentaria, no es una cuestión normativa, más allá de los casos excepcionales en los que se recurre a la ley-acto. Aunque esta idea no haya cuajado, existe algún rastro de ese indebido razonamiento. La muestra más significativa se encuentra en el preámbulo de la LPCC de 2019, que ante un aumento de los supuestos en los que el Gobierno puede declarar nuevos BIC en la categoría de bienes inmateriales, lo explica como manifestación de la potestad reglamentaria, aunque el texto de la ley desmienta ese planteamiento al configurarlo como un acto administrativo.

¹¹ Lo ha puesto de relieve Villar Rojas (2021, p. 181).

¹² Así lo han defendido Suay Rincón (2021, pp. 163-168) y Villar Rojas. (2021, pp. 181-184).

nivel interno sobre los excesos y también sobre la auténtica naturaleza de aquellas declaraciones en las que deben existir ciertos elementos discrecionales que justifiquen aquella competencia, lo que casa mal con un gobierno de los sabios cuyas opiniones deban ser ratificadas por el Gobierno. Si todo lo que tenga un aval técnico debe ser declarado, carece de sentido la competencia gubernamental. Es decir, el aval técnico es necesario e insustituible, pero no suficiente para tomar aquella decisión.

2.3. Abuso en las declaraciones

El papel y exclusividad de los BIC contrasta con el afán por declarar cuantos más bienes en la categoría de los bienes de interés cultural. Los diferentes boletines dan cuenta de lo imparable de su aumento: cualquier bien parece ser más relevante, sobresaliente, excepcional. Se confunde la existencia de un valor patrimonial con su necesaria protección a través de la máxima categoría. Sin embargo, esta práctica pone en entredicho la eficacia de aquella declaración y del sistema protector en su conjunto. Si todo bien portador de un valor es un BIC, ninguno de ellos lo es; no hay diferenciación, jerarquía ni distinción respecto de aquello que lo hace verdaderamente excepcional. Por ello, el legislador creó otras categorías protectoras para la tutela de otros valores diferentes a los más relevantes del patrimonio histórico español. Es más, incluso en muchas ocasiones la declaración no busca en sí misma la protección de un determinado bien, pues tras aquella no se adoptan medidas de ninguna clase, sino que lo que se buscan son otros efectos.

En unos casos se persigue simplemente bloquear iniciativas de naturaleza privada. La declaración surge tras haberse autorizado alguna intervención sobre un bien que, hasta ese momento, había permanecido en el olvido para las Administraciones públicas, en su más total y absoluto estado de abandono y que así va a continuar tras aquella declaración. En otras se debe a disputas entre Administraciones públicas que buscan algún tipo de apoderamiento. La amplitud que ha alcanzado esta categoría, unido a la paupérrima dotación presupuestaria, impiden una eficaz protección de aquellos bienes. La finalidad del legislador no es únicamente que sean diferenciados de otros bienes con valores patrimoniales, sino que exista una prioridad en su tutela, lo que no puede conseguirse si prácticamente cualquier valor patrimonial es digno del máximo reconocimiento protector.

De ese abuso, por ejemplo, fue consciente el legislador canario cuando confesó que «la regulación de los bienes de interés cultural (BIC) en la norma de 1999 ha promovido un incremento significativo de los bienes a los que se atribuye esta categoría, quedando la figura en muchos casos desvirtuada por no haberse reservado a bienes con valores patrimoniales verdaderamente excepcionales»¹³. Sin embargo, esa manifestación de sinceridad no vino acompañada de ninguna medida revisora que adelgazara la lista amplia de aquellos bienes, que ha seguido creciendo sin ninguna cortapisa, como en el resto del país. En efecto, el mal hace tiempo que se detectó. Es la droga fácil de las declaraciones a las que aludiera Tomás Ramón Fernández¹⁴ y que sigue restando eficacia y credibilidad al entero sistema de protección. Por ello, es necesario recuperar la mesura en las declaraciones, limitarlas a aquellos bienes «más relevantes» y no forzar la categoría hasta acabar por desnaturalizarla. El abuso de las declaraciones está llevando a una banalización de la máxima categoría protectora, un saco que se llena con bienes que tienen algún valor, aunque no sea el «más relevante», en la idea de que así estará más protegido. Pero si todo es BIC, nada lo es.

2.4. Declaraciones sin inspección ocular de los técnicos

¿Se puede llegar a declarar un BIC sin que los técnicos lo hayan visitado con carácter previo? Es lo más frecuente; de hecho, en los procedimientos administrativos no se prevé un trámite que obligue a los expertos a visitar el bien cuya declaración apoyan, su situación real que permita conocer el contexto actual del bien. Aunque es un aspecto de sentido común, no existe una rutina de esta naturaleza, pese a que ello

¹³ Preámbulo de la LPCC de 2019.

¹⁴ Fernández Rodríguez (2001, p. 253). Sobre este abuso, Sánchez-Mesa Martínez (2023, pp. 155 y 157) ofrece datos desde el año 2000 en adelante, así como particularmente de la evolución de estas declaraciones en Andalucía, lo que aporta una información muy valiosa a la hora de hacerse una idea global de este fenómeno. El mismo autor llega a afirmar que el «crecimiento del número de bienes sometidos a protección han llevado a un sobredimensionamiento del entero sistema que, en no pocos casos, ha determinado desajustes importantes en su propio diseño y en su efectiva coordinación con otros sectores» (ibid., p. 155); al igual que «esta hiperinflación de declaraciones BIC propiciará graves desajustes en la propia esencia conceptual y funcional de un modelo de protección que, en la intensidad de sus previsiones y en su reparto competencial, estaba pensado para ser aplicado a un ámbito objetivo más reducido» (ibid., p. 156).

podría evitar algunos excesos. Por el contrario, el relato para la declaración se convierte en un discurso académico que busca antecedentes, por peregrinos que sean (si un personaje famoso pasó por allí, aunque sea esporádicamente), para dotar de fuerza la exposición. Más que la existencia de un valor patrimonial, se hace un discurso romántico e idealizado del bien.

La base documental es fundamental e imprescindible para motivar una declaración y no puede ser sustituida, lo que no es obstáculo para que sea lógico que los especialistas que emiten su parecer conozcan la situación real del inmueble sin dejarse impresionar por las fotografías (a veces antiguas) que obran en el expediente, sino por la apreciación directa en el emplazamiento físico en que se encuentra ese bien. Es más, ni siquiera la intervención de los órganos especializados que intervienen en el procedimiento realiza esta actividad. Se apoyan en el diagnóstico que inicialmente han realizado el técnico de la Administración pública impulsora del procedimiento, de modo que esa intervención está mediatizada y condicionada en muchos casos por el análisis inicial. Nadie ha visitado el bien y los organismos culturales informantes se basan en la valoración técnica de la Administración proponente, de modo que no sea un auténtico acto contradictorio en el que se someta a prueba el valor. En algún caso se llega a la situación esperpéntica de haber «acreditado» el valor en una votación del órgano consultivo que se dirime por el voto de calidad del presidente: ¿es ese un proceder técnico adecuado para la constatación del valor? Pues un empate resuelto por el voto de calidad del presidente del órgano consultivo ha servido para que el procedimiento culmine con una declaración de BIC y que, por ello, el juez no llegue a desacreditar esa improcedente forma de constar el valor al ser una cuestión de discrecionalidad técnica. Todo un despropósito de hasta dónde puede llegar la ofuscación sobre el papel a desarrollar por los organismos técnicos y la función del juez para corregir excesos¹⁵.

La perspectiva puede ser otra porque la realidad, los hechos, la situación particular y las percepciones que ofrece una vivencia personal son muy diferentes a las reflejadas por una fotografía. En este sentido, al igual que en la vía procesal se puede solicitar un reconocimiento judicial sobre aquellos aspectos de relevancia que va a enjuiciar¹⁶, es posible defender que sería legítimo solicitar, en vía administrativa o judicial, que los expertos visiten el bien y la zona en que este se ubica para realizar una valoración directa, *in situ*, de la situación real y concreta del bien que se pretende incorporar al patrimonio histórico español.

3. DISFUNCIÓN EN LAS CATEGORÍAS PROTECTORAS: CONFUSIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO

3.1. Concepto genérico de patrimonio cultural

La idea de patrimonio cultural es utilizada de forma genérica para albergar al conjunto de bienes con valores y regímenes jurídicos diferentes. Esta situación genera una confusión del estatuto que debe ser aplicado y distorsiona las distintas categorías protectoras diseñadas por el propio legislador. La graduación en la protección, consustancial a aquellas categorías, se pierde porque ahora la referencia es al patrimonio cultural en su conjunto, lo que permite realizar planteamientos generales, aspectos comunes que se aplican con abstracción de los valores y la categoría concreta diseñada. Se trata de una referencia omnicomprendensiva que no se utiliza con una mera finalidad descriptiva, sino que adquiere sustantividad propia en términos jurídicos. Es un efecto sutil que se está deslizando a través de la legislación autonómica y cuyas manifestaciones pueden ser múltiples:

- a) la configuración que se realiza del deber de conservación, que se impone a todos los titulares de bienes pertenecientes a ese patrimonio cultural, con abstracción de las categorías e, incluso, aunque no esté declarado formalmente como tal¹⁷;

¹⁵ Cfr. Parejo Alfonso *et al.* (2021).

¹⁶ El reconocimiento judicial como prueba se recoge en los arts. 353 a 359 de la LEC.

¹⁷ Un ejemplo significativo se puede apreciar en la regulación del deber de conservación, que no se vincula con las diferentes categorías protectoras, sino con la pertenencia a esa idea genérica de patrimonio cultural. En este sentido, se expresa el art. 14 de la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía («las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de *bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados*, tienen el deber de conservarlos»); el art. 23 de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. Otro ejemplo sería a la hora de exigir la autorización para las diferentes intervenciones que ahora lo son por referencia a ese patrimonio genérico y no a la figura protectora, tal y como puede apreciarse, como muestra, en el art. 27.1 de la Ley de Castilla-La Mancha citada o en el art. 32 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia.

- b) la amplitud del concepto de *bien* catalogado como figura omnicomprendiva que agrupa a todos los bienes protegidos;
- c) el uso de nuevas categorías a las que, sin embargo, se les dota de los mismos efectos que los BIC.

Estos dos últimos efectos merecen una atención especial, lo que se desarrolla en los siguientes apartados.

3.2. Absorción de todos los bienes con valores culturales en el catálogo de protección

Algunas leyes de patrimonio cultural, después de establecer las diferentes categorías protectoras, crean un catálogo a modo de registro en el que se inscriben todos los bienes que han sido objeto de alguna protección. De este modo, dentro de los bienes catalogados se encuadran desde los BIC a otras figuras de protección diferentes. El catálogo se convierte en un repositorio general de todos los bienes que han sido protegidos a través de diversas vías.

Así sucede, por ejemplo, con el catálogo del patrimonio cultural de Castilla-La Mancha, que engloba los bienes de interés cultural, los bienes de interés patrimonial y los elementos de interés patrimonial¹⁸. También es el caso del catálogo general del patrimonio histórico andaluz, en el que se inscriben los BIC, los bienes de catalogación general y los incluidos en el inventario general¹⁹. Hace lo propio la legislación madrileña, que lleva a este instrumento a los BIC, los bienes de interés patrimonial y los bienes catalogados²⁰. Incluso, como una variante de los anteriores, puede apreciarse un fenómeno similar cuando se impone a los catálogos municipales en Galicia que incorporen dentro de su contenido tanto aquellos bienes que han sido declarados BIC como los incorporados en los catálogos generales de protección²¹. De este modo, todos los bienes con algún nivel de protección, por alguna u otra vía, se convierten en bienes catalogados, llegándose a catalogar bienes ya catalogados. Es decir, que unas categorías protectoras se incorporan a otras diferentes en una especie de baile (el BIC se incorpora al catálogo general, pero también al catálogo municipal, con independencia de su inscripción en otros registros, etc.). En ese escenario complejo las consecuencias son diversas. La primera y principal es que genera un resultado final un tanto caótico del modelo protector, lejos de la claridad y seguridad que el derecho debe suministrar. Pero pueden destacarse otras.

Está claro que se rompe el binomio *BIC-bien catalogado* como categorías protectoras diferentes que han sido tradicionales en nuestro derecho. En general, los bienes catalogados se consideran una categoría protectora local para aquellos bienes que no gozaban de la consideración de BIC²². Ahora, al convertirse en una macrocategoría que se nutre, a su vez, de otras, impide hacer aquella contraposición en la medida que un BIC, al formar parte del catálogo, se transmuta, a su vez, en bien catalogado.

Por otra parte, si todos los bienes son catalogados (inscritos), el legislador puede determinar su régimen de protección no por asociación a la categoría concreta protectora, sino por remisión al catálogo. De este modo, por ejemplo, el derecho de tanteo o retracto se reconoce en favor de las Administraciones públicas respecto de los bienes catalogados que comprenden una diversidad de categorías protectoras²³.

La referencia abierta al patrimonio cultural unido a esta concepción amplia del catálogo genera confusión en la posición jurídica del titular del bien. La categoría protectora a través de múltiples interferencias pierde su función de otorgar certeza y seguridad jurídica. Los derechos y deberes no derivan de su condición como BIC (o de otra categoría), sino de la pertenencia del bien a ese genérico patrimonio cultural de una comunidad autónoma. Al diluirse los mecanismos específicos de protección, se genera una vía

¹⁸ Art. 19.2 de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. Otra posibilidad es la creación de un registro general de bienes con valores patrimoniales en el que se inscriben todas las figuras protectoras. De este modo, las referencias se hacen en relación a los bienes inscritos en ese registro. Así lo hace el art. 24 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra.

¹⁹ Art. 7.1 de Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

²⁰ Art. 28.2 de la Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid.

²¹ El art. 35.1 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia, establece que «los instrumentos de planeamiento urbanístico incluirán necesariamente en su catálogo todos los bienes inmuebles del patrimonio cultural, tanto los inscritos en el Registro de Bienes de Interés Cultural de Galicia como en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia situados en el ámbito territorial que desarrollen, en el momento de la aprobación inicial de la figura de planeamiento, como aquellos que indique motivadamente la consejería competente en materia de patrimonio cultural o la entidad local correspondiente, estén o no incorporados en el censo».

²² La técnica de la catalogación aplicada a la protección de los bienes con valores culturales fue estudiada por Alonso Ibáñez (2005); en relación con los conjuntos históricos, Barrero Rodríguez (2006, pp. 246-262).

²³ Así lo contempla, por ejemplo, el art. 17 de la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía.

expansiva de los poderes de la Administración pública en este sector que, en esa nebulosa de imprecisión, puede encontrar siempre un asidero para justificar su poder.

3.3. Identificación entre BIC y bienes catalogados

En la misma línea de confusión de regímenes jurídicos que se está produciendo, se sitúa la configuración de figuras protectoras aparentemente distintas de los BIC, pero cuya regulación se confunde con aquellos. Es lo que sucede con los catálogos insulares diseñados por la legislación canaria²⁴. Aunque su finalidad es proteger bienes que no tienen los valores que caracterizan a los BIC («sin gozar de la relevancia que definen...»²⁵), su régimen jurídico se diseña a imagen y semejanza de estos.

Por esta vía se llega a la situación de que bienes con valores diferentes reciben el mismo tratamiento jurídico. Con ello, la propia definición de estos instrumentos, que trata de distanciarlos de los BIC, resulta falsa e irrelevante al conducir al mismo resultado que los primeros. Todo el régimen jurídico es igual que si el bien tuviera un valor «más relevante» respecto al régimen de autorizaciones, limitaciones, los derechos de tanteo o retracto o el régimen sancionador que contempla las mismas sanciones para las infracciones de unos y otros bienes. Las diferencias entre ambas categorías quedan reducidas a cuestiones de naturaleza formal y de competencia, pero manteniendo una identidad sustantiva. Se produce así una manipulación de las categorías protectoras para conseguir los mismos efectos que si estuviéramos en presencia de un BIC, pero sin que el bien realmente lo sea. Con ello se manipula la idea de BIC utilizada por el legislador estatal, puesto que se extienden sus efectos y consecuencias jurídicas a una realidad que, se admite, no goza de su consideración. La regulación de los catálogos insulares está en contra de los parámetros estatales que definen los bienes más relevantes, al extender sus efectos y la posición jurídica a algo que es diferente. Ni más ni menos, el legislador ha conseguido alterar por esa vía el modelo estatal previsto para los BIC, consiguiendo que se apliquen unas consecuencias jurídicas restrictivas y un determinado estatuto a unos bienes que carecen de los valores que justifican ese específico tratamiento jurídico.

4. INADECUADA COORDINACIÓN URBANÍSTICA

4.1. Innecesaria adaptación del planeamiento a las declaraciones de BIC

Tal y como se ha destacado, la coordinación entre la legislación patrimonial y la urbanística fue uno de los aspectos más destacados que introdujo la LPHE. En este sentido cabe destacar la necesidad de planificación urbanística para la tutela de determinados bienes culturales complejos, lo cual no está exento de algunos problemas²⁶. La legislación de patrimonio de las comunidades autónomas va más allá y exige que

²⁴ Los catálogos insulares se regulan en el capítulo II del título IV, arts. 39 a 49 de la Ley de Patrimonio Cultural de Canarias de 2019.

²⁵ En el concepto de estos instrumentos se deja claro que los bienes no ostentan los valores típicos de los BIC: «Los catálogos insulares de bienes patrimoniales culturales constituyen el instrumento de protección en el que se incluyen aquellos bienes muebles, inmuebles e inmateriales del patrimonio cultural de Canarias de interés insular que, *sin gozar de la relevancia que define los bienes de interés cultural, ostenten valores...*» (art. 39.1 LPCC).

²⁶ No obstante, debe recordarse que la regulación estatal se hizo en un momento en el que la intervención en lo urbanístico del Estado era menos exigente, puesto que no se había producido el gran correctivo al sistema que impuso la conocida STC 61/1997, que cambió por completo la forma de legislar sobre la materia urbanística. Con esa cautela, una de las medidas estrella fue establecer la necesidad de planificación urbanística de determinados espacios con valores culturales, los denominados bienes de interés cultural complejos, como los conjuntos históricos, sitios históricos o zonas arqueológicas. El legislador estatal, ya en esa época, fue prudente al no predeterminar el instrumento de ordenación a utilizar, al emplear una fórmula amplia que admitía, junto a los planes especiales, cualquier otra figura equivalente regulada por las comunidades autónomas. Con ello se respeta la competencia autonómica en materia urbanística, que incluye la planificación urbanística. Será esa legislación la que dote de contenido aquel plan, establezca su procedimiento y señale cuál es el órgano competente para su formulación y aprobación. Sin embargo, añadió dos precauciones: a) el régimen de las obras autorizables en aquellos espacios dependiendo de si aquellos planes estaban aprobados o no, dando un destacado protagonismo a la Administración cultural en este último caso; b) establecer el informe favorable de la Administración cultural antes de la aprobación definitiva de aquellos planes, sin prejuzgar cual fuera aquella Administración. El problema que plantea este último aspecto es si la legislación estatal puede predeterminar el sentido de aquel informe. La duda surge en la medida que, cuando el legislador estatal establece la necesidad y sentido de un informe, lo hace para preservar una competencia propia (informe en materia de costas, de defensa, de obras de interés general, etc.). Sin embargo, en este supuesto la Administración cultural no va a ser la Administración estatal, sino la que determine la legislación autonómica; siendo ello así, ¿no es lógico que sea aquella legislación, competente igualmente en materia urbanística, sea la que establezca cómo desea que se realice y exprese esa voluntad de la

el planeamiento urbanístico se adapte cada vez que se produzca una declaración de bien de interés cultural. De este modo, cada vez que se dé esa circunstancia se debe proceder a la modificación del plan afectado²⁷. Aquella legislación entiende que, de esa forma, el patrimonio queda protegido de una manera más eficaz. Puede que en ello haya pesado la idea de que si no está reflejado en el plan, se olvide que ese bien está protegido, en la convicción de que lo que no está en el plan no existe, fruto de una cierta cultura técnica de que todo debe quedar plasmado en él. Sin embargo, esta solución plantea más problemas que ventajas y genera un riesgo de confusión respecto del régimen jurídico aplicable a los bienes de interés cultural. En realidad, el régimen de protección del BIC se encuentra en su declaración y en la legislación de patrimonio;

Administración cultural? Dicho de otra manera, la previsión y cautela estatal tendría sentido si lo que se estuviera preservando fuera una competencia propia del Estado, pero no es el caso. En este contexto, ¿podría el legislador autonómico eludir aquella previsión estatal o es un aspecto que vincula al legislador autonómico? ¿Podría la ley autonómica configurar ese informe de una manera diferente? Así lo ha entendido, al menos, el legislador canario cuando regula los planes de modernización turística, una figura sectorial de ordenación. El párrafo segundo del art. 7.1 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias, según la redacción dada por Ley 9/2015, dispone que «cuando el área de intervención incluya o alcance a un conjunto histórico, el plan de modernización, mejora e incremento de la competitividad podrá ordenar el citado espacio, en parte o en su totalidad, en cuanto sea necesario, conciliando la renovación con la conservación de los valores culturales, con informe preceptivo del cabildo insular y con sujeción a los límites sustantivos que establece la Ley de Patrimonio Histórico de Canarias» –estudió esta modificación Hernández López (2019)–. En su caso, el plan especial de protección que se elabore posteriormente deberá incorporar las determinaciones que hubiera establecido el plan de modernización, mejora e incremento de la competitividad». Con esta regulación: 1) reconoce la capacidad de estos instrumentos para ordenar los conjuntos históricos en zonas turísticas; 2) configura el informe de la Administración cultural (Cabildos) como preceptivo, pero no le da carácter vinculante ni tampoco exige que deba ser favorable. El legislador autonómico entiende con ello que lo que forma parte de la competencia estatal es la necesidad de que la Administración cultural exprese su voluntad en el procedimiento de elaboración del plan a través de un informe, pero no el sentido de este, que se trata de un elemento que regular por la legislación autonómica como manifestación de sus títulos exclusivos en materia urbanística y de patrimonio cultural. Salvado ese extremo, una cuestión diferente es lo atinente a la regulación de las prohibiciones contenidas en la LPHE, que se proyecta sobre los conjuntos históricos (traslados, sustituciones, prohibición de publicidad, etc.). De ellas merece una atención especial la imposibilidad legal de alterar las alineaciones y rasantes, cuya finalidad es preservar la imagen del conjunto (esta prohibición deriva del juego de los arts. 20.3 y 21.2 y 3 de la LPHE). La jurisprudencia del Tribunal Supremo estimó que se trata de una prohibición absoluta que el planificador no puede ignorar, con independencia de que se haya criticado la rigidez técnica de esta solución legal. La STS de 5 de marzo de 1999 (RJ 2165) destacó que el inciso final del art. 20.3 significa que «se obliga a mantener las alineaciones urbanas existentes, precisando el inciso final del precepto que dicho mantenimiento se hará en todo caso; es decir, siempre» (FJ 4). En esa misma línea se expresó la STS de 29 de enero de 2002 (RJ 921) cuando, tras señalar la finalidad de la declaración de los conjuntos históricos y sus reglas definitorias más relevantes, afirma que en ellos se debe respetar «el mantenimiento a rajatabla de las alineaciones preexistentes» (FJ 2). La doctrina considera que la solución legal protege el trazado histórico original y solo este, que puede haber sido alterado con el transcurso del tiempo, por lo que no tendría sentido aplicar esa regla para los casos en que aquel hubiera desaparecido. Por ello criticaron la rigidez técnica de la solución legal. En este sentido se han manifestado, Barrero Rodríguez (1999, p 306) y Alegre Ávila (2004, pp. 60-61). Pese a ello, lo cierto es que así se contempla en la legislación estatal: ¿se puede alterar esa regla por el legislador autonómico? El Tribunal Constitucional responde a esta cuestión de manera negativa, al vincularlo con el título competencial estatal de lucha contra la expoliación, en el sentido funcional que la jurisprudencia le da a ese concepto. Lo hizo en relación con el art. 24.2 a) de la Ley 3/2013 de Patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, que establecía la obligación de respetar las alineaciones, rasantes y características volumétricas definidoras del inmueble «salvo casos excepcionales y previa autorización expresa de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico», previsión que vulneraba el art. 21.3 LPHE en cuanto manifestación de la competencia estatal de lucha contra la expoliación del art. 149.1.28 CE (STC 122/2014, FJ 11). Sobre esta base, es fácil colegir que la legislación canaria de patrimonio cultural, tanto antes como ahora, incurre en inconstitucionalidad cuando regula el tema de las alineaciones en los conjuntos históricos, al permitir que el planificador las pueda alterar cuando se contribuya a conservar el carácter de aquellos bienes y su revitalización. El art. 79.3 LPCC, cuyo tenor literal dice que «se prohíben las modificaciones en las alineaciones y rasantes tradicionales, alteraciones de edificabilidad, parcelaciones y agregaciones de inmuebles, excepto cuando estas modificaciones se contemplen específicamente en los planes especiales de protección por contribuir a conservar el carácter del conjunto histórico o su revitalización». Con anterioridad, la LPHC de 1999 permitía esos cambios cuando contribuyeran positivamente a conservar el carácter del conjunto histórico (el derogado art. 34.2 LPHC). En términos similares a lo acontecido con la legislación madrileña, el legislador canario concibe que esa decisión está amparada por su competencia exclusiva en materia urbanística y de patrimonio cultural; sin embargo, tal y como se ha indicado, el Tribunal Constitucional concibe aquella prohibición como una submateria que encaja dentro de la competencia estatal de lucha contra la expoliación del art. 149.1.28 CE, lo que no puede ser ignorado por la legislación autonómica. Cuando se permite alterar las alineaciones, prohibidas por el legislador estatal, se está perjudicando el valor que aquella prohibición protege, de modo que con ello se invade la esfera estatal de competencia. La ley autonómica de patrimonio no puede habilitar al planeamiento para que cambie o altere aquella determinación urbanística porque es un aspecto que cae dentro de la órbita competencial estatal.

²⁷ Se puede encontrar ese deber de adaptación, a modo de ejemplo, en el art. 35 Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra («las determinaciones contenidas en la declaración de un bien inmueble como Bien de Interés Cultural prevalecerán sobre las propias de los planes urbanísticos relativas al citado bien, que deberán ajustarse, en su elaboración o mediante modificación, a lo dispuesto en la citada declaración»); y en términos similares en el art. 64 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía («adecuación del planeamiento»); art. 35.5 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia («protección del patrimonio cultural en el planeamiento urbanístico»); también el art. 47.2 de la Ley de Patrimonio Cultural de Canarias de 2019 («efecto de la inclusión de un bien en el catálogo insular de bienes patrimoniales culturales»).

el plan no es competente para regularlo como no lo es para múltiples espacios y bienes que se encuentran dentro de su ámbito territorial.

En efecto, dentro de un plan existen ámbitos que no están regulados por ese plan: el espacio natural protegido, los sistemas generales supramunicipales, las infraestructuras de otras Administraciones públicas, espacios que quedan remitidos a planeamiento especial, como sucede con diversos bienes culturales complejos (conjuntos históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas). Todos esos espacios, pese a estar dentro del perímetro de un planeamiento general, se regulan por otros instrumentos específicos.

Traer el contenido de la declaración de un BIC al plan no aporta nada porque el plan es incompetente para regularlo, como lo es para regular otros espacios. Es más, la declaración puede cambiar y, con ello, exigiría una nueva adaptación. Además, teniendo en cuenta el número creciente de declaraciones y el tiempo que se tarda en realizar una modificación del planeamiento, la adaptación sería un proceso inacabable porque siempre hay nuevas declaraciones o modificaciones que realizar. El riesgo que se genera es que, por efecto de aquella integración, se puede dar la falsa impresión de que el régimen del bien es el que está en el plan cuando, en realidad, aquella protección deriva del contenido de la declaración y de la normativa de patrimonio cultural. Asimismo, la protección del BIC no puede quedar diferida a la adaptación del plan, ¿el contenido de la declaración no es vinculante hasta que efectivamente se realice la adaptación? Evidentemente no. Si aquel contenido se incorpora, se podría llegar a entender que el instrumento de regulación de ese bien es el plan, cuando realmente este es incompetente. Incluso, podría llegar a pensar que al quedar aquel contenido incorporado al plan, al modificar dicho plan se puede alterar el régimen del BIC, lo que tampoco es admisible.

En consecuencia, la adaptación distorsiona el régimen protector del BIC; no es, por tanto, una técnica adecuada para conseguir la finalidad protectora, empezando porque el instrumento de ordenación es incompetente para regularlo, aunque pueda incorporar su contenido. Parte de una idea omnicompreensiva del planeamiento en el sentido que debe recogerlo todo y si no está en el plan no es obligatorio, aunque esto no sea así. El plan se ve condicionado por normativa externa que tiene que respetar, aunque no forme parte de su contenido (por ejemplo, las servidumbres administrativas). Parece más bien que con esa adaptación el plan actúa de mero inventario de los bienes puesto que no tiene competencia para ordenarlos, función que puede conseguirse, teniendo en cuenta la diversidad de instrumentos protectores, sin necesidad de recurrir a aquella técnica urbanística. Por ello es más adecuada la solución utilizada por la legislación vasca cuando simplemente señala que los instrumentos de planeamiento deben respetar los valores protegidos, estableciendo una «ordenación compatible» con aquellos valores, pero sin necesidad de realizar aquellos procesos complejos de adaptación²⁸. El plan debe realizar una ordenación que sea respetuosa con esos valores, como lo hace con otros aspectos externos al plan y que se rigen por su normativa específica. La adecuación no implica adaptación, sino que aquellos valores no se vean perjudicados. En este caso, es tener presente que allí existe un bien protegido, al margen de si el plan recoge o no aquella circunstancia porque esa exigencia viene impuesta desde fuera del plan.

4.2. Expansión del control previo

El sistema de doble autorización, cultural y urbanística, ha sido una de las características en el sistema de control de las intervenciones que realizar en los bienes de interés cultural²⁹. Las nuevas leyes autonómicas de patrimonio no han hecho sino aumentar ese sistema, favorecido por la utilización de un concepto abierto de patrimonio cultural y por el uso de figuras generales (catálogos o registros). Las autorizaciones se exigen a toda intervención sobre los bienes pertenecientes a ese patrimonio genérico, cualquiera que sea el grado de protección o por estar inscrito en un catálogo o registro general que recoge todos aquellos bienes que han sido protegidos por diversas vías. De este modo, los supuestos en los que debe actuar con carácter previo la Administración cultural aumentan exponencialmente, dado que ya no se limita a los bienes que hayan sido declarados BIC.

²⁸ Art. 47 de la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco de («adecuación del ordenamiento urbanístico, territorial y medioambiental a la protección cultural»).

²⁹ A propósito del estudio de los conjuntos históricos, C. Barrero Rodríguez da cuenta de los sistemas establecidos en las comunidades autónomas, diferenciando aquellas que se mantienen en el modelo de doble autorización de las que integran en el procedimiento de otorgamiento de licencia el control de la Administración cultural mediante informe, sistema que considera más acorde con el principio de unidad procedimental derivado de la LPHE (Barrero Rodríguez, 2006, pp. 262-289).

Es más, incluso en supuestos en los que no es necesario el requisito de la autorización previa cultural, la intervención municipal se hace, en muchos casos, desligada de la legislación urbanística general. En efecto, desde hace unos años junto a la tradicional licencia urbanística, la legislación ha ido incorporando mecanismos de control *ex post facto* como las declaraciones responsables o las comunicaciones previas para intervenciones de menor entidad³⁰. De este modo, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, se gradúa la intensidad de las intervenciones y no es necesario que para todo sea exigible una licencia municipal urbanística previa. Es cierto que esa graduación no se aplica a los bienes de interés cultural, en el que el sistema de doble autorización se ha mantenido prácticamente impertérito. De esta manera, como se ha indicado, el modelo se ha extendido a un mayor número de bienes. No obstante, en algunas ocasiones aparecen pequeños cambios, como el eximir de aquella autorización previa las actuaciones de poca relevancia³¹ o introducir las comunicaciones previas dependiendo del nivel de protección³².

Al margen de la autorización o comunicación previa de naturaleza cultural, lo cierto es que la flexibilización tampoco ha calado en el título urbanístico de control, esencialmente la licencia. Este sigue siendo la técnica por excelencia para autorizar las intervenciones, no solo en los bienes de interés cultural, sino en los bienes catalogados. En estos últimos, según lo que ha quedado expuesto, habría que diferenciar, según el papel que cumplen, si opera como catálogo-registro o en su función tradicional de mecanismo de protección local urbanístico, lo que puede introducir importantes matices. En los bienes catalogados tradicionales la exigencia de licencia para todo tipo de intervención resulta excesiva³³. Salvando las diferencias que puedan existir entre las comunidades autónomas, esos bienes pueden tener niveles de protección diferentes. Puede que se proteja todo el bien en su totalidad (protección integral), un elemento en particular (protección parcial) o que cumpla un papel de protección ambiental, es decir, que el bien contribuya a conformar la imagen del espacio en que se ubica, aunque sea un bien de escaso valor. Ante esa situación, la exigencia de licencia municipal previa para todo tipo de intervenciones y desligado de ese grado de protección resulta desproporcionado, máxime si el nivel de protección es parcial, vinculado a un elemento patrimonial concreto y la intervención se produce fuera de ese elemento.

En esos supuestos sería posible utilizar técnicas de control menos gravosas (comunicaciones previas, declaraciones responsables, actuaciones exentas). Es posible y necesario introducir elementos de simplificación que no impliquen un peligro para la protección patrimonial, estableciendo un marco más proporcional y razonable en las técnicas de control. Así como ha sido posible eximir de autorización previa cultural determinadas actuaciones por su poca entidad, con más razón ese mismo criterio se puede extender a las actuaciones urbanísticas cuando las intervenciones no afecten a los valores protegidos.

5. IMPRESCRIPTIBILIDAD EN AUMENTO EN EL ÁMBITO CULTURAL

La imprescriptibilidad ha aumentado paulatinamente en el ámbito cultural. Cada vez se van incorporando nuevos supuestos que legitiman a la Administración la realización de actuaciones sin sometimiento a plazo alguno, a saber:

³⁰ En la línea de contraer el alcance de la autorización previa, Rebollo Puig (2019, p. 12) destacó «lo que cabe añadir es que no tienen impacto en el patrimonio histórico las obras que, sin producirse sobre inmuebles individualmente protegidos sino sobre su entorno, no tengan relevancia exterior ni alteren ese entorno. Y quizá quepa también aceptar que en los casos en que sí sean necesarias esas autorizaciones el control administrativo para su otorgamiento debe quedar constreñido al cumplimiento de la legislación cultural y urbanística necesario para la preservación de los valores propios de ese patrimonio».

³¹ Por ejemplo, en Galicia la Instrucción de 8 de noviembre de 2017, relativa al trámite de autorizaciones en materia de patrimonio cultural en los bienes inmuebles catalogados y declarados de interés cultural, sus contornos de protección y las zonas de amortiguación (DOG 231 de 5 de diciembre de 2017), establece una serie de supuestos en los cuales no es necesario solicitar la autorización previa en esa clase de bienes. Asimismo, la Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid, exime también de esa autorización a determinadas actuaciones a realizar sobre los bienes de interés patrimonial (art. 52.2).

³² La Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, exige comunicación previa en lugar de autorización (art. 33 para bienes inmuebles; art. 43 para bienes muebles), que queda reservada a los BIC, para las intervenciones que realizar en los bienes de catalogación general (comunicación previa cultural-licencia municipal). La legislación madrileña citada somete a comunicación previa las intervenciones sobre bienes muebles catalogados (art. 54).

³³ Lo hace, por ejemplo, el art. 82.1 de la Ley de Patrimonio Cultural de Canarias de 2019 («resultando necesaria la obtención de licencia para cualquier intervención exterior o interior»), pese a que la legislación urbanística contempla la técnica de las comunicaciones previas o las actuaciones exentas para determinadas actuaciones de menor impacto.

- a) acción de recuperación posesoria ante la imposibilidad de que prospere la *usucapio* con valores de bienes culturales, bien por su carácter demanial o por la mera atribución pública de la titularidad³⁴. De este modo, así como una parte de la doctrina se había pronunciado en contra del mantenimiento de este privilegio en un ámbito tan clásico como el dominio público³⁵, la legislación de patrimonio cultural se apunta al favorecimiento de la desidia administrativa³⁶.
- b) Acción de restitución de los daños ocasionados en los bienes con valores culturales³⁷.
- c) Acción de restablecimiento de la legalidad sobre determinados bienes con valores culturales (fundamentalmente BIC y bienes catalogados)³⁸.
- d) Acción para recuperar los bienes indebidamente exportados³⁹.
- e) Acción de restablecimiento de la legalidad sobre el cumplimiento de toda la normativa cultural genéricamente considerada⁴⁰.

Sin duda, este último aspecto es el más reciente y también el más preocupante⁴¹. Al margen de cuál sea el grado de protección del bien, la Administración pública podrá exigir su cumplimiento en cualquier momento sobre cualquier extremo contenido en la normativa cultural. Lo patrimonial se convierte en lo más importante dentro del sistema, equiparable a los delitos de lesa humanidad, el genocidio o los delitos de terrorismo con resultado de muerte. De esta manera, un ilícito administrativo tiene una mayor gravedad que algunos delitos, que se someten a prescripción.

Frente a dicha habilitación, debe recordarse que, incluso en los supuestos de nulidad absoluta, existe una multiplicidad de límites que impiden a la Administración instar la revisión de oficio, potestad que se configura *a priori* como imprescriptible. Razones de seguridad jurídica, buena fe y respeto a los derechos adquiridos de los particulares, amortiguan los efectos que desplegaría la nulidad. Esto es así porque legalidad y seguridad son dos principios esenciales de nuestro sistema jurídico que conviven como parte del sistema jurídico y le dotan de una justicia material que modulan las consecuencias derivadas de un positivismo formal abandonado desde hace tiempo, pero que, en ocasiones, revive por automatismo y desligado del resto de los valores superiores de nuestro sistema jurídico.

Ningún ámbito jurídico-administrativo, por muy importante que sea, se puede blindar con la imprescriptibilidad genérica de la acción de restablecimiento de la legalidad. Si cundiera el ejemplo se vaciaría por

³⁴ La legislación autonómica ha recogido esta imprescriptibilidad de diversas formas, bien por el criterio de la titularidad o por de la naturaleza protectora. A modo de ejemplo, cabe citar el art. 28 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán («los bienes culturales de interés nacional y los bienes muebles catalogados que son de propiedad de la Generalidad o de las administraciones locales de Cataluña son imprescriptibles...»); el art. 24 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Parlamento Cultural Valenciano («los bienes incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano de que sean titulares las administraciones públicas de la Comunidad Valenciana son inalienables e imprescriptibles...»); el art. 61 de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés («los bienes muebles incluidos en el censo general del patrimonio cultural aragonés pertenecientes a las Administraciones Públicas son imprescriptibles...»); el art. 44 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural Valenciano («los bienes declarados de interés cultural y los de interés local que sean propiedad de la Comunidad Autónoma de Cantabria o de las entidades locales, serán imprescriptibles...»); el art. 25 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura («los bienes declarados de interés cultural, los bienes inventariados y los bienes inmuebles registrados que sean propiedad de la Comunidad autónoma o de las entidades locales serán imprescriptibles...»); el art. 28 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León («Los bienes declarados de interés cultural que sean propiedad de la Comunidad Autónoma o de las entidades locales serán imprescriptibles...»); el art. 33 de la Ley 4/2003, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha («los bienes incluidos dentro del Catálogo del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha y que sean propiedad de la Administración regional o de las entidades locales serán imprescriptibles...»); el art. 28 de la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco («los bienes de titularidad pública inscritos en el Registro de la CAPV del Patrimonio Cultural Vasco son imprescriptibles e inembargables»); el art. 46 de la Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid («los bienes muebles de interés cultural cuya titularidad pertenezcan a la Comunidad de Madrid o a los municipios madrileños serán imprescriptibles (...) quedando, por tanto, sujetos al régimen de uso y aprovechamiento propio de los bienes demaniales»).

³⁵ Así se manifestó García de Enterría (1974, p. 136). En la misma línea crítica la atribución indiscriminada de este privilegio López Ramón (2012, pp. 94-96), no solo a la equiparación de potestades entre el dominio público y el patrimonial, sino a un ejercicio sin matices de las potestades administrativas desligadas de las situaciones reales concretas, lo cual puede generar abusos.

³⁶ Habla de indolencia de la Administración pública Morillo-Velarde Pérez (1992, p. 93).

³⁷ Por ejemplo, lo dispuesto en el art. 135.1 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia; en un sentido similar, el art. 103.2 de la Ley 8/2023, de 30 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid; art. 144.3 de la Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias.

³⁸ Cfr. las referencias citadas en nota 32.

³⁹ Así lo expresa el art. 29.1 en relación con el art. 5, ambos de la LPHE. Sobre su interpretación se puede destacar la STS 466 de 30 de enero de 2004, RJ/2004\1043. Sobre las consecuencias del tráfico ilegal, Alonso Ibáñez (1992, pp. 344-346).

⁴⁰ En este sentido, el art. 60 de la Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias.

⁴¹ En mayor detalle, González Sanfiel (2024).

completo la esencia del Estado de derecho. El valor de civilización que supone la existencia de los bienes con valores culturales no se encuentra por encima del valor que representa el Estado de derecho, porque el olvido de ello sería lo incivilizado.

6. CONCLUSIONES

El análisis de los problemas que han sido analizados en el presente estudio, a raíz de los desarrollos que las nuevas leyes de patrimonio cultural han llevado a cabo, permite destacar algunas conclusiones:

Pérdida de eficacia de las categorías protectoras frente a una consideración general y abstracta de lo patrimonial

Si lo importante es que el bien pertenezca al patrimonio cultural en abstracto, incluso, sin necesidad de su declaración como tal, el recurso a las específicas categorías protectoras pierde su sentido de definir el estatuto de la propiedad, los derechos y deberes que corresponden a su titular. Las categorías se difuminan dentro de esa referencia a un patrimonio genérico. El problema se agrava por el uso abusivo de las categorías, la subsunción de estas en otras más amplias y el uso de unas con los efectos de otras. El resultado es una amalgama en el que los regímenes jurídicos se confunden y entrecruzan y en donde la importancia del valor queda diluida como elemento caracterizador de su relevancia. Todo se vuelve importante, no hay graduación. Un caldo de cultivo propicio para el abuso.

Habilitación genérica en favor de la Administración

En paralelo, a río revuelto se habilita a la Administración con unos poderes que no quedan limitados a determinadas categorías, sino que se proyectan sobre aquel patrimonio definido con una fórmula abierta e imprecisa. De este modo, la habilitación para reaccionar contra el incumplimiento del deber de conservación que no está vinculado a una categoría protectora, sino porque el bien pertenece al patrimonio cultural. Así, el apoderamiento de la Administración pública crece de forma imperceptible, al utilizar ahora sus potestades en favor de aquel patrimonio genérico o por relación con la categoría omnicomprendiva en el que se depositan todos los niveles protectores (nueva delimitación del catálogo). Si todo es patrimonio cultural, la Administración puede, por tanto, intervenir sobre cualquier bien que pueda tener alguna conexión con esa abstracción.

Incremento de la inseguridad jurídica

Esa nueva configuración jurídica coloca a los titulares de los bienes con valores culturales en una situación de incertidumbre, de no certeza, lo contrario a una idea mínima de derecho; las reglas no quedan claras. Aunque un particular obtenga una licencia para intervenir sobre un bien no protegido, la Administración siempre puede encontrar un «valor» para neutralizar y dejar sin efecto aquella actuación, aunque ese bien hubiera estado en el más completo olvido y abandono para aquella antes de aquella circunstancia. La licencia o cualquier otro título habilitante activa el interés por la protección. Esto se rehoga con potestades imprescriptibles que van ampliándose de forma progresiva y que permiten, en cualquier momento, reaccionar contra lo que la Administración entienda que es contrario con aquellos valores culturales, incluso aunque no estuvieran declarados. Un triste epílogo por donde está desbarrando el Estado de derecho en la esfera de los bienes con valores culturales. El valor de civilización que supone la existencia de los bienes con valores culturales no se encuentra por encima del valor que representa el Estado de derecho, porque el olvido de ello sería lo incivilizado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad Licerias, J. M. (1999). La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico: soluciones doctrinales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (55), 133-184. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-55-eneroabril-1999/la-distribucion-de-competencias-entre-el-estado-y-las-comunidades-autonomas-en-materia-de-patrimonio-2>

- Alegre Ávila, J. M. (1994). *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico: la configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*. Ministerio de Cultura.
- Alegre Ávila, J. M. (2004). Patrimonio histórico y comunidades autónomas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (121), 49-66.
- Alonso Ibáñez, M. R. (1992). *El patrimonio histórico, destino público y valor cultural*. Civitas.
- Alonso Ibáñez, M. R. (2005). *Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*. Aranzadi.
- Álvarez Álvarez, J. L. (1989). *Estudios sobre el patrimonio histórico español, y la Ley de 25 de junio de 1985*. Civitas.
- Barrero Rodríguez, C. (1990). *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Civitas.
- Barrero Rodríguez, C. (1999). La alteración de alineaciones en los conjuntos históricos. La interpretación del artículo 21.3 de la Ley de Patrimonio Histórico Español (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1999). *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, (3), 301-308. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/44215/La%20alteraci%C3%B3n%20de%20alineaciones.PDF?sequence=1&isAllowed=y>
- Barrero Rodríguez, C. (2006). *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*. Iustel.
- Bermúdez Sánchez, J. (2019). *Derecho del patrimonio histórico y cultural: gestión estatal, autonómica y local*. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2001). La ordenación urbanística de los conjuntos históricos: breve denuncia de los excesos al uso. En *Estudios de derecho ambiental y urbanístico* [monografía asociada al núm. 2 de la Revista de Urbanismo y Edificación] (pp. 241-253). Aranzadi.
- García de Enterría, E. (1974). *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho Administrativo* (ed. orig. de 1955). Tecnos.
- García de Enterría, E. (1983). Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (39), 575-594.
- Giannini, M. S. (2005). Los bienes culturales. *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, (9), 11-42 (traducción de la versión italiana).
- González Sanfiel, A. M. (2024). La imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de la legalidad en bienes culturales: un poder necesariamente limitado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (231), 93-116.
- Hernández López, C. (2019). La ordenación de los conjuntos históricos por planes turísticos. El caso de Canarias. En J. R. Fuentes i Gasó, M. T. Carballeira Rivera y D. L. González Lopo (coords.), *Camino de Santiago y patrimonio cultural: una visión jurídica integradora* (pp. 319-336). Atelier.
- López Ramón, F. (2012). *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Civitas.
- Morillo-Velarde Pérez, J. I. (1992). *Dominio público*. Trivium.
- Muñoz Machado, S. (1981). *Las potestades legislativas de las comunidades autónomas* (2.ª ed.). Civitas.
- Muñoz Machado, S. (2007). *Derecho Público de las comunidades autónomas* (tomo I, 2.ª ed.). Iustel.
- Parejo Alfonso, L., Macías Hernández, A. M., Barrero Rodríguez, C., Vaquer Caballería, M., Suay Rincón, J., Villar Rojas, F. J., González Sanfiel, A., Mañoso Valderrama, J., Silva Pérez, R. y Alonso Bilbao, I. (2021). *Los bienes de interés cultural. El Oasis de Maspalomas*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Prieto de Pedro, J. J. (2006). *Cultura, culturas y Constitución* (4.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rebollo Puig, M. (2019). De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (11), 6-28. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10655>
- Sánchez-Mesa Martínez, L. J. (2023). Municipios y patrimonio cultural: hacia un posible reajuste del sistema de protección de los bienes culturales inmuebles. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 148-171. <https://doi.org/10.24965/reala.11196>
- Suay Rincón, J. (2021). Aspectos procedimentales en la declaración de los bienes culturales. En *Los bienes de interés cultural. El Oasis de Maspalomas* (pp. 145-167). Universidad Carlos III de Madrid.
- Villar Rojas, F. J. (2021). La declaración de bien de interés cultural: la competencia del Gobierno autonómico. En *Los bienes de interés cultural. El Oasis de Maspalomas* (pp. 168-184). Universidad Carlos III de Madrid.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 01-02-2024
Modificado: 18-02-2024
Aceptado: 10-03-2024
Prepublicado: 26-03-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11347>
Páginas: 200-217

Referencia: Cofrades Aquilué, L. (2024). La coordinación como técnica para exigir la participación provincial en un fondo autonómico de cooperación municipal (a propósito de la STC 124/2023, de 26 de septiembre). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 200-217. <https://doi.org/10.24965/reala.11347>

La coordinación como técnica para exigir la participación provincial en un fondo autonómico de cooperación municipal (a propósito de la STC 124/2023, de 26 de septiembre)¹

Coordination as a technique for demanding provincial participation in an autonomous municipal cooperation background (with regard to STC 124/2023, of 26th september)

Cofrades Aquilué, Lucía

Universidad de Zaragoza. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-5168-3573>

lcofrades@unizar.es

NOTA BIOGRÁFICA

Contratada predoctoral en el área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Máster en Derecho de la Administración Pública por las universidades de Zaragoza y Rovira i Virgili (2022). XVIII Premio de Derecho Público Gascón y Marín, otorgado por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

RESUMEN

Objetivos: sintetizar y examinar la STC 124/2023, de 26 de septiembre, sobre participación forzosa de las diputaciones valencianas en un fondo autonómico de cooperación municipal. **Metodología:** se ha empleado la metodología usual en las ciencias jurídicas para un estudio jurisprudencial; esto es, estudio de la resolución, de la normativa y de los estudios doctrinales relevantes sobre el tema en cuestión. **Resultados:** el Tribunal Constitucional ha validado la constitucionalidad de la declaración de interés general de la función de asistencia y cooperación de las diputaciones provinciales por parte de la Generalitat Valenciana, con el propósito de facilitar su participación económica obligatoria en la dotación del fondo de cooperación municipal. Se muestra la discrepancia de criterio de los magistrados del Tribunal, haciendo especial mención a los votos particulares emitidos. **Conclusiones:** la STC 124/2023 revela cómo la coordinación ha posibilitado un medio de interferencia sobre las diputaciones provinciales, planteándose ciertas dudas desde la perspectiva del respeto a la autonomía provincial. No se descarta la posibilidad de que en el futuro otras comunidades autónomas consideren oportuno realizar detracciones forzosas de fondos provinciales para destinarlos a los municipios situados en su ámbito territorial, limitando de esta manera la plena disponibilidad de sus ingresos.

PALABRAS CLAVE

Autonomía provincial; coordinación autonómica; declaración de interés general; fondo de cooperación municipal; función de asistencia y cooperación.

¹ El trabajo forma parte de las actuaciones del grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22_23 R (BOA, núm. 80, 28-04-2023) y se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional «Innovación para una salud de vanguardia: compra pública, tecnología, sostenibilidad ambiental y factores socioeconómicos (IN-SALVAN)» (PID2021-127828NB-I00).

ABSTRACT

Objectives: To synthesise and examine STC 124/2023, of 26 September, on the compulsory participation of the Valencian regional councils in an autonomous municipal cooperation fund. **Methodology:** The usual methodology in the legal sciences has been used for a jurisprudential study; that is, a study of the decision, the regulations and relevant doctrinal studies on the subject in question. **Results:** The Constitutional Court has validated the constitutionality of the declaration of general interest of the assistance and cooperation function of the provincial councils by the Generalitat Valenciana, with the aim of facilitating their obligatory economic participation in the endowment of the municipal cooperation background by means of economic contributions. The discrepancy in the criteria of the judges of the Constitutional Court is shown, with special mention of the dissenting votes cast. **Conclusions:** STC 124/2023 reveals how coordination has made possible a means of interference in the provincial councils, raising certain doubts about the prospect of respect for provincial autonomy. It does not rule out the possibility that in the future other autonomous communities might consider it appropriate to make compulsory deductions from provincial funds to allocate them to the municipalities located in their territorial area, thus limiting the full availability of their incomes.

KEYWORDS

Provincial self-government; regional coordination; declaration of public utility; municipal cooperation background; assistance and cooperation function.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. DE NUEVO SOBRE LA COORDINACIÓN AUTONÓMICA DE LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES. 1.2. LAS ASIGNACIONES ECONÓMICAS A LOS ENTES LOCALES POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1.3. UN APUNTE SOBRE EL CONTEXTO EN EL QUE SE APROBÓ LA LEY OBJETO DE CONTROVERSIA. 2. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 124/2023, DE 26 DE SEPTIEMBRE, SOBRE PARTICIPACIÓN DE LAS DIPUTACIONES EN UN FONDO AUTONÓMICO DE COOPERACIÓN MUNICIPAL. 2.1. EL OBJETO DE CONTROVERSIA. 2.2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2.3. VOTOS PARTICULARES. a) El voto particular formulado por el magistrado Ramón Sáez Valcárcel. b) El voto particular emitido por el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla (con la adhesión de doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño). 3. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA STC 124/2023, DE 26 DE SEPTIEMBRE. 3.1. ¿UNA CUESTIÓN MERAMENTE CUANTITATIVA? 3.2. UNA FINALIDAD QUE SIRVE COMO JUSTIFICACIÓN: LA GARANTÍA DE UN NIVEL MÍNIMO PRESTACIONAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. SOBRE LA CUESTIÓN DE SI CONCEPTUALMENTE PUEDE EQUIPARARSE CON LA GARANTÍA DE SUFICIENCIA FINANCIERA. 3.3. EN TORNO A LA NOCIÓN DE COMUNIDAD POLÍTICA LOCAL Y LA ARGUMENTACIÓN SOSTENIDA EN LA SENTENCIA. 4. REFLEXIÓN FINAL. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. De nuevo sobre la coordinación autonómica de las competencias provinciales

Los conflictos derivados de la coordinación autonómica de las actividades de las diputaciones provinciales no son una cuestión novedosa en nuestro derecho local. En el momento presente, la posibilidad de que las comunidades autónomas coordinen las competencias provinciales esta fuera de toda duda *ex art.* 59 LBRL². Y sucede que las leyes autonómicas de régimen local prevén la coordinación de las diputaciones, si bien la mayoría de ellas no declaran de interés general las funciones provinciales³. Pero ello no ha sido

² El art. 59 LBRL establece que la ley debe especificar, con un nivel adecuado de detalle, las condiciones y límites de la coordinación. Esta exigencia debe ser entendida en relación con lo dispuesto en el art. 10.2 LBRL, el cual establece que la coordinación solo será procedente «cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas».

³ En este sentido, entre otras, Galicia (art. 205 Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia); Aragón (art. 161 Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón); Castilla y León (art. 104 Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León) o Cataluña (art. 146 Ley 2/2003, de 28 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña). Entre las que declaran dicho interés general, si bien con distinto alcance, Castilla La Mancha (art. 6 Ley 2/1991, de 14 de marzo, de Coordinación de Diputaciones de Castilla-La Mancha), Valencia (art. 52 Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana y Ley 2/1983, de 4 de octubre, por la que se declaran de interés general para la Comunidad Valenciana determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales) o, en su momento, el ya derogado art. 10.1.g de la Ley 5/1990, de 30 de noviembre, de relaciones entre las diputaciones provinciales y la Comunidad Autónoma de Extremadura.

obstáculo a que el tema haya suscitado controversia y haya dado lugar a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En efecto, contamos con diversas sentencias constitucionales sobre la coordinación autonómica de las competencias provinciales⁴, a las cuales se ha añadido la reciente STC 124/2023, de 26 de septiembre. Dicha sentencia presenta elementos que pueden considerarse novedosos, dado que hasta el momento no se había dado el caso de que lo que se sometiera a coordinación sea precisamente la función más distintiva de las diputaciones provinciales: la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica con los municipios. Y ello, como veremos, con el fin de plasmar su participación económica obligatoria en un fondo autonómico de cooperación municipal.

A pesar de que las conclusiones extraídas de dichas sentencias no parecen ser directamente aplicables al presente asunto por tratarse de supuesto de naturaleza y dimensión distinta, al incidir el legislador autonómico claramente sobre la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica, la sentencia ha ratificado la constitucionalidad de la proclamación del interés general de tales funciones prevista en el art. 2.2 de la Ley 5/2021, de 5 de noviembre, reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de los Municipios y Entidades Locales Menores de la Comunitat Valenciana (en adelante, LFCMCV).

No obstante, como se tendrá la oportunidad de constatar, en la actualidad, la aplicación de esta técnica de relación interadministrativa está lejos de ser pacífica, tal y como sucede en el caso objeto de análisis (STC 124/2023, de 26 de septiembre, sobre participación forzosa de las diputaciones valencianas en el fondo autonómico de cooperación municipal).

En cualquier caso, con carácter previo al análisis de la sentencia, conviene recordar la advertencia expresada en su momento por Sebastián Martín Retortillo sobre la virtualidad del art. 59.1 LBRL:

El texto transcrito ofrece una doble vertiente. Por una parte, necesidad de que las Leyes estatales o autonómicas atribuyan a una instancia superior esas facultades de coordinación. Necesidad y, también, en segundo lugar, posibilidad. La puesta en práctica de tal solución, como es fácil de adivinar, requiere ser en extremo meticuloso, ya que a través de esta vía puede procederse igualmente a ese vaciamiento competencial de las Diputaciones Provinciales al que venimos aludiendo; en definitiva, y por lo que a este punto se refiere, todo dependerá del alcance y virtualidad que se dé al citado principio de coordinación. Se trata de un extremo que es preciso plantear con absoluta claridad. Y ello porque al socaire de una exigencia lógica, como la que expresa el citado principio, en la práctica están reduciéndose las competencias efectivas de las Corporaciones Provinciales. En relación con ello, cabe observar que frustrada cualquier tipo de pretensión de las Comunidades Autónomas de cancelar las Diputaciones Provinciales, aquéllas han encontrado en el principio de coordinación no sólo un título para relacionar el ejercicio de determinadas competencias, sino también, en ocasiones, para desapoderar de ellas a las Diputaciones Provinciales existentes en su territorio⁵.

⁴ En el ámbito de la Comunidad Valenciana, que es el ámbito territorial objeto de análisis en el presente estudio, es pertinente hacer referencia a dos significativas sentencias: la STC 27/1987, de 27 de febrero y la STC 82/2020, de 15 de julio.

La primera se refiere a la impugnación de la Ley 2/1983, de 4 de octubre, de la Generalidad Valenciana, que declara de interés general para la Comunidad Valenciana ciertas funciones propias de las diputaciones provinciales. Esta sentencia aborda el reconocimiento de interés general ciertas funciones específicas de las diputaciones provinciales por la Ley 2/1983, de 4 de octubre, por la que se declaraban como competencias de interés general autonómico determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales. Se preveía, como no puede ser de otro modo, que la Generalitat asumiera facultades de coordinación sobre ellas en caso de que la actuación de la diputación provincial tuviera efectos que excedieran el ámbito territorial provincial y afectaran a los intereses autonómicos. Se consideró que se trataba de una facultad de coordinación en armonía con la Constitución y la LBRL, dado que no conllevaba la sustracción de competencias propias de la diputación provincial. Para Embid Irujo (1983, pp. 622-623) el legislador confundió los términos empleando técnicas propias del principio de jerarquía al principio de coordinación.

La segunda, de una fecha más reciente, aborda la coordinación autonómica de las diputaciones provinciales en el ámbito de servicios sociales, en relación con la aprobación de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de la Generalitat, de Servicios Sociales Inclusivos de la Comunitat Valenciana. La mencionada ley declaraba a los servicios sociales como «servicios públicos esenciales y de interés general» y tenía como objetivo superar las disfuncionalidades derivadas de la heterogénea prestación de servicios en el territorio. Para lograr esto, la ley estableció que las provincias ofrecerían asistencia técnica y económica a los municipios «en el marco de la planificación de la Generalitat». Se justificaba, de esta manera, un mecanismo de coordinación sectorial en una materia de competencia autonómica indiscutible como son los servicios sociales (art. 49.1.24 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana).

⁵ La reflexión del autor surgió a raíz de la STC 27/1987, de 27 de febrero, relacionada con la Ley 2/1983, de 4 de octubre, de la Generalitat Valenciana, que declaraba de interés general para la Comunidad Valenciana ciertas funciones de las diputaciones provinciales. Véase Martín-Retortillo Baquer (1990, pp. 698-699).

Ciertamente, resulta innegable el potencial extraordinario de la coordinación para lograr la coherencia necesaria en el funcionamiento del conjunto de las Administraciones públicas, cobrando este aspecto particular relevancia en un modelo de organización territorial tan descentralizado como el nuestro, donde la articulación del conjunto del sistema representa un desafío constante⁶. La coordinación, tal como señaló la STC 42/1983, de 17 de junio, «persigue la integración de diversas partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema». En otras palabras, su función es superar las disfunciones que surgirían de una gestión separada en un ámbito donde existen intereses convergentes. En principio, la técnica relacional de coordinación resulta perfectamente compatible con el respeto a la autonomía local, dado que el ente coordinador debe respetar las competencias del ente coordinado. Así, la autonomía local permite la implementación de mecanismos de intervención autonómica que la restrinjan, siempre y cuando estos persigan la satisfacción de intereses públicos superiores y siempre que se apliquen los medios de protección oportunos.

Ahora bien, el principal riesgo asociado a la relación interadministrativa de coordinación en conexión con la autonomía local radica en la posibilidad de un uso indebido por parte de la instancia superior. Como bien sostiene Covilla Martínez, en ausencia de garantías para los entes locales, existe el riesgo de los mecanismos de coordinación «se conviertan en instrumentos que concreten la jerarquía» (Covilla Martínez, 2019, p. 279).

En este sentido, y retomando las advertencias de Martín-Retortillo en lo que concierne a la provincia, no se puede pasar por alto la posibilidad de una eventual utilización inadecuada de la coordinación por parte de las comunidades autónomas que muestran reservas hacia la misma existencia del escalón provincial, habida cuenta de la doctrina constitucional sobre la garantía institucional de la autonomía local⁷. De hecho, el propio Tribunal Constitucional, siendo consciente de los riesgos que la declaración de interés general de las funciones de las diputaciones provinciales efectuada por el legislador autonómico podría conllevar en el futuro, no vaciló en afirmar la posibilidad de contravención del bloque de constitucionalidad en su aplicación (STC 27/1987, FJ 5).

El examen de la STC 124/2023, de 26 de septiembre, nos permitirá constatar, como ya lo ha señalado en alguna ocasión Rebollo Puig que, mediante la coordinación forzosa, se han incorporado en las leyes autonómicas medios de interferencia sobre las diputaciones provinciales tan cuestionables para la autonomía local como muchos de los métodos de tutela tradicionales (en este sentido Rebollo Puig, 2019, p. 65).

1.2. Las asignaciones económicas a los entes locales por parte de las comunidades autónomas

Como es ampliamente conocido, a diferencia de lo que sucede con las comunidades autónomas, nuestra norma fundamental no contempla un marco general sobre la financiación de las entidades locales⁸. No obstante, ex art. 142 CE dos son las principales fuentes de financiación de las entidades locales: la recaudación de sus tributos propios⁹ y la participación en los ingresos del Estado y comunidades autónomas. Por su parte, en los arts. 9.1 y 2 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL) se establece el derecho de las entidades locales a contar con recursos propios suficientes, de los cuales deben poder disponer libremente. Estos recursos deben ser proporcionales a las competencias que les correspondan.

⁶ Entrena Cuesta (1986, p. 73) sostuvo de manera acertada que la necesidad de coordinar la Administración pública en su conjunto no es simplemente una opción del legislador, sino un imperativo derivado de la presencia de diversos principios en juego. Por su parte, Gallego Anabitarte (2001, p. 138) defendió la coordinación como un elemento esencial para garantizar la unidad del sistema organizativo territorial.

⁷ El Tribunal Constitucional establece la autonomía local como una salvaguarda institucional destinada a proteger el núcleo de la institución, asegurándose de que no pierda su contorno distintivo. En todo caso, la garantía institucional no garantiza un contenido específico ni un ámbito competencial fijo y definitivo, sino la preservación de una institución en términos reconocibles según la percepción que la sociedad tiene de ella en cada momento y lugar (STC 32/1981, FJ 3).

⁸ Para una mejor comprensión de los fundamentos constitucionales de las relaciones financieras entre los entes locales y las comunidades autónomas, se recomienda consultar el estudio Boix Palop (2017). Sobre la correlación entre la financiación municipal y despoblación véase Velasco Caballero (2022). En el estudio se comprueba que los mayores ingresos presupuestados corresponden a municipios muy pequeños y muy grandes. Sin embargo, se observa que ambos difieren en el coste asociado con la prestación de servicios, siendo tendencialmente más elevados en los pequeños municipios. Se verifica, entre otros extremos, que las asignaciones supramunicipales son de suma importancia los municipios de dimensiones muy reducidas y para los de mayor tamaño.

⁹ En el art. 2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) se detallan los recursos que conforman la hacienda de los entes locales, destacando entre ellos los tributos propios.

En relación con los tributos propios, aunque la Constitución establece que las entidades locales, al igual que las comunidades autónomas, tienen la facultad de crear tributos de acuerdo con las leyes (art. 133.2 CE), según lo establecido por la jurisprudencia constitucional, las leyes que creen tributos locales deben ser exclusivamente leyes estatales. La base constitucional de esta facultad se encuentra en la competencia exclusiva estatal sobre Hacienda General (art. 149.1.14 CE)¹⁰. En esta línea, el art. 106.1 LBRL dispone que «las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquélla». Es decir, las entidades locales cuentan con autonomía para regular los tributos locales mediante la aprobación de las respectivas ordenanzas fiscales en el marco de lo establecido por la legislación estatal.

Dado el limitado margen del que dispone legislador autonómico en la creación de tributos locales propios, la principal oportunidad para que las comunidades autónomas aseguren la suficiencia financiera de las entidades locales radica en su participación en los ingresos autonómicos.

Como es conocido, las comunidades autónomas cuentan con leyes que establecen asignaciones económicas a favor de los entes locales dentro de su territorio. Estas asignaciones pueden ser de carácter incondicionado o finalista. Algunas comunidades regulan esta cuestión en sus leyes autonómicas de régimen local (como el art. 133 y la disposición adicional 2 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, o los arts. 78 a 82 de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha), mientras que otras han creado leyes específicas para este propósito (como la Ley 5/2022, de 6 de octubre, reguladora del Fondo Aragonés de Financiación Municipal, o la Ley 5/2020, de 15 de julio, reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de Cantabria).

En esta línea, y con la finalidad de garantizar la suficiencia financiera de las entidades locales mediante la implementación de un sistema de financiación estable y con vocación de permanencia, se aprobó la ley autonómica objeto de controversia (Ley 5/2021, de 5 de noviembre, reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de los Municipios y Entidades Locales Menores de la Comunitat Valenciana)¹¹. Según dispone su art. 1 tiene por objeto regular el Fondo de Cooperación Municipal de la Comunitat Valenciana establecido en el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana (en adelante, EACV). Dicho fondo reemplazó al anterior Fondo de Cooperación Municipal, el cual tenía como finalidad financiar servicios, infraestructuras y equipamientos básicos de los municipios valencianos, según lo establecido en el entonces art.201.3 de la Ley 8/2010 de 23 de junio, de la Generalitat Valenciana, de Régimen Local¹².

Esta ley, cuyo propósito resulta intachable, plantea dudas desde la óptica del respeto a la autonomía provincial, dado que establece la participación de las diputaciones provinciales, a través de sus presupuestos anuales, en el Fondo de Cooperación Municipal mediante aportaciones económicas.

1.3. Un apunte sobre el contexto en el que se aprobó la Ley objeto de controversia

El contexto en el que se aprueban las leyes desempeña un papel fundamental en la comprensión de su significado. Por lo tanto, parece conveniente considerar alguna información adicional sobre el contexto en el que se promulgó la ley sujeta a controversia.

Desde hace unos años, la Comunidad Valenciana cuenta con la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de Mancomunidades de la Comunitat Valenciana. Una de las principales novedades de esta norma fue la inclusión de las mancomunidades de ámbito comarcal. La esencia de las mancomunidades de ámbito comarcal se define por su carácter voluntario, permitiendo a los municipios la libertad de elegir y adaptarse a dicho

¹⁰ En relación con este tema, resulta de interés la revisión realizada por Checa González (2019, pp. 590 y ss.) con ocasión de la aprobación de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de Autonomía Municipal de Extremadura.

¹¹ Publicada en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, núm. 9212, de 10 de noviembre de 2021, y en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 312, de 29 de diciembre de 2021. El art. 201 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana y el Decreto 51/2017, del Consell, por el que se regula el Fondo de Cooperación Municipal Incondicionado de la Comunitat Valenciana, quedan derogados por la LFCMCV. Se exceptúa el capítulo II, regulador del fondo, en lo que no sea incompatible con dicha ley.

¹² El referido precepto disponía lo siguiente: «A través del Fondo de Cooperación Municipal se financiarán servicios, infraestructuras y equipamientos básicos de los municipios de la Comunitat Valenciana, estableciéndose sus dotaciones en cada Ley de Presupuestos de la Generalitat». El fondo fue objeto de desarrollo reglamentario a través el Decreto 51/2017, de 7 de abril, del Consell, por el que se regula el Fondo de Cooperación Municipal de la Comunitat Valenciana. El mismo queda derogado por la LFCMCV. No obstante, se excluye el capítulo II, que regula el fondo, en aquellos aspectos que no sean incompatibles con la mencionada ley.

modelo según sus necesidades y preferencias. La finalidad de esta ley es la creación de entidades supra-municipales que engloben a ciertos municipios que opten de manera voluntaria por formar parte de dichas entidades. El Tribunal Constitucional declaró que la ley de mancomunidades valenciana no vulneraba la autonomía provincial¹³.

No obstante, durante el período en el que se aprobó la LFCMVCV, la Comunitat Valenciana estaba impulsando el desarrollo comarcal, con la intención de promover la ley de comarcalización valenciana para conferir oficialidad y estructura a las comarcas. Este impulso se refleja en el programa de acción que tenía el Gobierno autonómico, cuyo compromiso 116 del eje 5, centrado en calidad democrática y buen gobierno, anunciaba el impulso de la ley de comarcalización valenciana con el objetivo de fomentar la gestión coordinada de servicios en las entidades locales y combatir la despoblación¹⁴. Sin embargo, hasta el momento, no se ha establecido una normativa a nivel autonómico que defina las competencias y los límites de las comarcas.

Aunque este dato en sí mismo no tiene un significado concreto y, ciertamente, representa un objetivo políticamente legítimo, no deja de sorprender que justo cuando se planea coordinar a nivel autonómico la función más característica de las diputaciones provinciales para lograr parte de sus recursos, se esté pensando en establecer una entidad local intermedia con un fuerte grado de interiorización autonómica. Es ampliamente conocida la controversia sobre la coexistencia entre diputaciones provinciales y entidades locales equivalentes en algunas comunidades autónomas, y en especial las pretensiones de vaciamiento o sustitución de las diputaciones por parte de los legisladores autonómicos con una mayor tendencia centralizadora. Sin embargo, este aspecto tan solo debe quedar apuntado, ya que no será abordado en este estudio jurisprudencial, por no considerarse pertinente ahondar en el mismo teniendo en cuenta los objetivos y alcance del mismo.

2. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 124/2023, DE 26 DE SEPTIEMBRE, SOBRE PARTICIPACIÓN DE LAS DIPUTACIONES EN UN FONDO AUTONÓMICO DE COOPERACIÓN MUNICIPAL

2.1. El objeto de controversia

La STC 124/2023, emitida el 26 de septiembre y redactada por la ponente doña María Luisa Balaguer Callejón, resuelve el recurso de inconstitucionalidad número 614-2022, contra los siguientes preceptos de la LFCMVCV: el segundo párrafo del art. 2 (que aborda los fines y principios del fondo); el inciso «y las diputaciones provinciales» del primer párrafo del art. 5 (referente al plan sectorial de financiación básica del fondo); las frases «en el que participarán las diputaciones provinciales» y «y cada diputación provincial» del segundo párrafo del art. 5; los párrafos 5 y 6 del art. 5; el art. 7 (sobre las reglas de distribución) y el art. 8 (que trata sobre la participación de las diputaciones provinciales).

En contraste con el sistema previo, en el cual la adhesión de las diputaciones al fondo era opcional, el legislador autonómico ha optado por reformar el sistema «para fortalecer el nivel básico, el municipal, que es donde radica el poder político y la representación democrática más próxima a la ciudadanía». Con este nuevo enfoque se establece de manera obligatoria la contribución económica de las diputaciones valencianas, para ello la ley declara las funciones de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica de las diputaciones de interés general para la comunidad autónoma¹⁵; tareas que, como es conocido, constituyen una función específica del ámbito competencial de las diputaciones, según lo establecido en el art. 36.1 b) LBRL.

El nuevo fondo de cooperación municipal se concibe con un carácter no finalista, lo que implica que no se vincula el destino o propósito específico al cual deben destinarse los recursos económicos que los

¹³ El Tribunal Constitucional establece que los arts. 36.8 y 50.4 de la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de la Generalitat, sobre Mancomunidades de la Comunitat Valenciana, no son inconstitucionales, siempre y cuando se interpreten conforme a lo dispuesto en la STC 106/2019, de 19 de septiembre. Lo que apunta el Tribunal es que la prioridad atribuida a la colaboración de las diputaciones provinciales y mancomunidades de ámbito comarcal no debe entenderse en términos de exclusión. Es decir, que la prioridad expresada impida la cooperación con cualquier otro ente local.

¹⁴ Accesible en: <https://rendiciocomptes.gva.es/es/compromis116>

¹⁵ El art. 66.3 EACV contempla la coordinación de las funciones específicas de las diputaciones que sean de interés general para la Comunitat Valenciana. Por otro lado, el art. 2.2 de la Ley objeto de controversia declara de interés general para la comunidad las funciones de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica que desempeñan las diputaciones provinciales hacia los municipios.

municipios y las entidades locales menores reciben de él, lo que proporciona flexibilidad para sufragar las actividades y servicios que se estimen oportunos¹⁶.

La contribución económica de las diputaciones provinciales se concretará en el plan sectorial correspondiente. El proceso aludido se configura mediante un «Plan Sectorial de Financiación Básica», en el cual colaboran la Generalitat y las diputaciones provinciales. Este plan debe ser aprobado por el Consell de la Generalitat, con la participación de la Comisión de Colaboración y Coordinación del Fondo de Cooperación Municipal (art. 5 de la Ley). Las diputaciones valencianas ostentan un tercio de la representación en esta comisión (6 de 18 miembros).

El motivo central del recurso, o si se prefiere, la característica común a los preceptos impugnados, es su intromisión en la autonomía provincial, reconocida en los arts. 137 y 141 CE, al excederse en las facultades de coordinación, invadiendo la esfera propia del ejercicio de las competencias de las diputaciones provinciales y menoscabando su autonomía financiera. A esto se suma la presunta contravención del EACV y de la LBRL¹⁷.

Los recurrentes argumentan que, en esencia, lo que se designa como de «interés general» y, en consecuencia, sujeto a coordinación, son los recursos económicos de las diputaciones, ya que, según su perspectiva, la norma simplemente busca principalmente establecer mecanismos para su disposición. De este modo, sostienen que la creación de un plan sectorial y una comisión de coordinación se presenta como un pretexto para cumplir con las formalidades requeridas por la doctrina constitucional.

Por su parte, el abogado de la Generalitat sostiene que con el sistema anterior las cantidades recibidas por los municipios del fondo de cooperación variaban notablemente según la provincia a la que pertenecieran. A su juicio esto era debido a que, aunque la aportación de la Generalitat al fondo era equitativa, las contribuciones de las diputaciones, dado su carácter voluntario, eran «discordantes». De ello extrae la siguiente conclusión: «ello se tradujo, de una forma clara, en una desigualdad de los ciudadanos en el acceso a los servicios públicos financiados con el fondo de cooperación, lo que justifica la implementación de una medida de coordinación destinada a corregir dichas disfuncionalidades». En definitiva, sostiene que esta situación justifica suficientemente el interés general de la Generalitat Valenciana exigido por el art. 66.3 EACV, de modo que estaría justificada la coordinación¹⁸.

Adicionalmente, argumenta que el juicio de constitucionalidad de la LFCMVCV debe considerar el propósito de lograr «una financiación equitativa de los servicios públicos locales básicos en todos los municipios de la Comunitat Valenciana». Para alcanzar este objetivo, la ley impone a las diputaciones la obligación de participar financieramente en el fondo con la finalidad de que «toda la ciudadanía reciba un nivel mínimo de prestaciones en los servicios públicos locales». En cualquier caso, surge un interrogante, al que luego se hará referencia, sobre la posibilidad conceptual de equiparar la financiación básica de los municipios y entidades locales menores con los servicios públicos locales básicos, especialmente considerando el carácter incondicional de dicha financiación.

2.2. La posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de la declaración de interés general sobre la función de asistencia y cooperación de las diputaciones provinciales por parte de la Generalitat Valenciana. Sin embargo, es conveniente destacar que no hubo consenso dentro del Tribunal, dado que cuatro magistrados expresaron su discrepancia con la sentencia aprobada por el pleno del Tribunal.

¹⁶ De hecho, el esquema diseñado por la ley persigue a ley tiene como finalidad evitar que sean las Administraciones provinciales las encargadas de establecer los objetivos de los municipios. Así, les Corts, en relación con el art. 8 de la Ley, afirman expresamente uno de los propósitos de la Ley: «La asignación de cuantías presupuestarias incondicionadas a los municipios, para que estos ejerzan sus competencias de forma autónoma, excluyéndose dichas cuantías del régimen subvencional de las diputaciones provinciales, con la finalidad de que no sean estas administraciones las que fijen los objetivos a perseguir por los municipios».

¹⁷ Aunque respecto a la LBRL, en esta ocasión sostiene el TC que «resulta más controvertido incluir en el bloque de constitucionalidad las normas que tienen naturaleza de ley ordinaria, aunque por su contenido gocen de una posición algo singular en el ordenamiento jurídico». Al respecto, téngase en cuenta que, en diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de normativas autonómicas al considerar que infringían la LBRL. Un ejemplo de ello se evidencia en fallos como el de las SSTC 32/1981 y 109/1988, relacionados con las competencias provinciales.

¹⁸ Afirma que la coordinación se dirige a «flexibilizar y prevenir posibles disfunciones originadas por el propio sistema de distribución de competencias» y que esta coordinación debe ajustarse en consonancia con los intereses locales o supralocales, pudiendo abarcar tanto un ámbito estatal como uno autonómico, «distinto del estatal y adaptado a la realidad correspondiente a los intereses locales y supralocales existentes en la concreta comunidad autónoma».

El pleno del Tribunal Constitucional ha rechazado en su mayoría el recurso de inconstitucionalidad. Así, tras exponer la doctrina sobre autonomía local y suficiencia financiera local, el Tribunal Constitucional concluye que no infringe la Constitución española ni el bloque de constitucionalidad. La única excepción se refiere a los arts. 5.6 y 7, los cuales fueron declarados inconstitucionales por vulnerar lo dispuesto en el EACV.

En esta línea, el Tribunal Constitucional sostiene que un mecanismo de financiación municipal que obligue a las diputaciones aportar recursos propios no constituye una intromisión constitucionalmente inadmisibles. Esto se fundamenta en que entra dentro de la competencia de las diputaciones provinciales de colaborar y asistir a los municipios. Se enfatiza que, aunque la imposición sea coercitiva, no se está obligando a las diputaciones a realizar algo diferente a lo que están obligadas, es decir, asistir a los municipios de su respectivo ámbito territorial. Sin embargo, se precisa que esta aseveración de ninguna manera implica la falta de restricciones en el ejercicio de la facultad de coordinación. El límite, coherente con la teoría de garantía institucional que el Tribunal Constitucional sostiene desde principios de los ochenta del siglo pasado, se encuentra en la prohibición de despojar a las diputaciones de su competencia más esencial, hasta el punto de situarlas en una posición de subordinación jerárquica que menoscabe su capacidad de toma de decisiones. De esta manera, se busca preservar la autonomía de las diputaciones provinciales.

No obstante, se hace referencia a que esta obligación será detallada en el plan sectorial correspondiente, específicamente en relación con la cuantificación de la aportación de recursos económicos al fondo. En este contexto, el Tribunal Constitucional subraya que será necesario observar lo dispuesto en el respectivo plan sectorial de financiación, que será aprobado anualmente por el Consell de la Generalitat, y que contará con la participación de una comisión de colaboración y coordinación, para determinar si vulnera o no la autonomía provincial.

Sostiene el Tribunal Constitucional que la cuestión en disputa radica en discernir si es factible desde el punto de vista constitucional que una comunidad autónoma pueda, en primer lugar, declarar de interés una competencia propia de la diputación provincial (art. 36.1.b LBRL), dada la naturaleza general de la «asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión»; y, en segundo lugar, determinar si, en el ejercicio de sus facultades de coordinación, puede imponer de manera obligatoria que una porción de los recursos económicos provinciales se integre en un fondo autonómico de financiación municipal, sin que ello implique una afectación constitucionalmente inadmisibles de la autonomía provincial en su vertiente financiera.

Respecto a la primera cuestión, fue resuelta en sentido positivo por la STC 27/1987, en la que se consideró constitucional la Ley 2/1983, de 4 de octubre, por la que se declararon de interés general para la Comunitat Valenciana determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales, asumiendo la Comunitat Valenciana la coordinación de dichas funciones provinciales cuando afecte a servicios o competencias propias de la misma. De este modo, entiende el Tribunal que no habría inconveniente en que una comunidad autónoma, en aplicación de las previsiones del art. 59.1 LBRL, en relación con el art. 10.2 del mismo texto legal, y del art. 66.3 EACV, declare de interés general la función de la provincia de asistencia y cooperación a los municipios, con el fin de proceder a su coordinación, siempre y cuando se cumplan los requisitos de predeterminación y proporcionalidad.

Sostiene la sentencia que la imposición a las diputaciones de la obligación de contribuir a la dotación financiera del fondo de cooperación municipal por la ley impugnada no implicaría que se las esté obligando a realizar acciones que difieran de sus obligaciones constitucionales y legales: «asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal» (art. 31.2 a LBRL). En esta línea, afirma que

también cabe entender que ese deber de aportación de recursos económicos propios para la dotación del fondo de cooperación municipal que se impone a las diputaciones provinciales por la ley impugnada trae igualmente causa de la competencia nuclear de cooperación y asistencia a los municipios de su ámbito territorial que a estas les corresponde, de modo que habrá que estar a la concreción que, en cada momento, se haga de esa facultad de coordinación, a través del plan sectorial correspondiente, para determinar si se han desbordado, o no, aquellos límites, que derivan directamente de la garantía constitucional de la autonomía local, en este caso, en su vertiente financiera (FJ 8).

En este sentido, advierte de que es necesario asegurar que se reserve un amplio espacio para que las diputaciones provinciales ejerzan esta competencia de manera autónoma. En otras palabras, la compe-

tencia provincial de cooperación y asistencia económica a los municipios no puede verse agotada en una participación en el referido fondo de cooperación.

Por lo tanto, será necesario atenerse a lo efectivamente previsto en los planes sectoriales para evaluar si se han rebasado o no los límites establecidos, los cuales se derivan directamente de la garantía institucional de la autonomía provincial. Así, se señala que la adecuada consideración del principio de proporcionalidad en la específica determinación de estas contribuciones será, por ende, crucial para determinar si la autonomía de las provincias afectadas ha sido vulnerada o no. La transgresión de autonomía provincial tendría lugar si, en algún plan sectorial se les impusiera una contribución económica tan excesiva que pusiera en peligro su autonomía presupuestaria.

En este punto, el pleno afirma que la realidad demuestra que los límites establecidos han sido respetados por los planes sectoriales de financiación aprobados por el Gobierno autonómico en 2022 y 2023 (mediante acuerdos de 17 de junio de 2022 y 24 de marzo de 2023, respectivamente)¹⁹, por cuanto «las aportaciones exigidas a cada una de las diputaciones provinciales representan aproximadamente un 5 % de su presupuesto, y la suma total exigida a las tres equivale a la cantidad aportada globalmente por la comunidad autónoma».

En lo que respecta a los preceptos impugnados declarados constitucionales, la argumentación del Tribunal es la siguiente. En cuanto al art. 2.2, que establece la declaración de interés general de la Comunitat Valenciana para las funciones de asistencia y cooperación de las diputaciones provinciales a los municipios, con el propósito de participar en la financiación básica a través del fondo de cooperación municipal, apunta el Tribunal Constitucional que no se puede formular ninguna objeción constitucional por cuanto entiende que dicha disposición no vulnera la autonomía provincial.

Tampoco identifica ninguna tacha de constitucionalidad en relación con los incisos «en el que participarán las diputaciones provinciales» e «y cada diputación provincial» del art. 5.2. Estos se refieren a la participación obligatoria de las diputaciones provinciales en el plan sectorial de financiación básica del fondo de cooperación municipal y la determinación de las cuantías globales a aportar por cada diputación.

El art. 5.5, impugnado en su totalidad, tampoco recibe reproche alguno de inconstitucionalidad. Este apartado establece la obligación de las diputaciones provinciales de informar al departamento competente en régimen local sobre sus proyectos de presupuesto antes de su aprobación, permitiendo objeciones en caso de infracción de las directrices de coordinación. Se argumenta que esto es una consecuencia derivada de la facultad de coordinación reconocida a la Comunidad Valenciana y se considera ajustada a la CE.

De manera similar, se sostiene que el art. 5.6, que se refiere a las facultades autonómicas de impugnación de los actos y acuerdos de las diputaciones provinciales que infrinjan las normas y obligaciones derivadas de la ley impugnada, no contraviene el bloque de constitucionalidad con la salvedad de lo previsto en el art. 66 EACV. Para el art. 8, se establece su constitucionalidad basada en los argumentos previamente expuestos.

Como se anticipó previamente, el Tribunal únicamente ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 5.6 y 7, basándose en la contravención del EACV. Así, en relación con el art. 5.6, el pleno declara nulo el inciso «en aplicación del artículo 66 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana», que hace referencia al plan sectorial de financiación básica del fondo y menciona la posibilidad de que el Consell requiera al presidente de la diputación para que se respeten las directrices de coordinación del plan sectorial. La razón es que, si bien se acepta la constitucionalidad de la coordinación, se objetó específicamente que el art. 66, en su apartado 4, alude a la posibilidad de requerimiento en relación con la ejecución por las diputaciones provinciales de competencias delegadas por la Generalitat, lo cual no es el caso presente.

En lo que respecta al art. 7, donde se establecen las reglas de distribución del fondo, se determina que dicho precepto vulnera el art. 64.3 del EACV, el cual es categórico al estipular que «se creará el Fondo de Cooperación Municipal de la Comunitat Valenciana con los mismos criterios que el fondo estatal». Se argumenta que el precepto impugnado utiliza criterios propios que, independientemente de su justificación, se separan de lo previsto en la normativa estatal.

En conclusión, el fallo fue básicamente desestimatorio del recurso, salvando los dos preceptos de la ley valenciana que regula el fondo de cooperación municipal como inconstitucionales y nulos por contravenir el EACV. Sin embargo, ha avalado el resto de la normativa; es decir, el control de constitucionalidad en sentido estricto ha quedado respaldado.

¹⁹ Estos acuerdos fueron publicados en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, el 2 de agosto de 2022 y el 24 de marzo de 2023, respectivamente.

2.3. Votos particulares

El fallo del Tribunal cuenta con dos votos particulares de sumo interés. El primero, formulado por don Ramón Sáez Valcárcel, argumenta que debería haberse estimado en su totalidad el recurso, al entender que la ley objeto de impugnación regula un mecanismo que faculta a la Administración autonómica para intervenir en la autonomía provincial sin cumplir con los requisitos exigidos por el bloque de constitucionalidad. El segundo voto, emitido por don Enrique Arnaldo Alcubilla y con la adhesión de doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño, también disiente de la argumentación sostenida por el pleno, puesto que considera que el recurso debería haberse estimado respecto a los incisos de los arts. 2.2, 5 y 8, al entender que infringen la autonomía provincial.

a) El voto particular formulado por el Magistrado Ramón Sáez Valcárcel

El magistrado argumenta que el recurso debería haber sido estimado en su totalidad, ya que la ley autonómica establecía un mecanismo que permitía a la Administración autonómica intervenir en la autonomía provincial. Así, entiende que la sentencia transforma de manera significativa la doctrina constitucional sobre la facultad de coordinación. Lo hace al ampliar prácticamente de manera ilimitada el alcance potencial de las facultades de coordinación, al aceptar que pueden ser utilizadas por las administraciones superiores en relación con las inferiores para regular exhaustivamente su actuación, incluso en áreas de competencia propia que forman el núcleo de la autonomía provincial como es el caso de la asistencia y cooperación, siempre que exista alguna conexión con las responsabilidades y competencias propias del ente superior.

Sostiene que la sentencia parte de la premisa de que la disputa principal en torno a la regulación objeto de controversia tiene un carácter predominantemente económico-financiero. Esto conduciría a considerar la impugnación como un tema de menor importancia, susceptible de ser abordado mediante un enfoque menos riguroso en el control de constitucionalidad. Sin embargo, el mecanismo legal examinado afecta no solo la dimensión financiera, sino también la sustantiva de la autonomía provincial, «siendo secundario o accidental el hecho de que tal competencia se ejercite en buena medida a través de la capacidad de gasto».

Adicionalmente, sostiene que este caso es inédito, ya que aborda «una problemática constitucional sobre la que hasta ahora nunca se había pronunciado este tribunal». Por lo tanto, resulta difícil respaldarse en decisiones previas que, según se afirma en la sentencia, ampararon la constitucionalidad de regulaciones autonómicas similares.

Se cuestiona el hecho de que la sentencia asuma sin cuestionar la descripción proporcionada por el legislador autonómico. La finalidad aludida –mejorar la financiación municipal– no puede justificar semejante restricción a la autonomía provincial. La responsabilidad compartida entre las comunidades autónomas y el Estado para garantizar la suficiencia financiera de los municipios no autoriza automáticamente a restringir la autonomía provincial mediante la coordinación sobre las diputaciones. Las obligaciones autonómicas y estatales en materia de financiación municipal deben cumplirse dentro del marco de descentralización, sin imponer cargas indebidas a las provincias. Desde la perspectiva de la autonomía local, resulta inaceptable que una comunidad autónoma intente cumplir sus responsabilidades a expensas de las diputaciones, «invadiendo la autonomía provincial desde la perspectiva tanto competencial como financiera» bajo el disfraz de la coordinación.

En concordancia con este planteamiento, el magistrado sostiene que la sentencia comete un error conceptual al igualar la «financiación municipal» –responsabilidad constitucional del Estado y la comunidad autónoma– con la asistencia y cooperación a los municipios –competencia propia de las provincias, que abarca no solo apoyo económico, sino también asistencia legal y técnica–.

De acuerdo con esta perspectiva, argumenta que tal equiparación no es adecuada, ya que la financiación municipal es lógicamente previa a la asistencia y cooperación a los municipios. Dicho de otro modo, la esencia de las diputaciones provinciales radica en respaldar a unos municipios cuya suficiencia financiera ya debería estar asegurada, «sin que la comunidad autónoma pueda transformar la finalidad y naturaleza de esa competencia provincial alegando que de lo contrario no se satisface la suficiencia financiera de los municipios», pues aceptar tal afirmación supondría una confusión inadmisibles de responsabilidades y competencias entre las comunidades autónomas y las diputaciones provinciales, y abriría la posibilidad para «la anulación de las provincias por parte de las comunidades autónomas».

Además, señala que es evidente que la atribución a la comunidad autónoma de la facultad de coordinación no cumple con lo exigido por el bloque de la constitucionalidad. Y ello porque no se fundamenta en la

existencia contradicciones o disfunciones en la actuación de los entes sujetos a coordinación, sino que «lo único aducido por el legislador autonómico a este respecto es la disparidad que se venía produciendo entre las aportaciones de las distintas provincias cuando dichas aportaciones eran de carácter voluntario».

Es más, en relación con este extremo, defiende que la sentencia debería haber reconocido que dicha disparidad entre aportaciones no era una disfunción que corregir, sino más bien la consecuencia inherente a la autonomía de las provincias. En este sentido, sostiene que la manifestada intención del legislador autonómico de rectificar las disparidades presentes en el anterior sistema de contribuciones voluntarias indica que «no estamos ante un mecanismo de coordinación, sino ante una herramienta de control del grado de ejercicio de una competencia provincial propia (...)».

Al adentrarse en el núcleo del asunto, el magistrado sostiene que la competencia provincial de asistencia y cooperación es de carácter transversal, y que el mecanismo cuestionado se aplica a esta competencia de manera general. De esta manera, el magistrado plantea dudas sobre la eliminación (de facto) de la exigencia de que las facultades de coordinación sobre las provincias se contemplen «en relación con una materia, servicio o competencia determinados» (ex art. 59.1 LBRL). En este contexto, señala su desacuerdo con la afirmación de que el Tribunal Constitucional ya respaldó mecanismos de coordinación similares en las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1987 y 109/1998, argumentando que «en aquellos casos la injerencia en la competencia provincial de asistencia y cooperación a los municipios tenía un carácter considerablemente más acotado».

Por otro lado, se argumenta que, al prever una participación mínima de las diputaciones en la elaboración de los planes, no se han evaluado adecuadamente los intereses en juego. Puesto que lo necesario no es una participación mínima, sino más bien una participación proporcional al nivel de interés en el asunto en cuestión.

Las razones por las que discrepa de la argumentación de la sentencia²⁰ son fundamentalmente dos. En primer lugar, porque posterga la evaluación de la constitucionalidad al momento de aplicar la norma, pasando por alto que es responsabilidad del legislador autonómico establecer «con el suficiente grado de detalle, las condiciones y los límites de la coordinación» (art. 59.2 LBRL). Y, en segundo lugar, porque este enfoque degrada la controversia a un problema meramente cuantitativo (relativo a las cantidades a aportar al fondo) cuando, a juicio del magistrado, es un problema claramente cualitativo, «referente a la posibilidad misma de imponer una restricción como la discutida, independientemente de su cuantía, ya que una injerencia ilegítima no deja de serlo según su magnitud».

En resumen, sostiene que los preceptos impugnados, denominados como coordinación, establecen «un control gubernativo de oportunidad del grado de ejercicio de la competencia provincial de asistencia y cooperación a los municipios» con el propósito de asegurar recursos económicos de las diputaciones para cumplir con una responsabilidad que es propia de la comunidad autónoma.

b) El voto particular emitido el Magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla (con la adhesión de doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño)

Sostienen que la inconstitucionalidad de los arts. 2.2, 5 y 8 de la LFCMCV debió haber sido reconocida y, al igual que don Ramón Sáez, afirman que no es un caso que haya sido previamente analizado por la jurisprudencia constitucional.

Respecto al interés autonómico en la coordinación, admiten, como es lógico, que el legislador autonómico puede afectar a la autonomía provincial, de modo que es posible su coordinación. Sin embargo, su objeción radica en que esto no se realice de acuerdo con los requisitos constitucionales.

Señalan que el problema radica en que, bajo la invocación de la potestad autonómica de coordinación, se anule la capacidad de decisión del ente local, ya que «la coordinación no implica imposición, sino la preservación de lo que debe ser coordinado y del margen de decisión propio del ente coordinado». Así, indican que también se ha resaltado en la jurisprudencia constitucional la proscripción de limitar la capacidad de la diputación provincial en materia cooperación económica en la realización de obras y servicios municipales, de manera que «impida una verdadera capacidad decisora propia», de forma que no se genere un deterioro significativo de esta función cooperadora inherente a las diputaciones provinciales (STC 105/2019, FJ 7).

²⁰ Se sostiene que los preceptos en cuestión no representan una interferencia inaceptable en la autonomía de las provincias, ya que no les despojan de su competencia de asistencia y cooperación a los municipios. Según este razonamiento, dicha privación solo ocurriría si los planes anuales de financiación del fondo estipularan una cantidad tan significativa para las contribuciones de las provincias que estas quedaran sin recursos para ejercer esa competencia de manera autónoma.

Cuestionan que la sentencia acepte acríticamente la justificación que da el legislador, puesto que a su juicio no logra explicar «por qué la consecución de una finalidad de su competencia, la garantía de la suficiencia financiera de los municipios valencianos, requiere la aplicación coactiva de fondos ajenos, como los de las diputaciones provinciales». Así, la ley autonómica en lugar de coordinar, «entendido en el sentido de fijación de criterios de obligado cumplimiento en la función provincial de cooperación y asistencia técnica a los municipios», establece directamente un mecanismo para disponer de fondos provinciales destinados a una finalidad de responsabilidad autonómica.

En relación con la participación de las diputaciones provinciales en la elaboración de los planes sectoriales, sostienen que no parece que se pueda afirmar que el nivel de participación provincial en la toma de decisiones sea adecuado, teniendo en cuenta la naturaleza de la función provincial que se intenta coordinar y el grado de participación asignado. Las diputaciones provinciales solo cuentan con seis representantes en dicha comisión, de un total de dieciocho, donde siete representantes son de origen autonómico. Además, apuntan que es innegable que se trata de un órgano no decisorio. La comisión desempeña funciones de propuesta y estudio, ya que la aprobación del plan sectorial recae exclusivamente en el gobierno autonómico, siendo este plan el que determinará las asignaciones anuales de cada diputación.

En cuanto al hecho de que la vulneración de la autonomía provincial, de existir, sea atribuible a cada plan anual específico, defienden que la cuestión no radica «la concreción de la regulación legal en un caso o año determinado», sino en que el modelo diseñado por el legislador autonómico para materializar su facultad de coordinación no cumple con los requisitos establecidos por la doctrina constitucional. En esta línea, afirman que las declaraciones de la sentencia sobre los planes sectoriales de financiación aprobados por el Gobierno autonómico en 2022 y 2023 carecen de relevancia, ya que la cuestión de constitucionalidad se centra en el diseño del modelo establecido por la LFCMCV.

Critican el hecho que parece derivarse de la experiencia administrativa de los planes anteriores algún tipo de restricción que ahora impone al legislador autonómico. Esta afirmación, sostienen, carece totalmente de fundamento y es apodíctica, llegando incluso a exceder su función «a la hora de juzgar la ley, en cuanto que está imponiendo un criterio para su aplicación». Además, entienden que implica evadir el problema jurídico-constitucional planteado en el recurso.

En otras palabras, la vulneración no reside en la posibilidad de imponer cargas económicas y obligaciones a las diputaciones provinciales en un ejercicio presupuestario específico, sino en el hecho de que la ley autonómica establece de manera abstracta la forma de determinar estas cargas, sin considerar la relación entre los intereses locales y supralocales que puedan coincidir. Por lo que sostienen que «el problema está en el modelo legal no en el modo en que se aplique», ya que el problema se encuentra en la estructura misma de la norma.

La conclusión es que la autonomía provincial se ha visto considerablemente limitada como consecuencia de privar al órgano de gobierno y administración de las provincias de «una capacidad decisoria efectiva en un ámbito esencial como es el que tiene que ver con el destino de sus recursos económicos para el cumplimiento de su función esencial de cooperación y asistencia a los municipios».

En definitiva, se declara de interés autonómico una función que constituye el núcleo de la actividad de las diputaciones provinciales, como es la de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios. A pesar de basarse en el ejercicio de una facultad estatutaria y legalmente prevista, entienden que la determinación que realiza la ley es insuficiente y que escasamente se consideran los intereses provinciales afectados. Así, sostienen que debería haber incluido «la predeterminación legal de los objetivos del fondo y de su régimen de aportación y cuantía» y «una participación de las propias diputaciones en la toma de una decisión que afecta directamente a la autonomía provincial».

3. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA STC 124/2023, DE 26 DE SEPTIEMBRE

3.1. ¿Una cuestión meramente cuantitativa?

Por lo que respecta a la comparación de las aportaciones, resulta difícil respaldar el peso que se da a la aseveración de que «las aportaciones exigidas a cada una de las diputaciones provinciales representan aproximadamente un 5 % de su presupuesto, y la suma total exigida a las tres equivale a la cantidad aportada globalmente por la comunidad autónoma». Esta afirmación, siendo cierta, omite que, la financiación autonómica dirigida a financiar a las entidades locales en Valencia fue de un 0,14 % de su

presupuesto²¹. Esto supone que la aportación presupuestaria por parte de las diputaciones fue, en términos porcentuales, unas 35 veces mayor que la autonómica. Entiendo que la comparación, al no incluir el porcentaje correspondiente a la comunidad autónoma, impide realizar una evaluación en los mismos términos. Si bien es cierto que se proporciona un dato valioso, ya que el 5 % del presupuesto, al menos en principio, no parece que vaya a condicionar de manera drástica la actividad de las diputaciones, al ser una cifra relativamente poco significativa. Sin embargo, al compararlo con la contribución autonómica, y considerando que se trata de una responsabilidad de la comunidad autónoma, al menos en términos presupuestarios, parece ser una cantidad relevante.

No obstante, cabe entender que, como convenientemente argumenta el magistrado Ramón Sáez, el enfoque adoptado degrada la controversia a un problema meramente cuantitativo, cuando se trata de un problema cualitativo, referente a la posibilidad de imponer una restricción como la discutida, independientemente de su cuantía.

Y sin duda, aún más complicado es defender la afirmación de que la realidad evidencia que los límites establecidos han sido respetados por los planes sectoriales de financiación aprobados por el Gobierno autonómico. Aunque la realidad pueda evidenciar una ejecución adecuada, es responsabilidad del legislador autonómico establecer las condiciones y límites de la coordinación. Los reparos no deben derivar de la praxis administrativa, sino del mismo modelo legal a través de cual se materializa la facultad de coordinación.

3.2. Una finalidad que sirve como justificación: la garantía de un nivel mínimo prestacional en los servicios públicos locales. Sobre la cuestión de si conceptualmente puede equipararse con la garantía de suficiencia financiera

Sobre el fundamento que respalda la necesidad de la ley, el Tribunal Constitucional argumenta que la declaración de interés general tiene una justificación clara, o mejor dicho y en palabras del propio Tribunal, «una finalidad que sirve de justificación», y lo afirma limitándose a reiterar la justificación expresada en la ley impugnada, que no es sino la creación de «un sistema de financiación local, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, que sea eficiente y estructurado y fortalezca el nivel básico, el municipal, donde radica el poder político y la representación democrática más próxima a la ciudadanía» y profundizar «en la garantía de un sistema estable de financiación local con el objetivo de asegurar una gestión pública de calidad en el ejercicio de las competencias municipales». Así, sostiene que

en la financiación básica de los municipios de la Comunitat Valenciana concurren fuertes intereses autonómicos, en la medida en que las comunidades autónomas son, junto con el Estado, responsables de garantizar la suficiencia financiera de los entes locales, siendo precisamente esto lo que motiva que se declaren de interés general de aquella las funciones de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica de las diputaciones provinciales a los municipios.

Y, por tanto, llega a la conclusión de que la razón que respalda la creación del fondo de cooperación municipal y la participación obligatoria de las diputaciones provinciales en el mismo es garantizar la suficiencia financiera de los municipios y entidades locales menores,

posibilitando así que todos los ciudadanos valencianos, con independencia de que su municipio se encuentre ubicado en el territorio de una u otra provincia, reciban un nivel básico equivalente de prestaciones en los servicios públicos locales, lo que no sucedía con el sistema anterior, basado en el principio de voluntariedad, en tanto que las aportaciones de las diputaciones al entonces vigente fondo de cooperación municipal eran muy dispares.

El preámbulo de la LFCMCV declara su objetivo: «Garantizar que toda la ciudadanía reciba un nivel mínimo de prestaciones en los servicios públicos locales y que no se produzca ningún tipo de diferencias injustificadas en la financiación de los municipios por su ubicación territorial».

²¹ En cuanto a la financiación autonómica dirigida a financiar a las entidades locales (peso relativo sobre el gasto autorizado en el presupuesto) se observa que Castilla-La Mancha y la Comunitat Valenciana son las regiones que en el ejercicio de realizaron las aportaciones más bajas, un 0,03 % y un 0,14 % respectivamente. En contraste, Andalucía, Galicia y Aragón destinaron en el año 2022 los porcentajes más elevados de sus presupuestos a algún fondo o plan de financiación para sus entidades locales. Véase Ramos Prieto (2022, pp. 196-197).

Es completamente legítimo el propósito de establecer un sistema de financiación que fortalezca el nivel municipal, aunque más que ante un «interés» autonómico parece que estamos ante una responsabilidad constitucional de las comunidades autónomas. A mi juicio, la sentencia no consigue explicar adecuadamente por qué es necesario recurrir a la aplicación coactiva de fondos externos, como los de las diputaciones provinciales, para alcanzar el objetivo de asegurar la suficiencia financiera de los municipios valencianos, que está en el ámbito de sus competencias. Entiendo, como se apunta en uno de los votos particulares, que la asimetría en las aportaciones provinciales no es más que una consecuencia derivada de la autonomía de estas.

Por otro lado, aunque en los votos particulares se menciona atinadamente un error conceptual al igualar la «financiación municipal» –responsabilidad constitucional del Estado y la comunidad autónoma– con la asistencia y cooperación a los municipios –competencia propia de las provincias, que abarca no solo apoyo económico, sino también asistencia legal y técnica–, a mi juicio cabe preguntarse asimismo por la posibilidad conceptual de vincular la financiación de los municipios y entidades locales menores con los servicios públicos locales básicos, especialmente considerando la naturaleza incondicional de dicha financiación.

Si los recursos se proporcionan sin imponer condiciones específicas sobre cómo deben ser utilizados o gestionados resulta difícil sostener que se va a conseguir el efecto de garantizar un nivel mínimo prestacional. Lo que se garantiza es que municipios y entidades locales menores cuenten con un nivel mínimo de fondos, de los cuales podrán disponer con total libertad.

La financiación de este tipo otorga a la entidad receptora mayor flexibilidad para ajustar los recursos a sus necesidades y prioridades, lo cual puede ser, sin duda, beneficioso. Sin embargo, debido a su naturaleza incondicional no parece que garantice automáticamente un nivel mínimo de prestaciones.

El propósito buscado, que consiste en asegurar que toda la ciudadanía reciba un nivel mínimo de prestaciones en los servicios públicos locales, se refleja en el art. 8.2 de la LFCMVCV. Para ello, se prevé que las diputaciones provinciales «proveerán de los recursos propios y adecuados a los objetivos del Fondo las dotaciones aprobadas en el Plan sectorial de financiación básica del Fondo de Cooperación Municipal para transferir a los municipios y las entidades locales menores de su provincia». La función de estas entidades no puede en modo alguno limitarse únicamente a la asignación de recursos, ya que una de sus finalidades fundamentales debe ser, precisamente, «la colaboración en la implementación de los servicios municipales obligatorios, asegurando su prestación integral y adecuada en todo el territorio de la provincia» (art. 48.2. a Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana). La característica distintiva de las diputaciones no se puede limitar a la mera distribución de fondos, sino que pasar por asegurar que al ejercerse de manera conjunta las competencias municipales se mejora la eficacia en la prestación de servicios públicos (Zafra Víctor, 2004, p. 103).

De acuerdo con lo argumentado, el planteamiento de la ley resulta difícil de respaldar. Una financiación básica de carácter incondicional no garantiza *per se* un nivel mínimo de servicios a los vecinos. En el mejor de los casos, se podría argumentar en favor de un estatus común para la financiación de los servicios públicos municipales, pero no es este el caso, ya que dichos servicios mínimos deben ser exigibles por los ciudadanos, como ya sucede con la provisión de los servicios obligatorios²².

La financiación incondicional resulta positiva, siempre y cuando los municipios se comprometan a garantizar la prestación de los servicios esenciales como una prioridad. Desde esta perspectiva, la verdadera garantía de la igualdad plena entre todos los ciudadanos radicaría en la implementación de un extenso conjunto de servicios obligatorios, respaldado por una financiación adecuada mediante fórmulas eficientes para su prestación.

3.3. En torno a la noción de comunidad política local y la argumentación sostenida en la sentencia

Como es bien conocido, la provincia se concibe como una entidad local, determinada por la agrupación de municipios, con autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137.1 y 141.1 CE). Aunque la CE no especifica cuáles son estos intereses ni los criterios para determinar un haz mínimo competencial que el legislador básico debe asignar a la provincia, tradicionalmente se ha partido de la consideración de la existencia de un interés provincial. Así las cosas, los intereses provinciales se deducen principalmente de las competencias atribuidas y de los servicios que ésta debe garantizar.

²² Sobre la prestación de los servicios municipales mínimos véase Barrero Rodríguez (2015).

Sin embargo, en los últimos años, se ha introducido una concepción que de alguna manera distorsiona la autonomía provincial en lo que respecta a su ámbito de interés; un interés, el provincial, que, aunque no es inmutable –por cuanto el propio Tribunal Constitucional admitió que la aparición de nuevas entidades territoriales debe tener un impacto significativo en la definición del interés propio de aquellas que ya existen hasta el momento (STC 32/1981, FJ 3)–, de alguna manera le es inherente a la instancia provincial.

La noción a la que estamos aludiendo es la de «comunidad política local». Esta idea implica la consideración de que la provincia y su órgano de gobierno, la diputación provincial, no constituyen entidades separadas de los municipios, sino que son integrantes de una misma comunidad política local²³. Al respecto, Parada Vázquez, advirtió en su momento de que esta concepción, recogida en aquel entonces en el *Libro blanco del gobierno local*, podía conducir a la eliminación de la provincia como entidad local con intereses propios. El referido autor se expresó de forma elocuente al respecto: «¡No hay forma más clara de expresar la sentencia de muerte de la provincia como entidad local con intereses y competencias propios!» (Parada Vázquez, 2007, p. 52), y es que esta noción asume de alguna manera la idea de que no existen propiamente intereses provinciales²⁴.

En última instancia, la noción de comunidad política local implica respaldar la tesis que sostiene la coincidencia de intereses entre los niveles municipal y provincial. Sin embargo, entiendo que esta idea en sí misma no implica tomar partido a favor de fortalecer o debilitar el papel del ente local intermedio, ya que puede interpretarse en ambas direcciones. Se parte, en definitiva, de la idea de que la finalidad de las diputaciones provinciales consiste en respaldar una autonomía municipal debilitada y que, por tanto, su interés no difiere sustancialmente del municipal.

Como es conocido, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) eliminó la competencia provincial relativa al fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia, contemplada en la redacción original de la LBRL. Aunque parte de la doctrina entendió que tal precepto era redundante al quedar suficientemente cubierto en el apartado d) del art. 36.1 LBRL, Carbonell Porras (2021, p. 99) sostiene que las dos competencias no son precisamente coincidentes y subraya la contradicción de una reforma que, en su intento de fortalecer las diputaciones provinciales, elimina el reconocimiento de los intereses provinciales. Coincidiendo con la crítica formulada por esta autora a la incoherencia del legislador, entiendo no obstante que la reforma no conllevó la supresión del reconocimiento de los intereses provinciales, ya que el art. 1.2 LBRL establece que la provincia tiene «idéntica autonomía para la gestión de los intereses respectivos» que los municipios.

Ahora bien, aunque es incuestionable la vinculación de las diputaciones con los municipios con menor capacidad económica y de gestión, ofreciéndoles asistencia y respaldo jurídico, económico y técnico, no está de más recordar que las competencias provinciales abarcan no solo aspectos funcionales, sino también materiales para la «gestión de los intereses respectivos»²⁵. Cuestión distinta sería entrar a valorar la idoneidad de la solución actual y su configuración específica, aspecto éste que va más allá de los límites de este comentario jurisprudencial.

Volviendo a la sentencia objeto de análisis, la misma retoma en sus FF. JJ. 3, 7 y 8 el concepto de comunidad política local, mencionado en la STC 107/2017²⁶, en la que se apuntó que diputaciones y ayuntamientos conforman un mismo nivel de gobierno local, si bien no se negó la existencia de intereses específicos de la provincia. El concepto fue, asimismo, refrendado por la STC 82/2020.

En relación con la sentencia mencionada, Zafra Víctor (2023) ha ofrecido un breve comentario de gran interés en el blog de *Acento Local*. El autor, con acierto a mi modo de ver, sostiene que el Tribunal Constitucional muestra falta de coherencia con la premisa de una única comunidad política local, ya que priva a las provincias de recursos en beneficio de los municipios, a pesar de que sus intereses son comunes. La provin-

²³ La noción de comunidad política local ha sido afirmada y establecida en la jurisprudencia constitucional. Además, algunas leyes autonómicas de régimen local, como las de Andalucía o Extremadura, hacen referencia a este concepto al entender que tanto los municipios como las provincias constituyen una única comunidad política local.

²⁴ Tempranamente, Parejo Alfonso (1988, p. 143) apuntó la imposibilidad de establecer una distinción clara y significativa entre los intereses a nivel municipal y provincial. Por su parte, Zafra Víctor (2004), al adoptar esta perspectiva, acepta que la tensión entre el interés provincial y municipal será constante debido a la disparidad entre lo particular y lo general. No obstante, argumenta que resulta más sencillo conciliar esta tensión entre la diputación y los ayuntamientos en comparación con otras instancias. Sobre la supuesta identidad de intereses entre lo municipal y lo provincial, véase Mir i Bagó (1991, pp. 308 y ss.).

²⁵ Dictamen 567/2013 del Consejo de Estado, emitido el 26 de junio.

²⁶ «Sin negar la existencia de intereses específicos de la provincia ni la sustantividad institucional de esta entidad territorial (STC 27/2016, FJ 4), cabe destacar la estrecha conexión entre los intereses y la organización provinciales con los municipales y que, en efecto, las diputaciones y los ayuntamientos conforman un mismo nivel (local) de gobierno» (STC 107/2017, FJ 4).

cia no debería financiar directamente a los municipios, sino más bien asegurar el principio de subsidiariedad. El autor, sugiere que sería pertinente analizar si, mediante la contribución obligatoria al fondo, la comunidad autónoma no estaría utilizando recursos transferidos por el Estado destinados originalmente a la provincia.

Comparto el análisis realizado por Zafra, y entiendo que no se debe subestimar la repercusión de esta concepción en la dinámica de la relación administrativa de coordinación, en la que el interés juega un papel fundamental ex art. 10.2 LBRL. Es preciso evaluar los intereses en juego, justificándose en cada caso en qué medida afecta al interés de cada nivel de gobierno, puesto que la participación debe ser proporcional al nivel de interés en el asunto en cuestión. Los asuntos supralocales no pueden ser tratados de manera homogénea como si fueran exclusivamente autonómicos (Ortega Álvarez, 1988, p. 212), pues no basta con considerar el interés autonómico, sino que dicho interés debería prevalecer de alguna manera sobre el interés específico de la provincia.

4. REFLEXIÓN FINAL

El Tribunal Constitucional ha validado la declaración de interés general de la Comunitat Valenciana sobre la función de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica de las diputaciones provinciales. Esto ha llevado a la imposición de la obligación para las diputaciones de contribuir financieramente al fondo autonómico de cooperación municipal.

En la sentencia se sostiene que la obligación de contribuir a la dotación financiera del fondo de cooperación municipal no supone la imposición de algo distinto a lo que las diputaciones provinciales ya venían obligadas a realizar. Si bien ello no equivale a la ausencia de restricciones para el ente coordinador. En particular, se concreta que estos límites se encuentran en la prohibición de despojar de manera sustancial a las diputaciones provinciales, debiéndose evitar que sean puestas en una posición de subordinación jerárquica o cuasi jerárquica, de manera que no se agote su autonomía de decisión en este ámbito. La idea es preservar la capacidad de las diputaciones provinciales para ejercer su competencia de asistencia y cooperación con los municipios dentro de su ámbito territorial, sin que esta facultad sea significativamente menoscabada o agotada por la intervención de la comunidad autónoma.

En el fondo, bajo el manto de la coordinación se impone a las diputaciones la obligación de financiar parcialmente, con sus ingresos corrientes, competencias cuya titularidad corresponde a otro nivel de gobierno.

Observada la argumentación del pleno con una mínima visión crítica, no es difícil concluir que la sentencia elude el problema jurídico-constitucional planteado en el recurso. La sentencia se basa en la premisa de que la disputa principal en torno a la regulación objeto de controversia tiene principalmente un carácter económico-financiero, cuando claramente el mecanismo examinado influye de manera sustancial en la autonomía provincial.

Además, se pospone la revisión de la constitucionalidad hasta el momento de la aplicación efectiva de la norma. En mi opinión, esto resulta en un deterioro de las garantías, ya que la ley, presuntamente viciada de inconstitucionalidad, queda supuestamente subsanada por la práctica administrativa. Esta forma de proceder no parece la más adecuada, ya que no se especifican con suficiente detalle las condiciones y límites de la coordinación. Es fundamental que las directrices de coordinación estén cuidadosamente recogidas en la ley.

En relación con la justificación presentada por el legislador autonómico sobre la disparidad que se observaba en las contribuciones de las distintas provincias cuando estas eran de carácter voluntario, entiendo que tal asimetría no era sino consecuencia de la autonomía provincial. En cualquier caso, y aunque la coordinación supone un límite al ejercicio de la competencia, este límite tiene como finalidad «evitar contradicciones y reducir disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían el funcionamiento del mismo» (STC 27/1987, FJ 2). Desde mi perspectiva, la ley objeto de análisis no logra establecer de manera adecuada la conexión entre la finalidad perseguida y las «medidas de coordinación» (si las podemos denominar así) adoptadas. No logro identificar los mecanismos que persiguen garantizar la coherencia en la actuación de las Administraciones públicas.

Como notó Ortega Álvarez (1988, p. 216), cuando las diputaciones son objeto de coordinación, no están sujetas a «obligaciones de hacer», sino más bien a abstenerse de llevar a cabo actividades opuestas a las políticas sectoriales bajo las cuales se lleva a cabo dicha coordinación. A *sensu contrario*, no se debe establecer para facilitar políticas autonómicas, sino más bien para evitar que las mismas sean obstaculizadas. Siguiendo a este autor, entiendo que no cabe la sustracción de fondos bajo el paraguas

de la coordinación, por cuanto ello no garantiza la coherencia del sistema. Y mucho menos al invocar la competencia fundamental de las diputaciones provinciales. En lugar de coordinar, la ley autonómica parece establecer directamente un mecanismo para acceder a fondos provinciales destinados a una finalidad de responsabilidad autonómica.

En definitiva, después del examen realizado, considero pertinente subrayar una vez más el riesgo de que el principio de coordinación pueda transformarse en una justificación para intervenciones directas y persistentes por parte del Estado y las comunidades autónomas en el ámbito de las competencias locales.

El análisis de la STC 124/2023 revela cómo la coordinación ha posibilitado un medio de interferencia sobre las diputaciones provinciales. Este enfoque plantea ciertas dudas desde la perspectiva de la garantía de la autonomía local, equiparando su cuestionabilidad a algunos de los tan denostados medios de tutela tradicionales lesivos de la autonomía local. Esta sentencia supone, si ya no, como señala algún magistrado, una «transformación radical» de la doctrina constitucional sobre las facultades de coordinación, sí, al menos, una reorientación importante. No se puede descartar la posibilidad de que en el futuro otras comunidades autónomas consideren conveniente coordinar las competencias de las diputaciones provinciales, con el objetivo de realizar detracciones forzosas de fondos provinciales, limitando de esta manera la plena disponibilidad de sus ingresos.

En definitiva, es pertinente plantearse si lo que llamamos coordinación de las funciones propias de las diputaciones es realmente eso, o más bien una forma de jerarquización. Tras este breve análisis, podemos comprobar cómo, en el momento presente, la coordinación sigue siendo uno de los aspectos más controvertidos y borrosos en la teoría de la organización²⁷.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barrero Rodríguez, C. (2015). La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (170), 21-52.
- Boix Palop, A. (2017). Fundamentos y retos jurídicos de relaciones financieras entre Comunidades Autónomas y Entidades Locales. *Presupuesto y Gasto Público*, (89), 11-31.
- Carbonell Porras, E. (2021). Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional en la lucha contra la despoblación. *Cuadernos de Derecho Local*, (56), 84-117. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL56/QDL56_03_Carbonell.pdf
- Checa González, C. J. (2019). La inconsistente y banal ley de garantía de la autonomía municipal de Extremadura. *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, (35), 573-604. <https://revista-afd.unex.es/index.php/AFD/article/view/101>
- Covilla Martínez, J. C. (2019). *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*. Aranzadi.
- Embid Irujo, A. (1983). Las relaciones de las Comunidades Autónomas con las Diputaciones Provinciales. *Revista de Estudios de la Vida Local*, (220), 609-632. <https://doi.org/10.24965/reala.vi220.8339>
- Entrena Cuesta, R. (1986). Las relaciones interadministrativas. *Autonomías: Revista Catalana de Dret Públic*, (5), 71-80. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/1669>
- Fanlo Loras, A. (1990). *Fundamentos constitucionales de la autonomía local: el control sobre las corporaciones locales, el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local* [Prólogo de L. Martín-Retortillo]. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gallego Anabitarte, A. (2001). *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*. Marcial Pons.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1990). El tema de la autonomía provincial: las diputaciones y el proceso autonómico. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (248), 681-712. <https://doi.org/10.24965/reala.vi248.8656>
- Mir i Bagó, J. (1991). *El sistema español de competencias locales* [prólogo de J. R. Parada Vázquez]. Marcial Pons.
- Ortega Álvarez, L. (1988). *El régimen constitucional de las competencias locales*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Parada Vázquez, J. R. (2007). La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal. *Revista de Administración Pública*, (172), 9-77. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-172-eneroabril-2007/la-segunda-descentralizacion-del-estado-autonomico-al-municipal-2>
- Parejo Alfonso, L. (1988). *Derecho básico de la Administración local*. Ariel.
- Ramos Prieto, J. (2022). El necesario desarrollo normativo de la participación en los tributos de las comunidades autónomas. En G. Moreno González (dir.), *Reformas para la cohesión territorial de España* (pp. 183-204). Marcial Pons.

²⁷ Así lo subrayó en su momento Fanlo Loras (1990, p. 508).

- Rebollo Puig, M. (2019). Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable. *Documentación Administrativa*, (6), 43-80. <https://doi.org/10.24965/da.i6.10764>
- Velasco Caballero, F. (2022). Financiamento dos municipios pequenos e despoboación. *Revista Galega de Administración Pública*, (64), 5-45. <https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4969>
- Zafra Víctor, M. (2004). Reflexiones sobre el gobierno local. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 97-116. <http://hdl.handle.net/10873/519>
- Zafra Víctor, M. (2023). La provincia: Administración periférica de la comunidad autónoma antes que entidad local constitucionalmente garantizada: STC 124/2023. *Blog Acento Local*. <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/la-provincia-administracion-periferica-de-la-comunidad-autonoma-antes-que-entidad-local-constitucionalmente-garantizada-stc-124-2023/>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 11-10-2023
Modificado: 24-12-2023
Aceptado: 10-01-2024
Prepublicado: 31-01-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11277>
Páginas: 218-236

Referencia: Arenilla Sáez, M. (2024). Los actores de la reforma local española de 2013. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 218-236. <https://doi.org/10.24965/reala.11277>

Los actores de la reforma local española de 2013

The actors of the Spanish 2013 local reform

Arenilla Sáez, Manuel

Universidad Rey Juan Carlos (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7533-8896>

manuel.arenilla@urjc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Universidad de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Rey Juan Carlos desde 2005. Administrador civil del Estado (1985). Doctor (1987) y licenciado (1984) en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido director del Instituto Nacional de Administración Pública de 2012 a 2018 y vicedecano de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad de Granada (1992-1995).

RESUMEN

Objetivos: examinar el contexto en el que se produjo la reforma local de 2013 y analizar los principales actores que intervinieron en ella. **Metodología:** análisis de la abundante documentación que se produjo entre 2012 y 2013. También se emplea la observación directa del autor del artículo del proceso de reforma y la evaluación posterior del impacto de la ley. **Resultados:** muestran el distinto peso de los actores implicados y cómo el texto definitivo muestra el equilibrio entre algunos de ellos. **Conclusiones:** el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) alineó la reforma con la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria. El Instituto de Estudios Fiscales (IEF) destacó la importancia del tamaño de la población en la eficiencia de los servicios municipales. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda reforzó el control financiero del Estado. La Federación Española de Municipios y Provincia (FEMP) no alcanzó sus objetivos principales. El colectivo de habilitados nacionales solo consiguió volver a la situación anterior a 2007. Por su parte, las comunidades autónomas ejercieron un veto en algunos aspectos esenciales de la reforma. Las sentencias del Tribunal Constitucional afectaron parcialmente a la reorganización de las competencias municipales. Finalmente, los partidos políticos tuvieron un impacto variable en el texto final.

PALABRAS CLAVE

Reforma local; autonomía local; España; actores de políticas públicas.

ABSTRACT

Objectives: The main objectives of this article are to examine the context in which the 2013 local reform took place and to analyze the key actors involved in it. **Methodology:** To achieve this, a research methodology will be employed, consisting of an exhaustive analysis of the documentation produced between 2012 and 2013. Direct observation by the article's author of the reform process is also used, along with subsequent evaluation of the impact of the law. **Results:** The results reveal the varying influence of the involved actors and how the final text reflects the balance among some of them. **Conclusions:** Noteworthy conclusions include that the National Institute of Public Administration (INAP) aligned the reform with financial sustainability and budgetary stability principles. The Institute of Fiscal Studies (IEF) emphasized the significance of population size in the efficiency of municipal services. The Technical General Secretariat of the Ministry of Finance

strengthened state financial control. The Spanish Federation of Municipalities and Provinces (FEMP) did not achieve its main objectives, whereas the collective of national-qualified professionals only managed to return to the situation prior to 2007. Furthermore, autonomous communities exercised a veto on certain essential aspects of the reform. Constitutional Court judgments partially affected the reorganization of municipal competences. Finally, political parties were found to have a variable impact on the final text.

KEYWORDS

Local reform; local autonomy; Spain; public policy actors.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL CONTEXTO DE LA REFORMA. 2. LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA. 3. LOS ACTORES INTERNOS DE LA REFORMA. 3.1. EL INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3.2. EL INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES. 3.3. LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 4. LOS ACTORES EXTERNOS DE LA REFORMA. 4.1. LA FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. 4.2. OTROS ACTORES LOCALES. 4.2.1. El Consejo General de los Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local (COSITAL). 4.2.2. Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM). 4.2.3. La Asociación de Empresas Públicas Locales de Interés General (Red ELIGE). 4.3. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 4.4. EL CONSEJO DE ESTADO. 4.5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4.6. LOS PARTIDOS POLÍTICOS. 4.7. LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AEPDA). 5. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Llama la atención que en los estudios sobre la Administración pública, su normativa o los procesos de reforma apenas aparezcan referencias a los actores que intervienen en ellos. Una especie de pudor oculta instituciones y personas cuando sabemos por la experiencia y por la abundante literatura sobre políticas públicas que los actores son determinantes en la orientación y en el éxito o el fracaso de las iniciativas públicas. La frialdad burocrática, pues, se apodera de las publicaciones y apenas podemos saber las razones que informaron tal o cual decisión, hicieron que esta variara o se malograra. En su lugar nos encontramos con invocaciones a las interpretaciones de lo que el «legislador» quiso decir, para lo que se escrutan las exposiciones de motivos, preámbulos o, llegado el caso, las actas parlamentarias.

No se ignora que la práctica totalidad de la iniciativa legislativa es obra del Ejecutivo y que esta se origina en las oficinas administrativas. Es más, que las enmiendas parlamentarias se resuelven o negocian en los despachos ministeriales que dieron a luz los borradores, anteproyectos y proyectos normativos. Sin embargo, no es infrecuente comprobar en algunos foros académicos y publicaciones que la Administración se sigue percibiendo como una caja negra misteriosa de la que emanan políticas, disposiciones y actos administrativos adoptados y ejecutados por un grupo de seres sin rostro ni intereses. Los llamados burócratas o, en su denominación más moderna aunque impropia, directivos públicos, son percibidos casi como seres autómatas que reciben y ejecutan órdenes *sine ira et studio* en sus despachos.

A esta visión contribuye no poco la impenitente opacidad de nuestra Administración, que solo hace transparente una ínfima parte del ingente tráfico de información que acompaña a cualquier iniciativa pública, incluso en las pequeñas Administraciones. También alimenta esta visión el empecinado estancamiento del conocimiento académico, que suele rehuir de las aportaciones de las disciplinas que no sean la propia y que, sin embargo, son necesarias para proyectar luz sobre ese poliedro de mil caras que es la Administración pública. Finalmente, las tecnologías actuales y las redes sociales han hecho que proliferen divulgadores sobre la Administración que se dejan llevar más por la inmediatez de un post o un tuit o por la traducción de un concepto o frase ocurrente que por una aprovechada lectura de los documentos y la bibliografía. El resultado es la devaluación de la argumentación académica y el empobrecimiento y creciente alejamiento de la realidad administrativa española.

En los grandes procesos de reforma, lo dicho se pone más de manifiesto si cabe. Así, sobre la tramitación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) solemos encontrar en la literatura interpretaciones, algunas de ellas con ciertos sesgos, de lo que se pretendió alcanzar con ella, dejando de lado el contexto económico, financiero, político e internacional en el que se produjo e ignorando muchas veces las diversas posiciones e intereses en juego. Estos hicieron que casi todas las

iniciativas de reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), que alguna de ellas llegó a contar incluso con un *Libro blanco* en 2005, fracasaron. Esos intereses actuaron con gran presión para introducir sus propuestas en la reforma de 2013 y en algunas ocasiones pusieron en claras dificultades la iniciativa. Más recientemente, esos intereses son los que han hecho posible que no salieran adelante el Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población y la anunciada reforma de las LRBRL.

En este artículo se van a presentar las posiciones de los principales actores que interactuaron significativamente en la elaboración de la LRSAL a partir de la voluminosa documentación generada en su tramitación¹. Siguiendo la terminología de Muller (2010, pp. 118 y ss.), esos actores formaron varios círculos de decisión bajo el impulso del promotor de la reforma, la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. Esta mantuvo el impulso de la reforma y la relación directa y la negociación con los principales actores. Esto no significa que sus planteamientos siempre salieran adelante debido a la posición del promotor en la jerarquía política y administrativa y a los diferentes intereses que actuaron durante la reforma, especialmente los de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (SGT), que se encontraba conectada con el Ministerio de la Presidencia. No obstante, los objetivos principales que se marcó inicialmente la Secretaría de Estado se reflejaron en el texto aprobado.

Un repaso a la literatura de la ciencia política y de las políticas públicas nos recuerda que los principales actores que intervienen en estas son el Gobierno, los entes subnacionales, los partidos políticos, los grupos de interés, los ciudadanos, los expertos y académicos, los medios de comunicación, la burocracia y los órganos de control. Todos ellos tienen preferencias, objetivos y recursos propio e intervinieron con diversa intensidad e influencia en la reforma que ahora se trata (Dente y Subirats, 2014, p. 77). Algunos solo remitieron un escrito al órgano promotor y mediador de la reforma local para manifestar su posición, mientras que con otros se mantuvo una fluida relación desde el inicio hasta la aprobación de la última enmienda. Este es el caso de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), que asumió el papel de aliado de la reforma. Los ciudadanos no tuvieron un papel destacado, aunque en algún momento se manifestaron en contra por iniciativa de otros actores. En todas las etapas el papel de la alta función pública de la Administración General del Estado (AGE) fue decisiva. Se puede concluir que el resultado de la ley es más el producto de la combinación de los intereses en juego en un momento y un contexto determinados que el resultado de un *legislador* anónimo. Claro es, la recombinación de esos intereses y actores en un tiempo y en un contexto distintos es muy probable que arrojará un resultado diferente, como tantas veces ha sucedido.

1. EL CONTEXTO DE LA REFORMA

Quizá el deseo de olvidar la Gran Recesión y sus consecuencias en España ha hecho que en algunas reflexiones sobre la LRSAL se descontextualicen y se atribuya su origen e impulso a la mera voluntad del Gobierno que la proyectó. Lo cierto es que un rápido repaso a los medios de la época muestra que entre 2008 y 2012 España enfrentó una crisis económica que generó altas tasas de desempleo y recortes presupuestarios a partir de 2010, lo que provocó inseguridad financiera y descontento en la sociedad. A esto hay que añadir que la corrupción política de la época erosionó la confianza y la desafección de las instituciones políticas y de sus integrantes, afectando de una manera intensa a los partidos políticos tradicionales. Surgieron movimientos sociales y protestas, como el movimiento 15-M en 2011, exigiendo más calidad democrática, mayor transparencia y participación ciudadana. A nivel local, los Gobiernos locales tuvieron graves problemas de financiación que afectaron a los servicios municipales. En general, existía un clima adverso en la opinión pública hacia las Administraciones públicas, a las que se acusaba de despilfarro, de generar duplicidades y de solapamiento de competencias.

El símbolo de la mala gestión pública de la época fue el Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo (Plan E) desarrollado entre 2008 y 2009. Estaba dirigido a los municipios, se dotó con unos 13 000 millones de euros y fue calificado por algún analista de la época como no sostenible, improductivo y superfluo. Su impacto en los gastos corrientes de los ejercicios presupuestarios posteriores de muchos municipios fue claramente lesivo.

¹ La tramitación de la LRSAL no supuso una excepción a la cultura opaca de la Administración española, por lo que la casi totalidad de la abundante documentación generada, incluso algunos de sus documentos principales, no fueron ni son públicos. Si lo son los que integraron la *Memoria de impacto normativo*, como más adelante se referirá. Lo que trascendió durante su tramitación fueron algunos borradores del texto, que fueron presumiblemente filtrados por algunos de los receptores de los borradores.

El contexto se completa también con la reforma del art. 135 de la Constitución española, que consagra la estabilidad presupuestaria y la suficiencia financiera. Fue aprobada el 27 de septiembre de 2011 en el Congreso de los Diputados mediante trámite de urgencia en lectura única por 316 votos, contándose solo 5 en contra, y por 233 en el Senado. La consecuencia más notable de la reforma en el ámbito de la política económica es que acercó a España con mayor precisión a las directrices establecidas por la Unión Europea (UE) (Delgado, 2022, p. 102; Romera y Cutrín, 2014).

La situación económica era de crisis global, lo que llevó a la UE a aprobar el Six-Pack, que reformaba el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE de 1997, que entró en vigor el 13 de diciembre de 2011 y que tenía como finalidad la supervisión de las políticas presupuestarias de los Estados, así como corregir el déficit excesivo (Delgado, 2022, p. 92). En el caso español, las consecuencias fueron la obligación de reducir el déficit y de garantizar la sostenibilidad de las cuentas públicas y la disminución de sus crecientes déficit y deuda. Esto produjo un duro ajuste de las cuentas públicas mediante el recorte del gasto de las Administraciones (Font y Galán, 2014, p. 13).

En España, el rescate por la UE solo afectó al sector bancario²; sin embargo, quedó sometida a un control constante a partir de los compromisos aprobados por la Comisión Europea y que se contenían en el Programa Nacional de Reformas que comenzó en abril de 2011 y que llega hasta nuestros días. En el de 2012 se incluyó clarificar las competencias municipales y racionalizar la estructura organizativa de la Administración local (Barrero, 2023, p. 6). También contempla la mejora del sector público local en España, eliminar las duplicidades y asegurar una financiación sostenible. Finalmente, incluye la unión de municipios según su tamaño poblacional para aumentar la eficiencia en la prestación de servicios públicos. Ya en enero de ese año, la Comisión Nacional de Administración Local adoptó un conjunto de medidas para racionalizar y reordenar el sector público instrumental local. De hacer el seguimiento de su cumplimiento se encargaría el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Por otra parte, el Programa de Estabilidad 2012-2015 da cuenta de la gravedad de la situación financiera de las corporaciones locales en ese momento. Más de 2700 presentaron planes de ajuste a diez años para cumplir con el Plan de Pago a Proveedores del Gobierno de España de 2012 para atender casi 6 millones de facturas impagadas a los proveedores, que suponían más de 28 000 millones de euros. Estos planes de ajuste generaron un ahorro total de más de 16 000 millones de euros y un incremento de los ingresos de 23 000 millones entre 2012 y 2022, afectando significativamente a los quince ayuntamientos más grandes, según datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Finalmente, el marco jurídico que contiene las medidas que se fueron adoptando desde 2012, y que es el antecedente inmediato de la LRSAL, es la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF)³. Esta tenía como objetivo garantizar la sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas y fortalecer la estabilidad económica. Hay que señalar desde ahora que el objetivo principal de la reforma de la LRBRL era su adaptación a esta ley (Arenilla *et al.*, 2014).

A la vista de lo anterior, es claro que las autoridades y los organismos de la UE fueron actores decisivos en los ajustes y reformas emprendidas en la crisis que comienza en 2008, aunque en España empezaron a adoptarse medidas efectivas a partir de principios de 2010. La llegada del Gobierno Rajoy a finales de 2011 hace que la política presupuestaria y financiera de las Administraciones públicas españolas se alinee definitivamente con las directrices de la Troika Europea, formada por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, y se someta a sus *hombres de negro*.

Pero no solo el contexto y los actores internacionales y europeos presionaron para que se efectuasen reformas en las Administraciones públicas: el Tribunal de Cuentas español realizó una serie de recomendaciones a través de sus informes de fiscalización del sector público local correspondientes a los ejercicios 2006 a 2009. Estas recomendaciones fueron tenidas en cuenta con distinta intensidad en la reforma local. Entre ellas hay que destacar, de manera sintética:

- Hacer que la rendición de cuentas sea un requisito para acceder a las ayudas y las subvenciones públicas.
- Incoar por parte de los órganos competentes estatales y autonómicos expedientes disciplinarios contra las entidades locales que no rindan cuentas.

² A pesar de que la prima de riesgo alcanzó a mediados de 2012 más de 600 puntos básicos. El riesgo real de intervención o rescate se fija en 500 puntos (Delgado, 2022, p. 100).

³ Unos meses antes se había aprobado el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

- Promover la permanencia de los servicios de control económico en municipios sin recursos para soportar el puesto de interventor.
- Modificar la regulación de la cuenta general para incluir información sobre las sociedades mercantiles locales.
- Asegurarse de que la información sobre la gestión de las entidades locales sea controlable y confiable a través de cuentas adecuadamente formadas, aprobadas y medidas. Esta recomendación corresponde a una moción aprobada por el pleno del Tribunal de Cuentas en 2003.

Existía, por tanto, una necesidad objetiva de adaptar la legislación local a la grave crisis que se estaba desarrollando, para la que no se habían adoptado medidas suficientes desde, al menos, 2010, así como garantizar su sostenibilidad futura. La reforma de la LRBRL se enmarca en un amplio paquete de medidas e instrumentos de apoyo y control a las entidades locales de carácter impositivo, financiero, de endeudamiento y sobre la deuda comercial⁴. Un equivalente a este tipo de actuaciones se realizó para las comunidades autónomas por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas⁵.

La reforma local se circunscribió, como se ha señalado, a la adaptación a la LOEPSF, lo que afectó a la LRBRL y, en menor medida, al Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LHL), aunque, como se verá, se planteó también la reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Su objetivo no fue la reforma del régimen local propiamente dicho, como sí se había efectuado, por ejemplo, en 1999 y 2003, ni atender las disfuncionalidades constatadas en el ámbito local, aunque tuvo un impacto muy importante sobre las competencias de las comunidades autónomas relativas a la definición del mapa municipal, la regulación de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM) (Bayona, 2017, p. 288), así como sobre el control financiero y presupuestario de las entidades locales (Baño, 2019, p. 13). Además, la regulación se dirigió a lograr la sostenibilidad futura de las entidades locales. Estos objetivos, a tenor de las evidencias contables, se han satisfecho suficientemente y no ha habido necesidad de hacer ajustes en el texto legal en los diez años de vigencia de la LRSAL.

Finalmente, aunque el volumen presupuestario y financiero de la Administración local es claramente menor que el de las comunidades autónomas, el Estado tiene atribuida la iniciativa legislativa en solitario en la regulación de su marco normativo financiero y de su sector público institucional, lo que no sucede con estas⁶. En un momento de grave crisis como la que sucedía durante la tramitación de la reforma fue un hecho decisivo para intervenir prioritariamente en este ámbito. Baste decir a este respecto que el vigente «Acuerdo para la reforma del sistema de financiación de las comunidades de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía» es de 15 de julio de 2009 y que se viene prorrogando desde 2014 debido a la falta de consenso entre sus integrantes. No obstante, es indudable que la modificación del art. 135 de la Constitución española, la LOEPSF y la LRSAL tuvieron y tienen un impacto muy significativo en la regulación financiera y presupuestaria del sector público español en su sentido amplio. Así se reconoce en la exposición de motivos del anteproyecto de ley de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, elaborado en 2019, que no llegó a aprobarse⁷.

⁴ Estas medidas, entre otros efectos, supusieron que la evolución del déficit de las entidades locales pasara de ser el -0,39 del PIB en 2011 al 0,41 en 2013, esto es, aproximadamente una variación positiva de 8000 millones de euros, según datos de la Intervención General de la Administración del Estado. Por otra parte, la reducción del sector público local alcanzó a 962 entidades, al pasar de 5692 en 2007 a 4730 en julio de 2013. Además, el cumplimiento de la obligación de comunicación de la liquidación de las entidades locales se incrementó notablemente, pasando, por ejemplo, del 35 % al 71 % en las mancomunidades, y del 54 % al 96 % en el caso de las entidades locales menores, según el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

⁵ Las comunidades autónomas y las entidades locales fueron financiadas hasta julio de 2015 con casi 74 000 millones de euros para el pago de proveedores, especialmente en las áreas de sanidad, educación y servicios sociales. Las comunidades autónomas, a través del Fondo de Liquidez Autonómico, recibieron entre 2012 y 2013 una línea de financiación de 39 000 millones de euros debido a la imposibilidad de financiarse o de hacerlo de una manera más desfavorable en los mercados. En esos dos años, la financiación por todos los instrumentos alcanzó para el conjunto de las Administraciones territoriales 78 000 millones de euros, según las fuentes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

⁶ El superávit de las Administraciones locales había alcanzado casi 40 000 millones de euros en 2019, lo que sin duda ayuda a enjugar el déficit del resto de las Administraciones públicas españolas en las cuentas que debe rendir España ante las autoridades europeas (FEMP, 2019).

⁷ Así se señala: «La favorable evolución del conjunto del subsector local en materia de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de forma continuada y sostenida en el tiempo». Sigue aduciendo que esta situación permitiría la conveniencia o necesidad de «flexibilizar y abrir el régimen de las inversiones financieramente sostenibles».

2. LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA

Si tomamos como referencia la *Memoria de impacto normativo* (MAIN) del anteproyecto de la LRSAL de 26 de julio de 2013 y la documentación del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) los hitos básicos de la tramitación de la norma fueron los siguientes:

1. Constitución de un grupo de colaboración interadministrativa en el INAP en marzo de 2012 por encargo del secretario de Estado de Administraciones Públicas.
2. Elaboración en abril de 2012 por el Instituto de Estudios Fiscales (IEF) de un estudio sobre la reforma de las competencias de los entes locales a fin de eliminar los gastos impropios de los municipios.
3. Redacción de un borrador de texto articulado en mayo de 2012 por el INAP.
4. Presentación por el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de un primer informe al Consejo de Ministros sobre el anteproyecto el 13 julio de 2012.
5. En diciembre de 2012, el IEF elabora el *Informe sobre el ahorro potencial por establecimiento de un coste estándar en la prestación de servicios en el ámbito local y por la limitación de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas de los municipios*.
6. El 15 de febrero de 2013, el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas presenta al Consejo de Ministros un nuevo informe sobre el anteproyecto.
7. Informe de 13 de marzo de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el anteproyecto de ley.
8. El 21 de mayo de 2013 se celebró una sesión del Pleno de la Comisión Nacional de Administración Local, en el que figuraba como punto 3.º del orden del día el informe del anteproyecto de ley.
9. Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto de ley de 27 de junio de 2013.
10. Aprobación del proyecto de ley por el Consejo de Ministros el 30 de julio de 2013.
11. Publicación del proyecto de ley en el *Boletín del Congreso de los Diputados* el 6 de septiembre de 2013.
12. Publicación del proyecto de ley en el *Boletín del Senado* el 12 de diciembre de 2013.
13. Aprobación del proyecto de LRSAL por el Senado el 16 de diciembre de 2013.
14. Aprobación definitiva del proyecto de LRSAL en el Pleno del Congreso el 19 de diciembre de 2013.
15. Publicación en el BOE de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local el 30 de diciembre de 2013. Su entrada en vigor se fijó para el 1 de enero de 2014.
16. Dictamen del Consejo de Estado sobre la constitucionalidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

En la MAIN se señalan dos momentos en los que se establecen contactos con los actores implicados en la reforma local. A partir del 13 de julio de 2012 con la FEMP y del 18 de febrero de 2013 con numerosas organizaciones y entidades en el periodo de audiencia. Lo cierto es que con la FEMP la relación fue continua desde el momento que se adoptó la decisión de la reforma y que los contactos y el cruce de información y de documentos con actores de todo tipo no se limitó al periodo formal de la audiencia, sino que abarcó también todo el proceso⁸.

3. LOS ACTORES INTERNOS DE LA REFORMA

3.1. El Instituto Nacional de Administración Pública

Como en otros momentos de su historia, el INAP recibió el encargo en marzo de 2012 de dirigir la reforma local. En este caso, las instrucciones desde la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas fueron que tuviera como objetivo principal la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, alineándose con la futura LOEPSF que estaba tramitando en aquel momento. Tras una serie de contactos y reuniones con diversos actores políticos y territoriales, se dispuso de un primer borrador de texto articu-

⁸ A los efectos de la exposición, la consideración de actores internos o externos se adopta desde la perspectiva del actor promotor de la reforma, la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, y desde su inclusión o no en la AGE.

lado de reforma de la LRBRL a finales de mayo de 2012, que fue elaborado por el catedrático de Derecho Administrativo José Manuel Díaz Lema a partir de un exhaustivo análisis doctrinal y jurisprudencial español y comparado⁹.

El proceso inicial de la reforma adquirió velocidad desde el primer momento, ya que se deseaba que la reforma entrase en vigor, dada la situación crítica de las finanzas públicas, a principios de 2013. A partir de las reuniones señaladas, el núcleo impulsor pasó a estar conformado por varios altos funcionarios de la secretaría de Estado mencionada de las áreas de Administración local, organización y procedimientos, gabinete y del INAP.

El planteamiento inicial a partir del documento de Díaz Lema fue, entre otros aspectos, alinear la LRBRL con la LOEPSF; adaptar la norma a la realidad territorial y al momento, tras veintisiete años de vigencia del modelo de la LRBRL; revisar el catálogo de servicios municipales de acuerdo con la FEMP; garantizar los servicios y los derechos de la población en los municipios de menos de 20 000 habitantes; fortalecer las estructuras de cooperación interterritorial, de coordinación y de integración de servicios; acotar el ámbito de aplicación de los convenios y las delegaciones; vincular los servicios a la financiación, y considerar la existencia de una realidad local no uniforme en el conjunto del Estado (Díaz, 2012). La idea original de la reforma buscaba una aproximación más unificada y colaborativa de los servicios públicos, aunque se era consciente de que esto no se podía imponer en un texto legal, habida cuenta del reparto de competencias existente en España.

A partir de estas líneas se concretaron a finales de abril de 2012 una serie de propuestas para la redacción del primer borrador INAP. Las principales fueron:

- Considerar si los municipios estaban en condiciones de prestar determinados servicios no obligatorios.
- No introducir un sistema de lista cerrada para no vulnerar la autonomía local.
- Establecer los criterios que deben asumir las leyes sectoriales para fijar las competencias locales con mayor precisión.
- Eliminación en el art. 25.2 LRBRL de la expresión «en todo caso» sustituyéndola por «sólo».
- Supresión del art. 28 LRBRL, que habilitaba a los municipios a realizar actividades complementarias.
- Exigir que cualquier ley que otorgue competencias locales incluya una memoria económica que especifique y garantice los recursos financieros necesarios para cumplir con dicha obligación.
- Incentivar la fusión voluntaria de municipios.
- Establecer estándares de calidad, al menos para los servicios mínimos u obligatorios.
- Determinar que toda delegación de competencias a los municipios debe ir acompañada de una memoria económica y de la financiación suficiente para asumirlas.
- Incorporar en la memoria prevista en el art. 86.1 de la LRBRL para el ejercicio local de la iniciativa económica, tanto la existencia de medios financieros como el cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria.
- Permitir que la Administración estatal o autonómica pueda impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acuerdo en que se plasme la iniciativa pública prevista en el art. 86.1 por infracción de la legislación de estabilidad presupuestaria.
- Incorporar al art. 26 de la LRBRL la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan ordenar a las diputaciones provinciales la gestión de servicios municipales obligatorios.
- Incorporar la preferencia por la gestión coordinada o cooperativa de las competencias.

Hay que señalar que no se planteó en los más de treinta borradores elaborados, salvo en el debate interno, la posibilidad de supresión y fusión de municipios por debajo de un número determinado de habitantes. Tampoco se previó inicialmente la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) ni otros contenidos que fueron apareciendo posteriormente.

La introducción de la posibilidad de la reforma de esta ley orgánica se produjo en junio de 2012 y trajo como consecuencia la paralización temporal de la reforma de la LRBRL hasta finales de ese año. Los requerimientos políticos para sacar adelante esta nueva iniciativa obligaban a la búsqueda de mayores consensos, en especial con los partidos políticos. La mezcla de las dos reformas estuvo a punto de acabar con la primera, aunque, finalmente, solo la retrasó, y a la postre supuso el abandono de la segunda.

⁹ Díaz Lema, J. M., *Racionalización de las competencias locales*. Informe del INAP, 11 de abril de 2012 (mimeografiado).

El 13 de julio de 2012 se presentó ante el Consejo de Ministros una propuesta de reforma de la LOREG, que no procedía del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que reducía el número de concejales en 21 338, un 31,1 % menos de los existentes. Posteriormente, en noviembre de ese año la reducción se planteó en 10 705 concejales, esto es, un 15,5 % menos tras el debate que generó en la sociedad y en los partidos políticos y las negociaciones con la FEMP.

Sobre esta cuestión el INAP, entre otros informes, encargó un estudio sobre los aspectos que podría contener una reforma de la LOREG a la catedrática de Ciencia Política y de la Administración Lourdes López Nieto, que lo emitió en febrero de 2013. De manera sintética venía a afirmar que no parecía necesario ni conveniente introducir ninguna reforma electoral, ya que su resultado sería incierto.

En octubre de 2012, se retomaron los trabajos de la reforma centrándose, entre otros aspectos, en la regulación de las delegaciones. El liderazgo inicial del INAP en la reforma finaliza en enero de 2013 al pasar a su sede natural, que era la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, para tramitar los aspectos formales que conducirían a la aprobación del anteproyecto de ley el 18 de febrero de 2013 y al proyecto de ley de 6 de septiembre de ese año. En estos textos tendría un peso determinante la SGT.

3.2. El Instituto de Estudios Fiscales

En contra de lo que se manifestó en su momento, y todavía se sigue haciendo en la actualidad, sobre que no existieron estudios económicos o financieros sobre la reforma local, el IEF elaboró tres informes en 2012 que sirvieron de apoyo y fundamento a algunos aspectos muy significativos de los textos manejados durante todo el proceso de reforma.

El primero, *Notas para una posible reforma de las competencias de los entes locales a fin de eliminar los gastos impropios de los municipios*, se realizó en marzo de 2012 y se centró, a partir del estudio de la liquidación de varios ejercicios presupuestarios de una muestra significativa de municipios y comunidades autónomas, en los llamados gastos impropios¹⁰. Para ello se distinguió entre las acciones relacionadas con la atribución de competencias por parte del Estado y las que podían llevar a cabo las comunidades autónomas. Esto implicó considerar propuestas de revisión de las competencias y de su financiación, ya que estos dos aspectos están estrechamente vinculados.

De manera concreta, ese informe incluía una serie de propuestas, alguna de las cuales se alinean con las del Tribunal de Cuentas a la vez que con algún actor interno de la AGE:

- Diferenciar las actuaciones relacionadas con las competencias locales entre el Estado y las comunidades autónomas.
- Establecer un catálogo completo de competencias municipales, de forma escalonada según el tamaño del municipio, para aportar claridad al marco competencial local.
- Cuantificar las necesidades de financiación per cápita de los municipios, considerando un estándar medio de calidad y cantidad de servicios, para garantizar una financiación adecuada.
- Definir estándares de cantidad y calidad de los servicios locales para medir las necesidades de financiación y evitar demandas excesivas.
- Obligar a las comunidades autónomas a financiar las competencias que atribuyen a los municipios, incluyendo la transferencia de recursos necesarios y una memoria económico-financiera.
- Permitir que los municipios desarrollen competencias y servicios adicionales, pero su financiación sería responsabilidad de la hacienda municipal, exigiendo esfuerzos fiscales adicionales o ahorros en otros servicios.
- Mejorar la seguridad jurídica. Asignar de manera clara las responsabilidades financieras y la garantía de cobertura financiera para los servicios locales obligatorios.

En ese informe se estudió el gasto total de las competencias asociadas a los arts. 25.2 y 26.1 de la LRRL que ascendía a 23 300 millones de euros en 2010. Concluía que las competencias obligatorias estrictas estaban financiadas en un 94 %. El gasto impropio se considera como el origen de la situación de déficit estructural que soporta la plana municipal y que se cuantificó en 10 500 millones anuales o el 22 % del total. Además, se constató la existencia de un problema de coste de las competencias obligatorias en los

¹⁰ *Notas para una posible reforma de las competencias de los entes locales a fin de eliminar los gastos impropios de los municipios*. Informe del Instituto de Estudios Fiscales, 5 de marzo de 2012 (mimeografiado).

municipios inferiores a 5000 habitantes¹¹, lo que debería conducir a reforzar las entidades supramunicipales en la gestión conjunta de servicios.

En diciembre de 2012, el IEF, a partir del borrador de ley existente en esa fecha, emitió el *Informe sobre el ahorro potencial por establecimiento de un coste estándar en la prestación de servicios mínimos en el ámbito local*¹². Sus principales aportaciones fueron, de manera sintética:

- El ahorro correspondiente a la modificación de los arts. 25, 26 y 86 de la LRBRL estaría situado entre 3200 y 3800 millones anuales.
- Por lo que respecta al art. 26 del anteproyecto, las cifras oscilaban entre 1300 y 1700 millones de euros anuales.
- En el caso del art. 25 del anteproyecto, las cifras fluctuaban entre 550 y 780 millones de euros.
- La nueva redacción del art. 86 del anteproyecto podría alcanzar un ahorro entre 1300 y 1317 millones de euros anuales.

Con todo, la conclusión clave fue, como ya se había señalado en el informe anterior, que la eficiencia en la prestación de servicios municipales está fuertemente relacionada con el tamaño de la población, ya que municipios más grandes tienden a tener costos per cápita más bajos.

Los ahorros anteriores fueron modulados al establecer tres escenarios distintos teniendo en cuenta la realidad municipal y el rigor en la aplicación de la reforma. De esta manera, los ahorros oscilaban en el conjunto de las modificaciones realizadas entre 514 y 1337 millones anuales.

Este informe se completó poco después con un *Estudio complementario del Instituto de Estudios Fiscales* (densidad poblacional) que estableció que el ahorro podría llegar a 1725 millones anuales según el escenario que se eligiera¹³.

Como es sabido, el coste estándar y las medidas que conllevaba no se incluyeron en la redacción final de la norma por la presión de varios actores. Además, los ahorros producidos por la aplicación del resto de las previsiones de la norma se consideraron suficientemente significativos por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

3.3. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas

Si los actores anteriores tuvieron un papel significativo en la reforma local, su concreción normativa final correspondió a la SGT. Su participación, no obstante, fue permanente desde la elaboración del primer borrador articulado. A partir de enero de 2013, su papel director fue decisivo al asumir de manera efectiva la iniciativa hasta su publicación en el BOE y responsabilizarse de la redacción final y de incorporar, en su caso, las observaciones realizadas por otros actores, por los órganos de la AGE y por el Consejo de Estado.

Varias de las propuestas iniciales de la SGT se mantuvieron en la redacción final, mientras algunas decayeron. En resumen, la orientación de este actor se encaminó a reforzar la centralidad de la AGE y el control financiero del Ministerio de Hacienda en el ámbito local.

La SGT propuso inicialmente la supresión en el listado del art. 25.2 de la LRBRL del bienestar social, el transporte de mercancías y el fomento de la convivencia y participación ciudadana; de la autorización de la comunidad autónoma del acuerdo adoptado por las diputaciones para asumir forzosamente competencias mínimas municipales del art. 26, y del informe de la comunidad autónoma previo al acuerdo de la diputación para asumir servicios mínimos municipales a solicitud voluntaria de los propios municipios. Planteó ampliar el plazo de duración mínima de las delegaciones del Estado o las comunidades autónomas a los municipios de cuatro a cinco años del art. 27; propuso impedir que los municipios en los que la prestación de algún o algunos servicios fuera asumida por las diputaciones provinciales, los cabildos o los consejos insulares, de acuerdo con lo previsto en el 26.3, se integrasen en una mancomunidad ya existente y no pudieran crear una mancomunidad nueva y, finalmente, introdujo la revisión del listado del art. 86.2, eliminando el abastecimiento y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, el suministro de calefacción, los mataderos, los mercados y las lonjas centrales y el transporte público de viajeros.

¹¹ Según el IEF, el gasto per cápita en euros de las competencias obligatorias en los municipios de menos de 5000 habitantes se situaba en 2613,57 euros, mientras que en los municipios entre 5000 y 20 000 habitantes era de 708,11 euros.

¹² Informe del Instituto de Estudios Fiscales, 12 de diciembre de 2012 (mimeografiado).

¹³ *Estudio Complementario del Instituto de Estudios Fiscales* (densidad poblacional). Informe del Instituto de Estudios Fiscales, diciembre de 2012 (mimeografiado).

De cara a lo que sería el anteproyecto de 13 de julio de 2012, la SGT realizó una serie de observaciones entre las que hay que destacar: que sea el Gobierno de España el que defina los métodos y procedimientos para la evaluación de los servicios prestados por las entidades locales; la fijación de estándares de calidad para los servicios prestados para todos los municipios, para que sirvan de base para fijar los recursos financieros asignados por el Estado a las entidades locales, determinando la periodicidad y procedimiento de evaluación; que el nombramiento del personal directivo de las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares se efectúe entre funcionarios de carrera del subgrupo A1; que el número máximo de personal eventual de cada entidad local no podrá exceder de su número de concejales o diputados provinciales, según corresponda; sobre los consorcios, posibilitar que los agentes económicos del mercado puedan hacer aportaciones a su fondo patrimonial y que deberían formar parte de los presupuestos de la Administración a la que estén adscritos; evaluar los servicios públicos de todos los municipios; la disolución inmediata de una mancomunidad cuando uno de los municipios participantes haya sido sustituido en la titularidad del servicio por las diputaciones, consejos o cabildos insulares, y la disolución de todas las entidades locales menores de ámbito inferior al municipio (EATIM) existentes en el momento de entrada en vigor de la ley.

4. LOS ACTORES EXTERNOS DE LA REFORMA

4.1. La Federación Española de Municipios y Provincias

La FEMP fue, sin duda, el actor externo más relevante en la elaboración y aprobación final de la reforma local iniciada en marzo de 2012 y finalizada en diciembre de 2013. En abril del primer año, la Comisión de Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares de la FEMP presentó una serie de propuestas para abordar la crisis económica y fiscal que afectaba a las Administraciones públicas en España mediante la mejora de la gestión de los recursos, la modernización de la Administración y el fortalecimiento de la colaboración intermunicipal.

La comisión mantenía que la supresión de los municipios no garantizaba ahorros significativos y se abogaba por implantar reformas centradas en la mejora de la calidad democrática. Las propuestas se establecieron en las competencias, la financiación, el modelo de gobierno y el sistema electoral, promoviendo un modelo de autonomía provincial flexible. Se destacaba la importancia de la cooperación y la coordinación entre los ayuntamientos y las entidades intermedias, así como la importancia de la tecnología y la colaboración intermunicipal para mejorar la gestión de los recursos. Por lo que respecta a la distribución de competencias, debería basarse en los principios de subsidiaridad y eficiencia. En cuanto a la financiación, se deberían garantizar los recursos adecuados y se proponían instrumentos financieros específicos. También se sugería la creación de un órgano provincial en materia de gestión avanzada de los recursos humanos que profundizara en la profesionalización de la Administración pública.

La FEMP planteó desde el inicio del proceso de reforma una reivindicación histórica, como es que se institucionalizase en el texto de la ley su relevancia a los efectos de negociación territorial por ejemplo, participando junto con el Estado y las comunidades autónomas en los órganos de cooperación multilateral en los que se debatían asuntos que afecten a los intereses locales. Además, solicitó que se la considerara entidad colaboradora de la Administración en la gestión de las subvenciones de las que puedan ser beneficiarias las entidades locales y sus organismos dependientes. Esto figuró en las contestaciones de la FEMP a los borradores del anteproyecto de la reforma que se le presentaron. También realizó estas peticiones en las reuniones de la Comisión Nacional de Administración Local.

En el texto actual de la LRBRL, no se cita expresamente a la FEMP. En su lugar, la disposición adicional quinta 4 señala: «Las asociaciones de Entidades Locales de ámbito estatal con mayor implantación en todo el territorio ostentarán la representación institucional de la Administración local en sus relaciones con la Administración General del Estado» y la disposición adicional decimotercera se refiere a «la asociación de ámbito estatal más representativa». Más suerte tuvo la FEMP en la primera disposición adicional aludida, con la obtención de su consideración de entidad colaboradora, a la que se añadió la posibilidad de crear centrales de contratación a las que pudieran adherirse las entidades locales.

La relación de la FEMP con los órganos de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas fue continua, por lo que más que un cruce de documentación entre ambas partes, que los hubo, se produjo un diálogo permanente con la presidencia de la FEMP. Esta hizo de enlace con los otros órganos directivos de la asociación.

Los asuntos en los que se planteó un diálogo más intenso fueron los referidos a los servicios municipales; al traslado de los servicios mínimos a las diputaciones provinciales y su procedimiento; a la garantía de la financiación local en las competencias atribuidas o delegadas; a la actividad económica local; a la regulación del coste estándar; a las competencias «complementarias» y la evaluación de la sostenibilidad financiera y el cumplimiento de estándares de calidad en los servicios mínimos, y a la recuperación futura de competencias municipales perdidas por no cumplir los estándares de calidad. A esto se fueron añadiendo, entre otros aspectos, la supresión de determinadas competencias; las EATIM; los servicios municipales obligatorios que deben ser asumidos por las diputaciones provinciales; la regulación de los funcionarios con habilitación nacional; el alcance y las funciones de los interventores locales; la limitación en el nombramiento de eventuales, y la modificación de la ley electoral.

Hay que señalar que la FEMP mantuvo desde el principio la exclusión, que consideraba una reivindicación histórica, de las competencias municipales en materia de educación, sanidad y servicios sociales, aunque finalmente esta competencia se mantuvo en el ámbito municipal (Arenilla, 2015). Alcanzó a principios de 2013 un acuerdo con la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas en una serie de puntos significativos, entre ellos: potenciar el papel del alcalde en la valoración de estándares de calidad; regular la participación de entidades locales en los ingresos de las comunidades autónomas; reconocer el carácter institucional de la FEMP, y que el Estado retuviera la financiación autonómica de las comunidades autónomas que no abonasen a las entidades locales la financiación convenida en la delegación de competencias. Como se comprueba en el texto del BOE, no todas ellas se plasmaron en la ley debido a la intervención de otros actores del proceso de reforma.

Ambas partes entendieron que era complejo modificar la LOREG sin consenso político y de los Gobiernos locales, por lo que la propuesta de reducción de concejales se fue quedando pendiente hasta que se eliminó. Sí se avanzó en el apartado de las dedicaciones exclusivas de los concejales en la LRSAL, buscando un equilibrio entre los que se situaban en el Gobierno y en la oposición; y también se concretó la homologación de retribuciones municipales, situando la referencia máxima en las retribuciones de los secretarios de Estado.

Como se ha señalado, la FEMP no se limitó a contestar a los diferentes borradores de la Secretaría de Estado, sino que planteó desde el principio una serie de reivindicaciones propias. Entre ellas hay que destacar: defender la autonomía local; reformar la financiación local; abordar las competencias impropias y su financiación; incluir los principios que rigen el municipalismo en la exposición de motivos; crear una comisión mixta entre comunidades autónomas uniprovinciales y ayuntamientos para el traspaso de competencias; establecer un órgano de representación entre las comunidades autónomas y los ayuntamientos; formar parte del Consejo de Política Fiscal y Financiera, y participar en las plataformas de Interlocución de Coordinación Autonómica y Sectorial.

A pesar de que algunas de las propuestas y reivindicaciones de la FEMP no se plasmaron en el texto de la ley o no lo hicieron de forma plena al intervenir algunos actores internos de la AGE, sí que contó con el apoyo de otros, lo que permitió que se incluyeran de una manera matizada o se excluyeran algunas propuestas iniciales de la AGE. Esto sucedió en el caso de la regulación de las EATIM; el procedimiento de aprobación de los costes estándar; la intervención de los municipios de menos de 5000 habitantes; la autorización estatal del nombramiento de los interventores; la funcionarización de los directivos, directores generales y coordinadores; las aportaciones a las sociedades y las ampliaciones de capital, y la inclusión de excepciones y especialidades de las comunidades autónomas.

Es claro que el texto final no satisfizo del todo a la dirección de la FEMP, no solo por la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los principales partidos con los que se alineaban sus asociados, sino porque el proceso fue muy complejo e intenso y obligó a la cesión significativa en algunos aspectos. En otros casos no se le dio opción a la negociación.

El cambio en la presidencia de la FEMP como resultado de las elecciones locales de 2015 hizo que se entrara en una etapa beligerante contra la ley. Aunque se llegó a manifestar¹⁴ que se había paralizado su

¹⁴ Mientras se estaba corrigiendo este artículo, se publicó el «Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo» (BOE de 20 de diciembre de 2023). Los aspectos del régimen local afectados por esta ley se refieren a «acelerar y ampliar el despliegue de los servicios públicos locales», a través de medios digitales; actualizar y mejorar el padrón municipal; y una «evaluación de impacto, que incluirá aspectos de sostenibilidad presupuestaria». Resulta relevante y positiva la incorporación «como criterio de atribución competencial el principio de diferenciación, de acuerdo con la capacidad de gestión de las entidades correspondientes», así como «establecer un régimen especial para la gestión colaborativa de los servicios en municipios determinados de menor población». Se refuerza, de esta manera, el propósito de la LRSAL. Respecto a este tipo de gestión, hay que

aplicación hasta que se negociase una nueva financiación autonómica, lo cierto es que los mecanismos de control financiero y presupuestario, y el resto de disposiciones, salvo las escasas y no muy relevantes afectadas por el Tribunal Constitucional, se han mantenido incólumes hasta nuestros días.

4.2. Otros actores locales

4.2.1. *El Consejo General de los Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local (COSITAL)*

El Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP), mediante una enmienda de última hora en su tramitación en el Senado, atribuyó la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajo reservados a los funcionarios con habilitación, ahora denominados de carácter estatal, a las comunidades autónomas. Además, les asignó la competencia sobre la selección de estos funcionarios. Este aspecto no fue empleado por la mayoría de las comunidades autónomas y las que lo hicieron ofertaron pocas plazas, generando una reducción significativa de la plantilla funcional de esta escala.

El anuncio de la reforma local activó la reivindicación del Consejo General de los Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local (COSITAL) de volver a la situación previa al EBEP, medida que también figuraba en el programa electoral del Partido Popular. Esta reivindicación se concretó detalladamente en diciembre de 2012 y contenía diversos aspectos que ampliaban las funciones de esa escala: añadir a sus funciones las de carácter directivo de naturaleza gerencial que realmente venían desempeñando; la modificación de la regulación de acceso a las diferentes categorías; que la convocatoria de la oferta de empleo, con el objetivo de cubrir las vacantes existentes de los puestos de estos funcionarios, corresponda al Estado; que la selección, formación y habilitación de secretarios, interventores-secretarios e interventores-tesoreros corresponda al Estado a través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; que el Estado regule la creación, clasificación y supresión de los puestos reservados a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional; que el concurso sea el único sistema de provisión de los puestos de trabajo reservados a estos funcionarios y que se elimine el sistema de libre designación; que el ámbito territorial del concurso ordinario sea el estatal; que la Administración del Estado establezca las normas de los concursos para la provisión de puestos de trabajo; que sea competencia de la Administración del Estado la regulación del régimen disciplinario; la creación en el seno de la AGE, de un servicio de asistencia y coordinación de las entidades locales; la recuperación de la figura del secretario general del ayuntamiento y la supresión del secretario general del pleno; la supresión de los órganos de apoyo al concejal secretario de la junta de gobierno y del titular de la asesoría jurídica, y reservar como atribución del interventor la función de elaborar el anteproyecto de presupuesto.

Como es fácilmente constatable, no todas estas reivindicaciones se incorporaron al texto normativo, en especial las orientadas a incrementar la profesionalización del colectivo. La FEMP no mantenía la misma posición que COSITAL en varios de los aspectos señalados, tampoco algunos órganos internos de la AGE. Esto hizo que se desestimara en su momento incorporar en el texto de la LRSAL la regulación de los funcionarios habilitados, aludiendo que podría abordarse en el entonces previsto proyecto de ley sobre la función pública o, en su caso, en la tramitación parlamentaria. Finalmente, estas opciones no fueron las que se asumieron.

4.2.2. *Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM)*

Los borradores iniciales de la LRSAL excluían a las EATIM de la condición de entes locales partiendo del título competencial que le otorga al Estado el art. 149.1.18 para definir el régimen jurídico de las Administraciones públicas y configurar el contenido de la autonomía local, en este caso reduciendo las competen-

apuntar que no se vuelve a la redacción del art. 28 anterior a la LRSAL que establecía que los municipios podían «realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente», aunque parece dejar al margen a las diputaciones provinciales. Las modificaciones también alcanzan las medidas a fomentar la participación ciudadana con la finalidad de implementar «mecanismos digitales que faciliten la accesibilidad de los vecinos y empresas a los servicios públicos». Se puede concluir que estas modificaciones no alteran la orientación de la LRSAL hacia la sostenibilidad financiera, la estabilidad presupuestaria y la calidad de los servicios, sino que la consolida. Este hecho viene a confirmar que la reforma local de 2013 fue *realizada* por el Ministerio de Hacienda. No obstante, por lo que respecta a la Escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, se ratifica la ruptura de su regulación única para el conjunto del Estado en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que ya se efectuó a partir de 2022.

cias de las entidades locales y de las comunidades autónomas, posición que fue respaldada por el Tribunal Constitucional (Bayona, 2017, pp. 286-287 y 292).

En algún borrador se mantuvo la posibilidad de que coexistieran dos tipos de EATIM, con personalidad jurídica o sin ella, dependiendo de si se habían constituido antes o después de la entrega en vigor de la ley. Esta posibilidad se desechó finalmente al suprimir la personalidad jurídica para todas ellas, considerándolas como organizaciones desconcentradas del municipio y dificultando su creación. También se manejó la alternativa de que solo se establecieran requisitos generales más estrictos para la creación de una nueva EATIM, entre los que se encontraba el cumplimiento de sus obligaciones de rendición de cuentas.

La propuesta de disolución de las EATIM y su concreción en el primer anteproyecto presentado ante el Consejo de Ministros el 13 de julio de 2012 provocó la movilización de las entidades locales en varios puntos de España durante ese año. Las diversas asociaciones que las reunían solicitaban, claro es, la supresión de la disolución y que estuviesen representadas en la Comisión Nacional de Administración Local. Además, pedían una interlocución directa con la Secretaría de Estado en la negociación de la regulación, al margen del cauce que ya tenía establecido la FEMP para ellas.

El Tribunal de Cuentas venía recomendando, al menos desde 2006, la modificación de la LRBRL en lo que afectaba a las EATIM. El 85 % no rindieron cuentas en los ejercicios 2006 a 2008 y mayoritariamente no elaboraban presupuestos, ni llevaban contabilidad, por lo que el dinero público que administraban carecía de todo control. Esto llevó a la recomendación de someter a estas entidades a controles regulares, al menos cada cuatro años, para evaluar la calidad y adecuación de los servicios municipales que ofrecen, su impacto en las finanzas municipales y su viabilidad económica y administrativa. Además, se pidió que estas entidades colaborasen plenamente en estos controles. También se recomendó que las cuentas de las entidades locales menores dentro del municipio se presentasen junto con la cuenta general de la entidad local.

El texto final tomó cuenta de estas recomendaciones al prever en el 116 bis 2. e) que las EATIM pueden suprimirse si en el ejercicio presupuestario inmediato anterior han incumplido con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. Finalmente, en la disposición transitoria cuarta de la LRSAL se prevé la disolución de las EATIM mediante decreto del órgano de gobiernos de la comunidad autónoma en el caso de que no presenten sus cuentas.

4.2.3. La Asociación de Empresas Públicas Locales de Interés General (Red ELIGE)

Este actor representa al sector empresarial público de ámbito municipal y de otras entidades locales. Cumplió el doble papel de aliado de los órganos promotores y directores de la reforma para que conocieran en profundidad la compleja y amplia realidad de este sector, así como de grupo de interés que formuló sus reivindicaciones en sectores muy relevantes de los servicios municipales. Su planteamiento fue el de considerar que la reforma presentaba una oportunidad para mejorar el buen gobierno en las empresas públicas locales y para mantenerse como entidades eficientes y transparentes en su funcionamiento. Para ello realizaron a finales de 2012 una serie de propuestas para reformar y regular sus consejos de administración, aunque con ellas ya se habían mantenido varios contactos desde el comienzo del proceso. En síntesis, esas propuestas fueron: limitar el número máximo de consejeros a doce; introducir consejeros independientes con experiencia en el sector empresarial o en la gestión empresarial; reducir la influencia de tendencias políticas en la toma de decisiones; establecer requisitos previos de formación y capacitación para los consejeros; asegurarse de que los consejeros comprenden sus responsabilidades y estén informados sobre el funcionamiento de la empresa, sus activos y obligaciones, y regular la función de la comisión de auditoría y control interno como una comisión delegada del consejo.

En su faceta de asesoramiento, elaboraron un estudio detallado sobre el impacto del anteproyecto de la LRSAL en estas empresas públicas locales en marzo de 2013 que se realizó sobre 1134 empresas y que fue de gran utilidad para perfilar la redacción final. No obstante, no todas las propuestas tuvieron cabida en la norma. ELIGE fue muy activa en el seguimiento de las competencias que podían dejar de ser atribuidas a los municipios, ya que afectaban directamente a sus asociados en algunas áreas sensibles, como, por ejemplo, el empleo.

La Red ELIGE actuó también como conexión con las grandes asociaciones de entidades prestatarias de servicios públicos locales como las de transporte público urbano, abastecimiento y saneamiento de aguas y limpieza pública y cuidado del medioambiente que estuvieron atentas a la reforma desde el primer momento.

4.3. Las comunidades autónomas

Las comunidades y ciudades autónomas fueron consultadas a partir de julio de 2012 enviándoseles el primer borrador de anteproyecto de la LRSAL de finales de mayo. Con varias de ellas se mantuvieron encuentros, toda vez que algunas estaban tramitando proyectos legislativos de reforma local. En marzo de 2013, se formalizaron de nuevo los contactos con el borrador disponible en aquel momento, esto es, unos pocos meses antes de la aprobación del anteproyecto de ley en julio de este año.

Como es lógico, la dispersión de las respuestas fue amplia, aunque hubo una serie de aspectos en los que coincidieron muchas o casi todas en la última consulta realizada:

- Mejorar la redacción del texto para evitar las imprecisiones y las discordancias.
- Incluir una cláusula general de financiación local que permita hacer frente al potencial trasvase de competencias.
- Incremento de la financiación autonómica en materia de sanidad, educación y servicios sociales.
- Sustituir el coste estándar de los servicios por el coste efectivo. Redactar un precepto que establezca los elementos centrales del real decreto con base en el que se efectuaría la evaluación.
- Algunas comunidades autónomas señalaron que la atribución de competencias extraestatutarias en materia de sanidad, educación y servicios sociales quebraba el procedimiento de asignación de competencias a las comunidades autónomas.
- Crítica generalizada a la asunción de nuevas competencias, ya que se estimaba que generarían problemas con la incorporación de nuevo personal a las comunidades autónomas y podría desembocar en la inviabilidad de continuar prestando los servicios.
- Discrepancias con el proceso de transferencia de servicios de los municipios a las diputaciones provinciales.
- Eliminación de las competencias delegadas del art. 27.2.
- No supresión de las EATIM (o desacuerdo en el mecanismo de su evaluación).
- Discrepancias en la regulación sobre la provisión de los habilitados nacionales y su régimen sancionador.
- Rechazo a la intervención de municipios con población inferior a 5000 habitantes.
- Disconformidad sobre las retribuciones de los alcaldes.
- Discrepancia sobre las limitaciones de las dedicaciones exclusivas y sobre el personal eventual.

Si se observa el texto final, se comprobará que en algunos aspectos sustanciales las comunidades autónomas asumieron parcialmente el papel de *portero* al efectuar una especie de veto en la negociación en la que habían tenido un peso muy significativo la FEMP. Esta posibilidad ya se había advertido al promotor de la iniciativa desde los primeros documentos que se elaboraron para la reforma.

Finalmente, la aplicación de la ley quedó matizada por la interpretación realizada en las diversas comisiones bilaterales mantenidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y las comunidades autónomas con el fin de evitar conflictos de constitucionalidad. Además, estas redactaron sus propias leyes para tratar de mantener el sistema de distribución de competencias previo a la LRSAL. No obstante, estas actuaciones e interpretaciones no afectaron al objeto esencial de la LRSAL, suponiendo su aplicación un cambio sustancial en la manera en la que los entes locales españoles ejercen la gestión financiera y presupuestaria y en dependencia de la AGE en estos aspectos, además de la reducción de su autonomía y la de los entes regionales en el ámbito local.

4.4. El Consejo de Estado

Sin duda, este organismo goza de un prestigio y una legitimidad que hacen que sus dictámenes sean tenidos en cuenta por las autoridades que los solicitan, aunque, como sabemos, en general, no sean preceptivos ni vinculantes. No obstante, pueden surgir discrepancias sobre la interpretación de determinadas propuestas normativas entre los servicios técnicos y jurídicos de la AGE y el Consejo, como sucedió en la reforma local. En este caso, constan dos dictámenes: uno para el anteproyecto que fue emitido el 26 de junio de 2013 y otro para estudiar la interposición por numerosos municipios de un conflicto en defensa de la autonomía local contra la Ley que se emitió el 22 de mayo de 2014. En el primer caso, no se incorporaron todas sus observaciones y se optó porque fuera el Tribunal Constitucional quien resolviera las discrepancias.

El primer dictamen puso en evidencia lo que ya se sabía: la redacción, tras numerosos borradores que incorporaron muchas propuestas de muy diferentes actores, era mejorable en términos de redacción, coherencia y técnica normativa; lo mismo señaló el Consejo de Estado respecto de la MAIN. Este mantuvo que debía invocarse como base de la competencia para el anteproyecto el art. 135 de la Constitución y no el 149.1.13; solicitó una regulación más detallada del coste estándar para evitar que afectase a la autonomía municipal; planteó su preocupación sobre cómo la traslación de competencias a la diputación provincial podría afectar a esa autonomía; señaló la necesidad de reconsiderar la regulación en relación con las mancomunidades y las EATIM para evitar conflictos de competencias con las comunidades autónomas; sugirió que el redimensionamiento del sector público local se limitase a los casos específicos en los que se constatará una situación deficitaria, y criticó, en relación con el control financiero y presupuestario, que la resolución de las discrepancias entre el presidente y el órgano interventor, recayese en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y no en la comunidad autónoma. Una parte de estas propuestas se incorporaron en los textos siguientes.

Una vez aprobada la ley, el Ayuntamiento de Barcelona y 2392 municipios hicieron uso por primera vez de la posibilidad que ofrecía la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de plantear ante el Tribunal Constitucional un conflicto en defensa de la autonomía local y solicitaron un dictamen al Consejo de Estado. El conflicto se basaba en tres fundamentos principales:

- La ley producía un desapoderamiento competencial de los municipios, al entender que los arts. 25.2 y 26.2 de la nueva redacción dada por la LRBRL implican una pérdida de competencias por parte de los municipios.
- La inclusión de mecanismos de tutela y de controles de oportunidad en varios artículos y disposiciones.
- La vulneración del principio democrático y del derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos a través de la disposición adicional decimosexta de la LRSAL al excluir al pleno de los municipios de ciertas decisiones importantes en caso de no alcanzar una mayoría requerida en la primera votación.

El Consejo de Estado entendió que podría afectar a la autonomía local la nueva redacción del art. 26.2, que abordaba la prestación de servicios por parte de las diputaciones o la implementación de fórmulas de gestión compartida en municipios con una población inferior a 20 000 habitantes, así como la indefinición de un escenario en el cual los municipios no estén de acuerdo con la forma de gestión propuesta por la diputación provincial. Además, subrayó que la participación de las diputaciones en la provisión de los servicios municipales podría resultar en la transferencia de competencias desde los municipios a las provincias, lo que avalaba la presentación de un conflicto en defensa de la autonomía local. Esta justificación se entendía extensible al art. 116 ter referido al coste efectivo de los servicios.

En cuanto a la competencia de la junta de gobierno local para aprobar los presupuestos, los planes y las medidas necesarios por motivos de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, el Consejo de Estado dictaminó que la disposición adicional decimosexta podría socavar el principio democrático al excluir al pleno de ciertas decisiones significativas. Esto lo consideró una amenaza para la autonomía local y, por lo tanto, justificaba la iniciación de un conflicto.

Sin embargo, no consideró que existieran argumentos jurídicos suficientes que respaldase la presentación de un conflicto en defensa de la autonomía local respecto a la nueva redacción de los arts. 7.4, 25.2, 57.3, 85, 92 bis, 116 bis y de la disposición adicional novena de la LRBRL, ni de los arts. 213 y 218 de la LHL. En definitiva, a pesar del llamativo y publicitado conflicto presentado por un número muy significativo de municipios, el dictamen del Consejo de Estado circunscribió el posible ataque a la autonomía local a unos aspectos muy concretos, centrado en el modelo planteado de relación forzada entre los municipios y sus diputaciones provinciales. Quedaba expedita, como así sucedió, la puerta para acceder al actor definitivo, el Tribunal Constitucional.

4.5. El Tribunal Constitucional

Varias instituciones de las comunidades autónomas y, como se acaba de señalar, un numeroso grupo de municipios interpusieron varios conflictos de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por la LRSAL, cuya resolución no afectó a la limitación de la autonomía local que efectuaba la ley, tampoco al nuevo modelo de intervención económica, presupuestaria y financiera de los entes locales, esto es, a la adecuación

a la LOEPSF, ni al modelo municipal, aunque sí afectó a algunos de los aspectos de la reordenación de las competencias municipales¹⁵.

Sobre esta última cuestión y de una manera sintética, el Tribunal Constitucional consideró que la eliminación de ciertas competencias locales en la reforma del art. 25.2 de la LRBRL por la LRSAL no violaba la autonomía local. Por otra parte, en la atribución de nuevas competencias locales entendió que no había inconveniente que se sometiera a la evaluación de la eficiencia, la estabilidad y la sostenibilidad financieras. Sin embargo, se declararon inconstitucionales las disposiciones que no permitían la «devolución» de las competencias a los entes locales, incluso cuando el legislador autonómico lo deseara y se cumpliera con las exigencias del art. 25.3, 4 y 5. Esto se alinea con la interpretación de que el Estado solo puede impedir que se ejerzan competencias a nivel local cuando tenga autoridad en la materia en cuestión, al mismo tiempo que únicamente las comunidades autónomas pueden asignar competencias o vetar su ejercicio en el ámbito local en las áreas que les conciernan (Bayona, 2017, pp. 295-297).

El Tribunal Constitucional otorga un carácter expansivo a la competencia «régimen jurídico» del art. 149.1.18 para establecer normas básicas locales derivadas del art. 135. Permite al Estado regular un modelo municipal común que puede reducir las competencias que hasta ese momento habían desarrollado las comunidades en ese ámbito (Bayona, 2017, pp. 287-290).

Por lo que respecta a la decisión de suprimir las referencias a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud y de la prestación de servicios sociales, el Alto Tribunal entendió que no se respetaba la potestad de organización de las comunidades autónomas, que deben decidir si se atribuyen o no competencias a los municipios en las áreas de su competencia. Lo mismo sucede con la prestación de los servicios relativos a la inspección y control sanitario de mataderos, industrias alimentarias y bebidas que hasta ese momento vinieran prestando los municipios. Sin embargo, no es el caso de la asunción autonómica de las competencias en materia de educación, ya que no la considera inconstitucional (Carbonell, 2023, pp. 15-16).

Podría decirse que los sucesivos añadidos al propósito inicial de adecuar la LRBRL, primero al art. 135 de la Constitución y luego a la LOEPSF, fueron cayéndose en el proceso político debido a algunos actores políticos, a algunos actores internos de la AGE y, finalmente, al Tribunal Constitucional. Esto afectó especialmente a la recentralización de algunas competencias municipales, a determinados aspectos del incremento notable del control local de la Hacienda Pública estatal y al régimen electoral municipal.

4.6. Los partidos políticos

Los contactos de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas con los partidos políticos no se limitaron a la tramitación del proyecto en las cámaras legislativas. A partir de julio de 2012 se realizaron reuniones con los principales partidos representados en las Cortes Generales. Fruto de esos contactos se produjeron matizaciones o alteraciones en los textos que se manejaron en cada momento. Los partidos representados en las cámaras también remitieron escritos formales sobre el anteproyecto de ley.

Las posiciones de los principales grupos políticos de la oposición sobre el anteproyecto de ley que circuló a principios de julio de 2012 fueron las siguientes:

1. AMAIUR: se opuso al proyecto de ley afirmando que amenazaba a la autonomía municipal y desacreditaba a los alcaldes y los concejales. Argumentó que reduciría la capacidad de asociación entre las entidades locales y abriría la puerta a la privatización de los servicios, lo que afectaría a su calidad.
2. BNG: criticó la reforma por ser centralista y homogeneizadora. Mantuvo que invadía las competencias autonómicas, promovía la intervención del Estado y limitaba la capacidad de los ayuntamientos. También señaló que no respetaba la singularidad de Galicia.
3. CIU: sostuvo que el proyecto de ley atacaba la autonomía local y que no respetaba las competencias autonómicas sobre el régimen local. También criticó la falta de adecuación a las singularidades e instituciones de Cataluña.

¹⁵ Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL fueron: sentencia 41/2016, de 3 de marzo; sentencia 111/2016, de 9 de junio; sentencia 168/2016, de 6 de octubre; sentencia 180/2016, de 20 de octubre; sentencia 44/2017, de 27 de abril; sentencia 45/2017, de 27 de abril; sentencia 54/2017, de 11 de mayo; sentencia 93/2017, de 6 de julio; sentencia 101/2017, de 20 de julio, y sentencia 107/2017, de 21 de septiembre.

4. COMPROMÍS-EQUO: consideró que el proyecto de ley no aborda los problemas reales de las Administraciones locales y acusó al Gobierno de despreciar a la Administración más cercana al ciudadano. También criticó la falta de suficiencia financiera y de control democrático.
5. ESQUERRA: acusó al proyecto de ser centralista y homogeneizador. Argumentó que no abordaba la financiación local y que ignoraba las singularidades de Cataluña en el ámbito local.
6. GEROA BAI: sostuvo que la reforma era un ataque sin precedentes a la autonomía local y que nacía de una unilateralidad sin consenso. Argumentaba que impulsaba una recentralización del Estado y promovía la privatización de los servicios públicos locales.
7. IU: consideró que la reforma suponía la demolición del modelo de gestión pública local y que atentaba contra la autonomía local. Criticó la intervención del Estado y el fortalecimiento de las diputaciones provinciales.
8. PNV: mantuvo que el proyecto no garantizaba la autonomía local y vulneraba las competencias de las comunidades autónomas. Argumentó que no abordaba el problema de la financiación local y que ignoraba la singularidad del régimen local en Euskadi.
9. PSOE: criticó la reforma propuesta argumentando que reducía las competencias locales, limitaba la autonomía política de los municipios y favorecía la intervención del Estado y de las diputaciones provinciales. Consideró que la reforma atentaba contra la igualdad territorial y la calidad democrática de las instituciones locales. No obstante, la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas había mantenido alguna reunión con este partido y alcanzó algunos principios de acuerdo informales a finales de 2012.
10. UPyD: opinó que la reforma no resolvía los problemas de las corporaciones locales y que reforzaba el papel de las diputaciones provinciales, lo que podía llevar a la ineficacia en la prestación de los servicios públicos. Además, criticó la falta de simplificación de las estructuras municipales.

El valor de estas posiciones en el texto definitivo fue, como es lógico, muy distinto dependiendo del peso de cada partido en las cámaras y en el territorio y de los acuerdos entre el Gobierno y el Partido Popular (PP) con algunos de ellos. Un indicio sobre el resultado de la influencia de los partidos en el texto final de la ley se puede contemplar en la regulación sobre las singularidades de algunos territorios.

El papel del PP no se limitó a seguir las directrices del Gobierno, sino que le trasladó la posición de los intereses en juego en algunas comunidades y ciudades autónomas respecto a la reforma local. Esto tuvo su reflejo en la redacción final de la ley.

Desde el primer borrador se buscó un acuerdo por parte del promotor de la reforma con los principales partidos de la oposición. Se encontraron principios de acuerdo a partir del primer borrador sobre el control de las actividades económicas de los ayuntamientos y sobre la supresión de las competencias de sanidad y de educación. Sin embargo, existían discrepancias significativas sobre los estándares de calidad o el fortalecimiento de las diputaciones provinciales. Finalmente, las posiciones generales de cada partido en relación con el Gobierno pesaron más que el debate sobre los aspectos concretos de la reforma. Esto se evidenció a finales de 2012.

4.7. La Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)

Se han señalado los actores esenciales en el proceso de la reforma local y se han recogido en apartados específicos. En el caso del Tribunal de Cuentas se ha optado por incluir sus propuestas en diversos lugares del capítulo para establecer con más precisión su influencia en la LRSAL.

Entre los actores que hay que destacar se encuentra la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA). A diferencia de lo que ocurrió con la Comisión para la Reforma Administrativa (CORA) y las leyes que se enmarcaron en ella, como las muy relevantes Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, desde un primer momento se quiso contar con la academia en la reforma local y más concretamente con dicha asociación.

La AEPDA remitió a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas las conclusiones del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo de febrero de 2013 (AEPDA, 2013). Entre ellas se recogía la amplia diversidad de opiniones que surgieron durante el congreso; la marcada diversidad en los municipios españoles en términos de tamaño, demografía y características económicas; la dependencia de ingresos relacionados con la actividad urbanística tiene un impacto significativo en la situación económica de los municipios; las fusiones generalizadas de municipios no se perciben como una solución universalmente adecuada, ya que las condiciones demográficas y territoriales varían conside-

rablemente en todo el país; la reorganización de funciones y competencias municipales podría llevar a una prestación más eficiente de los servicios públicos; la capacidad de las diputaciones provinciales para proporcionar servicios municipales directamente debe ser evaluada, al igual que los efectos de «provincializar» los servicios municipales; la necesidad de revisar el sistema de representación política en las diputaciones provinciales; la necesidad de mejorar los mecanismos de control en las Administraciones locales, garantizando la independencia y la calidad técnica de su ejercicio, y el debate sobre la planta municipal es parte integral de una reorganización más amplia del sistema local y público.

En abril de 2013 la AEPDA, tras la petición efectuada por el INAP el 11 de febrero de 2013, entregó un texto articulado alternativo elaborado por varios especialistas en derecho local, que, como todas las propuestas del resto de actores, fue debidamente estudiado y remitido a los órganos correspondientes, aunque su influencia no fue realmente significativa.

5. CONCLUSIONES

La reforma local en España fue el resultado de la combinación de diversos intereses y actores en juego en un momento y contexto determinados, que asumieron papeles distintos y se movieron en círculos no siempre coincidentes. Las autoridades y organismos de la Unión Europea impulsaron y controlaron los ajustes y las reformas realizados durante la crisis que comenzó en 2008. Hubo, por tanto, una necesidad objetiva de adaptar la legislación local a la grave crisis económica y financiera. La reforma de la LRBRL y de la LHL se enmarcó en un paquete de medidas de reducción de control del sector público español.

El INAP recibió el mandato de formular las líneas de la reforma local en marzo de 2012. La finalidad era que se ajustase a los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera establecidos en la modificación constitucional del art. 135 de septiembre de 2011. Por su parte, el IEF fundamentó la base financiera de la reforma y, en los informes que emitió, destacó la importancia del tamaño de la población en la eficiencia de la prestación de servicios municipales.

La SGT del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tuvo un papel central en la concreción normativa de la reforma local, enfocándose en reforzar la centralidad y el control financiero del Ministerio de Hacienda en el ámbito local.

La FEMP estuvo involucrada permanentemente en todo el proceso, aunque el texto final no satisfizo completamente sus expectativas. Otro de los actores locales, COSITAL, planteó la idea de volver a la situación previa al EBEP, pero no logró que la reforma incluyera las reivindicaciones de una mayor profesionalización de los habilitados nacionales. Además, el Tribunal de Cuentas recomendó la modificación de la Ley de Régimen Local con relación a las EATIM debido a la falta de control financiero en estas entidades. Finalmente, la red ELIGE representó al sector empresarial público municipal y a las grandes asociaciones de entidades prestatarias de servicios públicos locales y asesoró en la reforma, aunque no todas sus propuestas fueron incluidas en la norma.

Las comunidades autónomas ejercieron una especie de veto en algunos aspectos esenciales de la reforma, a pesar de la influencia de la FEMP en la negociación. La aplicación de la ley fue matizada por la interpretación en comisiones bilaterales entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y las comunidades autónomas para evitar conflictos constitucionales. Aunque estas aprobaron sus propias leyes para mantener el sistema de competencias previo a la LRSAL, la aplicación de esta ley ha cambiado sustancialmente la forma en que las entidades locales españolas gestionan sus competencias y finanzas y su relación con la AGE y los organismos de control financiero, dando como resultado la reducción de su autonomía y un mayor control.

El Consejo de Estado emitió dictámenes que influyeron en el proceso, aunque surgieron discrepancias con los servicios técnicos y jurídicos de la AGE en la interpretación de algunas propuestas normativas que acabó resolviendo el Tribunal Constitucional. Por su parte, las sentencias de este avalaron el modelo de reforma local en su adaptación al art. 135 de la Constitución, aunque afectaron a algunos aspectos relacionados con la reorganización de las competencias municipales.

Los partidos políticos tuvieron un impacto variable en el texto final de la ley, dependiendo de su peso en las cámaras y el territorio, así como de los acuerdos con el Gobierno y el Partido Popular.

Por último, a diferencia de otras reformas legislativas, como las enmarcadas en la CORA, se buscó la participación de la academia, en este caso con la colaboración de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, que presentó un texto alternativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AEPDA (2013). *Conclusiones del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013).
- Arenilla Sáez, M. (2015). Génesis y finalidad de la reforma local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (extra), 11-18. <https://doi.org/10.24965/reala.v0iExtra.10220>
- Arenilla Sáez, M., Pérez Guerrero, P. L. y Romera Jiménez, O. (2014). El impacto de la reforma local española en los servicios sociales. En J. M. Díaz Lema (coord.), *Sostenibilidad financiera y administración local: un estudio comparado* (pp. 185-259). Tirant lo Blanch.
- Baño León, J. M. (2020). Autonomía y competencias locales. *Documentación Administrativa*, (6), 8-15. <https://doi.org/10.24965/da.i6.10761>
- Barrero Rodríguez, C. (2023). Presentación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 6-7. <https://doi.org/10.24965/reala.11214>
- Bayona Rocamora, A. (2017). La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias. *QDL: Cuadernos de Derecho Local*, (43), 284-305.
- Carbonell Porras, E. (2023). Las competencias locales diez años después de la LRSAL *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 8-28. <https://doi.org/10.24965/reala.11192>
- Delgado Ramos, D. (2022). Un balance constitucional de la estabilidad presupuestaria: la reforma del art. 135 de la Constitución diez años después. En D. Delgado, L. I. Gordillo y C. Rosado (coords.), *La reforma del art. 135 de la Constitución diez años después* (pp. 83-132). Thomson Reuters Aranzadi.
- Dente, B. y Subirats Humet, J. (2014). *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Ariel.
- Díaz Lema, J. M. (2012). El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española? En T. Font i Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2012. Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?* (pp. 47-91). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- FEMP (2019). *Compromiso con la financiación local. XII Pleno de la Federación Española de Municipios y Provincias*. https://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/declaracion_compromiso_con_la_financiacion_local.pdf
- Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (2014). La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional? En T. Font i Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2013. ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013* (pp. 11-45). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Muller, P. (2010). *Las políticas públicas*. Universidad Externado de Colombia.
- Romera Jiménez, O. y Cutrín Domínguez, M. (2014). Comentarios a la reforma de la Administración local. *CUNAL: Revista de Estudios Locales*, (168), 28-50. <https://www.revistacunal.com/reforma-local-b/2237-comentarios-a-la-reforma-de-la-administracion-local>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
 Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
 Recibido: 23-08-2023
 Modificado: 24-10-2023
 Aceptado: 15-11-2023
 Prepublicado: 12-01-2024
 Publicado: 15-04-2024
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11252>
 Páginas: 237-257

Referencia: Magallón-Salegui, J. (2024). La situación de la Administración electrónica en el ámbito local a la luz de varios informes. Atención particular al caso de Aragón. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 237-257. <https://doi.org/10.24965/reala.11252>

La situación de la Administración electrónica en el ámbito local a la luz de varios informes. Atención particular al caso de Aragón

The situation of electronic Administration at the local level by the light of two reports. Particular attention to the case of Aragon

Magallón-Salegui, Jaime

Universidad de Zaragoza. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9544-6229>

jmagallon@unizar.es

NOTA BIOGRÁFICA

Personal investigador en formación en Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza.

RESUMEN

Objetivos: existen diversas obligaciones que cumplir en materia de Administración electrónica por parte de las Administraciones públicas, de conformidad con las leyes 39 y 40/2015, que recogieron una apuesta decidida por la tramitación electrónica de los procedimientos. La consecución de este objetivo se fue posponiendo a través de las sucesivas *vacatio legis* hasta el 2 de abril de 2021, fecha de entrada en vigor del desarrollo reglamentario en esta materia con el Real Decreto 203/2021. **Metodología:** el estudio se basa en la literatura académica, el marco normativo tanto europeo como nacional sobre esta cuestión y en varios informes sobre el estado de cumplimiento de las diversas obligaciones en materia de Administración electrónica, focalizándose la atención en las Administraciones locales; en particular, de Aragón. **Resultados:** se detecta una mejora en la implantación de los diversos componentes de la Administración electrónica por parte de las Administraciones locales, concepto holístico que comprende más aspectos que la mera incorporación de equipos, si bien persiste un incumplimiento desigual de sus obligaciones en esta materia. **Conclusiones:** dado que el estándar de cumplimiento es igual para todas las Administraciones, resulta necesario reforzar la colaboración con las Administraciones locales para disminuir la brecha existente.

PALABRAS CLAVE

Administración electrónica; Administraciones locales; colaboración interadministrativa; competencias locales; servicios locales.

ABSTRACT

Objectives: There are various obligations to comply with in matters of electronic administration by public administrations, in accordance with Laws 39 and 40/2015, which included a decided commitment to the electronic processing of procedures. Objective whose achievement was postponed through successive *vacatio legis* until April 2, 2021, the date of entry into force of the regulatory development in this matter with Royal Decree 203/2021. **Methodology:** the study is based on academic literature, the European and national regulatory framework on this issue and several reports about the state of implementation with obligations regarding electronic administration, focusing on local administrations, particularly in Aragon. **Results:** There has been an improvement in the implementation of the various components of eGovernment by local administrations, a holistic concept that encompasses more than the mere incorporation of equipment, although there is still an uneven fulfilment of their obligations in this area. **Conclusions:** Given that the

standard of compliance is the same for all administrations, it is necessary to strengthen collaboration with local administrations in order to reduce the existing gap.

KEYWORDS

Electronic administration; local administrations; inter-administrative collaboration; local competences; local services.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LAS DINÁMICAS POBLACIONALES Y LA EXPANSIÓN DE LAS TIC COMO MOTOR DE CAMBIO EN LA ESFERA LOCAL. 2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: QUÉ ES, DÓNDE SE REGULA, CUÁL ES SU SITUACIÓN REAL. 2.1. NOCIÓN DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. 2.2. MARCO NORMATIVO EUROPEO Y NACIONAL. 2.3. EL CONTEXTO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: FUENTES DE INFORMACIÓN Y NECESIDAD DE PLANIFICACIÓN. 2.3.1. Profusión de informes, que dificultan disponer de un panorama claro, pero que permiten deducir determinados rasgos de la Administración electrónica española. 2.3.2. La planificación estatal en materia de Administración electrónica. 2.3.2.1. La implantación de una política pública requiere previa planificación. 2.3.2.2. La diversidad de planes estatales. En particular, el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas (2021-2025). 2.3.3. Sin información precisa, planificación, medidas concretas, control y presupuesto no habrá política eficaz ni gasto eficiente en materia de Administración electrónica. 3. LA REALIDAD LOCAL EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. 3.1. HETEROGENEIDAD DE LA PLANTA LOCAL PERO HOMOGENEIDAD DE OBLIGACIONES. 3.2. LAS OBLIGACIONES EN TORNO A LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN EL ÁMBITO LOCAL Y SUS DIFICULTADES ESPECÍFICAS. LOS DATOS QUE SE DESPRENDEN DEL INFORME IRIA. 3.2.1. Políticas de transformación digital. 3.2.2. Servicios públicos electrónicos. 3.2.3. Impulso en la transformación interna. 3.2.4. Gobierno abierto. 3.2.5. Infraestructura para llevar a cabo la Administración electrónica. 3.2.6. Personal y gastos TIC. 3.3. NECESARIA COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA DE LOS ENTES LOCALES INTERMEDIOS. 4. EL CASO DE ARAGÓN: EL INFORME DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE 2021 Y SUS PRINCIPALES SEÑALAMIENTOS. 4.1. FINALIDAD DEL INFORME Y REALIDAD LOCAL ARAGONESA. 4.2. LAS PRINCIPALES OBSERVACIONES DEL INFORME: FALTA DE PLANIFICACIÓN, INSUFICIENTE ASISTENCIA POR PARTE DE LAS DIPUTACIONES Y NECESIDAD DE MAYORES INVERSIONES EN LA MATERIA. 4.2.1. Las diputaciones provinciales. 4.2.2. Los nueve municipios aragoneses con población entre 10 000 y 20 000 habitantes. 4.2.3. Los restantes municipios con población inferior a 20 000 habitantes. 4.3. RESULTADO QUE EXTRAER: IMPORTANTE INCUMPLIMIENTO EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. 5. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN: LAS DINÁMICAS POBLACIONALES Y LA EXPANSIÓN DE LAS TIC COMO MOTOR DE CAMBIO EN LA ESFERA LOCAL

Si bien se podrían mencionar otros, y el acontecer de estos no se produce de manera exclusiva en este ámbito, dos dinámicas o procesos confluyen en la esfera local como si de dos funciones que se cortan en una gráfica se tratase: la evolución demográfica y el influjo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). En cuanto a la primera, mientras que la población mundial no deja de crecer (y la de nuestro país sigue esa tendencia, aunque no al mismo ritmo, con lo que algunos municipios incrementan su número de vecinos), buena parte de ellos la han estado perdiendo en las migraciones internas en el país. Las dinámicas poblacionales son lentas y complejas¹, observándose un progresivo desplazamiento desde las zonas rurales y las pequeñas y medianas ciudades hacia las urbes de mayores dimensiones, con el consecuente desequilibrio en su distribución territorial y los problemas económicos y ambientales que puede provocar. De ahí que desde principios de este siglo se hayan generalizado las políticas dirigidas a la lucha contra la despoblación².

Por lo que respecta a la evolución de las TIC y su presencia generalizada en todos los órdenes públicos y privados, poca explicación hace falta: toda dependencia administrativa requiere de ordenadores para su funcionamiento cotidiano, sea para tareas de informe, evaluación, asesoramiento, gestión y tramitación

¹ La dinámica de concentración de la población en ciudades lleva produciéndose más de medio siglo, profundizándose la paradoja de aumento de población para unos municipios y de disminución para otros (Carbonell Porras, 2021, p. 87). La autora refiere una serie de datos extraídos del documento *El reto demográfico y la despoblación en España en cifras, 2020*, de la Secretaría General para el Reto Demográfico.

² Almeida Cerrada y Santiago Iglesias (2021, pp. 17-18).

electrónica de expedientes, relaciones *ad intra* y *ad extra*, etc. Sin ir más lejos, el teletrabajo tomó protagonismo a consecuencia de la pandemia, y en los primeros meses se hizo necesario para empresas, pero también para las Administraciones: se trataba de adaptarse o de paralizar el servicio³. En conjunto, tal fue el avance que «con la crisis, y haciendo de la necesidad virtud, se avanzó más en unos meses que antes en diez años» (Merino Estrada, 2022, p. 24). Es cierto que este contexto comenzó como crisis sanitaria, pero posteriormente trajo consecuencias de índole social y económica⁴. En este último punto cobraron especial importancia las entidades locales, que tuvieron que incrementar los recursos que destinaban a servicios sociales para hacer frente a la situación⁵. Tal conjunción de elementos nos ha llevado a los definidos tiempos VUCA, expresión que hace referencia a entornos cuyas notas son la volatilidad (*volatility*), incertidumbre (*uncertainty*), complejidad (*complexity*) y ambigüedad (*ambiguity*)⁶.

Ambos fenómenos, demografía y expansión de las TIC, no son fenómenos nuevos ni repentinos. Cada uno es fruto de un proceso más prolongado en el tiempo y que no va a pararse aquí. Al contrario, las innovaciones tecnológicas no dejan de sucederse, tratando de proveer cada vez de una mayor cantidad de servicios a la ciudadanía y de hacerles la vida más sencilla. Pues bien, en esta dinámica también está interpelada la Administración en todos sus niveles, ya que no puede ni aprobar normas a espaldas de la realidad ni dejar de ser consciente de que los nuevos tiempos reclaman nuevas formas de prestación de los servicios. Hemos pasado el punto de no retorno, y no cabe una «vuelta al papel».

En este marco, lo que se va a tratar de ofrecer aquí es un conjunto de reflexiones sobre la introducción de las TIC en las Administraciones públicas, particularmente las del nivel local, donde, pese a encontrarnos realidades bien distintas (municipios de más de 500 000 habitantes y de menos de 500), las exigencias normativas en esta materia son las mismas. Por esa razón, las técnicas de colaboración administrativa y el auxilio entre los distintos poderes públicos se tornan fundamentales, en particular entre los entes locales intermedios (diputaciones, consejos y cabildos insulares o equivalentes) y los municipios. Así, partiendo de a qué hace referencia el concepto de Administración electrónica, se expondrá la necesidad de conocer la situación en nuestro país para trazar estrategias que establezcan su consecución, vislumbrándose excesos de análisis y diversidad de planificaciones. Si a ello se une la compleja normativa y su carácter técnico, se dibuja un mosaico difícil de afrontar por parte de los (pequeños) municipios, sobre todo si no son auxiliados por otros entes. Como ejemplo de todo ello se verá el caso de los municipios de Aragón, cerrándose todo ello con una serie de conclusiones.

2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: QUÉ ES, DÓNDE SE REGULA, CUÁL ES SU SITUACIÓN REAL

2.1. Noción de Administración electrónica

Todo análisis requiere tomar un basamento claro sobre el que hacer las reflexiones correspondientes, y siendo la Administración electrónica el tema a tratar, conviene tener presente la primera conceptualización que de la misma se hizo. Fue la Comisión Europea, en 2003, quien la definió como «el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas»⁷.

³ Naturalmente, su carácter esencial en esa concreta coyuntura no se traduce en que, con anterioridad, no existiera esta modalidad de prestación de servicio o de desempeño de funciones públicas. Como indica Sánchez Morón (2022, p. 65), siempre ha habido ciertos grupos de funcionarios que realizaban parte de sus funciones desde sus domicilios o lugares de trabajo privados, como los docentes universitarios, algunos miembros de la magistratura y funcionarios de nivel superior, al igual que en las entidades locales, si bien en este último caso con carácter excepcional.

⁴ Tanto para el sector privado como para el público. Sobre este último, simplemente un dato: según el Ministerio de Hacienda, el ejercicio presupuestario 2019 se cerró con un déficit público del 2,9% del PIB, mientras que el 2020 lo hizo con un déficit del 10,09% del PIB. Dicho en términos absolutos, el déficit público pasó de 33 233 millones de euros a 115 200 millones de euros en un año.

⁵ Sobre todo en los momentos iniciales, cobró especial protagonismo la competencia municipal de «evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social» [art. 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local].

⁶ Concepto extraído de Campos Acuña (2020, p. 127).

⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa» (SEC [2003] 1038).

Esta definición requiere detenerse en ella, ya que su amplitud genera diversos puntos de análisis. El primero es que ese interés a nivel europeo por abordar la implantación de Administración electrónica –que se ha ido sucediendo a lo largo del tiempo– se entiende al comprobar el peso que representa el sector público, por un lado, en el PIB de la Unión mediante la contratación pública y, por otro, como empleador. Unas cifras a este respecto se pueden encontrar en el siguiente extracto de una comunicación de 2017 de la Comisión: «Una de las diez prioridades de la Comisión presentadas por el presidente Juncker es eliminar los obstáculos a un mercado único digital en Europa. El sector público, que representa más de una cuarta parte del empleo total y contribuye a aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE mediante la contratación pública, desempeña un papel clave en el mercado único digital como organismo regulador, proveedor de servicios y empleador»⁸.

La segunda cuestión que resaltar es que el fenómeno de la Administración electrónica no se ciñe a la utilización de las citadas tecnologías o, dicho en términos coloquiales, a la adquisición y uso de equipos informáticos por las distintas dependencias de las diferentes Administraciones públicas. La noción, bien entendida, comprende otros aspectos que en la definición vienen recogidos y sin los cuales la transformación que implica no puede tener lugar: cambio en los procesos, metodologías y puestos de trabajo, así como en la mentalidad o concepción sobre la cuestión por aquellos que han de utilizarlas (los empleados públicos). De hecho, con respecto a los puestos de trabajo se irán sucediendo en el tiempo tres procesos: habrá unos puestos de trabajo que, por tener atribuidas tareas más repetitivas, sencillas o manuales, desaparecerán; otros, entre cuyas tareas quepa la digitalización, se reconvertirán o modificarán y, además, se generarán otros nuevos.

Como muestra del carácter poliédrico que presenta la Administración electrónica se pueden recoger, entre otros, dos testigos. De un lado, la noción de organización que plantea Serrano Canón (2016, p. 809), para quien está conformada por tres elementos que se interrelacionan: la estructura (las Administraciones públicas en su conjunto e individualmente consideradas⁹), los procesos o sistemas (como es en este caso el tecnológico) y las personas¹⁰, no debiendo descuidarse ninguno de ellos. Así, «una adecuada estructura y buenos sistemas son condición necesaria pero no suficiente, por sí solos no producen si las personas no los activan, conducen y mantienen». De otro, puede mencionarse a Cerrillo i Martínez (2022, pp. 33-34), quien al tratar la cuestión de la transformación digital de los Gobiernos locales, hace referencia a tres dimensiones: la *tecnológica*, dentro de la que quedan comprendidos el uso de los medios electrónicos, la dotación de infraestructuras y equipos, y las medidas de seguridad necesarias para garantizar la integridad de las gestiones realizadas con ellos; la *organizativa*, y la *jurídica*, debiendo dotarse cada entidad local de la regulación correspondiente, tanto *ad intra* como *ad extra*.

Así pues, el concepto de Administración electrónica no se traduce simplemente en trasvasar los hábitos del funcionamiento en papel al formato electrónico, siendo necesaria entonces y ahora la revisión continua de los procesos, en toda su extensión, para simplificar y redefinir su adaptación electrónica (Campos Acuña, 2016, p. 861), en tanto que lo que se busca es «convertir Administraciones del s. xx en administraciones del s. xxi, para liderar el futuro desde lo público» (Campos Acuña, 2020, p. 127).

Además, hay que tener en cuenta que esta transformación que supone la Administración electrónica no es un fin en sí mismo, sino un medio¹¹ que sirve para coadyuvar a la eficacia de los poderes públicos y su eficiencia, así como para una mejor prestación de los servicios públicos mediante, por ejemplo, su mayor individualización. De hecho, distintas facetas o aplicaciones que pueden tener (y ya han sido analizadas por la doctrina) son el teletrabajo en el seno de las Administraciones públicas¹², el recurso a actuaciones administrativas automatizadas mediante robots *software*¹³, la necesaria celebración de reuniones a distancia por parte de órganos colegiados (aunque no solo) de las entidades locales en el contexto de la pandemia y el estricto régimen que para momentos de normalidad se ha establecido, la contribución a la transparencia e integridad de los poderes públicos, las *smart cities* o *communities*¹⁴ y la influencia en el empleo público, entre

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Marco Europeo de Interoperabilidad. Estrategia de aplicación», Bruselas, 23-3-2017 COM (2017) 134 final.

⁹ Dada la asimetría entre ellas y que, paralelamente, todas están implicadas en el desarrollo tecnológico y obligadas a su uso.

¹⁰ Sobre la importancia del factor humano en el ámbito local Campos Acuña (2022, pp. 109-111).

¹¹ Su carácter instrumental es resaltado por Campos Acuña (ibid., p. 95).

¹² Vid. Sánchez Morón (2022) y Fuentes i Gasó y Boltaina i Bosch (2022).

¹³ Cuestión que no es futura sino presente, y normativamente ni siquiera eso, por cuanto la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (art. 39) ya las regulaba y hoy las recoge la Ley 40/2015 (art. 41). Entre otros, han sido tratadas por Cerrillo i Martínez (2021).

¹⁴ Por ejemplo, Almeida Cerredá y Santiago Iglesias (2021). Un dato que arrojan estos autores (p. 39) es que no existe una definición en el terreno jurídico para las nociones de ciudad inteligente (*smart city*), territorio inteligente o comunidad inteligente (*smart*

otros. Tal es la envergadura de la transformación que algunos autores entienden que el propio concepto de Administración electrónica no es capaz de comprender en su seno toda la extensión del fenómeno, habiéndose quedado anticuado y siendo más preciso hablar ya de digitalización o transformación digital (Campos Acuña, 2022, p. 93)¹⁵.

2.2. Marco normativo europeo y nacional

Expuesto el ámbito que abarca la noción de Administración electrónica, el siguiente paso es enmarcarla en una regulación determinada. La primera nota reseñable es la ausencia en los Tratados comunitarios de un título competencial a favor de la Unión Europea sobre Administración electrónica, lo que impide encontrar a este nivel un tratamiento específico de la cuestión. Sin embargo, diversas normas sectoriales influyen en esta materia, a lo que ha de añadirse una clara profusión de instrumentos de *soft law*.

Pese a esa laguna de origen, una excepción que se podría señalar –si bien trata sobre la cuestión digital en su conjunto, quedando comprendidas más cuestiones que las que aquí interesan– es el Reglamento 2021/694 por el que se establece el Programa Europa Digital, sus objetivos y el presupuesto para el periodo 2021-2027¹⁶. El fin que persigue esta norma es acelerar la transformación digital de la economía y aportar sus beneficios a ciudadanos, Administraciones y empresas, además de mejorar la competitividad de Europa¹⁷. Al margen de ella, un rasgo que caracteriza a esta materia es su sectorialización, por cuanto el conglomerado normativo en todo lo atinente a la digitalización está muy especializado. Muestra de ello puede ser la siguiente enumeración –no exhaustiva– de diversos ámbitos implicados o que regulan algunos extremos sobre Administración electrónica. Así, habría que tener en cuenta la normativa en materia de protección de datos¹⁸ y de contratación pública (electrónica), de servicios digitales y de economía de los datos, de fiscalidad digital y de inteligencia artificial, ciberseguridad e identificación electrónica.

A nivel de *soft law*, como se ha adelantado, existe una notable diversidad de declaraciones ministeriales¹⁹ y planes de desarrollo (tanto de la Administración electrónica en general como específicos en materia de interoperabilidad), además de un amplio abanico de estrategias, comunicaciones, libros blancos, plataformas y portales sobre aspectos concretos de la Administración electrónica²⁰.

Por lo que se refiere al ordenamiento nacional, hay de partir cronológicamente de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE), que fue desarrollada

community). De hecho, por no haber, ni siquiera se recoge un concepto jurídico de ciudad, por lo que ellos proponen atribuir tal categoría a una malla urbana de dimensiones determinadas, como serían 75 000 o más habitantes, aplicando el criterio de identificación de los municipios de gran población del art. 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

¹⁵ Por su parte, y aprovechando la mención al funcionamiento en soporte papel, Herrero Pombo (2021, p. 46) plantea un curioso paralelismo entre dos episodios de transformación de la Administración pública en nuestro país y el protagonismo de un determinado cuerpo de funcionarios estatal en cada caso. Considera que de igual manera que la primera transformación del sector público, centrada en el desarrollo de las normas de la Administración pública, fue espoleada por el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (antiguo Cuerpo Técnico de la Administración Civil), la segunda, que es la centrada en la Administración digital, ha sido impulsada por el Cuerpo Superior de Sistemas y Tecnologías de la Información de la Administración del Estado.

¹⁶ Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240. Esta norma identifica la modernización de las Administraciones públicas como una de las prioridades para la ejecución del mercado único digital y recuerda que la evaluación intermedia de la Estrategia para el Mercado Único Digital ya destacó «la necesidad de fortalecer la transformación de las administraciones públicas y de garantizar que los ciudadanos tengan un acceso fácil, fiable y sin trabas a los servicios públicos» (considerando 51).

¹⁷ Este objetivo general del Programa se ejecuta en coordinación con otros programas de la Unión y se concreta en cinco objetivos específicos interrelacionados: informática de alto rendimiento; inteligencia artificial; ciberseguridad y confianza; capacidades digitales avanzadas, y despliegue y mejor uso de la capacidad digital e interoperabilidad. Para ilustrar esa interconexión entre objetivos el considerando 15 recoge este ejemplo: «La IA necesita la ciberseguridad para ser fiable, la informática de alto rendimiento será clave para apoyar el aprendizaje en el contexto de la IA, y las tres requieren capacidades digitales avanzadas. Aunque las acciones individuales en el marco del Programa pueden corresponder a un único objetivo específico, los objetivos no deben considerarse de forma aislada, sino como elementos centrales de un conjunto coherente».

¹⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Un punto de interés en esta materia puede ser el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado (art. 22), puesto en relación con la posibilidad de adoptar actuaciones administrativas automatizadas del art. 41 Ley 40/2015.

¹⁹ El íter comenzó –pero no ha concluido, ya que es de esperar que se vayan sucediendo más en el tiempo– con la Declaración Ministerial de Bruselas, de 29-30 de noviembre de 2001, siendo la más reciente la Declaración Ministerial de Berlín sobre Sociedad Digital y Gobierno Digital Basado en Valores, suscrita el 8 de diciembre de 2020.

²⁰ Un estudio minucioso de buena parte del compendio de *soft law* se puede encontrar en García Martín *et al.* (2021, pp. 75-108).

parcialmente para la Administración General del Estado (AGE) y sus organismos públicos vinculados o dependientes por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre²¹. No obstante, dado el marcado carácter voluntarista que tenía la LAE, no se produjo un cambio revolucionario en la materia²².

El siguiente hito, que ya supuso (pero no de forma inmediata) la obligación de tramitación electrónica de los procedimientos administrativos, vino dado por las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De hecho, la propia Ley 39/2015 ya advierte en su preámbulo que «en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de las administraciones», poniendo de manifiesto la apuesta decidida por este modelo de funcionamiento. Como se ha indicado, su implantación no fue inmediata, dado que su vigencia completa se ha ido demorando en el tiempo hasta el 2 de abril de 2021, fecha de entrada en vigor del correspondiente desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Actuación y Funcionamiento del Sector Público por Medios Electrónicos (RAF-ME). A todo ello han de añadirse las prescripciones necesarias en cuestión de interoperabilidad y seguridad, recogidas en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) y el Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI), aprobados por los reales decretos 311/2022, de 3 de mayo²³, y 4/2010, de 8 de enero, respectivamente, y en las correspondientes normas técnicas de desarrollo²⁴.

Sin duda, la que nos ocupa es una materia en la que el riesgo de obsolescencia normativa es alto y la necesidad de actualización permanente, con lo que el margen para la reflexión ante los avatares que se van presentando no es tan dilatado como pudiera requerir su envergadura. Parece este ámbito un buen ejemplo de aquella «legislación incontinente» de la que hablaba Ortega y Gasset. Ahora bien, pese a ello la cuestión no se reduce a un simple reciclaje de normas por otras más nuevas, dado que en materia de transformación digital conviven dos realidades: la acelerada producción de cambios en el ámbito digital unida al paralelo deber de actualizar el marco regulatorio para adecuarlo a las nuevas exigencias existentes y la necesidad de cumplir con los estándares mínimos que requiere la legislación básica, como si de la locomotora y el vagón de cola en el caso de un tren se tratase, ocupando este puesto, se adelanta ya, la esfera local.

2.3. El contexto de la Administración electrónica: fuentes de información y necesidad de planificación

2.3.1. Profusión de informes, que dificultan disponer de un panorama claro, pero que permiten deducir determinados rasgos de la Administración electrónica española

Una vez recogido el marco normativo en el que queda comprendida la Administración electrónica, saber hacia dónde debe encaminarse en realidad hace preciso definir la situación de partida. El problema es que existen distintas referencias a tener en cuenta, con lo que las decisiones que tomar por los poderes públicos pueden diferir en función de cuál sea la fuente utilizada.

Existen diversos informes en materia de Administración electrónica elaborados por distintas instituciones, entre los que presenta particular importancia el *Digital Economy and Society Index Report* (DESI), ela-

²¹ Manifestaciones de previsión normativa e incorporación de medios técnicos al funcionamiento de distintos servicios en las Administraciones las podemos encontrar con anterioridad, siendo un baluarte en la materia la Agencia Estatal de Administración Tributaria, creada en 1992, así como la previsión de incorporación de los citados medios recogida en el art. 45 de la Ley 30/1992 (ibid., pp. 37-38).

²² Conviene tener presente que la disposición final tercera de esta ley preveía la adaptación normativa en el caso de las entidades locales –y de las comunidades autónomas– antes del 31 de diciembre de 2009 «siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias» (apdos. 4 y 3, respectivamente). De hecho, constatado el incumplimiento, a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (disposición adicional séptima) se añadió un apartado quinto a la citada disposición final en el que se recogió el deber de aprobar y hacer públicos los programas y calendarios fijados para la progresiva implantación de la tramitación electrónica de los procedimientos y las relaciones con los ciudadanos por esa misma vía.

²³ Hay que tener en cuenta que inicialmente, el Esquema Nacional de Seguridad fue aprobado por el Real Decreto 3/2010, de 8 de mayo. No obstante, dada la sensibilidad de la materia, la evolución normativa tanto europea como nacional y el deber de actualización permanente que presidían el propio Esquema (art. 42 del Real Decreto 3/2010), se consideró necesario proceder a la elaboración de uno nuevo.

²⁴ Siguiendo un claro sistema en cascada, la LAE (art. 42 y disposición adicional 8.^a) ya previó en su momento la necesaria formulación de ambos esquemas y estos, a su vez, la necesidad de adoptar las citadas normas técnicas, tanto de seguridad (disposición adicional 2.^a RD 311/2022) como de interoperabilidad (disposición adicional 1.^a RD 4/2010).

borado por la Comisión Europea. En la versión del año 2022 de este informe –que clasifica a los veintisiete Estados miembros conforme a cuatro puntos: capital humano, conectividad digital, integración de las tecnologías digitales y servicios públicos digitales–, España se encuentra en el séptimo puesto, observándose una mejora paulatina de sus resultados con respecto a los años anteriores. Desglosado en cada uno de los cuatro ámbitos, se encuentra en los puestos décimo, tercero, decimoprimer y quinto respectivamente, destacándose en el informe que es uno de los líderes de la UE en cuanto a conectividad al ocupar el tercer puesto por segundo año consecutivo²⁵. Dado que se pretende centrar el ámbito de análisis en la esfera local, el informe al que se va a prestar atención por ser el dedicado a ello es el informe IRIA sobre entidades locales, publicado con periodicidad bienal por el OBSAE²⁶. Ello se hará después, dentro del epígrafe relativo a la Administración local (apartado 3.2).

2.3.2. La planificación estatal en materia de Administración electrónica

2.3.2.1. La implantación de una política pública requiere previa planificación

La Administración, al establecer una determinada política pública, requiere conformar una previa y adecuada planificación en la que se establezcan los fines que conseguir, las fases que se desarrollarán hasta alcanzarlos, los recursos existentes y las necesidades previstas que hay que integrar. Todo ello en aras a la eficacia de lo perseguido y la optimización de lo utilizado. Y la referida a la Administración electrónica no es una excepción²⁷.

El primer aspecto que ha de tener en cuenta esta labor planificadora es el problema a cuya solución se dirige. Ha de identificarlo y evaluarlo (cuál es, dónde está, qué dimensión o envergadura tiene) para, una vez conocida la realidad a la que ha de hacer frente, definir las políticas a seguir para afrontarlo. Sin ese adentramiento en la realidad, el poder público podría partir de una premisa errónea, con lo que cabría que las medidas que llevase a cabo no fuesen eficaces. El problema que presenta esta materia, como ha quedado patente, es que hay múltiples fuentes de información sobre una misma realidad que, al utilizar referencias y metodologías distintas, arrojan datos distintos, lo que produce confusión y dificulta una toma de posición clara para afrontar la cuestión.

Una vez esclarecida la base, corresponde establecer los cimientos; las políticas concretas entendidas como las medidas, metas y soluciones alternativas que se ofrecen para afrontar el problema en cuestión. De su cotejo se extraerá la que se considere más pertinente por su adecuación con la situación, se adoptará y se implantará. Naturalmente, de la proyección inicial a su resultado final pueden haberse producido discordancias, con lo que resulta fundamental la evaluación de los programas utilizados para comprobar los avances producidos, los fallos encontrados y los cambios a introducir necesarios para su consecución²⁸.

²⁵ Además de este informe, existe un amplio abanico de fuentes de información, entre las que cabe resaltar las siguientes: el *Informe sobre gobierno electrónico* de la ONU; el *Digital Government Index* de la OCDE; el tridente de la Comisión Europea compuesto por el *eGovernment Benchmark*, el *State-of-play report on digital public administration and interoperability* y el citado DESI; las estadísticas de Eurostat; los informes del Observatorio de Administración electrónica (OBSAE); los informes del Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI), así como la encuesta del Instituto Nacional de Estadística *Equipamiento y uso de TIC en los hogares*. Un análisis individualizado de cada una de estas fuentes se puede encontrar en García Martín *et al.* (2021), pp. 42-66).

²⁶ Otros informes que realiza son el *Informe REINA*, que mide el estado de las TIC en la Administración General del Estado; el informe *Administración electrónica en las CC. AA.*; y el informe *Presupuestos de tecnologías de la información y las comunicaciones de la Administración del Estado*. Además, el Observatorio publica mensualmente un boletín sobre Administración electrónica en nuestro país, con datos recopilados por él mismo y terceros.

²⁷ Así lo ha señalado Cerezo Peco (2016, p. 96) cuando afirma: «No nos engañemos. No habrá un procedimiento administrativo electrónico cuyo uso y producción perdure en el tiempo sin una estrategia organizativa y tecnológica clara que logre implantar en el sector público estatal, autonómico y local un modelo de administración electrónica sostenible que soporte dicho procedimiento administrativo [...]. Los cambios no ocurren sólo por quererlos, sólo porque se publican en el BOE o sólo porque se recogen en una ordenanza. Para evitar quedarnos una vez más en la mera declaración de intenciones, hay que llevar el cambio normativo hasta el impacto en la generación de valor público. Para ello, se requiere una visión global del conjunto y una función pública que incorpore y potencie perfiles y equipos "transdisciplinarios" [...]».

²⁸ Sobre la configuración de la planificación normativa en las políticas públicas y la necesaria evaluación posterior de las medidas adoptadas para la adecuación a los objetivos fijados, *vid.* Badules Iglesias (2022) *in totum*. Singularmente, sobre los caracteres de la planificación normativa en general y en España, en particular (pp. 44-66, 189-229). A su vez, ofreciendo una postura crítica sobre la potestad de planeamiento y la necesidad de integrarla con otras herramientas para la gestión del conocimiento y toma de medidas a futuro por parte de los poderes públicos, como la ciencia prospectiva y la técnica de definición de escenarios, *vid.* Rivero Ortega (2020).

2.3.2.2. *La diversidad de planes estatales. En particular, el Plan de Digitalización de las Administraciones públicas (2021-2025)*

Otro problema que puede aflorar –como ocurre en este caso– es la multiplicidad planificatoria. Así, una prueba de la trascendencia que ha adquirido la incorporación de las TIC en la gestión y funcionamiento públicos es la diversidad de instrumentos planificatorios con la que se cuenta a nivel estatal. Sin ánimo de exhaustividad, se pueden mencionar, entre otros documentos, la estrategia España Digital 2025, el Plan Nacional de Competencias Digitales, la Estrategia de Impulso de la Tecnología 5G, el Plan de Digitalización de Pymes 2021-2025, el Plan Nacional de Ciberseguridad, el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas (2021-2025), el Plan España *Hub* Audiovisual de Europa y la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial. Y ello por no hablar de la seguridad informática como una de las dimensiones, dentro de la protección de las infraestructuras críticas, de la seguridad nacional. De todos ellos, se podrían recoger tres elementos comunes: la recurrencia del empleo de términos como impulsar o promover acciones, crear plataformas, generar programas y difundir conocimiento, lo que no evoca una vinculatoriedad jurídica *per se*; la previsión de algunas medidas de índole normativa –en bastante menor medida y no siempre designando cuál es la norma en cuestión afectada o cuya creación se prevé– y la consignación de dotación presupuestaria, generalmente canalizada a través del PRTR.

Por otra parte, correlato de todo proyecto y medida para una finalidad determinada es la necesidad de contar con un respaldo presupuestario para no quedar en papel mojado. Así, parece que una ventana de oportunidad son los fondos Next Generation EU (Reglamento 2020/2094, de 14 de diciembre) y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (Reglamento 2021/241, de 12 de febrero), que recoge los planes que deben elaborar los Estados y contempla seis pilares de actuación, entre los cuales interesa aquí el de transformación digital. No obstante, conviene no olvidar que hay otros fondos ya existentes²⁹.

La plasmación de todo lo expuesto a nivel normativo interno se encuentra en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)³⁰. Este plan contempla cuatro ejes transversales entre los que se halla la transformación digital, a la que habrá de llegarse con la intermediación de políticas palanca (entre las que destacan las relativa a la lucha contra la despoblación y a una administración para el siglo XXI) y líneas de actuación (en particular la modernización de las Administraciones públicas)³¹. Por lo que se refiere a la utilización de estos fondos como vehículo para materializar las distintas planificaciones mencionadas, se pueden observar los distintos proyectos estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) aprobados por el Consejo de Ministros, en tanto en cuanto varios de ellos contienen una dimensión digital dentro del campo que abordan³².

Vista la multiplicidad de ámbitos que se ven influidos por las nuevas tecnologías, de lo que suponen un buen reflejo los diversos instrumentos de planificación señalados, detenerse en uno de ellos, el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas (2021-2025) puede tener mayor interés, por atender expresamente a la incorporación de las TIC a las Administraciones. Este plan, establecido para el quinquenio 2021-2025, tiene como predecesor el Plan de Transformación Digital de la AGE y sus Organismos Públicos

²⁹ Es el caso de los relacionados con la cohesión territorial europea, dentro de la que se encuentran el fondo de cohesión (FC) y el fondo europeo de desarrollo regional (FEDER), en la actualidad regulados en el Reglamento (UE) 2021/1058, de 24 de junio (DOUE L 231/60, de 30 de junio de 2021). El considerando 45 del mismo precisa que el FEDER debe abordar los problemas de las zonas desfavorecidas, entre los que señala el acceso a los servicios básicos, en particular los digitales (Carbonell Porras, 2021, p. 109).

³⁰ Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

³¹ Este mecanismo ha sido objeto de aceradas críticas por su desatención al ámbito local. Es el caso de Carbonell Porras (*ibid.*, p. 111), que recuerda que su gestión está estructurada de manera centralizada, de manera que «ignora completamente a las diputaciones provinciales, a pesar del papel que la legislación de régimen local les reconoce y de la finalidad confesada de incidir directamente en la cohesión territorial»; de Colás Tenas (2021, p. 38), quien señalaba, entre otras cosas, que el PRTR «no deja lugar a duda del lugar que otorga a las entidades locales en ese proyecto de modernización y en la ejecución del plan de recuperación: ninguno», y de Campos Acuña (2022, pp. 106-107), quien señala la centralidad del modelo seguido con el Plan y que se ha ignorado tanto la distribución constitucional de competencias como las singularidades de las entidades locales.

³² Por ejemplo, en el caso del PERTE para la Salud de Vanguardia se afirma que está vinculado, entre otros, con el componente once del PRTR (modernización de las Administraciones públicas), particularmente su inversión número tres (transformación digital y modernización del Ministerio de Política Territorial y Función Pública y de las Administraciones de las CC. AA. y las EE. LL.), dado que prevé como medida el fortalecimiento de la atención primaria y comunitaria en el Sistema Nacional de Salud, así como favorecer su recuperación para que sea integral, accesible, de calidad, con capacidad resolutoria y longitudinal. La descripción de la medida no arroja mucha luz sobre el particular, pero parece desprenderse que lo que subyace en ella es la adquisición de nuevo equipamiento para ofrecer una atención sanitaria más rápida, precisa y de mayor calidad y, al considerarse este de alta tecnología, se encaje en la dimensión digital del PERTE.

(Estrategia TIC) 2015-2020, y supone la materialización concreta de uno de los diez ejes estratégicos de la agenda España Digital 2025 (la digitalización de las Administraciones públicas), integrándose dentro del componente once del PRTR (modernización de las Administraciones públicas).

En cuanto a su composición, se estructura en tres ejes (transformación digital de la AGE, desarrollo de proyectos de alto impacto en la digitalización del sector público y transformación digital, y modernización del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, Comunidades Autónomas y Entidades locales) y diecisiete medidas. Por el asunto que se trata en este estudio –la imbricación de las TIC en las entidades locales–, cabe resaltar que solo dos de las medidas se dedican al tercer eje, y particularmente solo una a la transformación digital de comunidades autónomas y entidades locales.

¿Qué establece esta medida? Ciertamente poco, al punto de que es calificada de «anémica» por Campos Acuña (2022, p. 94). Su única previsión centra el apoyo a ambos niveles de la Administración en la ayuda financiera para realizar proyectos vinculados «con la transformación digital (automatización de procesos, servicios públicos digitales, etc.), el gobierno abierto, la implementación del teletrabajo o la innovación en servicios y tecnología»³³, siendo el Ministerio citado el encargado de establecer las condiciones de acceso a ese apoyo financiero cuando los proyectos reúnan una serie de características.

Para ver en qué se materializa realmente este plan hay que atender a dos cuestiones. Por un lado, si prevé o no reformas normativas y, en su caso, cuáles. Por otro, con qué dotación presupuestaria cuenta para implementar las medidas. En cuanto al primero de los puntos, para la consecución de los objetivos se fija como necesario un nuevo modelo de gobernanza que «en sí mismo constituye una reforma de la Administración Pública, ya que persigue mejorar la eficiencia y la eficacia de las actuaciones en materia digital de las distintas Administraciones», y se establecen una serie de cambios normativos, pasando el cambio de modelo precisamente por la sustitución del Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, en el que se fija la organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos³⁴. Aparte de este, se prevé una evolución en el marco organizativo, semántico y técnico de la interoperabilidad entre las Administraciones mediante la actualización del ENI (Real Decreto 4/2010, de 8 de enero) y parte de sus normas técnicas de desarrollo, que se acompañará de reformas en materia de ciberseguridad que pasan por la actualización del ENS (entonces recogido en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero) y de la transformación de la Secretaría General de Administración Digital para adecuarla al proceso de transformación que se quiere afrontar. A fecha de redacción de estas líneas (julio de 2023) –y siguiendo el orden expuesto–, la reforma del Real Decreto 806/2014 no se ha producido; el ENI fue reformado parcialmente por el RAFME (Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo); se ha dictado un nuevo ENS (Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo), y la regulación del citado órgano no ha sido modificada³⁵.

Por lo que se refiere a la dotación presupuestaria, el Plan fija una inversión estimada, para todo el tercer eje –modernización del Ministerio de Política Territorial, CC. AA. y entidades locales– de seiscientos millones de euros, del total de dos mil seiscientos millones de euros que contempla. Para el año 2021 se aprobó la convocatoria de subvenciones para la modernización de las entidades locales, previendo como entidades beneficiarias las Administraciones locales de municipios con población superior a cincuenta mil habitantes (o inferior, si son capitales de provincia) y se dotó con un presupuesto de 99,77 millones de euros³⁶. Para el año 2022, también se convocaron estas subvenciones, si bien tuvieron como destinatarias a las Administraciones locales de los municipios cuya población estuviera comprendida entre los veinte mil y los cincuenta mil habitantes (a excepción de los municipios que fueran capitales de provincia), las diputaciones provinciales y forales, los consejos y cabildos insulares, así como las comunidades autónomas uniprovinciales y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El presupuesto consignado en este caso ascendió a más de 154,50

³³ Página 32 del Plan.

³⁴ Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

³⁵ Si bien el Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, ha sufrido algunas modificaciones, la regulación del citado órgano sigue intacta (art. 15).

³⁶ Orden TER/1204/2021, de 3 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2021, de subvenciones destinadas a la transformación digital y modernización de las Administraciones de las entidades locales, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Esta convocatoria se completó en el año 2022, para aquellas Administraciones locales que no hubieran presentado proyectos por el importe máximo disponible en 2021, con la Orden TER/887/2022, de 12 de septiembre, por la que se aprueban las bases reguladoras y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2022, de subvenciones destinadas a la transformación digital y modernización de las administraciones de las entidades locales, que no hayan presentado proyectos por el importe máximo asignado mediante Orden TER/1204/2021, de 3 de noviembre, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Esta segunda orden tuvo una dotación presupuestaria de 3,3 millones de euros.

millones de euros³⁷. Finalmente, en el año 2023 se ha realizado una nueva convocatoria de subvenciones para la transformación digital y modernización de las Administraciones locales. No obstante, en este último caso el ámbito de aplicación de las actuaciones se circunscribe a los cabildos y consejos insulares de los archipiélagos canario y balear y su presupuesto se reduce a ocho millones de euros³⁸.

2.3.3. Sin información precisa, planificación, medidas concretas, control y presupuesto no habrá política eficaz ni gasto eficiente en materia de Administración electrónica

Como puede deducirse fácilmente de lo expuesto, los pilares sobre los que se ha de sustentar la articulación de toda política pública, en este caso la implantación de la Administración electrónica, son cinco: una información adecuada o suficiente, no errónea (ni confusa por excesiva); una planificación previa coordinada y por objetivos a corto, medio y largo plazo; su materialización en medidas concretas, entre otras, de índole normativa; una supervisión del cumplimiento, avances conseguidos y problemas detectados, y un respaldo presupuestario que permita articular el proceso. Si falta alguno de estos ingredientes esa Administración estará fallando a la eficacia o la eficiencia, dos imperativos constitucionales por los que ha de regir su actuación.

Sin información sobre cuál es el estado de implantación de las TIC en una Administración, no se podrá analizar qué recursos (humanos, materiales, competenciales) son necesarios en un momento determinado. Sin una planificación previa, no se podrán establecer los objetivos a conseguir (en este caso, el cumplimiento de la legalidad en materia de Administración electrónica), las etapas para hacerlo y no se asignarán eficientemente los presupuestos disponibles. Sin desglose en medidas concretas, la estrategia se quedará en un documento vacío. Sin supervisión del cumplimiento de los objetivos, no se conocerá el progreso alcanzado y las adaptaciones necesarias. Sin respaldo presupuestario, no hay medida que llevar a la práctica.

A la vista de la diversidad de programaciones que existen solo a nivel estatal (a las que habría que sumar las regionales y las locales si las hubiere³⁹), un punto clave va a ser la necesaria coordinación entre la multiplicidad de documentos estratégicos. Algo que es obvio en su formulación, pero más complejo en la práctica, sobre todo si provienen de varias Administraciones, en tanto que más de una tenga intereses públicos llamados a tutelar⁴⁰.

La estrategia España Digital 2025 parece actuar como tronco común del que parten diversas ramas, que son cada una de las estrategias o planes sectoriales anteriormente enunciados, así como otros que puedan ir sucediéndose en el tiempo. No obstante, más allá de la planificación, se ha de comprobar cuáles son las medidas en que se concreta cada una de ellas ya que, de igual manera que es ineficiente actuar sin planificar, resulta ineficaz planificar y no actuar. La normativa de cabecera en esta materia –leyes 39/2015 y 40/2015– permite avanzar en una modernización de la Administración, pero sus desarrollos reglamentarios serán más propensos a modificaciones conforme se sucedan los avances técnicos. Ejemplo de esto último puede ser el deber de actualización permanente previsto tanto para el ENS (art. 39 RD 311/2022) como para el ENI (art. 29 RD 4/2010).

3. LA REALIDAD LOCAL EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

3.1. Heterogeneidad de la planta local pero homogeneidad de obligaciones

Dos características resumen la planta local española: su cantidad y su distribución. Por lo que a la primera de ellas se refiere, hay que tener en cuenta que la generalización del municipio allí donde había un

³⁷ Orden TER/836/2022, de 29 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras de subvenciones destinadas a la transformación digital y modernización de las administraciones de las entidades locales, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2022.

³⁸ Orden TER/276/2023, de 22 de marzo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2023, de subvenciones destinadas a la transformación digital y modernización de las administraciones de los cabildos insulares canarios y consejos insulares de las Islas Baleares, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Disposición que ha sido modificada por la Orden TER/487/2023, de 12 de mayo, para prolongar el plazo de presentación de solicitudes de ayuda del 17 de mayo de 2023 al 14 de julio de 2023.

³⁹ Como se verá más adelante con el caso de Aragón (apartado 4), las diputaciones provinciales aragonesas, así como diversas entidades locales de esa comunidad autónoma, no han elaborado planificaciones en esta materia.

⁴⁰ Un ejemplo de esta necesidad de articulación coherente es la política de lucha contra la despoblación, en la que son varias las Administraciones con competencias que pueden incidir en la materia, sin que el ordenamiento haya atribuido a ninguna de ellas una competencia estructural que la coordine. El resultado es que todas ellas deben autoc coordinarse, a falta de esa preeminencia de alguna, para articular una política pública conjunta, eficaz y eficiente (Almeida Cerredá y Santiago Iglesias, 2021, pp. 22-23).

núcleo de población ha dado como resultado que seamos uno de los países europeos con mayor cantidad de ellos⁴¹. Pero no se trata solo de la cantidad de municipios, sino de su característica distribución poblacional. Agrupando los datos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre el número de municipios por población para el año 2021 a fin de acomodarlos a las competencias municipales y los servicios de prestación obligatoria en función de su población (arts. 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –en adelante, LBRL–), cabe construir, sobre el total de 8131 municipios de nuestro país, la siguiente división:

- Municipios de hasta 5000 habitantes: 6818.
- Municipios de 5001 a 10 000 habitantes: 554.
- Municipios de 10 001 a 20 000 habitantes: 346.
- Municipios de 20 001 a 50 000 habitantes: 264.
- Municipios de más de 50 000 habitantes: 149.

A ello se ha de añadir que el 53% de la población vive en municipios de más de cincuenta mil habitantes, mientras que el 20,2% vive en municipios de menos de diez mil, cuando, paralelamente, los primeros representan el 1,83%, mientras que los segundos el 90,66% del total de municipios.

Pese a la distinta dimensión de los municipios, no existe una escala normativa que adecúe las obligaciones en el caso de municipios de menos de veinte mil habitantes (que son más de 7700). A nivel general, son pocas las adaptaciones previstas: creación de agrupaciones para el sostenimiento en común de los puestos de Secretaría e Intervención⁴², limitación de la cantidad de personal eventual⁴³ o configuración de un sistema simplificado de contabilidad. Pero en materia de digitalización y obligaciones sobre Administración electrónica no la hay, con la salvedad de la *nueva* competencia atribuida a los entes locales intermedios [art. 36.1.g) LBRL].

3.2. Las obligaciones en torno a la Administración electrónica en el ámbito local y sus dificultades específicas. Los datos que se desprenden del informe IRIA

Los servicios electrónicos que han de implementar y prestar las entidades locales se desprenden, en primer término, de las leyes 39/2015 y 40/2015, como normas cabecera del sistema. Para tratar de aglutinar el elenco de previsiones que suponen, se pueden agrupar en tres grandes categorías: obligaciones de carácter organizativo, tecnológico y procedimental.

Dentro de las primeras, quedaría comprendida inicialmente la incorporación a su funcionamiento interno de la tramitación de expedientes en formato electrónico (art. 70 Ley 39/2015), para su almacenamiento en archivo electrónico (art. 46 Ley 40/2015) y conservación en un archivo electrónico único (art. 17 Ley 39/2015). Por lo que se refiere a las tecnológicas, las Administraciones han de contar con acceso a la plataforma de intermediación de datos que garantice el principio de solo una vez⁴⁴ (art. 28.2 Ley 39/2015), y con la herramienta carpeta ciudadana para permitir a los interesados el ejercicio de su derecho a conocer el estado de tramitación de sus expedientes o documentos que han aportado (art. 53.1.a Ley 39/2015). También deben utilizar un servicio de verificación de datos, así como un código seguro de verificación para poder comprobar la autenticidad de los documentos emitidos por la Administración correspondiente (art. 27.3 Ley 39/2015). A ello ha de sumarse el cumplimiento de las prescripciones en materia de seguridad e interoperabilidad del ENS y del ENI, así como de facturación electrónica. Finalmente, dentro de las obligaciones de carácter procedimental podrían incluirse las de disponer de sede electrónica (art. 38 Ley 40/2015), sistemas de identificación y firma electrónica (arts. 9 y 10 Ley 39/2015, y art. 40 Ley 40/2015), así como de notificación electrónica (art. 41 Ley 39/2015). También han de contar con un punto de acceso general electrónico (art. 13.a Ley 39/2015), registro electrónico (art. 16 Ley 39/2015), registro electrónico de apoderamientos (art. 6 Ley 39/2015), y registro de funcionarios públicos habilitados (art. 12.3 Ley 39/2015).

⁴¹ España tiene 8131 municipios, solo superados por Francia (34 965) y Alemania (10 799). Incluso Italia, con más población que nosotros (alrededor de 59 millones de habitantes), tiene unos pocos municipios menos (7904). Datos extraídos del Council of European Municipalities and Regions (CEMR) (<https://www.ccre.org/>).

⁴² Arts. 42.1 LBRL, 161 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y 9 y 12 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

⁴³ Fruto de la adición, por la Ley 27/2013, del art. 104 bis a la LBRL.

⁴⁴ Su contenido se va a comentar a continuación, junto con el resto de los principios establecidos en la Declaración Ministerial de Tallin de 2017 (apartado 3.2.1).

El sumatorio de todo ello genera un conjunto amplio de obligaciones que se traduce en un abanico específico de dificultades bien reflejadas en el informe IRIA sobre entidades locales, publicado por el Observatorio de Administración Electrónica (OBSAE)⁴⁵. La versión más actualizada de este informe es la edición 2021, que analiza el avance en transformación digital en las entidades locales a cierre del año 2020⁴⁶.

Este informe comienza haciendo referencia al carácter holístico del concepto de Administración electrónica, advirtiendo que «si bien es cierto que el término “digital” se asocia a la utilización de la tecnología, la expresión “transformación digital” alude a un cambio fundamental en una organización, en la utilización de la tecnología para reorganizar los servicios que ofrece, sus flujos de trabajo e incluso sus estrategias, con el objetivo de mejorar los servicios a los ciudadanos». No se trata, por tanto, como se avanzó, de la mera inclusión de elementos tecnológicos en el seno de una organización, sino de tener en cuenta las distintas dimensiones del fenómeno: transformar las dinámicas internas y procesos de trabajo, actualizar la formación del personal a su servicio, así como los temarios requeridos para el acceso, etc.

El informe incluye información concreta de diputaciones provinciales y forales, cabildos y consejos insulares y municipios de más de quinientos habitantes, con una puntualización importante: con los de más de treinta mil habitantes se contactó directamente, y con los de menos se realizó un muestreo aleatorio estratificado por número de habitantes, dada su cantidad. El análisis se divide en seis grandes apartados (políticas de la transformación digital, servicios públicos electrónicos, impulso en la transformación interna, gobierno abierto, infraestructura para llevar a cabo la Administración electrónica y personal junto con gastos TIC), y en relación con todos ellos extrae datos significativos.

3.2.1. Políticas de transformación digital

Por lo que se refiere a las políticas de transformación digital, se constata que prácticamente la mitad de las diputaciones (en concreto un 48 %) tienen planes estratégicos de transformación digital. También más del 60 % de los municipios a partir de 100 000 habitantes disponen de ellos. Este porcentaje va disminuyendo en los de menos población, hasta alcanzar el 19 % en el estrato de los municipios de 5000 a 10 000 habitantes. Por debajo de esta franja, lo habitual es que este tipo de políticas se incluyan en planes generales o directamente no existan. La imagen que refleja este primer punto es que, a mayor población de los municipios, mayor preocupación por la planificación e implantación de medidas en esta materia.

También se analiza en el documento si esas planificaciones contemplan los principios recogidos en la Declaración Ministerial de Administración electrónica de Tallin, adoptada por los ministros responsables de la coordinación y la política de Administración electrónica de 32 países de la Unión Europea (UE) y de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) el 6 de octubre de 2017. Dichos principios son el enfoque digital por defecto, principio de solo una vez, dimensión transfronteriza (hacia ciudadanos de la UE), enfoque «diseño para todos», facilidad de acceso desde dispositivos móviles y enfoque «centrado en el usuario»⁴⁷.

⁴⁵ Desde 2014, actúa como tal observatorio la Comisión de Estrategia TIC de la Administración General del Estado (art. 4.1.i Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus organismos públicos). Este órgano, adscrito al Ministerio de Hacienda, se encarga de definir y supervisar la aplicación de la Estrategia TIC (aprobada por el Gobierno) de la Administración central y sus organismos públicos.

⁴⁶ El informe se puede consultar en el siguiente enlace: https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Biblioteca/pae_PublicacionesPropias/Monografias-administracion-electronica/Informe_IRIA.html.

⁴⁷ Una síntesis aclaratoria sobre que implica cada uno de ellos podría ser la siguiente:

- El enfoque digital por defecto supone que el canal preferente por el que una Administración ofrece sus servicios es el digital. Ahora bien, sigue dejando otros canales abiertos para aquellas personas que opten por no utilizar esa vía de acceso.
- El principio de solo una vez comporta que no se solicite al usuario la aportación de datos o documentación que puedan obtenerse de la propia Administración o de otra respetando, eso sí, la normativa de protección de datos.
- La dimensión transfronteriza implica la posibilidad de que los servicios públicos digitales estén disponibles más allá de las fronteras nacionales, facilitando el acceso a ciudadanos del resto de países de la Unión Europea.
- El enfoque diseño para todos está encaminado a garantizar la accesibilidad de los servicios públicos a todos los ciudadanos, incluidas las personas mayores y las personas con discapacidad.
- La facilidad de acceso desde dispositivos móviles está destinada a permitir que ciudadanos y empresas puedan acceder a los servicios públicos digitales desde tales dispositivos y no únicamente desde ordenadores.
- Finalmente, el enfoque centrado en el usuario persigue conseguir una mayor facilidad para la utilización de los servicios, ofreciendo una ventanilla única desde la que acceder a ellos e implicando a los usuarios en el diseño y desarrollo de los mismos.

Sobre este particular el informe extrae datos claros: dos de cada tres entidades locales encuestadas contemplan los principios de solo una vez, diseño para todos o enfoque digital por defecto, así como un aumento en la adopción del acceso desde móviles, que está previsto en tres de cada cuatro planes de las entidades que los tienen. El mayor decalaje en esta materia se encuentra en el enfoque transfronterizo, contemplado únicamente en la mitad de las entidades. De entre todos ellos, quizás los que presenten mayor interés son los principios digital por defecto y solo una vez, por ser obligatorios conforme a la Ley 39/2015. También cabe concluir que existe una relación directa entre la población de los municipios y la existencia de planificación en materia de transformación digital, de igual modo que, cuanto mayor es el municipio, mayores facilidades existen para el acceso y utilización de los servicios se ofrecen por parte de los ayuntamientos.

3.2.2. Servicios públicos electrónicos

Respecto a este punto, el informe ofrece datos relativos a la utilización de medios digitales en el día a día por la población, la disponibilidad de equipos informáticos y el acceso a páginas web de la Administración, todo ello conforme a la encuesta del INE sobre *Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares* de 2020⁴⁸. Tales datos, se asevera, vienen a demostrar que la población está habituada a la utilización de las herramientas digitales.

En primer lugar, el informe IRIA recoge la cantidad de entidades locales que ofrecen sus servicios por canal digital. A este respecto, los grandes municipios (más de 500 000 habitantes) proporcionan mayoritariamente un porcentaje alto o muy alto de sus trámites a través del canal digital (en promedio el 70%). En el caso de las diputaciones, esta cifra se sitúa en un 64%, mientras que en el resto de los estratos se sitúan a un nivel medio (variando del 43% al 59%).

Los trámites valorados, como se aclara a continuación, difieren por las competencias que ostentan diputaciones y municipios, lo que hace que se dividan en función de si van dirigidos a los ciudadanos, las empresas o al público general⁴⁹. Para los ciudadanos, la solicitud de volante de empadronamiento o de licencia de obras se ofrece por canal digital en más del 70% de las entidades locales. Dentro de los trámites ofrecidos a las empresas, la presentación de facturas y de ofertas en procedimientos de contratación se ofrecen por vía digital en más del 80% de ellas. Por su parte, los trámites dirigidos al público en general, como la solicitud de ayudas y subvenciones, se ofrecen en formato digital en un 78% de Administraciones locales.

Otro de los puntos que examina el informe –y que sirve para comparar con los datos recién ofrecidos– es el uso de los servicios a través del canal digital por parte de la población. A modo de ejemplo utilizan el trámite «solicitudes por registro electrónico», donde se obtiene que, en promedio, este trámite se usa por medios digitales en un 47% de los casos. Lo que también se constata es que los servicios más utilizados son los orientados a la empresa, concretamente la factura electrónica (76%) y la licitación (72%). En paralelo, entre los servicios que tienen un uso más bajo están el volante de empadronamiento, que es ofrecido digitalmente en el 75% de entidades locales y solo utilizado por esta vía en un 33% de los casos. Algo parecido sucede con el cambio de domicilio, ofrecido en el 50% de entidades, pero utilizado solo en el 26%. Llama la atención el caso del volante de empadronamiento, pues es un ejemplo que se propone habitualmente al hablar de actuaciones administrativas automatizadas (art. 41 Ley 40/2015), dada su sencillez y su fundamento en reglas

⁴⁸ El informe acude a ella dado que muestra los datos relativos a 2020. Hay que tener en cuenta que se han producido algunas variaciones porque ya contamos con la encuesta del INE del año 2022 (se publica anualmente). De entre los datos que ofrece, merecen especial atención los relativos al uso de las TIC y las Administraciones. Sobre este particular se recoge que un 67,3% de las personas habían contactado o interactuado con las Administraciones o los servicios públicos a través de internet en los doce meses anteriores por motivos particulares, equivaliendo ese porcentaje a un 62,9% de la población entre 16 y 74 años. A su vez, un 57,9% de los internautas aseveraba haber obtenido información de las páginas web de la Administración, el 45,5% ha descargado formularios oficiales y el 52,9% ha enviado formularios cumplimentados. A estos datos habría que añadir otros que ilustraban el menor interés o conocimiento por la realización de trámites por canal digital: el 12,1% declaraba haber tenido la necesidad de presentar un formulario, pero no lo hizo, especificándose como motivos mayoritarios que lo tramitó por internet otra persona en su nombre (62,1%); la falta de habilidades o conocimientos (34,6%), y el no disponer de o tener problemas con la firma o el certificado electrónico (31,4%). A ello añade que más del 50% de los ciudadanos utilizan los servicios públicos digitales, sea directamente o a través de terceros.

⁴⁹ Como trámites para los ciudadanos se han valorado: cambio de domicilio, volante de empadronamiento, inscripción en actividades deportivas, solicitud tarjeta transporte pública, solicitud de carné de biblioteca municipal, pago de impuestos o tasas y solicitud de ayudas y subvenciones. Para las empresas se han analizado: presentación de facturas, presentación de ofertas a procedimientos de contratación, solicitud de licencia de apertura de actividad, solicitud de autorizaciones medioambientales, pago de impuestos o tasas, y solicitud de ayudas y subvenciones. Por último, a nivel general se han cotejado: registro electrónico, apoderamiento electrónico y solicitud de licencia de obra.

precisas y objetivas que procesar por los robots *software*⁵⁰. Con todo ello se observa que, si bien no todas las entidades ofrecen la misma cantidad de servicios por canal digital—disponen nuevamente de mayor cantidad los municipios de mayor población—, se está produciendo una tendencia creciente en el resto de municipios, así como en su uso, sobre todo por parte de las empresas. Esto último tiene sentido, habida cuenta de su obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas (art. 14.2.a Ley 39/2015).

3.2.3. Impulso en la transformación interna

El tercer ámbito de análisis es la transformación digital interna de las Administraciones, que queda marcada por la incorporación de las actuaciones administrativas automatizadas a los procesos internos y la capacitación de los empleados públicos para poder utilizar, junto con estas, otros instrumentos jurídicos. Por ello, el informe divide este apartado en tres partes: grado de automatización de la tramitación de los servicios ofrecidos por canal digital, mecanismos de interoperabilidad existentes con otras Administraciones y capacitación de los empleados públicos con estas tecnologías y conceptos.

En relación con el grado de automatización y digitalización de los servicios, el documento desgrana, entre otras cuestiones, cuántos de los trámites digitales analizados en el punto previo (nota al pie 49) permiten una tramitación digital completa, sin ninguna presencia del papel. Observa así que el 65 % de los procedimientos la permiten, y destacan los trámites de presentación de facturas, contratación electrónica y volante de empadronamiento, con más del 70 % de las Entidades locales. También examina el envío de solicitudes por registro electrónico por parte de los ciudadanos, ascendiendo a un 47 % del total de solicitudes recibidas.

En cuanto a la colaboración y cooperación administrativa, se analizan varias cuestiones. Entre ellas destaca la oferta que hacen otras Administraciones públicas (concretamente las diputaciones provinciales y la AGE) para que sus servicios sean reutilizados por las entidades locales. Los más ofrecidos por las primeras son los servicios de portal web junto con sede electrónica, sistemas de gestión de expedientes electrónicos, notificaciones electrónicas y registro electrónico, siendo tres de ellos, pero en menor medida, los más utilizados por los municipios⁵¹. En cuanto a los servicios ofrecidos por la AGE, se registran hasta un total de trece, siendo los más adoptados por las entidades locales FACE (facturación electrónica), @FIRMA (firma electrónica), la Plataforma de Contratación del Sector Público, CLAVE (para identificación electrónica) y SIR (para intercambio de asientos registrales)⁵².

Sobre la capacitación de los empleados públicos para utilizar las TIC se constata que el 65 % de las entidades encuestadas contemplan, en sus planes de transformación digital, la capacitación del empleado público en habilidades digitales, y que el 43 % de ellas dispone de un plan específico para desarrollar las habilidades digitales de los empleados públicos. Un dato cuanto menos curioso es que el 46 % de las entidades locales declararon que no ofrecieron teletrabajo en 2019, a pesar de que el 73 % contaban con el entorno para ello.

3.2.4. Gobierno abierto

El cuarto ámbito de análisis que aborda el informe es el gobierno abierto, dividido en cuatro extremos: transparencia, participación ciudadana, datos abiertos y brecha digital⁵³. En cuanto a la participación ciudadana, entre otros extremos, se comprueba qué redes sociales utilizan las Administraciones locales y con

⁵⁰ Así Cerrillo i Martínez (2021) y Herrero Pombo (2021).

⁵¹ Recoge el informe que los servicios son ofrecidos por las diputaciones en el siguiente orden descendente: portal web y sede electrónica (97%), sistema de gestión de expedientes electrónicos (92%), sistema de notificaciones electrónicas (87%) y sistema de registro electrónico (87%). Paralelamente, los más utilizados por los municipios son: sistema de notificaciones electrónicas (75%), sistemas de identificación y firma electrónica (71%), portal web y sede electrónica (66%) y sistemas de registro electrónico (59%). También se ofrecen, en menor medida, el sistema de portafirmas electrónico, la carpeta ciudadana, los sistemas de identificación y firma electrónica, sistema de archivo electrónico y sistemas de pago.

⁵² Los porcentajes ascienden, respectivamente, a un 88 %, 82 %, 75 %, 68 % y 62 %. A esos servicios habría que añadir hasta trece, y por este orden: ORVE (oficina de registro virtual), NOTIFICA (notificaciones electrónicas), PID (más arriba también citada, plataforma de intermediación de datos), Otros (no específica), APODERA (registro de apoderamientos), INSIDE (gestor de expedientes y documentos), GEISER (gestión integrada de servicios de registro), ACCEDA (sede electrónica) y ARCHIVE (archivo definitivo de expedientes).

⁵³ Se concibe el gobierno abierto como «la cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo». La definición recogida en el informe se extrae de la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Gobierno Abierto.

qué finalidades. La más utilizada es Facebook (97%), seguida de Twitter (80%) y YouTube (71%), y las finalidades perseguidas son proporcionar información a la población (95% de los casos), seguido del fomento de la participación ciudadana en la mejora de los servicios públicos (70%) y la canalización de sugerencias, preocupaciones y quejas de la ciudadanía (67%). Por lo que se refiere a los datos abiertos, en el informe se reflejan un total de 305 iniciativas de datos abiertos en nuestro país, de las cuales 230 correspondían a la Administración local. Además, se contabilizaron a final de 2020 un total de 36 300 conjuntos de datos, de los cuales, 7376 se publican desde la Administración local (el 20,32%)⁵⁴.

Sobre la brecha digital, el documento señala que se debe a varios factores: falta de infraestructura –en particular, en zonas rurales–, falta de conocimientos informáticos o falta de interés en las TIC. Se indica que en los tres últimos meses el uso de internet fue prácticamente universal (99,8%) en los jóvenes de 16 a 24 años. Cifra que va disminuyendo conforme aumenta la edad. Así, a partir de los 55 años su uso se sitúa en el 89,5% y en el grupo de 65 a 74 años en un 69,7%. Se observa un aumento del uso en todos los grupos de edad, particularmente en este último mencionado, con un ascenso de más de seis puntos respecto al año anterior.

3.2.5. Infraestructura para llevar a cabo la Administración electrónica

En esta quinta materia, el informe analiza varias cuestiones: seguridad digital, disponibilidad de servicios en la nube, equipos TIC, existencia o no de proyectos Smart City y sobre qué materias versan, e innovación e iniciativas tecnológicas relacionadas con la COVID-19. De todos estos puntos cabe destacar las materias de seguridad digital, equipamiento y las medidas tecnológicas en relación con el virus. Dentro de las actuaciones en materia de seguridad digital, se observa que las principales medidas que toman las entidades locales en sus sistemas y datos son la protección de los datos de los ciudadanos (77%) y la privacidad de datos personales (60%). Un dato llamativo, que extrae de otro informe, es el nivel de cumplimiento global de adecuación al ENS por parte de las entidades locales, del que concluye que no se está llegando a lo requerido⁵⁵.

Sobre el número de equipos TIC de que disponen (ordenadores personales, tablets, teléfonos móviles y servidores), se arroja la cifra de 75 ordenadores personales por cada cien empleados públicos y sobre las iniciativas tecnológicas en relación con la COVID-19, recoge el informe que esta crisis «ha demostrado la importancia de un servicio público electrónico ininterrumpido», lo que entronca con lo dicho en la introducción de este trabajo: las Administraciones se vieron entre la tesitura de adaptar sus procesos a canales digitales o paralizar el servicio. Concretamente, se recoge que más del 90% de las entidades locales informó a su población sobre la COVID-19, ofreciendo un 14% de ellas herramientas tecnológicas como asistentes virtuales.

3.2.6. Personal y gastos TIC

Finalmente, el sexto y último ámbito de análisis es el personal y los gastos TIC. Entre otras cuestiones, en el informe se relaciona cuántos empleados públicos de las entidades locales, del total existente, son empleados TIC. El total de empleados públicos en las entidades locales en julio de 2020 ascendía a 553 633 personas⁵⁶, y según datos proporcionados por las propias Entidades locales, la cifra de empleados TIC se situaba en 9843, lo que representa un 1,78% del total⁵⁷. Además, indica que este personal TIC es un 56,6% funcionario y 43,4% personal laboral. Curiosamente, solo en la franja de municipios de más de 500 000 habitantes (ni siquiera en las diputaciones), el porcentaje de personal TIC laboral es mayor que el de funcional.

⁵⁴ Las cifras se extraen del portal de datos abiertos de la AGE, en el que había contabilizadas nueve diputaciones y treinta y cinco municipios. Para consultar el portal, ver: <https://datos.gob.es/es/>

⁵⁵ A pesar de que el nivel de cumplimiento debería ser del 100%, queda margen de mejora por cuanto se sitúa en el 58,57% para sistemas de categoría alta, en un 63,89% para sistemas de categoría media y en un 84% para sistemas de categoría básica. Entiende para sistemas de categoría media y alta cuando el porcentaje de cumplimiento se puede considerar medio, y para los sistemas de categoría básica si el porcentaje de cumplimiento es alto. No obstante, ni unos ni otros estarían llegando al cumplimiento total, que es el requerido. Informe INES CEN-CERT IT 27/20.

⁵⁶ Dato que obtiene del *Boletín Estadístico* publicado por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública de julio 2020.

⁵⁷ Conforme al último boletín estadístico del personal al servicio de las AA. PP., de julio de 2022 (es de periodicidad semestral), el número de efectivos en las EE. LL. ascendía a 598 526, con lo que, dado el incremento de casi 50 000 personas en cuestión de dos años y que, naturalmente, todas ellas no van a ser personal TIC, el porcentaje que representarán en la actualidad estos con respecto al total de empleados públicos locales será menor que el reflejado en el Informe IRIA de 2021.

Una aportación interesante sobre el tipo de relación que tienen los empleados públicos TIC con su Administración respectiva, además de por plantear una propuesta de *lege ferenda* en cuanto a este tipo de personal y su dotación mínima en función del tamaño de los municipios, la realiza (Herrero Pombo, 2021, pp. 53-54), quien entiende que, vistas las funciones que realizan –a la luz de la evolución de la Administración digital– y su interrelación con el ejercicio de funciones públicas y la salvaguardia de los intereses generales, debería tener condición funcionarial⁵⁸.

El sumatorio que se obtiene es un incremento del acceso y uso de los servicios públicos digitales por parte de la población y, pese a los avances realizados y a la *vacatio legis* inicialmente prevista y sucesivamente ampliada, un incumplimiento por parte de las Administraciones de sus obligaciones en materia de Administración electrónica⁵⁹.

3.3. Necesaria colaboración interadministrativa de los entes locales intermedios

La conformación de municipios con escasa población y la dispersión de esta en el territorio se traducen en una concentración poblacional en las zonas costeras y un despoblamiento del interior peninsular –con contadas excepciones como serían Madrid y Zaragoza–, que produce unas desiguales condiciones de vida para los ciudadanos y justifica la existencia, para tratar de reequilibrar esta situación, de la provincia⁶⁰.

Su cometido principal, conforme al art. 31 LBRL, e invariado desde la aprobación de la Ley, es garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales en el marco de la política económica y social mediante el aseguramiento de la prestación de los servicios de competencia municipal en todo el territorio provincial y la participación en la coordinación de la Administración local con la autonómica respectiva y la estatal. Con ello, se observa una estrecha conexión entre los ámbitos de interés local y provincial, en tanto en cuanto «las diputaciones y los ayuntamientos conforman un mismo nivel de Gobierno» (STC 107/2017, de 21 de septiembre, F. J. 4.b). Para la consecución de este fin, se le atribuyeron una serie de competencias propias (art. 36 LBRL) que han sufrido algunas alteraciones con el paso del tiempo (leyes 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local –LRSAL–), si bien las principales no han variado desde su configuración en 1985.

En relación con la Administración pública electrónica, la LRSAL procedió a la inclusión de un inciso g) en el apdo. 1 del art. 36 LBRL, estableciendo como competencia propia de la diputación (o entidad equivalente) «la prestación de los servicios de administración electrónica y contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes». Este inciso fue objeto de interpretación conforme en la STC 111/2016, puesto que la aparente transmisión en bloque a la diputación provincial de la entera prestación de tales servicios para los municipios situados en ese umbral no era tal, sino la posibilidad de prestarlos con carácter subsidiario. En síntesis, no dejó de ser una concreción de la genérica competencia de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios prevista en el art. 36.1.b) LBRL⁶¹,

⁵⁸ Teniendo claro que son conceptos jurídicos indeterminados precisados de interpretación, le parece claro que «las funciones que hoy tiene asignadas el sufrido personal integrante de departamentos TIC y de archivos y gestión documental –donde existan– tiene una evidente y directa relación con el ejercicio de funciones públicas y salvaguardia de los intereses generales. En cuanto al ejercicio de funciones públicas, intervienen de manera transversal en todas ellas. Sin excepción. El mero hecho de participar en el diseño, implantación, desarrollo y supervisión de aplicaciones informáticas implica la aplicación de normas y técnicas sobre seguridad (aplicando el Esquema Nacional de Seguridad y la normativa de protección de datos así como los diversos criterios de las autoridades europea, estatal y autonómicas), interoperabilidad (aplicando el Esquema Nacional de Interoperabilidad y toda su normativa de desarrollo), reingeniería de procesos para la efectiva aplicación de las Leyes 39 y 40 de 2015, y un largo etcétera de normas que son la base, el cimiento de la Administración digital. Esto determina a nuestro modo de ver y sin ningún género de dudas el encuadre de personal TIC y de archivos y gestión documental en el art. 9 del Estatuto Básico y, en consecuencia, la necesidad de atribuirles –a todos– condición funcionarial».

⁵⁹ Diversas razones se aluden al respecto, como presupuestarias, inercias o dinámicas previas de trabajo, resistencias del personal al cambio, etc. Sobre la importancia del factor humano a la hora de introducir cambios en una estructura organizativa o en el marco de procesos, Serrano Canón (2016).

⁶⁰ En palabras de Parejo Alfonso, «la dicotomía resultante de la España peninsular –la rural versus la urbana– y la desigualdad de las condiciones de vida en una y otra (lo que significa: en el contenido básico del status de ciudadano), de un lado, y el predominio del pequeño –incluso mínimo e imponente– municipio en la primera y el desbordamiento del horizonte municipal por los problemas inherentes a la aglomeración urbana en la segunda, de otro lado, conducen derechamente, por igual, aunque para cubrir necesidades diferentes, a la reafirmación de la provincia (o equivalente)» (Parejo Alfonso, 2017, p. 22).

⁶¹ Este precepto establece como competencia propia «la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión». Este último inciso ha sido criticado por Carbonell Porrás en la medida en que no concreta un umbral determinado de población al margen –obviamente– de la garantía mínima que fija para los de menos

que ha de ejercer el ente local intermedio «empleando todos los instrumentos jurídicos que sean necesarios, comenzando por los más respetuosos con la autonomía municipal, como son los derivados de la asistencia y cooperación y, en su defecto, la facultad de coordinación e incluso la asunción de su prestación» (Carbonell Porrás, 2021, p. 97).

4. EL CASO DE ARAGÓN: EL INFORME DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE 2021 Y SUS PRINCIPALES SEÑALAMIENTOS

4.1. Finalidad del informe y realidad local aragonesa

Pues bien. Llegados a este punto, resulta oportuno preguntarse, dentro del contexto descrito, qué sucede en Aragón. En otras palabras, ¿de qué manera se están implantando los servicios de Administración electrónica y contratación centralizada en los municipios aragoneses con población inferior a 20 000 habitantes?

Para responder a estos interrogantes, resulta de gran valor el informe que la Cámara de Cuentas de Aragón (2021) aprobó el 21 de septiembre de 2021, y que iba directamente destinado a comprobar el ejercicio de la competencia en la materia por parte de las tres diputaciones provinciales (art. 36.1.g) LBRL) y la gestión sobre la materia por parte de las nueve municipios con población comprendida entre los diez mil y los veinte mil habitantes: Alcañiz, Barbastro, Cuarte de Huerva, Ejea de los Caballeros, Fraga, Jaca, Monzón, Tarazona y Utebo.

Para contextualizar los datos del informe, conviene recordar que en Aragón hay un total de setecientos treinta y un municipios, de los cuales solo cuatro superan los 20 000 habitantes, lo que se traduce en que los setecientos veintisiete restantes (el 99,5%), caen bajo el paraguas de la competencia provincial de asistencia y cooperación citada. De hecho, seiscientos veintisiete del total cuentan con menos de mil habitantes. En paralelo, en esos cuatro municipios se concentra el 40,6% de la población de la Comunidad Autónoma.

4.2. Las principales observaciones del informe: falta de planificación, insuficiente asistencia por parte de las Diputaciones y necesidad de mayores inversiones en la materia

4.2.1. Las diputaciones provinciales

La primera carencia que detecta la Cámara de Cuentas aragonesa, que se puede contrastar con lo expuesto a nivel general en los apartados anteriores, es que ninguna de las tres diputaciones provinciales ha establecido una planificación de cara a la implantación de los servicios de Administración electrónica en los municipios aragoneses de menos de veinte mil habitantes ni realiza un seguimiento para conocer su evolución y promover su corrección. Más concretamente, las diputaciones provinciales de Zaragoza y Teruel no prestan servicios de Administración electrónica y contratación centralizada en los municipios con población inferior a veinte mil habitantes, debiendo estos afrontar por su cuenta las exigencias establecidas en la materia por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015. La primera de ellas ha optado por subvencionarles el coste de mantenimiento de las plataformas y sus actualizaciones, y la segunda por desarrollar un *software* propio que no ha tenido acogida.

Por su parte, la Diputación Provincial de Huesca asumió como gasto propio el coste de mantenimiento y actualización de las plataformas, asegurándose de este modo cierto nivel de información sobre el estado de implantación, así como el control sobre las actualizaciones implantadas y un mínimo de horas de formación. Sin embargo, este servicio solo lo ofrece a las ciento setenta y cuatro entidades locales de menos de mil habitantes, quedando al margen las otras veintisiete entidades con población entre los mil y veinte mil habitantes de su territorio, a las que –conviene no olvidar– también ha de prestar el servicio. Ello se traduce en un incumplimiento, por parte de las tres diputaciones, de la competencia que tienen atribuida en esta materia, que no han negado ni justificado en el trámite de alegaciones que les confirió la Cámara antes de elevar a definitivo el informe.

de 1000 habitantes (Carbonell Porrás, 2021, p. 94). Como apunte histórico de contraste indica que la vinculación entre la cooperación provincial y los municipios rurales ya se recogió en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) de 1955, en el que se precisaba que «la cooperación provincial alcanzará a los municipios de menos de 20.000 habitantes, y se referirá normalmente a los municipios rurales y a los pequeños núcleos de población», si bien «excepcionalmente podrá extenderse a municipios de más de 20.000 habitantes para aplicarla en núcleos rurales de sus respectivos términos cuya población no exceda de 10.000 habitantes» (art. 161).

4.2.2. Los nueve municipios aragoneses con población entre 10 000 y 20 000 habitantes

En lo que respecta a los nueve municipios con población entre los diez mil y los veinte mil habitantes, la Cámara les remitió un cuestionario para valorar la implantación efectiva de la digitalización municipal, una vez finalizado el plazo para hacerlo conforme a las leyes 39 y 40/2015 (2 de abril de 2021). De las respuestas que estos remitieron, el órgano fiscalizador deduce que estos municipios destinan escasos recursos tanto materiales como humanos a la Administración electrónica, y que ni han planificado de manera previa el proceso de implantación, ni efectúan un seguimiento al respecto. Además, han recibido escaso o –incluso– nulo apoyo de las respectivas diputaciones provinciales. Presentan un grado bajo de digitalización en cuanto a gestión de impuestos y moderado en la tramitación del resto de procedimientos. Tanto es así que, salvo los relacionados con subvenciones y ayudas, prácticamente ninguno se puede tramitar telemáticamente al completo. De hecho, en ninguno de ellos se pueden tramitar íntegramente las gestiones relacionadas con el padrón municipal o relativas al acceso a actividades culturales y formativas, como talleres y cursos. Tampoco se puede hacer una comparativa entre formas de tramitación, dado que ninguno de los nueve reportó datos sobre el porcentaje que suponen los expedientes electrónicos sobre el total que gestiona el municipio durante el periodo 2018-2020, salvo Fraga, que lo cumplimentó para algunos trámites.

También observa la Cámara que seis de estos nueve municipios se encuentran en un nivel bajo o medio en cuanto al cumplimiento del ENS; dos de ellos en un nivel alto, que tilda de incongruente por otros puntos que se desprenden de sus respuestas al cuestionario (como no haber designado responsables de la política de seguridad ni haber aportado auditoría de cumplimiento o autoevaluación realizada), y el último restante no aportó información respecto al cumplimiento del ENS.

4.2.3. Los restantes municipios con población inferior a 20 000 habitantes

Constatada la situación de esos nueve municipios, y ante la falta de la prestación del servicio de Administración electrónica por parte de las diputaciones provinciales de Teruel y Zaragoza, así como la prestación incompleta por parte de la Diputación de Huesca, la Cámara se ve en la obligación de recurrir a otras fuentes de información para tratar de conocer el grado de digitalización en los municipios de la Comunidad Autónoma⁶². Fruto de ese proceso, se pueden resaltar los siguientes resultados. De los setecientos veintisiete municipios de la Comunidad Autónoma con población inferior a veinte mil habitantes, solo cuatrocientos sesenta y nueve disponen de un grado de accesibilidad aceptable a sus sedes electrónicas. Los restantes doscientos cincuenta y ocho no han habilitado enlace o no funciona, con lo que los ciudadanos no conocen cómo acceder a ellas. Incluso, cinco de ellos ni siquiera disponen de sede electrónica. En cuanto al acceso a la misma, en diecisiete municipios no se ha podido acceder por tener certificados revocados, caducados o estar la sede temporalmente inactiva. En seiscientos cuatro sedes electrónicas se observa que el número de autenticaciones por habitante en 2020 fue superior al promedio de los dos años anteriores, con lo que se estaría produciendo una tendencia creciente en su uso. En otras sesenta y siete el análisis no es concluyente y en las restantes no hay información disponible. Por último, constata que treinta municipios no disponían de oficinas de registro general integradas en el sistema de interconexión de registros (SIR), con lo que estarían incumpliendo el requisito de interoperabilidad.

4.3. Resultado que extrae: importante incumplimiento en materia de Administración electrónica

La conclusión que extrae la Cámara de Cuentas de todo lo expuesto es obvia: existe un importante incumplimiento en esta materia, con la salvedad de la asistencia y cooperación prestada por la Diputación Provincial de Huesca a los municipios de menos de 1.000 habitantes, en tanto que las diputaciones en conjunto no prestan de forma adecuada los servicios de Administración electrónica y contratación centralizada

⁶² Para ello, procede de varias formas. En primer lugar, comprueba si disponen de web municipal oficial y sede electrónica municipal. En segundo lugar, explora la información sobre adhesiones a convenios de Administración electrónica (datos publicados por la Diputación General de Aragón) y los datos de información disponible en el OBSAE y en el Centro de Transferencia Tecnológica (CTT) de la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. En cuarto lugar, coteja si se han integrado en el sistema de facturación electrónica FACE. En quinto lugar, si tienen perfiles activos en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en la Base de Datos Nacional de Subvenciones. Por último, comprueba si disponen de portal de transparencia y el grado de uso.

a municipios aragoneses de menos de 20 000 habitantes, que es lo que exige el reiterado art. 36.1.g) LBRL. Por lo tanto, la inmensa mayoría de los municipios aragoneses entran dentro de la competencia provincial de auxilio y cooperación en materia de Administración electrónica y, sin embargo, buena parte de ellos no son asistidos por las diputaciones. A su vez, aquellos municipios que podrían tener mayor capacidad para implantar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones en este ámbito (los nueve comprendidos en la franja de diez mil a veinte mil habitantes), tampoco son capaces de asumir por sí solos los costes que supone cumplir con esta parte del ordenamiento. Unida al incumplimiento claro de las obligaciones en materia de Administración electrónica, tanto por parte de municipios como de diputaciones, se encuentra la falta de información sobre el estado en que se encuentran para tomar medidas y la ausencia de planificación para distribuir esfuerzos presupuestarios y para pautar medidas que paulatinamente dirijan a todas las entidades locales hacia el cumplimiento de sus obligaciones.

Se requieren mayores esfuerzos en esta materia y no es tolerable que, con todo el tiempo transcurrido, siga habiendo municipios que no cuenten con sede electrónica para poder acceder a los distintos servicios y realizar las gestiones correspondientes de manera telemática. Y no lo es porque ni cumple la entidad local ni permite cumplir a aquellos que están obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones. A ellos habría que añadir los que no permiten, por no haber habilitado un enlace, acceder a su sede electrónica. Además, no se está cumpliendo con el principio de una sola vez y el requisito de interoperabilidad en los municipios no adheridos al sistema SIR y se está constatando una falta de transparencia. La traducción de todo ello es que, aunque se va progresando, en todos los niveles analizados de entes locales siguen incumpliendo sus obligaciones y cometidos.

5. CONCLUSIONES

Diversas reflexiones se pueden extraer de lo apuntado en estas líneas, en línea con los diversos extremos que comprende la Administración electrónica. Para empezar, hay que insistir en que, además de la incorporación de equipos, se debe acometer una actualización de los conocimientos de los empleados públicos, comenzando por una revisión de los temarios de los procesos selectivos que sirva para garantizar el conocimiento por los aspirantes de las TIC que deban implementarse en las Administraciones. Por supuesto, también se han de evaluar los procesos y dinámicas internas de trabajo. A todo ello hay que añadir la necesidad paulatina de actualización de la normativa más concreta, como pueden ser el ENS y el ENI, junto con sus normas técnicas de desarrollo, a fin de poder adaptarse a los rápidos cambios e innovaciones que en materia tecnológica se producen, con sus correspondientes riesgos. Esto último tiene especial interés, dado que diversas entidades locales no son capaces de cumplir con los estándares de seguridad e interoperabilidad exigidos, lo que, teniendo en cuenta que tratan con cientos, miles o millones de datos según su dimensión, plantean importantes riesgos de sustracción o pérdida. Aunque se recogían niveles medios y altos de cumplimiento global de adecuación al ENS por parte de las entidades locales, lo que exige la normativa es el cumplimiento total, y aquí no hay excepciones. Si hace unos meses el Servicio Público de Empleo Estatal sufrió un ciberataque, concretamente por un virus «ransomware»⁶³ que inhabilitó durante días su web y sede electrónica pese a los medios técnicos y humanos con que cuenta, habría que plantearse qué serían capaces de hacer con los servicios digitales de una entidad local que ni siquiera es capaz de cumplir con las prescripciones en materia de seguridad.

Siendo varios los frentes que atajar en la transformación digital de la Administración local, una vía importante para contribuir a ello puede ser realizar nuevas convocatorias de subvenciones, como las realizadas para los años 2021 y 2022 en el marco del PRTR (frente a ellas, la convocatoria de 2023 ha tenido un ámbito de aplicación muy reducido). Ahora bien, antes de proceder a convocar debería analizarse en qué estado de esta transición al formato digital se encuentran las entidades locales, dado que en los informes comentados se observa una brecha en la prestación de servicios por canal digital entre las de mayor población y las de tamaño más reducido, con municipios incumplidores en ambos estratos. Y ello por no hablar del insuficiente ejercicio de la competencia que tienen en esta materia las diputaciones provinciales. Con esa información se podría planificar la paulatina toma de medidas necesaria para –nada más y nada menos– cumplir con el ordenamiento, con las obligaciones en materia de Administración electrónica.

⁶³ *Software* malicioso capaz de cifrar archivos y bloquear ordenadores utilizado con la idea de pedir dinero a cambio de devolver el funcionamiento normal al sistema.

En cuanto a la actualización de temarios, una opción que considerar podría ser la reforma del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, a fin de introducir un inciso específico sobre Administración electrónica. Por su parte, de cara a extender la cantidad de servicios ofrecidos por parte de las entidades locales, podría reforzarse el papel de la Comisión Sectorial de Administración Electrónica, en tanto que órgano técnico creado para desarrollar la Administración electrónica, e incidir en la posibilidad que tienen aquellas de adherirse a los servicios comunes ofrecidos por la AGE. Esta última posibilidad no es nueva: las obligaciones de puesta a disposición de sistemas y aplicaciones para su reutilización y de creación de directorios actualizados de aplicaciones para su libre reutilización entre Administraciones ya están recogidas en el ordenamiento (arts. 157 y 158 Ley 40/2015). Lo que se quiere es incidir en el ahorro de costes que supondría un mayor aprovechamiento.

Los obstáculos con el que se puede encontrar la expansión del uso de las TIC en las relaciones con las Administraciones, en general, y las locales, en particular, puede ser el desconocimiento de su ahorro en términos económicos y de tiempo, la falta de habilidades digitales, la desconfianza y el desinterés. Por ello, un punto importante para fomentar el uso de los canales digitales para el acceso a los servicios públicos es la formación y la divulgación de sus beneficios en términos de eficiencia. No obstante, más allá de este punto hay que respetar la opción de que algunas personas rehúsen los canales digitales para acceder a los servicios públicos. Ese derecho a la desconexión digital es un límite a todo este proceso de cambio, siempre y cuando la elección sea informada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida Cerrada, M., y Santiago Iglesias, D. (2021). Las smart communities: un instrumento para alcanzar, de forma planificada y concertada, el equilibrio en la distribución espacial de la población. *Cuadernos de Derecho Local* (56), 14-54. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL56/QDL56_01_Almeida_Santiago.pdf
- Badules Iglesias, D. (2022). *Análisis de la retroalimentación del ciclo normativo. De la evaluación ex post a la planificación normativa* [tesis inédita]. Universidad de Zaragoza.
- Cámara de Cuentas de Aragón (2021). *Implantación y gestión de la administración electrónica en las entidades locales. Informe de Fiscalización*. https://www.camaracuentasaragon.es/wp-content/uploads/2023/01/PF2020_08_Implantacion-administracion-electronica-eell.pdf
- Campos Acuña, C. (2016). Una proyección de futuro: retos de las entidades locales ante el nuevo marco normativo y medidas para garantizar su cumplimiento. En C. Campos Acuña (coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015* (pp. 847-874). Wolters Kluwer.
- Campos Acuña, C. (2020). El futuro del empleo público local: retos ante un mundo digital. *Documentación Administrativa* (7), 126-144. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10894>
- Campos Acuña, C. (2022). La digitalización de los procedimientos en los Gobiernos locales: una tarea pendiente. *Cuadernos de Derecho Local* (58), 88-115. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/2274/06_CAMPOS_P88_P116_QDL_58.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Carbonell Porras, E. (2021). Las diputaciones provinciales, garantes de servicios e infraestructuras en los municipios rurales: su posición institucional en la lucha contra la despoblación. *Cuadernos de Derecho Local* (56), 84-117. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL56/QDL56_03_Carbonell.pdf
- Cerezo Peco, F. (2016). La apuesta por un modelo de procedimiento administrativo electrónico: el impacto de la simplificación y la reducción de cargas. En C. Campos Acuña (coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015* (pp. 91-124). Wolters Kluwer.
- Cerrillo i Martínez, A. (2021). Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas. *Revista Galega de Administración Pública* (61), 271-309. <https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4791>
- Cerrillo i Martínez, A. (2022). La digitalización en los Gobiernos locales intermedios y la contribución al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. *Cuadernos de Derecho Local* (58), 30-63. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2022/QDL58/QDL58_02_Cerrillo_Martinez.pdf
- Colás Tenas, J. (2021). Los Gobiernos locales intermedios en la gestión de los fondos europeos para la recuperación. *Cuadernos de Derecho Local* (55), 37-51. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2021/QDL55/QDL55_02_Jesus_Colas.pdf
- Fuentes i Gasó, J. R. y Boltaina i Bosch, X. (2022). El teletrabajo en la Administración pública: un modelo para el sector público y la comparativa con la regulación del sector privado. *Cuadernos de Derecho Local* (60), 295-341. https://www.gobiernolocal.org/publicaciones/2022/QDL60/QDL60_09_Fuentes_Boltaina.pdf
- García Martín, J. A., Esteban Paúl, Á., García Roger, C. y Torres Carbonell, J. J. (2021). *Administración electrónica. Aspectos jurídicos, organizativos y técnicos (adaptado al nuevo Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos)*. Aranzadi.

- Herrero Pombo, C. (2021). La digitalización del sector local: una partitura sin orquesta. *Documentación Administrativa* (8), 43-65. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11024>
- Merino Estrada, V. (2022). El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de las entidades locales. *Cuadernos de Derecho Local* (58), 14-29. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2022/QDL58/QDL58_01_Merino_Estrada.pdf
- Parejo Alfonso, L. (2017). Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras del arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común. En L. Parejo Alfonso (dir.), A. Arroyo Gil, (coord.), *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 11-32). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Rivero Ortega, R. (2020). ¿Sirve de algo planificar? Los déficits de la gobernanza anticipatoria y la proactividad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo* (209), 25-44.
- Sánchez Morón, M. (2022). El régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones locales. *Cuadernos de Derecho Local* (58), 64-87. https://gobiernolocal.org/publicaciones/2022/QDL58/QDL58_03_Sanchez_Moron.pdf
- Serrano Canón, M. (2016). El elemento personal en la transformación de la Administración. En C. Campos Acuña (coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015* (pp. 807-846). Wolters Kluwer.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024

Sección: RECENSIONES

Recibido: 06-11-2023

Aceptado: 21-11-2023

Publicado: 15-04-2024

ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11297>

Páginas: 258-261

Referencia: Valero-Torrijos, J. (2024). M.^a Dolores Utrilla Fernández-Bermejo (dir.): El Derecho Administrativo de Castilla-La Mancha. Diagnóstico y posibilidades de evolución en un contexto multinivel. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 258-261. <https://doi.org/10.24965/reala.11297>

M.^a Dolores Utrilla Fernández-Bermejo (dir.): *El Derecho Administrativo de Castilla-La Mancha. Diagnóstico y posibilidades de evolución en un contexto multinivel*

Valero-Torrijos, Julián

Universidad de Murcia. Departamento de Derecho Administrativo (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6739-6789>

julivale@um.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo. Coordinador iDerTec-Grupo de investigación «Innovación, Derecho y Tecnología». Director Cátedra Fundación Integra sobre Identidad y Derechos Digitales de la Universidad de Murcia.

RESUMEN

Recensión del libro dirigido por M.^a Dolores Utrilla Fernández-Bermejo, *El Derecho Administrativo de Castilla-La Mancha. Diagnóstico y posibilidades de evolución en un contexto multinivel*, Iustel, 2022, 442 pp.

PALABRAS CLAVE

Derecho autonómico; Administración pública; innovación.

ABSTRACT

Review of the book directed by M.^a Dolores Utrilla Fernández-Bermejo (dir.), *El Derecho Administrativo de Castilla-La Mancha. Diagnóstico y posibilidades de evolución en un contexto multinivel*, Iustel, 2022, 442 pp.

KEYWORDS

Regional law; Public Administration; innovation.

Uno de los ámbitos a los que se ha prestado menor atención por parte de la doctrina administrativista es el referido a la producción normativa de las comunidades autónomas, lo que resulta llamativo si tenemos en cuenta que una buena parte de las disposiciones publicadas oficialmente provienen, precisamente, de los Parlamentos y los Ejecutivos autonómicos. No obstante, es necesario recordar una importante excepción al respecto, en particular por su ambicioso planteamiento: la obra de Muñoz Machado, *Derecho público de las comunidades autónomas*, que, siendo indiscutiblemente una obra de inexcusable referencia, adopta una visión centrada sustancialmente en un plano general. Asimismo, aunque con un objeto más amplio al referirse globalmente al derecho público, también se han publicado algunas obras colectivas referidas a concretas comunidades autónomas que, además, tenían por objetivo principal ofrecer una visión de conjunto y, en ocasiones, fundamentalmente descriptiva del marco normativo autonómico.

Precisamente por estas razones la obra objeto de esta recensión adquiere una relevancia singular que va más allá del ámbito territorial al que se refiere su objeto. El trabajo dirigido por la profesora Utrilla Fernández-Bermejo no pretende ofrecer unos comentarios sistemáticos sobre la regulación

jurídico-administrativa en Castilla-La Mancha ni constituye un mero informe acerca de la normativa vigente. Antes al contrario, partiendo de un sólido análisis doctrinal llevado a cabo por un equipo académico de gran solvencia, se ofrecen, desde una decidida orientación práctica, no solo un análisis de interés respecto de la situación actual, sino, sobre todo, propuestas concretas para la mejora regulatoria partiendo del ámbito regulatorio que permiten las competencias estatales y la normativa de la Unión Europea; todo ello sin limitarse a la mera formulación de propuestas con un alcance restringido a la mejora del actual marco normativo, llegando, incluso, a plantear opciones basadas en la innovación que, sin duda y de incorporarse, permitirían dar un salto cualitativo al derecho administrativo de Castilla-La Mancha.

El notable interés de las aportaciones que se incorporan en el libro que ahora se presenta obedece en gran medida al planteamiento metodológico que inspiró inicialmente el proyecto. Como reconoce la propia directora de la obra –a la sazón Investigadora principal del proyecto financiado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que ha sustentado la investigación–, la intuición inicial del profesor Beltrán de Felipe fue determinante a la hora de plantear la necesidad de impulsar una investigación a través de la cual analizar el grado de desarrollo y los rasgos definitivos del derecho administrativo de Castilla-La Mancha a fin de determinar «sus potenciales vías de desarrollo y evolución a la luz de las recientes transformaciones de los ordenamientos jurídicos que se le superponen y lo condicionan –el europeo y el estatal–». Así pues, se ha llevado a cabo una profunda revisión del marco normativo autonómico a partir del contraste con el derecho estatal y de la Unión Europea, lo que, sin duda, constituye una originalidad destacable que dota al resultado final de una originalidad destacable, ya que no resulta frecuente abordar el estudio de la regulación autonómica desde el horizonte de las normas europeas y, menos aún, con la finalidad de delimitar las posibilidades futuras por parte de los órganos competentes para dictar las normas legales y reglamentarias a la hora de dotar de forma normativa a las políticas públicas.

No nos encontramos, por tanto, ante unos meros comentarios exegéticos o descriptivos del marco normativo autonómico; antes bien, la obra parte de un exhaustivo análisis doctrinal del mismo a partir de las categorías e instituciones principales del derecho administrativo que, asimismo, se ha sometido a discusión a través de diversos seminarios y actividades académicas en las que han participado altos funcionarios autonómicos especializados en el sector respectivamente analizado, y que, por tanto, conocen de primera mano los problemas, dificultades y desafíos que plantea la aplicación práctica de las normas objeto de estudio.

En este sentido, con el imprescindible apoyo del Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha, se han organizado diversos eventos que, por una parte, han servido para fomentar la difusión de los resultados del trabajo académico que se iba realizando y, por otra, han permitido contrastar los avances de la investigación con actores de singular protagonismo en la aplicación del objeto de estudio, como es el caso de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha, el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o la Oficina Autonómica de Transparencia y Buen Gobierno.

La estructura del libro se plantea como una herramienta al servicio del objetivo que se pretendía abordar con el proyecto, instrumentalidad que también determina la asignación de la temática al completo y diverso equipo de investigación. Así, la primera parte se dedica, desde una aproximación inicial de carácter general, a realizar un análisis global de la situación actual de la regulación autonómica teniendo en cuenta algunas de las principales categorías e instituciones del derecho administrativo. En concreto, se abordan el régimen jurídico y la organización del Gobierno y la Administración, el procedimiento administrativo –incluyendo la dimensión electrónica–, la potestad sancionadora y la actividad de fomento. No se pretende, por tanto, abordar de manera específica la regulación sectorial, lo que sin duda habría resultado excesivamente complejo teniendo en cuenta el objetivo inicialmente planteado con la investigación, sino de concretar el estado de evolución de la regulación más significativa por su carácter transversal y basilar por lo que se refiere al régimen jurídico del Ejecutivo autonómico y las manifestaciones principales de su actividad formal.

La segunda parte se plantea como principal cometido determinar, a partir del análisis inicial acometido en la primera, cuáles son los límites de que disponen los poderes públicos autonómicos de Castilla-La Mancha a la hora de impulsar la regulación en los distintos ámbitos materiales antes referidos. En concreto, según se explicaba al comienzo, se abordan los límites derivados de la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, pero, más allá del simple análisis teórico del marco que ofrecen la norma fundamental y el Estatuto de Autonomía, se determina dicho alcance negativo teniendo en cuenta el efectivo ejercicio competencial realizado por el legislador estatal en las normas vigentes en materia de régimen jurídico, procedimiento administrativo, potestad sancionadora, actividad de fomento, contratación pública y régimen local. De esta manera el estudio adquiere un reduplicado interés, ya que las conclusiones en esta parte del libro permiten ofrecer a los órganos autonómicos competentes una completa fotografía

del espacio de regulación del que disponen a partir de ejemplos concretos de especial interés práctico. En algunos casos –singularmente por lo que se refiere al procedimiento administrativo, la actividad de fomento y la contratación pública, en los que cobra todo su sentido–, el estudio incorpora también la dimensión del derecho de la Unión Europea, evidenciando cómo en numerosas ocasiones su ejecución ofrece inusitadas posibilidades a la regulación autonómica a fin de proceder a un refuerzo de la seguridad jurídica y teniendo en cuenta las singularidades, en este caso, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Por último, la tercera parte ofrece las principales conclusiones del trabajo de investigación realizado desde una perspectiva temporal ineludible teniendo en cuenta el planteamiento general de la obra. Así, partiendo del diagnóstico de la regulación en vigor se identifica como principal punto de inflexión la detección de una serie de espacios regulatorios que no han sido asumidos por la normativa estatal y europea o, en su caso, que permiten dictar normas al amparo del ejercicio de competencias concurrentes. Finalmente, se plantean las posibilidades de llevar a cabo no solo una mejor sistematización de las normas en vigor sino, sobre todo, cómo debería afrontarse la expansión regulatoria autonómica ante la constatación de que se ha producido una cierta pasividad por parte de los órganos competentes para ejercer la potestad normativa, sin olvidar el desafío que puede suponer incorporar planteamientos innovadores en algunos ámbitos especialmente proclives.

En fin, la asignación de los trabajos al equipo investigador parece también haberse producido en función del objetivo general con que se planteaba el proyecto. Mientras que en la primera parte se ha reservado en exclusiva a la representación de la Universidad de Castilla-La Mancha –quizás justificado por la mayor cercanía al objeto de estudio–, en la segunda se ha contado con la aportación de relevantes especialistas en cada una de las materias analizadas que, además y en la mayor parte de los casos –salvo en el caso del capítulo 6, sin duda por la singularidad de la materia a que se refiere–, pertenecen a otros ámbitos geográficos ajenos al objeto de estudio, garantizando de esta manera una mayor diversidad que ha enriquecido el resultado final. Finalmente, las conclusiones son asumidas por la profesora Utrilla y el profesor Beltrán, asignación justificada por su protagonismo en la concepción y ejecución del proyecto de investigación en cuyo contexto se ha generado la obra.

El trabajo parte de una premisa inicial que resulta decisiva a la hora de garantizar un mayor alcance de las conclusiones: si el análisis se planteara exclusivamente desde el art. 149.1.18.^a de la Constitución, quizás no se advertiría el margen competencial que resta en favor de las comunidades autónomas. Al trasladarse el estudio a la concreta regulación estatal –y europea– se abren posibilidades inéditas para la normativa autonómica, para lo cual resultan especialmente sugerentes las propuestas formuladas en los trabajos de la segunda parte del libro. De este modo, el potencial regulatorio que se plantea en la obra no se limita simplemente a explorar oportunidades para una mejora de la sistemática de la normativa autonómica o a resolver los problemas de fragmentación regulatoria que se exponen en cada uno de los capítulos, lo que podría limitar el alcance de la propuesta aun reconociendo la utilidad práctica desde la perspectiva de la seguridad jurídica, por ejemplo, de hacer frente a la depuración de normas incoherentes o incluso desfasadas.

Como consecuencia del análisis realizado, se ha podido constatar, como sucede en otras comunidades autónomas, que solo se ha llegado a un incipiente grado de desarrollo del derecho administrativo castellano-manchego –con la salvedad de algunos ámbitos especialmente significativos, como la potestad sancionadora o la actividad de ordenación y la inspectora–. Por el contrario, existe un amplio despliegue normativo en la regulación sectorial, justificado dada la necesidad de hacer frente a la ejecución de las obligaciones derivadas del derecho estatal y de la Unión Europea. Sin embargo, este planteamiento en la regulación, sin una perspectiva global y sistemática, plantea serios riesgos de fragmentación que se identifican en el libro, un protagonismo quizás excesivo de la potestad reglamentaria por su mayor dinamismo e, incluso, una cierta tendencia a la profusión de instrumentos jurídicos no normativos, como es el caso de los acuerdos de Consejo de Gobierno. En definitiva, la inercia regulatoria sin plantear las posibilidades de afrontar retos y desafíos de mayor alcance supone una limitación del potencial normativo que ofrecen las competencias de que dispone la Comunidad Autónoma, tal y como se demuestra con algunos destacados ejemplos que se identifican en los respectivos trabajos.

Así, se ha detectado un importante desafío en el ámbito local por cuanto la falta de actualización de la regulación autonómica, inicialmente dictada al amparo de las primeras regulaciones estatales, ha llevado a un desfase que no solo genera contradicciones normativas, sino que, sobre todo, impide una mejor adaptación a la realidad castellano-manchega y sus concretas necesidades, tanto en aspectos generales –entes locales menores, personificaciones...– como, sobre todo, por lo que se refiere al margen de actuación que permite el refuerzo competencial a favor de las entidades locales.

Incluso, por lo que se refiere a la regulación del procedimiento administrativo, donde las posibilidades del legislador autonómico están muy constreñidas por la regulación estatal del procedimiento administrativo común, lo cierto es que, como se concluye en el libro, hay margen para las singularidades de cada procedimiento y en aspectos ciertamente relevantes derivados de las ventanas abiertas por la regulación estatal. Este sería el caso, entre otros, de la posibilidad de sustituir los recursos administrativos por otras vías de impugnación más garantistas o, sin ánimo exhaustivo, las medidas provisionales o la terminación convencional.

También se identifican relevantes oportunidades en el ámbito de la actividad de fomento, tal y como sucede con las posibilidades que deja abiertas el legislador estatal por ejemplo con los criterios de adjudicación; o en materia de contratación pública, especialmente para configurar esta modalidad como un instrumento estratégico más allá de la provisión de bienes y servicios.

Estas razones y el ambicioso planteamiento de la obra justifican que, más allá de las concretas razones que hayan determinado un limitado ejercicio competencial por parte de los órganos competentes en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha –análisis fuera del objeto del proyecto, como expresamente se enfatiza–, sus aportaciones puedan ser proyectadas a otras comunidades autónomas con las oportunas adaptaciones en función de sus singularidades. En definitiva, el libro ofrece una hoja de ruta sistemática para el legislador autonómico, que no se limita al mero análisis sistemático de la regulación vigente, sino que, sobre todo, formula concretas recomendaciones de mejora y sugerentes propuestas con un planteamiento claramente innovador, sobre todo por lo que se refiere a las actuaciones materiales, ámbito donde se ha identificado un singular potencial desde esta perspectiva dadas las limitaciones de la regulación sectorial.

Como destaca en el prólogo Tomás de la Quadra-Salcedo, este libro es resultado del trabajo académico de un destacado grupo de administrativistas de la Universidad de Castilla-La Mancha¹, que han sabido enriquecerlo con las aportaciones de destacados colegas de otras universidades, y también constituye una prueba de la permanencia del legado del profesor Luis Ortega Álvarez.

Todo ello al servicio de una idea clave: el potencial que tiene el derecho como esencial instrumento para la ejecución de las políticas públicas al ofrecer las mejores condiciones para su puesta en práctica. A la hora de afrontar este importante desafío las responsabilidades están claramente repartidas: el libro objeto de este comentario constituye una respuesta comprometida desde la Universidad que, haciendo realidad una vez más su inexcusable misión de contribuir a la mejora del sistema político-institucional donde se inserta, plantea importantes desafíos para quienes tiene la competencia para aprobar las normas legales y reglamentarias. La respuesta, ahora, está en otras manos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Utrilla Fernández-Bermejo, M.^a D. (dir.) (2022). *El Derecho Administrativo de Castilla-La Mancha. Diagnóstico y posibilidades de evolución en un contexto multinivel*. lustel.

¹ La obra puede considerarse un nuevo hito dentro de la destacada trayectoria colectiva de investigación académica del área de derecho administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, dando así continuidad al libro dirigido en el año 2000 por el citado maestro con el título *Derecho administrativo autonómico de Castilla-La Mancha*, difundido bajo el sello editorial de la propia UCLM, y, asimismo, al *Tratado de derecho público de Castilla-La Mancha*, que, en sentido y merecido homenaje a su memoria, fue publicado conjuntamente por lustel y las Cortes de Castilla-La Mancha en 2016 bajo la coordinación de Consuelo Alonso, Miguel Beltrán, Francisco Delgado y José Antonio Moreno.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024

Sección: RECENSIONES

Recibido: 24-09-2023

Aceptado: 15-11-2023

Publicado: 15-04-2024

ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11269>

Páginas: 262-265

Referencia: Martín Fernández, C. (2024). Gianluca Gardini: Le regole dell'informazione: verso la Gigabit Society (5.^a ed.). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 262-265. <https://doi.org/10.24965/reala.11269>

Gianluca Gardini: *Le regole dell'informazione: verso la Gigabit Society* (5.^a ed.)

Martín Fernández, Carmen

Universidad de Córdoba. Departamento de Derecho Público y Económico (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0118-7746>

carmen.martin@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba. Acreditada a profesora ayudante doctora y a profesora contratada doctora por la ANECA y la Dirección de Evaluación y Acreditación de la Junta de Andalucía (DEVA). Sus principales líneas de investigación son el derecho administrativo sancionador, la seguridad pública, la actividad administrativa de limitación y el derecho de la competencia.

RESUMEN

Recensión del libro de Gianluca Gardini: *Le regole dell'informazione: verso la Gigabit Society*, con la colaboración de Marina Caporale, Giappichelli Editore, 2021, (5.^a ed.), 437 pp.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión; derecho a la información; Administración pública; prensa; televisión; comunicaciones; internet.

ABSTRACT

Review of the book by Gianluca Gardini: *Le regole dell'informazione: verso la Gigabit Society*, with the collaboration of Marina Caporale, Giappichelli Editore, 2021, (5.^a ed.), 437 pp.

KEYWORDS

Freedom of expression; right to information; Public Administration; press; television; communications; internet.

El derecho a la libertad de expresión y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión son dos garantías fundamentales en un Estado democrático. El libre ejercicio de tales derechos es presupuesto de una opinión pública libre y del pluralismo político. La cadena lógica la explican los profesores Fernández-Miranda Campoamor y García Sanz (1996, p. 524): «No hay Estado democrático sin una opinión pública libre; no hay opinión pública libre sin una comunicación social libre asegurada a través de una estructura plural de medios; no hay comunicación social libre sin garantizar el derecho a la información de todos los ciudadanos y, de modo singular y destacado, de quienes se ocupan profesionalmente de indagar y difundir la información». Asegurar, por tanto, el legítimo ejercicio de estas libertades e impedir las intromisiones excesivas y la censura es tarea fundamental de los poderes públicos de nuestro tiempo. También en este terreno la Administración pública desarrolla una labor primordial: la disciplina de los sectores profesionales involucrados, la vigilancia del sector informativo, *ex ante* y *ex post*, el

aseguramiento de las obligaciones de servicio público, la protección de datos y la transparencia dependen, en buena medida, de la actuación de la Administración.

Las reglas de la información se erigen, así, en terreno abonado para el estudio de *iuspublicistas*. Derecho constitucional y derecho administrativo son los sectores del ordenamiento más comprometidos en este ámbito. El profesor Gianluca Gardini, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Ferrara, y también gran estudioso de derecho constitucional, resulta un jurista perfectamente idóneo para afrontar la difícil tarea de suministrar una obra sobre el derecho a la información en todos sus aspectos y desde todas las perspectivas pertinentes. Lo demuestra su libro sobre *Le regole dell'informazione*. Difícilmente podría ofrecerse un trabajo más completo y riguroso sobre el tema. La completitud y sistematización de los temas abordados y, al mismo tiempo, la profundidad en que se realiza el estudio lo dejan a caballo entre el manual y la monografía. Su autor lo ha elaborado pensando en la impartición de una asignatura sobre el derecho a la información, pero, como sucede con los buenos manuales, sus aportaciones superan con mucho esa utilidad docente.

El profesor Gardini ofrece en su obra un estudio jurídico detallado sobre la libertad de expresión y el derecho a la información en Italia, pero lo hace con una perspectiva actual, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el auge de internet y las plataformas, el incesante uso de las *social networks*, las siempre más frecuentes *fake news*, la desintermediación de la información, el *e-government* y la necesaria digitalización de la Administración. Son, de hecho, todos estos fenómenos novedosos los que lo han impulsado a publicar una quinta edición de su obra, en la que, como él mismo reconoce, ha resultado muy valiosa la colaboración de la doctora Marina Caporale.

Lo primero que hace el autor en su libro es encuadrar la libertad de expresión en la Constitución italiana (art. 21) y señalar la diferencia entre la mera expresión de opiniones (que conlleva un matiz subjetivo) y la narración de noticias (que pretende ser objetiva) porque, aunque *a priori* solo la primera parece tener cabida en el art. 21 de la Constitución italiana, en realidad el precepto garantiza ambas, tal y como hace, expresamente, el art. 20 de la Constitución española. De hecho, dice Gardini, la una y la otra resultan inseparables en muchas ocasiones, pues con las noticias es frecuente intercalar opiniones propias del informador. Ya lo advirtió tempranamente Stein (1973, p. 128): «No existen, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, meras comunicaciones de hechos sin contenido valorativo. Toda “mera comunicación de hechos” contiene siempre una toma de posición». También lo ha reconocido así nuestro Tribunal Constitucional, que por eso ha concluido que el mensaje concreto se considerará una manifestación de la libertad de expresión o, por el contrario, de la de información según cuál sea su carácter predominante (SSTC 160/2003, 9/2007, 29/2009, 41/2011 y 79/2014).

Distingue el autor, a su vez, del derecho a la información la comunicación publicitaria o comercial, que liga a la libertad de empresa, y la libertad de correspondencia y secreto de las comunicaciones (art. 15 de la Constitución italiana); en este último caso, subrayando que la diferencia estriba no tanto en el contenido de lo que se expresa sino en la forma en que se hace. Todo ello resultaría extrapolable al ordenamiento español, donde también puede distinguirse de la libertad de información del art. 20 de la Constitución, el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y la libertad publicitaria, relacionada con la libertad de empresa del art. 38 CE. No obstante, cabe advertir que la doctrina constitucional española no es unánime: hay autores que defienden que la publicidad comercial es la forma habitual de ejercicio de la libertad de expresión por las personas jurídicas de base económica (Villaverde Menéndez, 1994, p. 202).

Relacionado con todo ello, el autor pone una interesante cuestión sobre la mesa: ¿las opiniones reflejadas en las publicaciones de redes sociales en qué precepto encajan, en el art. 21 o en el 15 de la Constitución italiana, es decir, son ejercicio de la libertad de expresión o, más bien, comunicaciones interpersonales? Tras reflexionar sobre ello, concluye con la doctrina mayoritaria que el criterio diferenciador reside en el número de personas –indeterminado o determinado– que puede tener acceso a tal información. No es baladí el asunto, pues, según se ubiquen los mensajes en el art. 21 o en el 15, el canon constitucional es bien distinto. Como vemos, el profesor Gardini, a propósito de su estudio, afronta problemáticas que comparten Italia y España, por lo que al lector español puede resultar de gran utilidad este libro.

En el tercer y cuarto capítulos se delimitan las libertades de expresión e información. También de aquí puede sacar provecho el lector español porque, aunque las previsiones constitucionales al respecto difieren, la situación a la que se llega en la práctica es similar en ambos países. La Constitución italiana solo configura como límite a la libertad de expresión en su art. 21 el *buon costume* (entendido como la moralidad pública vigente en cada momento), mientras que la Constitución española alude, más ampliamente, al respeto a todos los derechos fundamentales, especialmente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen

y a la protección de la juventud y de la infancia. Sin embargo, explica Gardini que el respeto a todos estos derechos también constituye en Italia un límite implícito a la libertad de expresión. Del mismo modo que en España, cabría añadir, constituye un límite implícito a tal libertad el orden público, pues, como ha admitido el Tribunal Constitucional, la enumeración de límites que realiza el art. 20 de la Constitución en su apdo. 4 no es exhaustiva. Es, por ello, que en algunas ocasiones el TC ha declarado que diversos elementos del orden público representan un límite a las libertades de expresión e información. Ha sido el caso de la moral pública (STC 62/1982), la fidelidad a las instituciones democráticas (SSTC 51/1985 y 107/1988) o la imparcialidad y dignidad de la función judicial (STC 46/1998). Si ponemos el foco de atención en el elemento más polémico del orden público, que es la moralidad pública, dice Gardini que en su virtud solo quedarían excluidas las manifestaciones públicas de contenido sexual contrarias a las reglas de convivencia social de cada momento histórico. No obstante, más adelante el autor parece admitir que ello también ampararía ciertas limitaciones basadas en la protección a los menores de edad. Es así, desde luego, en España, donde el TC ha hecho referencia en alguna ocasión a la protección de la juventud y la infancia como bien constitucional potencialmente restrictivo de la libertad de expresión (SSTC 62/1982 y 52/1995).

Llegados a este punto, el profesor Gardini se cuestiona si estos límites, relativos a la libertad de expresión en general, rigen con la misma intensidad respecto a la libertad de información. Se detiene, particularmente, en el límite de la difamación, que es castigada más gravemente cuando se realiza mediante un medio de comunicación, también en España. Se muestra, en este sentido, crítico el autor, al igual que el TEDH, dado el importante papel que desarrollan los periodistas como *watch dogs*, y parece mostrarse favorable a la iniciativa política existente en Italia para despenalizar la difamación y convertirla en ilícito administrativo. Con ella parece que se quiere evitar el «efecto desaliento» que para el ejercicio de la libertad de información supondría la amenaza siempre latente de la sanción penal.

Acto seguido, explica también el autor los requisitos que deben concurrir para que el ejercicio de la libertad de información sea legítimo, que son prácticamente los mismos que rigen en nuestro país: la utilidad social de la información, la verdad de los hechos narrados, la forma civil de la exposición y la actualidad de la noticia (STC 29/2009). En España, la veracidad de la información es exigida en el propio art. 20 de la Constitución. Ahora bien, al igual que en Italia, se ha interpretado que no se requiere una verdad objetiva, sino una veracidad subjetiva, en el sentido de que el informante haya actuado con diligencia, haya contrastado la información de forma adecuada a las características de la noticia y a los medios disponibles (SSTC 6/1988, 240/1992, 76/2002 y 69/2006, entre otras). De lo contrario, se dificultaría en extremo el ejercicio de la libertad de información.

La segunda parte del manual es dedicada al estudio de los sectores específicos donde se ejercen las libertades de expresión e información: la prensa, la radiotelevisión, el cine y el espectáculo, las comunicaciones electrónicas e internet. Realiza el profesor Gardini un recorrido por todos estos ámbitos, comenzando por la disciplina más tradicional (la prensa), hasta llegar a la más actual (internet). Sin tener en cuenta el contenido concreto de estos capítulos, la estructura de esta parte sectorial ya puede resultar de gran utilidad al profesor español que se enfrenta al tema de la libertad de información porque da pistas sobre cómo se podría diseñar el contenido de una asignatura sobre tal libertad para impartirla en el grado en Derecho o en grados relacionados con el Periodismo y las Ciencias de la Información.

Entrando en el contenido de estos capítulos, hay que destacar que todos tienen algo en común: en todos ellos se realiza un repaso histórico de cada sector informativo. El discípulo de Vandelli sabe bien, como su maestro, que para comprender una disciplina y su régimen jurídico es necesario encuadrarla en su contexto y tener en cuenta las circunstancias sociales e históricas. En este sentido, puede resultar especialmente interesante para el lector español (y europeo, en general) el capítulo dedicado a la radiotelevisión. En él puede advertirse que la evolución de la televisión italiana es prácticamente la misma que la de la televisión española (y probablemente muchas otras europeas). Desde el monopolio estatal que se instaura en Italia después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la radiotelevisión pública italiana (RAI) para su explotación, se llega a los años setenta, con el fin del monopolio estatal, la reforma de la RAI para dotarla de pluralismo y la multiplicación de las televisiones privadas. Transcurren los años ochenta y en la década de los noventa desaparece definitivamente el monopolio público y se instauran una serie de reglas para evitar la concentración de la propiedad de los canales. Finalmente, a principios del siglo XXI se liberaliza por completo el mercado.

También resulta sugestivo para el lector español el capítulo dedicado a internet porque los problemas y las cuestiones que suscita este nuevo canal de información son comunes en España e Italia (y en cualquier país). La peculiaridad de internet frente a los demás medios de comunicación tradicionales, dice Gardini,

es la ausencia de cualquier relación de propiedad, dirección o gobierno con personas físicas o jurídicas, instituciones o Estados. Destaca que es esto lo que hace que su regulación escape de las reglas y categorías tradicionales. No obstante, alerta el autor sobre la necesidad de una adecuada regulación de lo que sucede en la red, pues ello tiene consecuencias prácticas en el mundo real y habría que evitar que fueran los poderes privados los que dirimieran esos conflictos y terminasen por gobernar el mundo virtual (cuenta el profesor Gardini que Facebook e Instagram ya han creado su propio comité de vigilancia para decidir qué contenidos habría que suprimir de la red). Insiste en que la regulación de internet conlleva serios problemas jurídicos y enumera algunos de los que afectan al derecho público; fundamentalmente, las *fake news* y la responsabilidad de los sujetos que actúan en la red. Con relación a ello, Gardini cuenta que en Italia se está barajando la posibilidad de aprobar una ley para prevenir la manipulación de la información *online* mediante la introducción de nuevos tipos penales dirigidos a castigar a quien publica y difunde en la web noticias falsas o tendentes a turbar el orden público.

Otro de los retos más importantes que habrá que afrontar en los futuros años, explica Gardini, es el de la privacidad en internet. Lo considera tan importante que le dedica el primer capítulo de la tercera parte del libro, en la que se ocupa de los temas transversales. En este capítulo, el autor aborda el tema de la privacidad, entendida como intimidad, y el de la protección de datos personales, pues, aunque son distintos, en Italia se confunden con frecuencia. Se detiene, sobre todo, a analizar el Reglamento Europeo de Protección de Datos, por lo que de sus reflexiones puede sacar provecho cualquier jurista europeo.

En los dos últimos capítulos del libro se abordan dos temas relacionados con la Administración: la información de que dispone y los órganos y Administraciones independientes encargados de controlar el sector de la información. Es decir, en la parte final de esta obra, el profesor Gardini estudia a la Administración como sujeto activo que dispone de información, la acumula y la gestiona, y como sujeto pasivo que controla a los particulares que ejercen su derecho a informar o ser informados. En esta segunda vertiente, destaca la existencia de una Administración independiente creada *ad hoc*: la AGCOM (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), que junto a la AGCM (la CNMC italiana) se encarga de garantizar el buen funcionamiento del mercado en el sector de las comunicaciones.

Concluye, así, un libro que, con el paso de los años y sus sucesivas ediciones cuidadosamente actualizadas, se ha consolidado como obra clave sobre el derecho a la información en Italia. Lo que sobre todo quería aquí destacar es que, por la impecable sistematización de los amplios y diversos aspectos estudiados, así como por la lucidez de las explicaciones e interesantes sugerencias, es una obra modélica que está llamada a rendir un gran servicio al jurista español.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Fernández-Miranda Campoamor, A. y García Sanz, R. M. (1996). Artículo 20: Libertad de expresión y derecho de la información. En O. Alzaga Villaamil y R. M. García Sanz (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978: Tomo II: Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978* (pp. 505-554). Editoriales de Derecho Reunidas.
- Gardini, G. (2021). *Le regole dell'informazione: verso la Gigabit Society* (5.ª ed.). Giappichelli Editore.
- Stein, E. (1973). *Derecho Político* (traducción de F. Sainz Moreno). Aguilar.
- Villaverde Menéndez, I. (1994). *Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias.

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: RECENSIONES
Recibido: 12-12-2023
Aceptado: 15-12-2023
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11318>
Páginas: 266-267



Referencia: Antón-Merino, J. (2024). Sergio Pérez Castaños: Repartiendo el café. 40 años de descentralización política en España. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 266-267. <https://doi.org/10.24965/reala.11318>

Sergio Pérez Castaños: *Repartiendo el café. 40 años de descentralización política en España*

Antón-Merino, Javier
Universidad de Burgos. Departamento de Derecho Privado (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7915-1121>
javieram@ubu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Ayudante doctor del Área de Ciencia Política y de la Administración en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Burgos. Entre sus líneas de investigación principales se encuentran el estudio del nacionalismo, la descentralización y el comportamiento electoral.

RESUMEN

Recensión del libro de Sergio Pérez Castaños, *Repartiendo el café. 40 años de descentralización política en España*, Comares, 2023, 220 pp.

PALABRAS CLAVE

Descentralización; Estado de las autonomías; organización territorial; federalismo; reforma.

ABSTRACT

Review of the book by Sergio Pérez Castaños, *Repartiendo el café. 40 años de descentralización política en España*, Comares, 2023, 220 pp.

KEYWORDS

Decentralization; State of the Autonomous Regions; territorial organisation; federalism; reform.

Uno de los debates de mayor calado e intemporalidad sobre nuestro sistema político es, probablemente, aquel que tiene que ver con la organización territorial del Estado. Sergio Pérez Castaños, profesor titular de la Universidad de Burgos y experto en descentralización y federalismo, es el autor de *Repartiendo el café. 40 años de descentralización política en España*, una obra que aporta una interesante visión acerca de los antecedentes, el funcionamiento, los retos y las posibles reformas del Estado de las autonomías. El libro, publicado durante el 40 aniversario de la fecha en la que se aprobaron los últimos estatutos de autonomía que cerraron el proceso de creación autonómico, efeméride que ha pasado completamente desapercibida para el público no especializado, realiza una necesaria revisión del funcionamiento y los problemas de nuestra organización territorial.

El texto tiene un perfil claramente politológico y en él, tanto académicos como estudiantes o público en general interesado en el tema pueden encontrar información útil y sugestiva entre sus páginas. Desde una óptica formal la obra está organizada en cinco capítulos, precedidos por una introducción y rematados con un apartado de conclusiones. A pesar de que el orden de la lectura de los capítulos puede ser alterado sin ningún tipo de problema para el lector, el contenido de los distintos apartados guarda un orden lógico.

En el primer capítulo el autor realiza un gran esfuerzo de clarificación y precisión terminológica abordando, con una excelente revisión de la literatura académica, la confusión conceptual existente en el uso de términos tan comunes como descentralización, federalismo, Estado regional, Estado federal u organización territorial del Estado.

El siguiente epígrafe tiene por objeto exponer las diferentes fases de creación, desarrollo, construcción y resultados de la descentralización política y fiscal de España desde 1978 hasta la actualidad.

El tercer capítulo conecta las propuestas de los dos primeros, ya que trata de ubicar a la característica organización territorial del Estado española dentro de las definiciones teóricas ofrecidas en las páginas iniciales. En este capítulo es especialmente ilustrativa la sección que desglosa las distintas maneras de medir la descentralización, donde Pérez Castaños explica de manera sencilla, clara y concisa los componentes de diferentes índices de descentralización, como el índice de Riker, el regional authority index (RAI) o el new integrated approach (NIA). Con toda esta información, el autor remarca que el proceso de descentralización de España ha sido veloz y muy profundo, ya que, según los distintos modelos de medición, España es uno de los países más descentralizados de Europa (según el RAI solo superado por Alemania) y del mundo (el cuarto en la clasificación del RAI).

En el capítulo cuatro, Pérez Castaños hace una exposición de los principales retos que afronta el Estado de las autonomías en la actualidad. En este sentido, destaca la evolución, el cambio y las fuertes diferencias territoriales entre las preferencias por la organización territorial del Estado de la opinión pública española. Así, existen en la actualidad territorios donde la mayoría de la población demanda más cuotas de poder y otros en los que, si pudieran, optarían por una recentralización. Por tanto, se observan tendencias centrifugas y antagónicas entre gran parte de la población del país. En este mismo capítulo, el autor también examina otros retos clave sobre el modelo territorial de España, como son la paradoja del federalismo, el crecimiento del secesionismo o las desigualdades fiscales y sus consecuencias.

Por último, el capítulo cinco es especialmente sugerente por su carácter propositivo. En él, Pérez Castaños plantea posibles mejoras para abordar los retos expuestos en el cuarto apartado y, de esta manera, perfeccionar el engranaje y el diseño jurídico del Estado de las autonomías. Entre estas mejoras destacan: la reforma del Senado; el “cierre del mapa autonómico”; dotar de mayor importancia y revisar los mecanismos de cogobierno para superar el actual abuso del bilateralismo; aumentar la solidaridad interterritorial, y corregir desequilibrios territoriales. Además, el autor reclama para el país una mayor cultura federal y lealtad constitucional e institucional para poder seguir caminando hacia una organización territorial más eficaz y eficiente.

El libro finaliza con unas conclusiones que sirven para recapitular las principales ideas expuestas a lo largo de la obra. En palabras del autor “estos 40 años han servido para dibujar tanto los elementos positivos como también las deficiencias de la estructura territorial que echó a andar allá por 1978 [...]. El modelo, por sí mismo, no es malo, pero sí que es mejorable” (pp. 196-197). El libro realiza una evaluación necesaria de las fortalezas y debilidades del Estado de las autonómicas del que quizás, debido a su actual cuestionamiento, su cuarenta aniversario ha pasado institucional y mediáticamente inadvertido. Esta obra rinde tributo a este aniversario realizando una imprescindible contribución y sumando nuevos y viejos elementos al debate sobre nuestra organización territorial del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Pérez Castaños, S. (2023). *Repartiendo el café. 40 años de descentralización política en España*. Comares..



Referencia: Molina Ríos, A. (2024). Ismael Crespo, José Miguel Rojo-Martínez, Claudia Mayordomo, Salvador Moreno y Alejandro Soler: Redes sociales y comunicación gubernamental digital en el ámbito local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 268-270. <https://doi.org/10.24965/reala.11348>

Ismael Crespo, José Miguel Rojo-Martínez, Claudia Mayordomo, Salvador Moreno y Alejandro Soler: *Redes sociales y comunicación gubernamental digital en el ámbito local*

Molina Ríos, Arturo

Universidad de Murcia. Cátedra de Políticas Públicas (España – Spain)

arturo.molinar@um.es

NOTA BIOGRÁFICA

Investigador becado en la Cátedra de Políticas Públicas de la Universidad de Murcia. Graduado en Ciencia Política, Gobierno y Administración Pública por la citada universidad. Sus líneas de investigación se vinculan con el campo de la comunicación política y la opinión pública.

RESUMEN

Recensión al libro de Ismael Crespo, José Miguel Rojo-Martínez, Claudia Mayordomo, Salvador Moreno y Alejandro Soler, *Redes sociales y comunicación gubernamental digital en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, 2023, 210 pp.

PALABRAS CLAVE

Administración local; redes sociales; comunicación gubernamental; comunicación digital; Gobierno local.

ABSTRACT

Review of the book by Ismael Crespo, José Miguel Rojo-Martínez, Claudia Mayordomo, Salvador Moreno and Alejandro Soler, *Redes sociales y comunicación gubernamental digital en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, 2023, 210 pp.

KEYWORDS

Local administration; social networks; government communication; digital communication; local government.

El desarrollo de las redes sociales y el proceso de digitalización experimentado en nuestras sociedades han modificado de manera permanente las pautas de interacción de los individuos. En la actualidad, los seres humanos nos comunicamos y relacionamos de manera diferente y disponemos de nuevas herramientas para influir en el sistema político. Las redes sociales han permitido a líderes y organizaciones establecer un canal de comunicación rápido y directo con el público, eliminando la labor de mediación ejercida tradicionalmente por los medios de comunicación.

Sin embargo, sus posibilidades no se agotan aquí, sino que la escucha activa en redes ha resultado ser una fuente inagotable de datos de gran utilidad para la toma de decisiones, ya que permite a las instituciones públicas comprender mejor las ideas, percepciones y preocupaciones de los administrados, así como mimetizar su lenguaje para aumentar la eficacia y eficiencia de su comunicación. En definitiva, las redes sociales se han convertido en un mecanismo privilegiado para la participación política, la rendición de cuentas y la gobernanza.

Este es el argumento principal que justifica para los autores la realización de esta obra, que cuenta con una extensión de 210 páginas, y cuyo objetivo es doble: analizar el uso y alcance de las redes sociales como herramientas para la comunicación gubernamental digital en los ayuntamientos de la Región de Murcia y elaborar un manual que aporte evidencia para la gestión adecuada de las redes sociales municipales.

Redes sociales y comunicación gubernamental digital en el ámbito local es un estudio colectivo dirigido por el profesor Ismael Crespo, y cuya vigencia y espíritu práctico respalda su lectura por parte de los profesionales que se dedican a la comunicación digital en el ámbito local e incluso en esferas superiores. Este nace fruto de la colaboración entre el grupo de transferencia del conocimiento Laboratorio de Comunicación Política (GTC LAB-COM) y la Dirección General de Administración Local de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM), y constituye la primera investigación analítica y evaluativa sobre la comunicación gubernamental digital en el sector público local de la Región de Murcia.

La mayor proximidad de la Administración local respecto a la ciudadanía no impide que deba afrontar numerosos retos en relación con la gestión técnica y profesional de sus perfiles digitales. Las redes sociales siguen siendo consideradas como un elemento auxiliar y accesorio por parte de los gestores locales, y la escasez de recursos con los que cuentan los municipios (especialmente los que poseen una población más reducida) hace que en muchos casos no cuenten con un área con relevancia y autonomía específica en la gestión de las redes.

Asimismo, pese a la gran digitalización experimentada en España (los autores apuntan que 28,3 millones de españoles son usuarios de redes sociales) y la (ya mencionada) relevancia de las redes sociales en nuestros sistemas políticos y sociales, este ámbito adolece la falta de desarrollo académico, lo cual no hace sino multiplicar la importancia de esta obra.

Por su parte, el libro consta de dos partes claramente diferenciadas. En la primera parte se analiza el uso y alcance de las redes sociales como herramientas para la comunicación gubernamental digital en los ayuntamientos de la Región de Murcia. Para ello se ha creado una base de datos masiva, utilizando herramientas de *software* analítico *online* (Export Comment y Metricool), con información de la totalidad de cuentas de Facebook y Twitter de los ayuntamientos y de los alcaldes y alcaldesas de los 45 municipios de la Región de Murcia en el periodo comprendido entre el 17 de octubre y el 17 de noviembre del 2021. A las 116 cuentas activas (de municipios, alcaldes y alcaldesas) durante el proceso de recogida de datos, se les aplicó un análisis comparativo de métricas que permitió estudiar la amplitud del ecosistema digital y aspectos como cuánto se habla o qué impacto tiene la comunicación gubernamental.

En segundo lugar, con el propósito de conocer de qué se habla, cómo se habla y para qué se utilizan las redes sociales, se realiza un análisis de contenido cuantitativo (ACC) de una selección aleatoria de publicaciones que forman la muestra real (720 de las 7060 que conformaban la población total). Estas se extraen de doce casillas de clasificación creadas a partir de la combinación de tres variables: tamaño de municipio, tipo de gobierno (mayoritario/minoritario) y partido de gobierno (PP, PSOE y otros).

La tercera estrategia de investigación desarrollada ha sido la aplicación de un cuestionario estructurado con 26 preguntas a los responsables de las redes sociales de los 45 ayuntamientos de la Región de Murcia entre noviembre de 2021 y enero de 2022, lo que permite obtener datos acerca de las particularidades existentes en la gestión institucional de las redes sociales y, en último término, crear un índice de profesionalización (ÍNPROF) que clasifique a los municipios en función de las respuestas obtenidas en el cuestionario.

En línea con lo esperado por los autores, el diseño de investigación expuesto muestra evidencia sólida acerca del estadio de desarrollo intermedio –y en algunos casos bajo– en el que se encuentra el uso de las redes sociales como herramientas de comunicación gubernamental en los ayuntamientos de la Región de Murcia. El uso de las redes sociales queda reducido en la mayoría de los casos a un mero tablón de anuncios (contenido informativo y/o administrativo), predominan temas de contenido *no político* (cultural o de ocio), y raramente son utilizadas como instrumento de diálogo horizontal y participativo (bidireccional) e, incluso, como mecanismo de rendición de cuentas. Igualmente, se señala que los niveles de profesionalización de los perfiles de la gestión de redes poseen un margen de mejora considerable y que la explotación de los datos generados (escucha activa) en las mismas es todavía baja. Adicionalmente, los datos reflejan que ni un mayor tamaño de municipio ni una mayor actividad en redes son garantía de una mejor comunicación de gobierno.

Partiendo de los resultados obtenidos en esta primera parte, en la segunda se incluye un manual para la gestión de las redes sociales municipales. Este se compone de una serie de apartados breves que tienen como propósito ofrecer a los profesionales públicos una toma de contacto con el mundo de la gestión estratégica de redes sociales, aportando nociones comunicativas básicas en aspectos como la elaboración del

mensaje, las características de las distintas redes, el fomento de la bidireccionalidad o la organización del trabajo en el área de comunicación digital.

Analizar periódicamente las métricas de nuestras cuentas, crear una identidad gráfica municipal reconocible y estable, integrar el equipo de redes en el organigrama administrativo y reconocer puestos de trabajo con tareas específicas dedicadas a este cometido, adaptar el mensaje a cada red social o transmitir los mensajes de forma personalizada, son algunas de las muchas acciones que se ponen de relieve de cara a constituir una gestión profesionalizada de la comunicación digital.

Este libro ofrece una fuerte evidencia empírica sobre un aspecto tan relevante e inexplorado como es el estado de la comunicación gubernamental digital en los ayuntamientos. Igualmente, la oportuna e innovadora combinación de técnicas y herramientas, así como, en general, el robusto diseño de investigación aplicado al análisis empírico, proporcionan una importante base metodológica para realizar análisis similares en diferentes niveles y sistemas político-administrativos. Constituye, pues, un buen punto de partida para favorecer el desarrollo académico en el ámbito de la comunicación política mediante las redes sociales.

Por otro lado, el lenguaje empleado por los autores permite la difusión de la obra a un público más amplio que el puramente académico, si bien la primera parte, por su enfoque, podría resultar de interés primordialmente en el ámbito académico o especializado, ya que además el diseño de investigación puede requerir ciertos conocimientos teóricos previos en ciencias sociales, especialmente en lo referente a técnicas y procedimientos de investigación. No obstante, a mi juicio, la segunda parte satisface su objetivo de ir dirigida también a gestores de redes que no posean formación académica en estos campos. Aunque, como es evidente, un cierto conocimiento en materia de comunicación política puede ayudar a comprender más fácilmente las metas comunicativas que se plantean y las acciones que se recomiendan para alcanzarlas, en general la claridad con la que está escrita la obra, la brevedad de los apartados, los numerosos cuadros-resumen que resaltan y sintetizan los aspectos más destacados de cada uno de ellos y los múltiples recursos gráficos que se incluyen a modo de ejemplo, se traducen en una lectura didáctica, fácil y dinámica.

En definitiva, este libro constituye una lectura imprescindible para los teóricos de la comunicación política y para los gestores de redes sociales municipales. En un campo todavía muy falto de desarrollo, los autores nos ofrecen una guía práctica para acercar la política municipal al ciudadano en tiempos de desafección y una original base empírica que nos permite saber en qué punto nos encontramos y hacia dónde debemos dirigirnos. Además, el procedimiento de investigación seguido puede ser replicado en otros contextos, lo que facilitará la comparación y, con ello, la extracción de conclusiones más relevantes sobre estrategias exitosas para conseguir que las redes sociales se conviertan en una herramienta indispensable para la mejora del gobierno local.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Crespo, I., Rojo-Martínez, J. M., Mayordomo, C., Moreno, S. y Soler, A. (2023). *Redes sociales y comunicación gubernamental digital en el ámbito local*. Tirant lo Blanch.

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 21, abril de 2024
Sección: RECENSIONES
Recibido: 12-02-2024
Aceptado: 14-02-2024
Publicado: 15-04-2024
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11352>
Páginas: 271-273



Referencia: Zapata Sevilla, J. (2024). Esther Rando Burgos: Urbanismo territorial sostenible. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 271-273. <https://doi.org/10.24965/reala.11352>

Esther Rando Burgos: *Urbanismo territorial sostenible*

Zapata Sevilla, José
Universidad de Málaga. Departamento de Derecho Público (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1328-1118>
jose.zapata7675@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho, máster en Asesoría Jurídicas de Empresas y grado en Derecho por la Universidad de Málaga; máster en Abogacía y Práctica Jurídica por la Universidad Internacional de Valencia, y posgrado en Money, Banking and Central Banking por la University of Buckingham. Líneas de investigación en derecho digital, regulación económica, Administración pública.

RESUMEN

Recensión del libro de Esther Rando Burgos, *Urbanismo territorial sostenible*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2021, 297 pp.

PALABRAS CLAVE

Urbanismo; ordenación del territorio; sostenibilidad; planeamiento; urbanismo territorial sostenible.

ABSTRACT

Review of the book from Esther Rando Burgos, *Urbanismo territorial sostenible*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2021, 297 pp.

KEYWORDS

Urbanism; territorial planning; sustainability; planning; sustainable territorial urbanism.

Las disciplinas jurídicas deben evolucionar para dar respuesta a los retos a los que se enfrenta la sociedad. El tratamiento jurídico del urbanismo y la ordenación del territorio no constituyen una excepción. Bajo esta premisa, la doctora Rando Burgos realiza en su homónima monografía aquí recensionada una investigación descriptiva y propositiva acerca del urbanismo territorial sostenible, una política pública que incorpora al desarrollo del urbanismo y la ordenación del territorio criterios de sostenibilidad.

La premisa de la obra es que la configuración actual del urbanismo ha dejado de servir al interés general, mientras que otras políticas públicas, como la ordenación del territorio, se encuentran estancadas. La nulidad de los planes urbanísticos, la falta de coordinación entre los poderes públicos y el frecuente desfase entre los instrumentos de planeamiento y la realidad física que deberían ordenar constituyen algunos de los síntomas del problema que la autora destaca. La falta de una perspectiva integrada entre el urbanismo y la ordenación del territorio, así como la ausencia de instrumentos de gestión de los planes territoriales, han propiciado problemas significativos en la ordenación del suelo. La profesora Esther Rando aporta en este capítulo primero, de naturaleza introductoria, datos empíricos que avalan su diagnóstico. Por último, apunta a la necesidad de incorporar criterios de sostenibilidad al urbanismo para evitar procesos desarrollistas irracionales, como aquellos que acaecieron durante la burbuja inmobiliaria.

En el segundo capítulo, la autora comienza a desarrollar el concepto de urbanismo territorial sostenible, noción que aúna en una única perspectiva el urbanismo, la ordenación del territorio y la sostenibilidad. Tras definir qué se entiende por desarrollo sostenible, la autora describe el tratamiento del desarrollo sostenible a nivel internacional, en la Unión Europea y en el marco del derecho estatal español. Se trata en este caso de instrumentos programáticos, carentes de vinculación jurídica. No obstante, el esfuerzo sistematizador de la autora contribuye a la formación de una perspectiva general sobre las estrategias dirigidas a incorporar la sostenibilidad en los modelos territoriales y urbanísticos que los poderes públicos deben desarrollar.

En el tercer capítulo, la autora expone la recepción del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la normativa española. El reconocimiento de este principio implica superar la restringida concepción del suelo imperante, ya que, además de bien económico, el suelo se concibe también como un recurso natural, escaso y no renovable. El marco legislativo estatal del desarrollo territorial y urbano sostenible viene dado por el artículo 3 y otras disposiciones del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. El carácter básico del artículo, refrendado por el Tribunal Constitucional, impone a las comunidades autónomas (CC. AA.) desarrollar modelos territoriales y urbanísticos coherentes con dicho principio. Este capítulo también cubre diversas manifestaciones prácticas del principio de desarrollo territorial y urbano de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como su empleo para denegar la adopción de medidas cautelares cuando estas se oponen al interés general, la convalidación de las decisiones autonómicas que entienden afectados intereses supralocales con motivo del desarrollo de asentamientos dispersos por el planeamiento urbanístico, etc.

Por último, como colofón al capítulo 3, la autora realiza un estudio del recibimiento del principio de desarrollo urbano y territorial en las legislaciones de las CC. AA. En este apartado, la autora no se limita a recoger la enunciación del desarrollo urbano y territorial sostenible en las legislaciones analizadas, sino que también se adentra en las medidas que materializan este principio en los diferentes cuerpos legales. Así, queda de manifiesto cómo los criterios de sostenibilidad limitan la discrecionalidad de los planificadores en extremos tan cruciales como la innovación de los instrumentos de planeamiento, la clasificación del suelo, etc.

En el capítulo 4, la profesora Rando Burgos desgana los criterios y estándares precisos que algunas CC. AA. han previsto en sus respectivas legislaciones y que los instrumentos de planeamiento territorial y urbano deben desarrollar para dar cumplimiento al principio de desarrollo sostenible. Estos criterios o estándares, que recurren a parámetros cuantificables en el ámbito ordenado, determinan cuestiones tan relevantes para la vida de los ciudadanos como la densidad edificatoria y de población, las dotaciones públicas o las zonas verdes. En efecto, estos criterios constituyen límites a la discrecionalidad de los poderes públicos en la planificación del suelo. En segundo lugar, en este capítulo la profesora también analiza casos en los que los planes territoriales imponen límites basados en el criterio de sostenibilidad para evitar el crecimiento urbano disperso y agotador de recursos naturales, para así favorecer el desarrollo de un modelo de ciudad compacto e integrado. Se hace énfasis en que el desarrollo de modelos dispersos afecta a intereses supralocales por contradecir el modelo territorial, de tal manera que el control autonómico sobre los instrumentos de planeamiento urbanístico no infringe la autonomía local constitucionalmente protegida. También es reseñable la importancia del criterio de capacidad de acogida del territorio, directamente relacionado con la sostenibilidad, que determina las posibilidades de crecimiento urbano en el territorio.

Mientras que los capítulos segundo, tercero y cuarto tienen una naturaleza más descriptiva, el quinto es propositivo. En esta sección, la profesora Rando Burgos pone de relieve la importancia de la integración de la ordenación del territorio y del urbanismo para lograr un desarrollo sostenible. La existencia de distintos poderes con competencias que inciden en el suelo obliga a emplear mecanismos de coordinación y cooperación. No obstante, ante su ausencia, se recurre a la previsión de informes sectoriales que complican en exceso la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico. El hecho de que la ordenación del territorio y el urbanismo no constituyan materias independientes entre sí y de que estas funciones públicas, incluida la protección del medio ambiente, se lleven a cabo fundamentalmente a través de la técnica de la planificación justifica que la autora proponga como solución a los problemas anteriormente descritos el desarrollo de un nuevo instrumento de planeamiento que resulte independiente de los límites administrativos marcados por los términos municipales. El concepto de urbanismo territorial sostenible, como nueva planificación que aúna la perspectiva territorial, urbanística y sostenible –medio ambiental y social– sirve así para implementar el principio de desarrollo sostenible. En concreto, la propuesta integradora se materializa en una nueva herramienta de planificación supramunicipal que la profesora acuña como «programa territorial urbano sostenible».

En definitiva, la obra de la profesora Rando Burgos constituye una referencia necesaria en el estudio del principio de desarrollo sostenible desde una perspectiva territorial y urbanística. Asimismo, es una monografía sugerente y que incita al debate en torno al concepto de urbanismo territorial sostenible y al mecanismo de planificación que lo materializa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Rando Burgos, E. (2021). *Urbanismo territorial sostenible*. Instituto Andaluz de Administración Pública.