

Revista digital CEMCI

Número 8: julio a septiembre de 2010

ISSN 1989-2470



La Revista digital CEMCI (ISSN 1989-2470) es una publicación periódica trimestral, elaborada por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, cuya difusión se realiza de forma electrónica. Con el objeto de facilitar la consulta y descarga de la misma, se ha preparado el presente documento en formato PDF. No obstante, a la versión oficial de la [Revista CEMCI](#) se puede acceder a través de la página web del [CEMCI](#).

SUMARIO:

1.- Editorial

2.- Tribuna

- Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la administración local (II). M. Inés BOCINOS RIOBOÓ
- La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local. Alfredo GALÁN GALÁN
- Hacia una participación eficaz de los entes locales en la toma de decisiones de la comunidad autónoma. ¿del consejo andaluz de concertación local al consejo de gobiernos locales? Manuel MEDINA GUERRERO

3.- Documentos CEMCI

- Fiscalidad de las juntas de compensación: Régimen fiscal de las juntas de compensación y de las operaciones relativas a las mismas. Rosario GUARCH PRIETO
- De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público. Francisco Javier PÉREZ SALAS
- Los órganos de selección tras el estatuto básico del empleado público: especial referencia al artículo 60.3. Ángel Francisco PESO MENA

4.- **Formularios.** El desahucio administrativo de bienes demaniales locales ocupados en precario. Aspectos prácticos y formularios. Carlos BULLEJOS CALVO

5.- Actualidad Jurídica

- Normativa estatal
- Normativa andaluza
- Jurisprudencia

6.- Ocio. Frigiliana

EDITORIAL

Los meses de junio y julio no van a ser irrelevantes para el gobierno local; lejos de serlo, nos han dado importantes motivos para leer y para debatir. Para leer, debatir y aplicar son las dos leyes andaluzas recién aprobadas: la Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) y la Ley de Participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ambas son ya derecho vigente y muy original en el derecho autonómico comparado. Se podrá decir que estas leyes son mejorables, pero eso ocurre siempre y hay que reconocer que sobre el papel suponen un avance importante en el reconocimiento de la autonomía municipal y provincial.

Para leer y debatir mucho, y también para aplicar, es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Es prematuro opinar sobre un texto tan extenso y complejo, de manera que habrá que ir desbrozando toda la sentencia con algo de tiempo. Pero la primera lectura rápida de los fundamentos jurídicos sobre cuestiones como las competencias en materia de régimen local, y sobre todo acerca de la convivencia de provincias y veguerías, desazonan bastante.

Para debatir es también, por qué no, el papel de las Diputaciones Provinciales, claro que sí. Pero para debatir con datos y argumentos de peso; conociendo su realidad, la de la actividad que desarrollan para los municipios, y no reduciendo dicho debate a varios titulares de prensa y a un aparente ajuste de cuentas entre distintas instituciones públicas. Para debatir con razonamientos y no repitiendo tópicos manidos que se usan periódicamente como eslogan para intentar crear en la opinión pública un imaginario de las Diputaciones que encarna todos los males a erradicar en tiempos de crisis. Para debatir, en fin, porque la organización territorial y administrativa debe someterse de vez en cuando a debates serios y rigurosos, con el objetivo principal de mejorar el servicio a la ciudadanía.

Como hace ya muchos años que hemos fomentado ese debate, ahora estamos tan dispuestos a él como quien más. Y a hacer ver a los ciudadanos cuál es la actividad de las Diputaciones y la de otras Administraciones, porque ese es uno de los problemas de las Diputaciones, si no el mayor: su visibilidad. Su elección indirecta y su relación directa con los Ayuntamientos y no a las personas propician que su labor pase por delante de nosotros de forma discreta o incluso desapercibida. Esos factores hacen también que la Diputación sea una institución más vulnerable que las demás cuando de ella se quiere presentar una imagen prejuiciada.

Para ese debate sugerimos que se superen definitivamente las dificultades para el encaje competencial de la provincia en el Estado autonómico, pues habiéndose desarrollado ya dos fases descentralizadoras y autonómicas, y siendo de permanente necesidad la cooperación a favor de los municipios, lo que demanda la eficiencia es el reconocimiento pacífico a las provincias de su espacio de cooperador municipal y de las competencias que vienen desempeñando desde hace décadas sin un reconocimiento legal explícito. A debatir, pues, porque probablemente de eso es de lo que estamos huérfanos: de un debate abierto y cargado de argumentos. Ahora pueden contribuir también a ese debate la opción seguida en Andalucía por la LAULA y el nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el carácter de la provincia y el encaje de otras divisiones territoriales.

En este número publicamos por primera vez una reseña, de forma que ocupa Sección propia y ésta aparecerá así en próximos números cuando podamos ofrecer trabajos de este tipo.

Como siempre deseamos a nuestros lectores que este nuevo número de la Revista CEMCI les resulte interesante y que disfruten de un estupendo verano.

INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DE LA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS, ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (II)

M. Inés Bocinos Rioboó
Técnico de Grado Medio
I.M.F.E. Ayuntamiento de Málaga

INDICE:

- 5. CATÁLOGO DE PUESTOS DE TRABAJO.**
 - 5.1. Finalidad.
 - 5.2. Naturaleza.
 - 5.3. Contenido.
 - 5.4. Concepto “puestos de trabajo”.
 - 5.5. Procedimiento de aprobación y publicación.
- 6. OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO.**
 - 6.1. Concepto.
 - 6.2. Características.
 - 6.3. Conexión con la plantilla, CPT o RPT.
 - 6.4. Alcance actual.
 - 6.5. Naturaleza.
 - 6.6. Tramitación.
 - 6.7. Propuesta.
 - 6.8. Negociación.
 - 6.9. Aprobación.
 - 6.10. Publicación.
 - 6.11. Efectos.
- 7. LOS PLANES DE EMPLEO.**
 - 7.1. Definición.
 - 7.2. Contenido.
 - 7.3. Medidas y previsiones:
 - a. De carácter general u organizativo.
 - b. De ámbito funcional.
 - c. De ámbito laboral. MSCT.
 - 7.4. Objetivos e instrumentos de la planificación (art. 69 EBEP).
- 8. BIBLIOGRAFÍA.**

5. CATÁLOGO DE PUESTOS DE TRABAJO.¹

Surgieron como medio de aplicar el sistema retributivo que instaura la LMRFP² y como instrumentos descriptivos del personal existente, si bien posteriormente pasan a convertirse en un medio idóneo para crear, modificar, refundir o suprimir puestos de trabajo.

Definido como **instrumento provisional y transitorio**³ hasta tanto no se dicten por la Administración del Estado las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las RPT, la descripción de los puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, de manera que los Plenos de las Corporaciones Locales deberán aprobar un catálogo de puestos a efectos del complemento específico. Se establecen así, de manera provisional, a efectos de fijación del complemento específico, e incluyen todos los datos de los puestos de trabajo (descripción, condiciones para su creación, etc.).

5.1. Finalidad.

En la Administración Local aparecen como un recurso para implantar el sistema retributivo del personal al servicio de las Corporaciones Locales y como instrumento provisional y transitorio hasta la aprobación de la RPT; al respecto, se establece lo siguiente⁴:

“Hasta tanto se dicten por la Administración del Estado las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las RPT, la descripción de puestos de trabajo-tipo y las condiciones requeridas para su creación, los Plenos de las Corporaciones Locales deberán aprobar un catálogo de puestos a efecto de complemento específico. Mientras no están aprobadas tales normas, los catálogos de puestos de trabajo podrán ser modificados mediante acuerdo del Pleno”.

De esta manera, podemos afirmar que surgen con el propósito de posibilitar la implantación del nuevo esquema retributivo y en concreto de las retribuciones complementarias, funcionando desde un principio como documentos preparatorios y provisionalmente sustitutorios de las RPT y así vienen subsistiendo desde entonces al no haberse dictado por el Estado las correspondientes normas de desarrollo previstas en la legislación básica, lo que ha llevado a una cierta polémica entre los que piensan que las entidades locales no pueden aprobar sus RPT hasta tanto se dicten esas normas de desarrollo por el Estado, pero en la práctica las RPT pueden formarse con arreglo a las normas de la correspondiente Comunidad Autónoma en virtud del principio de identidad o paridad entre los regímenes de la función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y de los entes locales de su territorio o con arreglo en todo caso a las normas estatales.

Las RPT y CPT se diferencian en que los primeros inventarían los puestos de trabajo por órganos o dependencias y los segundos determinan y clasifican los puestos

¹ En adelante CPT.

² Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública.

³ Según la Disp. transitoria segunda del RD 861/1986, de 25 de abril.

⁴ D.T.2ª del RRFAL (R.D. 861/1986, de 25 de abril, del Régimen de Retribuciones de los Funcionarios de Administración Local).

de manera unitaria y generalista, siendo su contenido vario y elástico al admitir referencias a cualquier elemento, lo que contribuye a la mayor flexibilidad de estos últimos. Los CPT pueden tener la misma ritualidad que las RPT, tesis avalada por la supresión, en las RPT de la referencia a la descripción del puesto de trabajo⁵.

De lo expuesto se deduce que el CPT no es equivalente a una RPT, es un instrumento más simple, por parcial e incompleto. Se debe utilizar en tanto no se confeccione y apruebe la RPT. Es decir, sustituye provisionalmente a las RPT. Constituye un repertorio o índice de los diferentes tipos de puestos. No obstante, en cuanto a su contenido, la mayoría de CPT redactados consignan también el complemento de destino.

Como ya ha señalado la Jurisprudencia⁶, los catálogos de puestos de trabajo no constituyen propiamente una RPT, regulada en la forma que prevén los arts. 90.2 y 15.1 de la LBRL y LMRFP, respectivamente, sino un instrumento más simple y empleado en la práctica por numerosas Administraciones como sustitutivo de las RPT.

5.2. Naturaleza.

Durante algún tiempo se consideró que los CPT no revestían el carácter de disposición normativa general encaminada a regular el estatuto funcional, al no tener la nota de permanencia dada su transitoriedad; los CPT, no innovan el ordenamiento jurídico sino que se limitan a aplicarlos a un supuesto determinado: el complemento específico.

No obstante y quizás porque la mayoría de Corporaciones Locales no ha confeccionado la RPT, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado validez a los catálogos de puestos de trabajo si su contenido se adecua a las RPT:

Al margen de la experiencia formal de la denominación utilizada, a un CPT se le puede dar el significado funcional de una RPT en tanto se ajuste a la normativa básica reguladora de éstas, que en el ámbito de la Administración Local, al no haber sido promulgada la normativa básica prevista en el art. 90.2 de la Ley 7/1985, está constituida por el art.16 de la Ley 30/1984, en el que se ordena que deberán incluir en todo caso la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño.

La jurisprudencia llegará a pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, al considerarlo como disposición general de carácter normativo y ordinario:

En base a estas consideraciones, podemos afirmar que los catálogos de puestos de trabajo:

1. Especifican los importes retributivos del complemento de destino y, en su caso, del específico de los puestos de trabajo cuando hayan de ser desempeñados por *funcionarios*, y la categoría profesional y régimen jurídico aplicable en los supuestos de *personal laboral*.
2. No son sólo instrumentos descriptivos de realidad fáctica, sino también de creación, modificación, refundición o supresión de puestos de trabajo.

⁵ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública.

⁶ Sentencias del TSJ Cataluña, de 14-07-90 y 12-01-90

3. A pesar de su vigencia limitada en el tiempo, pues son un instrumento provisional, mantienen su vigencia hasta tanto se aprueba la RPT⁷.
4. El hecho de que respecto de las RPT de la Administración local, el Estado no haya dictado la normativa básica prevista en el párrafo 2º del art. 90 de la LBRL, no cierra el paso a que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales puedan ejercer sus propias competencias pues no pueden éstas estar condicionadas en sentido cronológico a la procedencia temporal de la normativa estatal, según ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por último, los acuerdos de las Corporaciones que versen sobre esta materia deberán ser comunicados a la Administración Pública y al órgano competente en materia de Régimen local de la Comunidad Autónoma, dentro del plazo de 30 días a partir del día siguiente a la fecha de su adopción, y sin perjuicio del deber general de comunicación

5.3. Contenido.

Son elementos que ha de contener el CPT:

1. Identificación de los diferentes puestos.
2. Grupo/s de personal que pueden acceder al puesto.
3. Nivel de complemento de destino de cada puesto.
4. Asignación del complemento específico.

La flexibilidad del contenido del catálogo de puestos de trabajo como instrumento de gestión de recursos humanos, al no incluir algunos elementos propios del puesto de trabajo puede dificultar, aún más que en el caso de las RPT⁸, identificar qué empleado o grupo/s de personal disponen de las competencias requeridas para su desempeño, pudiendo dar lugar a abusos y arbitrariedades en la provisión de puestos de trabajo.

Para ello resulta de utilidad que se acompañen tales instrumentos de otros complementarios que identifiquen con claridad y objetividad cuáles son las funciones y responsabilidades que ese puesto tiene y qué competencias son necesarias para desempeñar las tareas de forma precisa.

5.4. Concepto “puestos de trabajo”.

Tradicionalmente la función pública en España ha sido organizada y estructurada a través de cuerpos y escalas. Con posterioridad, y sobre todo, a partir de la Ley 30/1984, se ha introducido el Puesto de Trabajo como elemento estructural básico cada vez más importante. Sin embargo, la coexistencia de escalas o categorías y puestos de trabajo ha ocasionado contradicciones y problemáticas diversas.

⁷ Art. 58 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁸ En el caso de la RPT deja de ser necesario que se incluyan las características esenciales de los puestos así como los requisitos para su desempeño.

Podríamos decir que los puestos de trabajo son las unidades operativas mínimas o básicas de la organización del trabajo, el conjunto de tareas profesionales encomendadas a una persona. El anteproyecto de EBEP los definía como “el conjunto de funciones, actividades, tareas u otras responsabilidades encomendadas por las organizaciones administrativas a cada empleado para cuyo desempeño sean exigibles determinados méritos, capacidades y experiencia profesional. El actual texto del EBEP ha suprimido esta definición.

Los puestos de trabajo podrán agruparse en función de sus características para ordenar la selección, la formación y la movilidad⁹.

Los puestos de trabajo admiten diferentes clasificaciones, entre otras:

1. En razón de su naturaleza pueden agruparse por las distintas familias, áreas o sectores funcionales (administrativos, técnicos, jurídicos, de servicios personales, etc.) así como en operativos, singularizados, de jefatura o directivos.
2. Por su sistema de acceso: por concurso, concurso-oposición o libre designación.
3. Por la posibilidad de que puedan o no ser desempeñados por funcionarios de otras Administraciones: puestos de trabajo abiertos a movilidad interadministrativa o cerrados a la propia Administración o incluso a parte de ella.
4. Por los distintos niveles de clasificación en función del rango o jerarquía que les atribuya la organización, así como también por los diversos específicos asignados.
5. Por su carácter singular o individualizado o bien repetitivo y genérico. Distinción de grandes consecuencias por la gestión en tanto que para los “no singularizados” resulta más factible la redistribución de efectivos. La tendencia actual va en la línea de estructuras más planas “mediante la agrupación de puestos equivalentes y su definición como puestos no singularizados o bien como puestos tipo o puestos genéricos”.
6. Por la amplitud de su adscripción pueden reservarse a una determinada categoría o especialidad profesional o abrirse a todo un Grupo o incluso varios Grupos contiguos. La Ley 30/1984 parte del principio de “adscripción indistinta” excepto que la reserva exclusiva “se derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar” y así conste en las RPT. Parece que un óptimo aprovechamiento de los recursos humanos debería tener en cuenta las áreas de especialización de la plantilla aunque sin por ello exigir necesariamente una adscripción estricta a cuerpos o escalas. Combinar especialidad profesional y flexibilidad puede ser un buen criterio¹⁰. De otro lado, abrir los puestos de trabajo a varios Grupos cuando la titulación no resulte requisito esencial puede en ocasiones ser recomendable (amplía el potencial de reclutamiento, favorece la carrera, etc.) pero plantea asimismo otros problemas (desigualdades retributivas, agravios, etc.).

⁹ Art. 73 del EBEP.

¹⁰ SANCHEZ MORÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*. Lex Nova, 2007.

7. Por su carácter funcional o laboral, atendida la coexistencia de personal de ambos regímenes en el empleo público¹¹. La legislación del Estado¹² establece que con carácter general, los puestos de trabajo han de estar desempeñados por funcionarios públicos pero exceptúa de esta regla una serie de puestos que pueden ser desempeñados y asignados a personal laboral que se citan a continuación:

- Los puestos de naturaleza no permanente y de carácter periódico y discontinuo.
- Los puestos propios de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos.
- Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.
- Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.
- Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.
- Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.

Este artículo señala igualmente que la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requerirán que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas RPT. En este sentido, no será preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones.¹³

A su vez hay que tener en consideración en cuanto a las diferentes funciones o tareas que funcionarios y personal laboral pueden realizar, que al margen de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del E.B.E.P. que establecerán los

¹¹ Cuestión que el E.B.E.P. no soluciona aunque trata tímidamente de ordenar, sobre todo, en la medida que nuevamente se recoge un doble régimen jurídico para la regulación de ambos tipos de personal, el funcional agrupado en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo clasificando dichos cuerpos y escalas a su vez, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos en diferentes grupos según un sistema transitorio y otro definitivo, y el laboral, clasificado de conformidad con la legislación laboral y por ende, en el convenio colectivo de aplicación.

¹² Art. 15 de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública.

¹³ Obsérvese que solo se mencionan los contratos de duración determinada y nada se dice de los contratos temporales ordinarios, así como tampoco se hace referencia al personal directivo.

“criterios” para la determinación de los puestos de trabajo del personal laboral, en todo caso, al personal funcionario de carrera¹⁴ le estará reservado el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades y Administraciones Públicas en los “términos” que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca, no obstante, se prevé que el personal laboral fijo que a la entrada en vigor del EBEP estuviera desempeñando funciones de personal funcionario pudiera seguir desempeñando tales funciones¹⁵. Así, el nuevo Estatuto del empleado público deja en manos de las leyes desarrollo el sistema de estructuración de los puestos de trabajo¹⁶.

Siguiendo a MAURI MAJÓS, esto provoca una relativización de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la preferencia constitucional sobre el régimen estatutario en la relación de empleo público.¹⁷

Como señala JIMÉNEZ ASENSIO, partiendo de los criterios especificados en párrafos anteriores, el EBEP plantea de modo incompleto una reserva de funciones a funcionarios públicos¹⁸, pero la determinación concreta de cuáles han de ser esas funciones reservadas se reenvía al legislador de desarrollo de cada Administración Pública, y para el caso de la Administración local esa habilitación está en manos de las Comunidades Autónomas o del Estado.

Ni que decir tiene que estos términos genéricos de reserva de funciones reflejan lo complejo de establecer para cada caso y Administración concreta qué funciones y puestos de trabajo participan de esta limitación.

5.5. Procedimiento de aprobación y publicación.

Al igual que la RPT requiere aprobación por el Pleno y publicación en el BOP. Sin embargo nada se concreta en cuanto a los trámites de elaboración y aprobación. Una propuesta de cara al futuro desarrollo legislativo del EBEP consistiría en que un ejemplar de la RPT debería formar parte del expediente presupuestario, pero que no debería ser aprobado a través del presupuesto o junto con el presupuesto.

¹⁴ Artículos 9 (Funcionarios de carrera) y 11 (Personal laboral) del EBEP.

¹⁵ Se trata de una excepción transitoria a la regla general de reserva de funciones a favor de funcionarios y sólo para aquellos puestos en régimen laboral a extinguir y que tienen “fecha de caducidad”, lo que significa que no se podrá cubrir ese puesto de trabajo con otra persona laboral fija, ya que si queda vacante ese puesto de trabajo por los motivos que fueren se deberá cubrir entre los funcionarios de carrera para los que se haya reservado.

¹⁶ La estructuración del empleo público se recoge en los artículos 72 a 77 del EBEP.

¹⁷ STC 37/2002, que analiza la posible inconstitucionalidad del artículo 92.2 de la LBRL, en el señalamiento que hace de las funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios en base a “la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

¹⁸ Art. 9.2 EBEP.

6. OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO.

6.1. Concepto.

La figura de la Oferta de Empleo Público¹⁹ se instaura en el Ordenamiento Español de la función pública con la reforma de 1984. Se trata de dotar al Gobierno de un instrumento de planificación que toma al órgano gubernamental en su conjunto como actor y que se conforma como la concreción en cuerpos y escalas del número de vacantes que pueden ser cubiertas en un año presupuestario con cobertura de gastos.²⁰

Se constituye como un instrumento de planificación y gestión de personal por el que cada Administración Pública prevé la evolución tanto cuantitativa como cualitativa de su plantilla.

Podríamos definirla como “relación de plazas vacantes de la plantilla que no pueden ser cubiertas con los efectivos de personal existente, ordenadas por grupos y especialidades profesionales y comprometidas para su ulterior convocatoria pública”²¹.

A través de la OEP se produce una concreción de los puestos en que se va invertir la habilitación de gastos de personal que se contiene en la correspondiente Ley de Presupuestos.

La OEP se presenta como una habilitación genérica para la iniciación de los correspondientes procesos selectivos. La jurisprudencia viene indicando la nulidad de los iniciados sin tener la cobertura en cuestión.

La OEP anual²² se concibe pues como un auténtico y fáctico instrumento de racionalización de los procesos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas, en los que deben primar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, constituyendo un mecanismo eficaz para llevar a efecto la promoción interna.

Igualmente merece especial consideración la incorporación²³ que hacía referencia a los Planes de Empleo y Ofertas de Empleo Público en la Administración del Estado, y que con anterioridad a la publicación del EBEP era aplicable a la esfera local por ser legislación básica:

El art. 18 de la LMRFP viene a dejar en manos de la discrecionalidad de cada Corporación Local, el respeto al derecho de los funcionarios, al ejercicio de su promoción profesional, en el marco de la OEP, dentro de su propio Grupo, Escala,

¹⁹ OEP en adelante.

²⁰ *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, 2007.

²¹ Se asemeja a la definición que ofrecía el derogado art. 18 LMRFP que la definía como “las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes”, debía indicarse cuales serían en el ejercicio presupuestario y cuales debían serlo en los siguientes.

²² Matiz importante, el del art. 7 del RD 364/1995, de 10 de marzo, cuando a la redacción del derogado art. 18.4 LRFPP se añade y considera conveniente su cobertura durante el ejercicio.

²³ Párrafo 2º del número 4, del art. 18 de la LMRFP derogado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, ahora derogado con el EBEP en sus apartados, 1 a 5, con la excepción del apartado 6 que aún continúa vigente.

Subescala y Clase, incidiendo limitativamente en la carrera administrativa, al suprimir el preceptivo concurso previo entre los funcionarios²⁴ que decía así “Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios”.

Resumiendo, podríamos decir que la OEP puede entenderse como un primer trámite en virtud del cual cada Corporación, en base a su plantilla que ha de aprobar anualmente a través del Presupuesto²⁵ y una vez aprobado éste, de conformidad con las plazas dotadas en plantilla que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes y para la que ahora sólo se exige la publicación de la OEP como requisito previo a la convocatoria, y a los efectivos reales de personal con que cuenta, determina cuáles son los puestos de trabajo vacantes y dotados presupuestariamente que piensa cubrir durante el año y que lógicamente, ha de ir seguida de la convocatoria de selección para acceso a la función pública local.

6.2. Características.

Instrumento de gestión de la provisión de necesidades de personal creado por la LMRFP, con la finalidad racionalizar y materializar el proceso de selección de personal; es un documento por el que la Administración Pública hace pública la relación de plazas vacantes que pretende cubrir durante el ejercicio presupuestario a través de los procedimientos de selección de personal.

La OEP no se refiere a puestos de trabajo sino a plazas de distintos cuerpos, escalas o clases que forman parte de la función pública, de manera que quien supera los procesos selectivos se integra en la función pública como funcionario de carrera, siendo la culminación de tal proceso el destino y toma de posesión de un puesto de trabajo.²⁶

Serán objeto de la OEP, las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes, siempre que exista crédito o asignación presupuestaria y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio²⁷. Es decir, las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existente y que, por tanto, requieran la incorporación de personal de nuevo ingreso “nuevo personal”, constituirán la OEP anual. *Desde esta perspectiva la OEP se limita a determinar las vacantes que han de ser objeto de “reclutamiento externo”, sin que se considere necesario incluir en la oferta la totalidad de las vacantes o un porcentaje determinado de las mismas, respetando en todo caso la vinculación existente entre OEP y la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado anual en la que se fija un límite de gastos de forma general y sin asignación concreta a puestos o vacantes, siendo posteriormente la OEP la que concreta los puestos vacantes. Por esta última matización no se entiende bien la expresión del EBEP “necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria” puesto que en la*

²⁴ STSJ del País Vasco, de 14-01-00.

²⁵ Art. 90.1 de la LBRL.

²⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana (nº.1022/2000).

²⁷ Art. 7 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la AGE y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (RGIPPT).

L.P.G.E. exclusivamente se fija un límite a los gastos de personal pero no se distribuyen ni detallan los mismos entre las vacantes existentes puesto que de éstas nada se contempla en la misma sino en la OEP.

La OEP es la concreción de los créditos para gastos de personal previstos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.²⁸

Consecuentemente, la Administración Pública²⁹ debe evaluar anualmente sus necesidades de personal, determinar primero cuáles de ellas pueden satisfacerse con los efectivos de que dispone, mediante procedimientos de provisión de puestos de trabajo, promoción interna o redistribución y reasignación de efectivos; a raíz de ello, ofertar públicamente, anunciándolo en el correspondiente diario oficial, las plazas vacantes que no han podido ser cubiertas de la forma indicada.

La LMRFP distingue claramente entre selección para el ingreso en los Cuerpos de Funcionarios y de organismos autónomos y la provisión de puestos de trabajo vacantes entre los que ya son funcionarios, realizándose éste normalmente mediante concursos de traslados, reservándose las plazas que queden vacantes en los mismos para su provisión por los funcionarios de nuevo ingreso, evitando así que plazas vacantes que no han sido objeto de previo concurso de traslados se adjudiquen a los de nuevo ingreso con preterición de los que ya son funcionarios.³⁰

Las Corporaciones Locales formularán públicamente su OEP, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal³¹.

Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la OEP³², o a través de otro instrumento similar³³ de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un 10% adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos³⁴. En todo caso, la ejecución de la OEP o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de 3 años.

La novedad del EBEP es la admisión de que el reclutamiento puede alcanzar un 10% de las vacantes existentes. En su conexión con la legalidad presupuestaria, se mantienen que si el 10% tiene habilitación presupuestaria entonces es que se trataba

²⁸ PALOMAR OLMEDA, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, 2007.

²⁹ La facultad para determinar las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes se encuentra dentro de la potestad organizatoria (o de auto-organización) de que dispone la Administración para estructurar sus órganos y distribuir las funciones del modo que mejor puedan prestarse los servicios públicos. *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*. CEMCI, 2007.

³⁰ STS 13-05-86.

³¹ Art. 91 de la LBRL 7/1985. Véase el RD 352/1986, de 10 de febrero, por el que se establecen criterios de coordinación de la OEP de las Corporaciones Locales para 1986, que pese a dictarse para un ejercicio presupuestario específico mantiene su vigencia.

³² Este precepto no explicita si las plazas destinadas a promoción interna han de constar también en la OEP.

³³ Parece que deja abierta la posibilidad de que se puedan utilizar otras denominaciones diferentes.

³⁴ Art. 70 del EBEP.

de una OEP restrictiva, pero si por el contrario no estaba previsto en la habilitación presupuestaria, entonces hay que entender que no podrá producirse la incorporación hasta que realmente se produzca la vacante presupuestaria o hasta que el presupuesto del año siguiente incorpore la habilitación de gasto correspondiente.

Una regulación novedosa, cuyo alcance deben determinar las leyes que desarrollen el EBEP aparece en el art. 70 EBEP, cuando indica que “(...) La OEP o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos”. Se plantea de esta manera la necesidad de vinculación entre la planificación de recursos humanos y los instrumentos que realmente actúan en el plano operativo para la ejecución de la misma.

La OEP, que se aprobará por los órganos de Gobierno de la Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario Oficial correspondiente.

La determinación o confección de la OEP deberá tener presente la política propia de personal de cada una de las Administraciones y los términos y requisitos que se establezcan legalmente³⁵.

En su origen fue diseñada como una posible fórmula que permitiese una publicación general y coordinada de las ofertas de trabajo de todas las Administraciones Públicas. Aunque se haya fracasado en el intento de ofrecer una publicación coordinada y generalizada de todo el empleo público, ésta fórmula se ha mostrado como una herramienta de gestión eficaz forzando a las Administraciones a efectuara una mínima planificación y ordenación de sus recursos humanos.

Sus características son las citadas a continuación:

- 1. PUBLICIDAD.-** Dar a conocer con antelación en igualdad las posibilidades del empleo público.
- 2. OBLIGATORIEDAD.-** Constituye un requisito necesario del procedimiento de selección.
- 3. VINCULACIÓN.-** La publicación obliga a la convocatoria de las pruebas selectivas de las plazas comprometidas en la misma. Sin embargo no existe límite temporal predeterminado en la normativa básica para realizar la convocatoria de plazas ofertadas, dejando en manos de cada OEP la decisión de cuál debe ser ese plazo, sabiendo que el último límite temporal son los 3 años para la ejecución de la propia OEP. Veremos si las leyes de desarrollo establecen otros plazos más breves.
- 4. CADENCIA ANUAL.-** En dependencia estricta de los presupuestos, pues se refiere a vacantes con asignación presupuestaria y debe aprobarse anualmente. Se elimina³⁶ la obligatoriedad de proceder a convocar los procesos selectivos ordinariamente durante el primer trimestre del año y que los mismos finalizarán antes del primero de octubre tal y como establecía el art. 18 LMRFP³⁷. Esto no obstante no debe interpretarse como una obligación en la realización de una OEP para cada

³⁵ Por ejemplo, las limitaciones que a veces se imponen por las leyes presupuestarias sobre las “tasas de reposición de efectivos”.

³⁶ RGIPP del año 1995.

³⁷ Aunque son admisibles OEP extraordinarias para ámbitos específicos, lo cual supone admitir OEP parciales

anualidad presupuestaria, excepto que cuenten con personal interino que ocupe plazas de carácter estructural. En todo caso, la ejecución de la OEP o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de 3 años³⁸.

- 5. INCREMENTO.-** Incremento posible de hasta un 10% de las plazas a convocar siempre que se incluya con anterioridad a la publicación de la correspondiente convocatoria, en este punto, sería importante darle eficacia general, y por lo tanto, que fuera factible utilizar dicho margen sin necesidad de que en cada oferta de empleo publico se prevea expresamente. Esta nueva ordenación del EBEP prevé abrir plazas de interinaje de carácter temporal al margen de la OEP en razón de causas de urgencia, suplencias, trabajos de carácter extraordinario, etc. Pero no se concreta nada acerca de si será posible aprobar ofertas parciales dentro del mismo ejercicio, con carácter general o sólo en caso de un plan de racionalización de recursos humanos.
- 6. REGLA DEL ART. 10.4 EBEP.-** Obligación de que las plazas vacantes que están siendo desempeñadas por funcionarios interinos porque no es posible su cobertura por funcionarios de carrera, se incluyan en la OEP correspondiente al ejercicio en que se produce el nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.
- 7. REGLA DEL ART. 18.4 LMRFP.-** Desaparece la previsión de que “Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios”.

6.3. Conexión de la OEP con la plantilla, CPT o RPT.

La vinculación de la OEP con la plantilla y RPT o CPT es evidente, ya que sólo pueden ofertarse plazas correspondientes a los distintos cuerpos, escalas o categorías que están dotadas presupuestariamente y que figuren en dichos instrumentos de ordenación, así como en las plantillas de personal laboral. Nada se dice respecto a las medidas para garantizar que las plazas ocupadas interina o temporalmente saldrán en la OEP inmediata al nombramiento o contratación con carácter interino, salvo que se decida amortizarlas.

Durante el año 2003, el número total de plazas de nuevo ingreso tenía el límite máximo del 100% de la tasa de reposición de efectivos; sin embargo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en lo referente a la regulación de la Oferta de Empleo Público, establece las restricciones a la incorporación de personal de nuevo ingreso que no podrá superar el 15% de la tasa de reposición de efectivos lo que resulta congruente con la actual coyuntura, criterio que no será de aplicación en determinados supuestos. Con el EBEP no se suprime la tasa de reposición sino que se eleva hasta dicho porcentaje, lo que significa que no se pueden incluir más plazas que el nº de bajas producidas durante el ejercicio anterior. Además, si se trataba de plazas ocupadas interinamente se consumía la tasa de reposición si la interinidad era de una duración inferior a 2 años.

Los puestos y plazas desempeñados por personal interino, contratado (régimen laboral) o nombrado (régimen funcional) en el ejercicio anterior serán

³⁸ Art. 70 del EBEP.

computados a efectos del cumplimiento del límite máximo del porcentaje a alcanzar de la tasa de reposición de efectivos.

6.4. Alcance y fundamento legal actual.

Desde su regulación en la LMRFP³⁹ al día de hoy, el mecanismo de la OEP ha sufrido profundas alteraciones; anteriormente era necesario seguir un camino que comprendía la convocatoria de concursos y los procesos de promoción interna, la posterior determinación de las vacantes y la inclusión en la OEP de todas las vacantes existentes; su publicación era obligatoria y los procesos selectivos debían concluirse en el año. Pero desde 1992 se orienta hacia una selección muy restrictiva que se concentra en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideran absolutamente prioritarios o que afectan al funcionamiento de los servicios públicos esenciales⁴⁰.

El requisito de la anualidad y de los tres primeros meses de cada año para la publicación de la OEP⁴¹ ha desaparecido a raíz de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre y su regulación queda reducida a ser un requisito previo a la convocatoria, en todo caso⁴², la ejecución de la OEP o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de 3 años, así al igual que el propio art. 18.6 de la LMRFP establece en su último párrafo que⁴³ *anualmente, y de acuerdo con las prioridades de la política económica y las necesidades de la planificación de los recursos humanos*, las Leyes de Presupuestos señalarán los criterios aplicables a la OEP del Sector Público Estatal incluido en la LPGE y en el art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria⁴⁴; pudiendo extrapolarlo a la esfera local de igual manera, así en las distintas Administraciones Locales, de conformidad con las directrices a seguir en lo que a política económica se refiere, entiendo que serán los propios Presupuestos anuales los que señalen los criterios aplicables a la OEP que realice la propia Administración local.

Las Corporaciones Locales formularán públicamente su OEP, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal. De ahí que la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la OEP, mediante convocatoria pública⁴⁵. En términos similares se pronuncia el art. 128 del TRRL⁴⁶ según el cual "Las Corporaciones Locales aprobarán y publicarán anualmente, dentro del plazo de 1 mes desde la aprobación de su Presupuesto, la OEP para el año

³⁹ Art. 18 LMRFP, derogado con el EBEP en todos sus apartados, 1 a 5, con la excepción del apartado 6 que hace referencia a los Planes de Empleo y OEP en la Administración General del Estado, aplicable a la esfera local por ser legislación básica.

⁴⁰ R.D. 119/2001, de 9 de febrero.

⁴¹ Art. 18 LMRFP.

⁴² Art. 70 EBEP.

⁴³ Introducido por la Ley 13/1996, 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁴⁴ Se trata de la Ley 41/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

⁴⁵ Art. 91 de la LBRL, vigente tras el EBEP, además véase el RD 352/1986, de 10 de febrero, por el que se establecen criterios de coordinación de la OEP de las Corporaciones Locales para 1986 y su correspondiente corrección de errores, que pese a dictarse para un ejercicio presupuestario específico, mantiene su vigencia.

⁴⁶ Vigente tras el EBEP el nuevo art. 70 del EBEP que viene a sustituir al ahora derogado párrafo 4º del art. 18 de la LMRFP.

correspondiente, ajustándose a la legislación básica del Estado sobre función pública y a los criterios que reglamentariamente se establezcan en desarrollo de la normativa básica estatal para su debida coordinación con las OEP del resto de las Administraciones Públicas. No podrá nombrarse personal interino para plazas que no se hayan incluido en la OEP, salvo cuando se trate de vacantes producidas con posterioridad a su aprobación”. El personal que ostentare la condición de interino cesará automáticamente al tomar posesión como funcionarios de carrera los aspirantes aprobados en la respectiva convocatoria. Sólo podrá procederse al nombramiento del nuevo personal interino para las plazas que continúen vacantes una vez concluidos los correspondientes procesos selectivos.

El TRLBRL, actualmente vigente tras el EBEP y en el mismo sentido, la Disposición Adicional octava del R.D. 235/1988, establece que se entenderán vigentes las normas sobre coordinación de las OEP de las Corporaciones Locales para 1986 contenidas en el R.D. 352/1986, de 10 de febrero.

Pasando a continuación a analizar cuál debe ser el procedimiento para su elaboración y aprobación cabe citar el derogado párrafo cuarto del art. 18 de la LMRFP⁴⁷ que disponía lo que se transcribe a continuación “Las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de OEP”. *Dicho precepto fue interpretado por los tribunales de justicia, en el sentido de que era necesario que con anterioridad a la OEP se procediese a la realización de los concursos de traslados entre funcionarios de las distintas Administraciones públicas, ya que sólo de esta manera se asegura el mejor aprovechamiento de los efectivos existentes, y a resultas de aquel se determinarán las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas y que conforman las vacantes que integran la OEP*⁴⁸.

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, adicionó un párrafo segundo al citado y derogado art. 18.4 LMRFP por el que se aclaraba que las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para el ingreso de nuevo personal no precisarían de la realización del concurso previo entre quienes ya tuvieran la condición de funcionario. Con esta adición legal se dejaba en manos o a elección de la Administración que la OEP se realizase antes o después de la provisión de puestos de trabajo⁴⁹.

6.5. Naturaleza.

Considerada como acto administrativo de carácter general destinado a una pluralidad de personas, negándole la naturaleza de disposición de carácter general⁵⁰.

⁴⁷ Ley 60/1984, de 2 de agosto, de MRFP.

⁴⁸ Ver Sentencias TS de 12 de marzo y 27 de julio de 2001.

⁴⁹ Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de abril de 2006, según la cual no es necesario, en todo caso, que la inclusión de determinadas plazas en la OEP le preceda su ofrecimiento para su provisión mediante concurso previo entre quienes ya tengan la condición de funcionarios.

⁵⁰ En sentido contrario debemos mencionar la sentencia de 29 de mayo de 1998, en que se reitera el criterio de la sentencia de 3 de marzo de 1995, por el que la jurisprudencia afirma, que, desde una perspectiva procesal tienen la misma consideración que una disposición de carácter general que puede ser impugnada en la forma prevista en la LRJCA para las disposiciones generales aunque no tengan esta consideración en su totalidad.

Sin embargo, la STS 16-03-93 le asigna la naturaleza de disposición de carácter general.

La OEP no es una disposición reglamentaria o un reglamento de desarrollo de la ley susceptible de alterar o modificar los límites que ésta impone o de extralimitarse en el contenido propio de la norma con rango de ley.⁵¹

6.6. Tramitación.

Con anterioridad a confeccionar la OEP, la Administración debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la LMRFP y en la LBRL, de acuerdo con las modificaciones producidas por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del Orden Social.

En lo que respecta a la elaboración y contenido, aprobado el presupuesto de cada Corporación, las plazas dotadas en plantilla que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes, constituirán la OEP para el año de que se trate, en la que se incluirán *todas* las plazas vacantes, tanto del personal funcionario (excluidas las reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional) como del personal laboral, quedando las Corporaciones Locales facultadas para incluir las vacantes que deban producirse por jubilación forzosa durante el ejercicio.

Anualmente, la LPGE determina, en su caso, las limitaciones de la OEP para las Corporaciones Locales.

Asimismo, los funcionarios de la Administración Local, cuando así estuviera previsto en las RPT, podían desempeñar puestos de trabajo en otras Corporaciones Locales, en las Administraciones de las Comunidades Autónomas y en la Administración General del Estado, en puestos relacionados con las funciones que les competen en materia de Entidades locales⁵².

Los puestos de trabajo vacantes que deban ser cubiertos por los funcionarios a que se refiere el art. anterior –excepto Habilitados Nacionales– se proveerán en convocatoria pública por los procedimientos de concurso de méritos o de libre designación, de acuerdo con las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones públicas.

En dichas convocatorias de provisión de puestos de trabajo, además de la participación de los funcionarios propios de la entidad convocante, podían participar los funcionarios que pertenecían a cualquiera de las Administraciones públicas, quedando en este caso supeditada la participación a lo que al respecto pudieran establecer las RPT.⁵³

Finalizado este proceso, así como, en su caso, el de promoción interna, se concretarán las plazas vacantes de nuevo ingreso existentes y su situación presupuestaria, teniendo en cuenta las que se encuentren desempeñadas interina o

⁵¹ Así lo recuerda la STS de 30 de noviembre de 1999.

⁵² Art. 17.2 de la LMRFP, derogado en su totalidad por el EBEP.

⁵³ Art. 101 de la LBRL.

temporalmente con objeto de posibilitar, sin incrementar los efectivos, los procesos de consolidación de empleo temporal o sustitución de empleo interino.⁵⁴

6.7. Propuesta.

En la relación de vacantes que pueden incluirse en la OEP, deberán tomarse en cuenta los siguientes condicionamientos:

- 1.** El nº total de plazas de nuevo ingreso a incluir será, como máximo, igual al 15% (de conformidad con la L.P.G.E. para el año 2010) de la tasa de reposición de efectivos.
- 2.** Dentro de dicho límite, la OEP incluirá todos los puestos y plazas desempeñados por personal interino, nombrado o contratado en el ejercicio anterior (la L.P.G.E. para el año 2006 establecía el límite temporal en los dos ejercicios anteriores), excepto aquellos sobre los que existe una reserva de puesto o estén incursos en proceso de provisión. Nada se expresa acerca de que la OEP deba contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes ya que sólo se hace referencia a las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes y estas necesidades no tienen por qué coincidir con las plazas vacantes.⁵⁵
- 3.** Las plazas son para ingreso de nuevo personal y se concentrarán en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios esenciales. En el ámbito de la Administración Local, el referido criterio no se aplicará al personal de la Policía Local.
- 4.** Como novedad el EBEP introduce la inclusión del personal con vinculación temporal en el ámbito de aplicación de la OEP. A modo de ejemplo, citar las indicaciones relativas a la OEP durante el año 2010, indicando que se mantienen las restricciones a la contratación de personal laboral temporal y al nombramiento de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables y previa autorización; y en cualquier caso, las plazas correspondientes a estos nombramientos y contrataciones de personal interino computarán a efectos de cumplir el límite máximo del 15% de la tasa de reposición de efectivos en la OEP correspondiente al mismo año en que aquéllos se produzcan y, si no fuera posible, en la siguiente OEP, salvo que se produzca su amortización.⁵⁶
- 5.** Se reservará un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea mayor o igual al 33%, de

⁵⁴ La STSJ País Vasco, de 14-01-00, anula la OEP por haberse omitido el procedimiento previo y preceptivo de proveer las plazas por el procedimiento de concurso de traslados entre funcionarios de cualesquiera Administraciones públicas, ofertando directamente los puestos vacantes y privando a los recurrentes de la posibilidad de concursar a dichas plazas, idénticas a las que ocupaban en otro Ayuntamiento.

⁵⁵ La facultada para determinar las necesidades de RR.HH. que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes se encuentra dentro de la potestad organizatoria de que dispone la Administración, en todo lo que no esté sometido a reserva de Ley.

⁵⁶ Art. 23 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

modo que progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente.⁵⁷

6.8. Negociación.

La OEP debe negociarse con los representantes sindicales en todo lo referente a su preparación y diseño⁵⁸, y Disposición Adicional 7ª. RGI, es decir, deberán ser objeto de negociación las bases de la OEP, los principios y la propuesta de acuerdo, así como lo que respecta a sus criterios generales⁵⁹.

Sobre esta materia el art. 70 EBEP señala que hay que tener en cuenta las prescripciones del mismo, al tratar de la negociación colectiva con los representantes de los empleados públicos, recogidas, fundamentalmente en el art. 37 de dicho Estatuto.

6.9. Aprobación.

En cuanto al órgano competente para su aprobación, la Presidencia de la Corporación, es decir, el Alcalde es el órgano a quien se le atribuye la aprobación de la OEP⁶⁰ y al Presidente de la Diputación Provincial⁶¹ excepto en las Corporaciones Locales afectadas por el Título X de la LBRL relativo a los Municipios de gran población, en que estas atribuciones corresponden a la Junta de Gobierno Local⁶², dentro del plazo de 1 mes desde la aprobación del Presupuesto.

El acuerdo de aprobación no debe contener otras determinaciones que las que hemos especificado, las relativas al sistema de selección, porcentaje o número de plazas reservadas a promoción interna y los restantes que sean obligatorios⁶³ o las que se estimen convenientes, deben incluirse en las correspondientes convocatorias para ingreso⁶⁴.

El Decreto correspondiente deberá transcribirse en el Libro de Resoluciones de la Presidencia, dando cuenta al Pleno⁶⁵.

El art. 70 EBEP dice que la OEP o instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal, se aprobará anualmente por los órganos de

⁵⁷ Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre "Empleo público de discapacitados". Véase también el RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

⁵⁸ Art. 32.c Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicios de las Administraciones Públicas –LOR–, artículo derogado tras el EBEP.

⁵⁹ Art. 31.1.I de la EBEP

⁶⁰ Art. 21.1. g) de la LBRL modificado por Ley 11/1999 y por la redacción dada por la Ley 57/2003.

⁶¹ Art. 34.1. g) de la LBRL.

⁶² Art. 127.1.h de la LBRL.

⁶³ Por ejemplo, la reserva a favor de minusválidos del art. 5 del RD 352/1986.

⁶⁴ Disposición Adicional del RD 352/1986.

⁶⁵ Arts. 42 y 62 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 –ROFEL–

Gobierno de las Administraciones públicas, estos son, el Gobierno de la Nación, en el caso de la Administración General del Estado, a tenor del vigente art. 3.2.g de la LFP; el Consejo de Gobierno de cada Comunidad Autónoma; en el ámbito de la Administración Local, los arts. 21.1. g) y 34.1. g) de la LBRL, confieren la competencia para aprobar la OEP y las bases para a selección del personal y para los concursos de provisión de puestos en los Ayuntamientos de régimen común y Diputaciones Provinciales a los Alcaldes y Presidentes, respectivamente, y, en cuanto a los Municipios de gran población, estas atribuciones corresponden a la Junta de Gobierno Local, a tenor del art. 127.1. h) de dicha LBRL, que deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

Las Corporaciones Locales aprobarán anualmente, dentro del plazo de 1 mes desde la aprobación de su Presupuesto, la OEP para el año correspondiente, ajustándose a la legislación básica del Estado sobre función pública y a los criterios que reglamentariamente se establezcan en desarrollo de la normativa básica estatal para su debida coordinación con las OEP del resto de las Administraciones públicas. No podrá nombrarse personal interino para plazas que no se hayan incluido en la OEP, salvo cuando se trate de vacantes realmente producidas con posterioridad a su aprobación⁶⁶. El personal que ostentare la condición de interino cesará automáticamente al tomar posesión como funcionarios de carrera los aspirantes aprobados en la respectiva convocatoria. Sólo podrá procederse al nombramiento del nuevo personal interino para las plazas que continúen vacantes una vez concluidos los correspondientes procesos selectivos.

6.10. Publicación.

Aprobada la OEP, las Corporaciones Locales deberán remitir el acuerdo a la Administración del Estado⁶⁷. Deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

El acuerdo se remitirá, por conducto de la Delegación del Gobierno, a la Dirección General de la Función Pública a efectos de publicación coordinada con el resto de las OEP de las demás Administraciones públicas.⁶⁸

6.11. Efectos de la aprobación y publicación de la OEP.

La aprobación y publicación de la OEP produce los siguientes efectos:

1) Obliga a las Entidades locales a la aprobación de las bases y convocatorias de acceso a cada prueba selectiva⁶⁹. La publicación de la OEP obliga a las Corporaciones Locales a realizar las oportunas convocatorias de acceso con la previsión temporal necesaria ya no se exige que se realice dentro del primer trimestre

⁶⁶ Art. 128 del TRRL.

⁶⁷ En cumplimiento de lo establecido en el art. 56.1 de la LBRL.

⁶⁸ Art. 3 R.D. 352/1986.

⁶⁹ En este sentido, el art. 9 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado –RGI–, y el art. 5 del RD 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas básicas y Programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local y el art. 70 del EBEP.

del año para que las pruebas selectivas pudieran quedar terminadas antes de primero de octubre⁷⁰, sólo se exige su publicación previa a la convocatoria⁷¹.

Se trata de un requisito vinculante⁷² para la Administración y necesario para el procedimiento de selección de personal; no tienen un valor jurídico meramente informativo⁷³.

Es un acto administrativo en virtud de resolución de la Presidencia que no crea derechos pero sí legitima expectativas que deben satisfacerse.

2) Como efecto adicional, el anuncio de la OEP faculta a las Corporaciones a proceder a nombramientos interinos⁷⁴. No podrá nombrarse personal interino para plazas no incluidas en la OEP, salvo las vacantes producidas con posterioridad o en el supuesto de que no se cubran las vacantes ofertadas y convocadas⁷⁵.

3) Al tratarse de un acto favorable, la oferta no debe revocarse ni modificarse de oficio sino por las razones de legalidad previstas en los arts. 102 y 103 LRJ-PAC.

4) La OEP debe preceder a las convocatorias para la provisión de plazas, dado lo dispuesto en los arts. 1.3⁷⁶ y 91 LBRL⁷⁷.

5) Están excluidos los puestos de trabajo que no tienen plaza, esto es, el personal eventual, los de personal laboral temporal, y los funcionarios de habilitación nacional.

La legislación estatal tiene carácter supletorio⁷⁸ y se concreta en el RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el RGI del Personal al Servicio de la Administración General del Estado. Así la modificación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado⁷⁹ por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, da lugar a que se dicte la Orden de desarrollo⁸⁰, disponiendo, respecto de la selección del personal interino que con carácter general se realizará mediante concurso ajustado a los siguientes criterios:

a) A la experiencia profesional corresponderá entre el 30 y el 70% del valor total del baremo, aplicándose de acuerdo a los siguientes criterios:

- 1.** Se valorará con independencia del ámbito en que hubiera sido adquirida.

⁷⁰ Según establecía el art. 18 LMRFP.

⁷¹ Art. 4 del RD 352/1986.

⁷² La STS 11-07-91 resalta su fuerza vinculante.

⁷³ Art. 19.1 de la LMRFP.

⁷⁴ Arts. 128.2 del TRRL y 6 del R.D. 352/1986.

⁷⁵ Disposición Adicional 1ª del RD 896/1991, de 7 de junio –norma básica–, art. 128.2 del TRRL y art. 10 del EBEP

⁷⁶ Antes hacía también referencia al art. 18 de la LMRFP derogado en los apartados 1 a 5, sólo sigue vigente el apartado 6 tras el EBEP. El art. 18.2 LMRFP era considerado por el art. 1.3 como base del régimen estatutario de los funcionarios públicos y a él había que atenerse.

⁷⁷ STS 19-05-94.

⁷⁸ Tal y como establece el art. 134.2 TRRL, que tiene su antecedente en la Orden de 28 de febrero de 1986, dictada en desarrollo del primer Reglamento de Ingreso en la Administración Civil del Estado, RD 2223/84, de 19 de diciembre.

⁷⁹ Decreto 315/1964.

⁸⁰ Orden APU/1461/2002, de 6 de junio, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento de personal funcionario interino, derogatoria de la de 28-02-86.

- 2.** Deberá referirse a las funciones y tareas del puesto de trabajo que pretende cubrirse.
 - 3.** Cuando se trate de la cobertura de un puesto de trabajo con cometidos profesionales afines a puestos de trabajo de nivel superior y/o inferior, podrá valorarse la experiencia en dichos puestos, para lo que se otorgará distinta puntuación en función del nivel, superior o inferior, del puesto efectivamente desempeñado respecto al que se opta.
- b)** A los conocimientos, cursos de formación y formación académica corresponderá hasta el 70% del valor total del baremo, aplicándose de acuerdo con los siguientes criterios:
- 1.** Se otorgará mayor puntuación a los cursos de capacitación profesional relacionados con la plaza a cubrir, impartidos por centros legalmente autorizados y reconocidos, que a la posesión de la titulación académica distinta de la exigida para participar en las pruebas, salvo que esté relacionada con las funciones propias del Cuerpo o Escala al que se pretende acceder, en cuyo caso deberá otorgársele una puntuación superior.
 - 2.** Podrá valorarse, con hasta un 50% del valor total asignado en el baremo a los méritos de este apartado b), la superación de ejercicios en pruebas selectivas de acceso, como funcionario de carrera, a Cuerpos o Escalas del mismo o superior grupo de titulación e igual ámbito funcional que el correspondiente al Cuerpo o Escala al que se pretende acceder, siempre y cuando éstas se hubieran celebrado en los dos años anteriores.

En ningún caso serán valorados méritos no acreditados documentalmente.

Con carácter excepcional cuando las funciones y el contenido práctico de los puestos a cubrir exijan que los candidatos superen una entrevista o una prueba práctica para demostrar su idoneidad, podrá realizarse mediante concurso-oposición, en cuyo caso, las proporciones del baremo y los méritos a valorar en la fase de concurso se ajustará a los criterios mencionados.

Por razones de plazos o de dificultad para captar candidatos, podrá recurrirse, con carácter general, a los servicios públicos de empleo para realizar la preselección. En este caso quedan exceptuados del requisito de publicad al acudir a los SPE.

El art. 18 de la Ley 30/1984 bajo el título "Planes de empleo y OEP" señala: "6. (...) La OEP será aprobada por el Gobierno a propuesta del Ministerio para las Administraciones públicas".

7. LOS PLANES DE EMPLEO.

7.1. Definición.

Se configuran como instrumento básico para el planteamiento global de las políticas de recursos humanos de las distintas organizaciones administrativas y que tratan de adecuar el mercado interno de trabajo a las necesidades reales de la propia Administración con el fin de incrementar la eficiencia de la misma.

Constituyen, pues, el último de los instrumentos de ordenación de personal introducidos en nuestro sistema, un **instrumento de planificación y ordenación de la función pública** para hacer posible la aplicación de los principios de eficacia, eficiencia y responsabilidad, frente a la situación de graves desajustes en materia de número y distribución de efectivos.

Su creación data de 1993, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por desempleo⁸¹, introdujo en la Ley 30/1984⁸² diversas modificaciones entre las que cabe destacar la regulación de los Planes de Empleo ahora sustituidos tras el EBEP por los Planes de Ordenación⁸³, basándose, en la necesidad de articular medidas que, a partir de la racionalización y ajuste de la estructura de las organizaciones administrativas, mejoren el rendimiento de los recursos humanos de la Administración Pública sometiendo su planificación y gestión a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia, optimizando los costes de personal.

La Ley 22/1993, en su Disposición Adicional séptima⁸⁴ establecía la necesidad de la negociación de los Planes de Empleo con las Organizaciones Sindicales más representativas en los términos de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas (LOR), sin perjuicio de lo previsto en el art. 34 de la misma.

Se definen como mecanismos tendentes a la “óptima utilización de los recursos humanos” que contienen las actuaciones precisas a realizar en un ámbito concreto de acuerdo con las directrices de la política de personal.

7.2. Contenido y aprobación.

Contiene una serie de previsiones y medidas, no todas ellas de carácter obligatorio, en orden a la obtención de los resultados que se persiguen y con el objeto de resolver necesidades de personal en la esfera que se apliquen.

En este sentido, el art. 18, apartado 1 de la LMRFP⁸⁵, establecía que las Administraciones públicas podrían elaborar Planes de Empleo, referidos tanto a personal funcionario como laboral, que contendrían de forma conjunta las actuaciones a desarrollar para la óptima utilización de los recursos humanos en el ámbito a que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de la política de personal. Las actuaciones previstas para el personal laboral en los Planes de Empleo se desarrollarán conforme a la normativa específica del ordenamiento jurídico laboral.

⁸¹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1993.

⁸² LMRFP.

⁸³ Art. 18.2 LMRFP según redacción dada por la mencionada Ley 22/1993.

⁸⁴ Esta Disposición Adicional 7ª de la Ley 9/1987 ha sido derogada por el BEP.

⁸⁵ Básico, derogado por el EBEP.

En la Administración Local se ha de entender que los Planes de Empleo deberán ser aprobados por la Corporación en Pleno, por referencia con la competencia sobre las Plantillas y RPT que la LBRL atribuye al mismo.⁸⁶

7.3. Medidas y previsiones.

Contendrán actuaciones para la óptima utilización de los recursos humanos, dentro de los límites presupuestarios. La Ley enumeraba, ejemplificativamente, las siguientes medidas que pueden contener un Plan de Empleo:

- 1.** Previsión sobre modificación o cambios en estructuras organizativas y puestos de trabajo.
- 2.** Suspensión de incorporaciones de personal externo al ámbito afectado, tanto las derivadas de OEP como de procesos de movilidad o reingresos de excedencias voluntarias.
- 3.** Reasignación de efectivos de personal.
- 4.** Establecimiento de cursos de formación y capacitación.
- 5.** Autorización de concursos de provisión de puestos limitado al personal de los ámbitos que se determinan.
- 6.** Medidas específicas de promoción interna, concursos o sistemas de formación.
- 7.** Prestación de servicios a tiempo parcial.
- 8.** Excedencia forzosa.
- 9.** Necesidades adicionales de recursos humanos que habrán de integrarse, en su caso, en la OEP.
- 10.** Otras medidas que procedan en relación con los objetivos del Plan de Empleo.

Estas medidas se ven complementadas con la Disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1984, añadida por la citada Ley 22/1993, según la cual “Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de los Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que pueden incluir todas o algunas de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del art. 18 de la presente Ley⁸⁷, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada.”

Esta alternativa es puramente formal ya que estas Administraciones pueden optar, bien por el Plan de Empleo, bien por otro instrumento; pero las medidas son complementarias y de contenido material idéntico.

⁸⁶ Art. 22.1.i) de la LBRL.

⁸⁷ Los apartados 1 a 5 de este art. han sido derogados por el EBEP, dejando vigente sólo el apartado 6 que hace referencia a los Planes de Empleo y OEP de la Administración General del Estado.

El nuevo EBEP parte de la idea de que ésta norma básica debe contemplar adecuadamente, aunque solo de manera sucinta e indicativa y sin entrar en el detalle de la Ley 30/1984, la planificación de recursos humanos, con el objetivo de que cada Administración, de acuerdo con la legislación del Estado o de las Comunidades, disponga de los mecanismos necesarios para “dimensionar adecuadamente sus efectivos, lograr su mejor distribución y facilitar su formación y promoción profesional y la movilidad”.

A) De carácter general u organizativo.

a) Previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo.⁸⁸

La modificación de las estructuras administrativas excede del contenido propio de un Plan de Empleo, si así se hiciera habría que modificar la RPT o CPT para poder llevar a cabo las medidas del Plan de Empleo.

b) Suspensión de incorporaciones de personal externo al ámbito afectado, que derive de una OEP o de un proceso de movilidad.

Este apartado del art. 18 LMRFP⁸⁹ contradecía lo dispuesto en el art. 101 LBRL⁹⁰ modificado por el art. 39 de la Ley 55/1989, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según el cual los puestos de trabajo vacantes que debían ser cubiertos por funcionarios de carrera se proveerán en convocatoria pública por concurso de méritos o libre designación entre funcionarios que pertenezcan a cualquiera de las Administraciones públicas, siempre y cuando tal posibilidad se establezca en las RPT.

La jurisprudencia establece al respecto que impedir el acceso a la provisión de puestos de trabajo a personal que no sea de la propia Corporación sólo estaba justificado cuando se tratase de remodelar la estructura orgánica, sin aumento de plantilla, creando nuevas plazas en sustitución de otras, acoplando a los funcionarios existentes a la nueva organización, pero no con carácter general, sólo la razón coyuntural de adaptar la plantilla preexistente a un nuevo CPT, sin aumentar aquélla, podría justificar, desde un punto de vista material la actuación administrativa.

B) De ámbito funcional.

b.1.) Reasignación de efectivos.

La reasignación de efectivos es el procedimiento en virtud del cual se destina a un puesto de trabajo distinto a los funcionarios cuyo puesto sea objeto de supresión como consecuencia de un plan de empleo.⁹¹

⁸⁸ Art. 18.1 a 5 LMRFP, derogado por el EBEP en dichos apartados.

⁸⁹ Derogado tras el EBEP.

⁹⁰ Vigente tras el EBEP.

⁹¹ Conforme a lo dispuesto en el art. 20.1 g) de la LMRFP, vigente tras el EBEP.

Por ello deberán aplicarse criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad que habrán de concretarse en dicho plan de empleo.

La adscripción al puesto adjudicado por reasignación de efectivos tendrá carácter definitivo.

La reasignación de efectivos en la Administración Local habrá de cumplir los criterios establecidos en la Administración General del Estado sobre plazos, retribuciones, movilidad y situaciones administrativas⁹²; por lo tanto, las fases serán las siguientes:

1ª fase: Abarcará el **primer semestre**, contado a partir de la supresión del puesto de trabajo; la adscripción del personal afectado a nuevos puestos de trabajo se efectuará **en el ámbito de la unidad organizativa donde estuviere destinado**. Tendrá carácter obligatorio en los Ayuntamientos y deberá garantizarse siempre la similitud de características, funciones y retribuciones entre el puesto de trabajo suprimido y aquel al que se le adscriba. Durante esta fase se percibirán las retribuciones del puesto de trabajo que se desempeñaba y podrán encomendarse a los funcionarios afectados tareas adecuadas a su Cuerpo o Escala de pertenencia.

2ª fase: Abarcará el **trimestre posterior** a la finalización del anterior plazo de 6 meses. En esta fase, los funcionarios que no hubiesen obtenido puesto en la unidad organizativa donde estuvieron destinados, podrán ser adscritos por el Presidente de la Corporación local a puestos en otras unidades organizativas, y continuarán percibiendo las retribuciones del puesto que desempeñaban, encomendándoseles tareas adecuadas a su Cuerpo o Escala de pertenencia.⁹³

3ª fase: Si los funcionarios no han obtenido puesto, pasarán a la **situación de expectativa de destino** a través de relaciones específicas de puestos en reasignación y podrán ser adscritos a puestos de similares características de otras unidades cuando se produzcan vacantes, percibiendo la totalidad de las retribuciones básicas, el complemento de destino del grado personal que corresponda y el 50% del complemento específico del puesto que desempeñaba.

b.2.) Otras medidas y previsiones.

Además de los cursos de formación y capacitación que deben fomentarse por parte los Ayuntamientos para el personal afectado, relacionados con las tareas de los nuevos puestos de trabajo asignados, también habría que prever **medidas específicas de promoción interna** para el acceso de la subescala subalterna a la auxiliar y de ésta a la administrativa, incluso de ésta a la de gestión, si estuviera creada. Al igual, dentro de la Escala de Administración Especial y en el personal laboral.⁹⁴

Pero se añaden⁹⁵ y prevén 2 medidas más:

⁹² Art. 20.1 g), párrafo último de la LMRFP.

⁹³ Art. 21.1. h) de la LBRL vigente tras el EBEP.

⁹⁴ Art. 20.1 g) de la LMRFP.

⁹⁵ Según la Disposición Adicional vigésimo primera de la Ley 30/1984, vigente tras el EBEP.

1) Excedencia voluntaria incentivada.

Los funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentren en alguna de las dos primeras fases a que hace referencia el art. 20.1. g) LMRF⁹⁶, primer semestre y trimestre subsiguiente, podrán ser declarados, a su solicitud, en situación de excedencia voluntaria incentivada.⁹⁷

También tendrán este derecho quienes se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa como consecuencia de un Plan de Empleo.

2) Jubilación voluntaria incentivada.

El art. 34 LMRFP establece la posibilidad de aprobarla en los supuestos de funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa, como consecuencia de un plan de empleo.

Dicha jubilación se podrá solicitar, en las condiciones establecidas en el Régimen General de la Seguridad social, siempre que los funcionarios:

- Tengan cumplidos 60 años de edad.
- Acrediten, al menos 30 años de servicio.
- Reúnan los requisitos exigidos en dicho Régimen.

C) De ámbito laboral. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Cuando existen probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá la empresa acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en orden a⁹⁸:

- 1)** Jornada de trabajo.
- 2)** Horario.
- 3)** Régimen de trabajo a turnos.
- 4)** Sistema de remuneración.
- 5)** Sistema de trabajo y rendimiento.
- 6)** Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET.

En la Administración Local concurren estas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuye a mejorar la situación del ente local a través de una

⁹⁶ Vigente tras el EBEP.

⁹⁷ Art. 29.7 LMRFP, vigente tras el EBEP.

⁹⁸ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 41 ET, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

más adecuada organización de sus recursos, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda⁹⁹.

1) Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo derivadas de un Plan de Empleo pueden ser de carácter individual o colectivo¹⁰⁰.

En el supuesto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter individual, la decisión deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad. Si el trabajador resultase perjudicado, tendrá derecho a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a 1 año y con un máximo de 9 meses.

Si el trabajador no opta por la rescisión del contrato de trabajo podrá impugnar la decisión empresarial ante la jurisdicción competente; la sentencia declarará modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

2) La decisión de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas y negociación con los representantes legales con arreglo al procedimiento establecido en el art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores según el cual se requiere un mínimo de 15 días para consultas sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y acuerdo con la mayoría de las representaciones sindicales mayoritarias.

Finalizado el período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos una vez transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, pudiéndose entablar conflicto colectivo, sin perjuicio de su impugnación individual, no obstante, si se entablase conflicto colectivo se paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta la resolución de aquél.

Por último, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo las modificaciones funcionales y de horario de trabajo inferiores a 90 días y que no afecten a un número de trabajadores superior al establecido en el art. 41.1 Estatuto de los Trabajadores:

- 10 trabajadores, en las empresas que ocupan menos de 100 trabajadores.
- 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

⁹⁹ Estos dos últimos supuestos sólo aplicables a personal laboral de empresas públicas u organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo.

¹⁰⁰ Condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario a efectos colectivos.

7.4. Objetivos e instrumentos de la planificación.¹⁰¹

La planificación de los recursos humanos en las Administraciones públicas tendrá como objeto contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

Las Administraciones públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas:

- a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.
- b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.
- c) Medidas de movilidad, entre la cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.
- d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y movilidad forzosa.¹⁰²
- e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la OEP.¹⁰³

Cada Administración Pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación.

En este sentido, en el ámbito de la Administración General del Estado los Planes de Empleo podrán afectar a uno o varios Ministerios, organismo o áreas administrativas concretas y serán aprobados por el Ministerio para las Administraciones públicas, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda. La iniciativa para su elaboración corresponderá al Ministerio u organismo afectado o, conjuntamente, al os Ministerios para las Administraciones públicas y de Economía y Hacienda.¹⁰⁴

8. EL REGISTRO DE PERSONAL.

La regulación propuesta por el EBEP se sitúa en el entorno indicado por la Comisión de Expertos, aunque ha diferido a un Acuerdo o convenio de Conferencia Sectorial la determinación de la forma de intercambio de la información.

¹⁰¹ Art. 69 del EBEP.

¹⁰² De conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título del EBEP.

¹⁰³ De acuerdo con lo establecido en el art. 70 del EBEP.

¹⁰⁴ Art. 18.6 del EBEP, bajo el título Planes de empleo y OEP.

Se encuentra también regulado en la LMRFP¹⁰⁵, que establece un Registro Central de Personal y Registros particulares en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales, que deben estar coordinados previéndose el acceso recíproco de datos.

Téngase en cuenta que existe una regulación de los contenidos mínimos de los Registros de Personal que para el personal funcionario¹⁰⁶ y de forma similar para el laboral.

No constituye propiamente un instrumento de ordenación del personal. Sus características están definidas en el RD 1405/1986, de 6 de junio.

Es el historial administrativo de cada persona. Viene a ser como el expediente personal, pero informatizado. Resulta útil tanto para la administración como para el empleado. Es necesario disponer de él y que esté debidamente actualizado.

Al hilo de lo que aquí tratamos, Las Corporaciones Locales constituirán Registros de Personal, coordinados con los de las demás Administraciones públicas, según las normas aprobadas por el Gobierno. Los datos inscritos en tal Registro determinarán las nóminas, a efectos de la debida justificación de todas las retribuciones.¹⁰⁷

La regulación se contiene en un único artículo¹⁰⁸, que podemos sistematizar en la forma que sigue:

A) Objeto de la inscripción

Podemos diferenciar entre un ámbito de aplicación obligatorio y un ámbito de aplicación potestativo.¹⁰⁹

Dentro del ámbito de aplicación obligatorio podemos incluir la previsión de que cada Administración Pública constituirá un Registro en el que se inscribirán los datos relativos al personal contemplado en los artículos 2 y 5 del presente EBEP y que tendrá en cuenta las peculiaridades de determinados colectivos (...).

Por su parte, y con carácter potestativo se establece también que los Registros podrán disponer también de la información agregada sobre los restantes recursos humanos de su respectivo sector público.

Las Administraciones públicas impulsarán la gestión integrada de recursos humanos.

Cuando las entidades locales no cuenten con la suficiente capacidad financiera o técnica, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas cooperarán con aquéllas a los efectos contemplados en este art. 71 del EBEP.

¹⁰⁵ Art. 13 de la LMRFP.

¹⁰⁶ RD 1405/86, de 6 de junio, por el que se aprobó el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones Públicas, sustancialmente modificado por el RD 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas.

¹⁰⁷ Art. 90 de la LBRL, 7/1985.

¹⁰⁸ Art. 71 del EBEP.

¹⁰⁹ Art.71 del EBEP.

B) Régimen de funcionamiento

Los registros tendrán el régimen de funcionamiento y de organización que determine la respectiva Ley de desarrollo aunque, obviamente, y por la propia naturaleza del instrumento habrá que entender que se sitúa dentro del régimen jurídico de las Administraciones públicas y que está sometido a esta regulación y a la que proceda de la protección de datos personales en lo que se refiere al acceso y disponibilidad de los correspondientes datos.

No está pensado para la transferencia sino para las necesidades de cada organización. El aspecto dinámico surge a partir de la realización del Acuerdo a que se refiere el punto que sigue, si aquél no se llega a producir, el contenido informativo, la regulación y el régimen de funcionamiento serían puramente autonómicos, con la única determinación negativa de no poder adoptar la decisión de no crearlos.

C) Contenido mínimo y transferencia de datos:

El personal incluido con carácter obligatorio es el contemplado en los artículos 2 y 5 del propio EBEP. Recordemos que el artículo 2 abarca al personal funcionario y laboral, pero llama la atención la falta de mención expresa al personal eventual¹¹⁰, al que si se hacía referencia en el art. 12.1 del Real Decreto 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modificaba el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones Públicas; así como la también falta de mención expresa al personal directivo¹¹¹, sobre todo pensando en aquellos casos que puedan estar en situación de servicios especiales¹¹².

Destacar 2 aspectos muy concretos:

- El establecimiento de contenidos mínimos comunes de los Registros de Personal de las distintas Comunidades Autónomas.
- El establecimiento de un régimen de transferencia entre las distintas Administraciones públicas para el cumplimiento de sus necesidades.

En ambos casos, contenido mínimo y régimen de transferencia, el acuerdo normativo debe proceder alternativamente de la Conferencia Sectorial o de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

Así se dispone que mediante convenio de Conferencia Sectorial o acuerdo adoptado en la Comisión de Coordinación de Empleo Público se establecerán los contenidos mínimos comunes de los Registros de Personal y los criterios que permitan el intercambio homogéneo de la información entre Administraciones, con respeto a lo establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal.¹¹³

Los contenidos mínimos, relativos a la vida profesional del empleado público y teniendo en cuenta las peculiaridades de determinados colectivos, de los Registros de

¹¹⁰ A quien es aplicable, en los que se adecuada a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera –art. 12.5 del EBEP.

¹¹¹ Art. 13 del EBEP.

¹¹² Art. 87.1 del EBEP.

¹¹³ Art. 71 del EBEP.

Personal que para el personal funcionario y de forma similar para el laboral debe contener son los siguientes¹¹⁴:

- Toma de posesión.
- Situaciones administrativas.
- Grado personal.
- Reconocimiento de antigüedad y trienios.
- Títulos, diplomas e idiomas.
- Premios y sanciones.

Podrán disponer también de la información agregada sobre los restantes recursos humanos de su respectivo sector público¹¹⁵, entendiéndose por información agregada aquella que, por contener datos de personas identificadas o identificables, recoja periódicamente el número de efectivos del sector público estatal, su distribución, su coste, la procedencia de las altas, la causa de las bajas y aquellos otros indicadores que puedan precisarse (...) para el mejor conocimiento de los recursos humanos del sector público estatal y de su evolución¹¹⁶.

Se reconoce el libre acceso del personal a sus datos, que no deben incluir ninguna información sobre raza, religión o ideología.

En general, no se han cumplido las expectativas legales sobre el Registro de Personal, sobre todo en lo que se refiere a la coordinación, homogeneidad y comunicabilidad.

D) Gestión integrada

En sintonía con la Comisión de Expertos, el EBEP¹¹⁷ contiene una indicación de cara a que "(...) Las Administraciones públicas impulsarán la gestión integrada de recursos humanos (...)". El contenido y alcance de esta determinación y el propio concepto de qué debe entenderse por gestión integrada corresponden a las leyes llamadas al desarrollo del EBEP.

Podemos concluir que el EBEP se limita a recoger esta institución estableciendo que cada Administración disponga de su propio Registro de Personal, impulsando sistemas informáticos integrados de gestión de recursos humanos y señalando las potestades de la Conferencia Sectorial o de la comisión de Coordinación de Empleo Público en cuanto a los contenidos mínimos comunes y al criterio de intercambio de datos.

¹¹⁴ RD 1405/86, de 6 de junio, por el que se aprobó el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas, sustancialmente modificado por el RD 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas.

¹¹⁵ Sector público definido en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

¹¹⁶ Art. 20 del RD 1405/86, de 6 de junio, por el que se aprobó el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas.

¹¹⁷ Art. 71 del EBEP.

E) Asistencia a las Corporaciones Locales

El EBEP es claramente consciente de la evolución del empleo público en nuestro país, que hace de las Administraciones Locales la segunda Administración con mayor número de empleados públicos.

En este punto indica que “(...) Cuando las Entidades Locales no cuenten con la suficiente capacidad financiera o técnica, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas cooperarán con aquéllas a los efectos contemplados en este artículo. Este precepto deja al margen las fórmulas de cooperación y el alcance de las mismas, así como si es posible la cooperación a tres.”¹¹⁸

En este sentido, habría que pensar que la cooperación será con la respectiva Comunidad Autónoma cuando se trata de regular el establecimiento de los Registros de Personal, mientras que, por el contrario, será con la Administración General del Estado en lo que se refiere a la exportabilidad de los datos.

F) Un elemento esencial para la operatividad del sistema: la protección de datos personales y sus exigencias.

En el EBEP se contiene únicamente una referencia a que las transferencias de datos entre las distintas Administraciones se harán de conformidad con la legislación de protección de datos, de manera que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.¹¹⁹

En todo caso la regulación central señala que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado¹²⁰.

Más allá de esta determinación general es cierto que, en algún supuesto, se permite la cesión de datos sin que concurra el consentimiento. Se trata de excepciones a la regla general que necesitan de un amparo expreso en alguna de las siguientes causas:

- a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley.
- b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.
- c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que lo justifique.
- d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal

¹¹⁸ Art. 71 del EBEP.

¹¹⁹ De conformidad con el art. 6 de la LOPDP.

¹²⁰ Art. 11 de la LOPD.

de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas, o instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

- e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos y científicos.
- f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica (...)"

En la Dirección General de la Función Pública existirá un Registro Central en el que se inscribirá a todo el personal al servicio de la Administración del Estado, y en el que se anotarán preceptivamente todos los actos que afecten a la vida administrativa del mismo.¹²¹

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, aprobará las normas reguladoras del Registro Central y el programa para su implantación progresiva.

En la documentación individual del personal de las diferentes Administraciones públicas no figurará ningún dato relativo a su raza, religión u opinión.

El personal tendrá libre acceso a su expediente individual.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, modificada por Ley 6/1988, de 17 de octubre.
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
- Real Decreto Legislativo 861/1986, de 25 de abril, del Régimen del Retribuciones de los Funcionarios de Administración Local.
- Real Decreto 1405/1986, de 6 de junio, por el que se aprobó el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones Públicas, sustancialmente modificado por el Real Decreto 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones Públicas.
- Real Decreto 352/1986, por el que se establecen criterios de coordinación de la OEP de las corporaciones locales para 1986.

¹²¹ Art. 13 de la Ley 30/1984.

- Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del personal al servicio de la Administraciones Públicas.
- Orden de 2 de diciembre de 1988, sobre RPT en la Administración del Estado.
- Real Decreto 235/1988, por el que se aprueba la Oferta de Empleo publico para 1988.
- Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativa y de Orden Social.
- Real Decreto, 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.
- Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del Orden Social.
- Real Decreto 119/2001, de 9 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2001.
- Orden APU/1461/2002, de 6 de junio, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento de personal funcionario interino.
- Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados.
- Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.
- Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.
- CENTRO DE ESTUDIOS TERRITORIALES Y DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL, *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, 2007.
- CONSORCI D'ESTUDIS, MEDIACIÓ I CONCILIACIÓ A L'ADMINISTRACIÓ LOCAL (CEMICAL), *El Estatuto básico del Empleado Público, Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas*, 2008.
- CUADERNOS DE DERECHO LOCAL, Nº 19, 2009.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel. *Análisis de la normativa aplicable en la función pública local en los ámbitos de acceso, selección, carrera, promoción interna, provisión de puestos y situaciones administrativas*, 2008.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel. *Instrumentos esenciales para la planificación del recursos humanos*, 2008.

- FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL, *Informe sobre el empleo público local*, 2009.
- GALOFRÉ, Albert. *Los instrumentos de ordenación del personal en las Administraciones Locales*, 2008.
- KONINCKS FRASQUET, Amparo. *Personal*, Gestión Local Aranzadi, 2005.
- MARTOS NAVARRO, Fernando. *La nueva regulación del empleo público*, colección jurídica MAD, 2007.



LA CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL*

Dr. Alfredo Galán Galán
Catedrático acreditado de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

INDICE:

- 1.- PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA Y NORMAS MUNICIPALES.
- 2.- SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA.
- 3.- FUNDAMENTO MATERIAL: ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA RESPECTO A LAS NORMAS MUNICIPALES.
 - 3.1.- La norma municipal constituye una categoría normativa independiente.
 - 3.2.- La norma municipal ocupa una posición ordinamental peculiar.
 - 3.3.- Manifestaciones de la posición peculiar de las normas municipales.
- 4.- POSICIÓN DEL LEGISLADOR POSITIVO RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL.
 - 4.1.- La Carta Europea de la Autonomía Local.
 - 4.2.- La legislación del Estado.
 - 4.3.- Legislación de las comunidades autónomas.
 - 4.3.1.- Legislación catalana.
 - 4.3.2.- Legislación andaluza.
 - 4.3.3.- Legislación madrileña.
- 5.- POSICIÓN DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL.
- 6.- POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación DER2009-14265-C02-01, del Ministerio de Ciencia e Investigación, del que es investigador principal el Dr. Alfredo Galán Galán.

7.- POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL.

1. PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA Y NORMAS MUNICIPALES

La idea central que se defiende en este trabajo es que el principio de legalidad debe ser entendido como principio de vinculación negativa en el ámbito local y, muy especialmente, en relación con las normas municipales. Entendimiento éste que, a nuestro juicio, se ha consolidado ya en nuestros días.

La buena comprensión de esa idea requiere, en primer lugar, aclarar el significado del principio de vinculación negativa (apartado 2). Y, seguidamente, exponer los argumentos que sirven de fundamento a esta tesis (apartado 3). Terminaremos con una breve exposición de la posición que, respecto a esta cuestión, mantiene el legislador positivo (apartado 4), la doctrina científica (apartado 5), el Consejo de Estado (apartado 6) y la jurisprudencia ordinaria (apartado 7).

Queremos aclarar que, sin perjuicio de alguna breve referencia, y dada su problemática específica, dejamos fuera del objeto de nuestro análisis aquellos supuestos en los que exista una reserva material de ley. Piénsese, por ejemplo, en las reservas de ley en materia tributaria y en materia sancionadora.

2. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA

El principio de legalidad, tanto en su acepción más genérica, relativa a la actuación de todos los sujetos, como en su acepción más concreta de principio de legalidad administrativa, relativa específicamente a la actuación de las Administraciones públicas (artículo 103.1 de la Constitución), puede ser entendido de dos maneras distintas desde el punto de vista de su alcance.

La diferencia estriba en el modo en que la actividad administrativa se encuentra vinculada a la ley o, si se prefiere, visto al revés, la manera en que la ley vincula esa actividad administrativa. Es desde esta perspectiva que existen dos grandes versiones del principio de legalidad: las denominadas doctrinas de la “vinculación positiva” y de la “vinculación negativa” de la Administración a la ley.

a) *El principio de vinculación positiva*

Según la doctrina de la vinculación positiva, la Administración está vinculada positivamente a la ley: solamente puede hacer aquello que la ley le autorice. Estamos ante una manifestación más rígida y exigente del principio de legalidad: la ley opera como fundamento previo y necesario de la actuación de la Administración. Se sostiene, en efecto, que esa actuación únicamente podrá ser válidamente realizada si cuenta con una cobertura legal previa: si la ley le habilita a realizarla y, además, sólo en la medida en que le habilite. Sin esa previa habilitación legal la actuación debe considerarse prohibida. Esta es la forma de vinculación que se expresa con la máxima latina “*quae no sunt permissae, prohibita intelliguntur*” (lo que no está permitido, está prohibido).

No cabe duda que este entendimiento del principio de legalidad parece partir de una cierta desconfianza hacia la Administración y, precisamente por ello, pretende atarla mucho más en corto.

b) *El principio de vinculación negativa*

La doctrina de la vinculación negativa, en cambio, sostiene que la Administración está vinculada negativamente a la ley: puede libre y válidamente realizar cualquier actuación, sin necesidad, por tanto, de contar con una previa habilitación legal, con la única condición de no contradecir las leyes existentes. Estamos aquí ante una manifestación más flexible del principio de legalidad: la ley ya no cumple la función de ser fundamento previo y necesario de la actuación administrativa, sino aquella otra de ser un mero límite externo o frontera de la libre actuación del sujeto. Este principio solamente exige que la actuación de la Administración no infrinja la ley. En definitiva, la Administración puede hacer todo aquello que no le esté prohibido y no únicamente lo que le esté permitido. Esta forma de vinculación se expresa adecuadamente con la máxima latina “*permissum videtur in omne quod non prohibitum*” o bien “*qua non sunt prohibita, permissae intelliguntur*” (lo que no está prohibido, está permitido).

Esta concepción, mucho más generosa con la Administración, se visualiza gráficamente con la expresión “en el marco de la ley”: la Administración es libre para la toma de sus propias decisiones, traducidas posteriormente en la correspondiente actuación, siempre que se mueva dentro del “marco” establecido por las leyes.

Una última aclaración es precisa antes de poner fin a este apartado. El principio de legalidad administrativa alcanza, subjetivamente, a todas las Administraciones. Pero objetivamente se extiende a todo tipo de actuación que ellas realicen. En consecuencia, no se escapa de su alcance la actividad normativa de las Administraciones.

La consecuencia de lo dicho en el párrafo anterior es que las dos formas de entender el principio de legalidad también resultan aplicables a la actividad normativa –si se prefiere: reglamentaria- de la Administración. Según la doctrina de la vinculación positiva, la ley es fundamento previo y necesario de todo reglamento. Es precisa siempre una cobertura legal previa. Para la doctrina de la vinculación negativa, en cambio, no es necesaria dicha cobertura: la Administración podría dictar libremente reglamentos, con la única condición de no infringir las leyes. La ley es, para el reglamento, su límite externo o frontera.

3. FUNDAMENTO MATERIAL: ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA RESPECTO A LAS NORMAS MUNICIPALES

La norma municipal constituye una categoría normativa propia y distinta de las demás. La consecuencia es que ocupa una posición peculiar en el ordenamiento jurídico. Pues bien, las principales manifestaciones de esta peculiar posición son las dos siguientes: la flexibilización de la reserva de ley, por un lado, y la interpretación del principio de legalidad como vinculación negativa, por el otro¹.

3.1. La norma municipal constituye una categoría normativa independiente

La norma municipal constituye una categoría normativa propia e independiente de las demás. En consecuencia, se trata de un tipo normativo distinto al reglamento en sentido estricto, esto es, los reglamentos estatal y autonómico.

Los principales argumentos que justifican esta afirmación son los dos siguientes:

¹ Sobre esta cuestión nos hemos ocupado extensamente en GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.

a) El argumento de la autonomía municipal

La norma municipal es una norma dictada por un sujeto, el municipio, que tiene constitucionalmente reconocida y garantizada autonomía (artículos 137 y 140 de la Constitución). Por consiguiente, puede afirmarse que la norma municipal es una “norma autónoma” y que la potestad normativa del municipio es una “potestad normativa autónoma”. En definitiva, el municipio tiene un espacio de normación propio garantizado.

La nota de la autonomía permite diferenciar este tipo normativo de los reglamentos en sentido estricto. En efecto, los ejecutivos estatal y autonómico no tienen reconocida específicamente autonomía y, por tanto, sus productos normativos no pueden calificarse con propiedad de “autónomos”. No son parte integrante, en definitiva, de las normas autónomas o normas de autonomía.

b) El argumento de la legitimación democrática directa

Las normas municipales proceden de un sujeto, el municipio, que tiene legitimación democrática directa. Este tipo de legitimación es ya una exigencia constitucional, a la luz de lo establecido en el artículo 140 de la Constitución.

La nota de la legitimación también permite diferenciar las normas municipales de los reglamentos en sentido estricto. No obstante, la distinción no estriba en el tipo de legitimación poseído: los reglamentos estatales y autonómicos también tienen legitimación democrática. Sino el grado o modalidad de legitimación democrática: mientras que es directa o de primer grado en las normas municipales (de Pleno), resulta ser indirecta o de segundo grado en el caso de los reglamentos de los ejecutivos estatal y autonómico.

3.2. La norma municipal ocupa una posición ordinamental peculiar

Corresponde a las normas municipales una posición peculiar en el sistema de fuentes del derecho. Que ocupan una posición “peculiar” significa que se trata de una posición propia y diferenciada de la que corresponde al reglamento en sentido estricto (estatal o autonómico).

La distinta posición ordinamental de ambos tipos normativos conlleva que sea imposible trasladar el modelo de relación existente entre la ley y el reglamento en sentido estricto a la norma municipal. En otras palabras: la norma municipal se relaciona con la ley de un modo que no es equiparable –mejor: que es distinto- al

modo en que se relaciona el reglamento estatal con la ley estatal o bien el reglamento autonómico con la ley autonómica correspondiente. Esta idea fue puesta de relieve, hace ya tiempo, por la doctrina². Y posteriormente asumida como propia por la jurisprudencia, incluso la constitucional. Sirva de ejemplo la STC 132/2001, de 8 de junio³. En relación con la doctrina establecida por el propio Tribunal Constitucional hasta el momento, respecto al alcance de la reserva de ley en materia sancionadora, afirma lo siguiente en la mencionada sentencia:

“Ahora bien, según señalamos más arriba, esta doctrina está enunciada para definir la relación entre las leyes y los reglamentos, por lo que necesita de ulteriores precisiones cuando se trata de definir la colaboración normativa de las ordenanzas municipales” (FJ. 5º).

La peculiaridad de la posición ordinamental de la norma municipal o, si se prefiere, la imposibilidad de trasladarle el modelo de relación entre la ley y el reglamento en sentido estricto, se justifica con los siguientes argumentos:

a) La norma municipal y el reglamento en sentido estricto son tipos normativos distintos

Como hemos afirmado, la norma municipal es un tipo normativo diferente del reglamento en sentido estricto. De ello se deriva que no sea igual la posición que ocupan en el sistema de fuentes del derecho y, en particular, el modo en que se relacionan con la ley: no es posible una aplicación automática y mecánica del modelo propio de un tipo normativo al otro.

b) La norma municipal pertenece a un ordenamiento jurídico propio: la perspectiva correcta es la que corresponde a las relaciones interordinamentales

La relación existente entre la ley (estatal o autonómica) y la norma municipal debe examinarse desde la perspectiva de las relaciones interordinamentales. En efecto, son normas que pertenecen a ordenamientos distintos: el ordenamiento municipal (norma municipal) y el ordenamiento estatal (ley

² En concreto, por NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 123. Un desarrollo más en profundidad se encuentra en GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001, en especial, pp. 227-230 y la bibliografía allí citada.

³ STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001\132), Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar.

estatal y, también, reglamento estatal) o bien el ordenamiento autonómico correspondiente (ley autonómica y, también, reglamento autonómico).

Esto constituye una diferencia fundamental de la norma municipal con el reglamento en sentido estricto. La relación de este último tipo normativo con la ley debe entenderse en el marco de las relaciones intraordinamentales. Sólo hay un ordenamiento jurídico en presencia: la relación entre el reglamento estatal y la ley estatal tiene lugar dentro del ordenamiento estatal, mientras que la relación entre el reglamento autonómico y su ley autonómica transcurre en el seno de ese concreto ordenamiento autonómico.

c) La norma municipal no está subordinada a ninguna otra norma procedente de la misma entidad

Una de las características peculiares del ordenamiento municipal es la inexistencia de una ley propia. No existe una “ley municipal” (del municipio). En consecuencia, y a diferencia de lo que sucede respecto al reglamento estatal o autonómico, la norma municipal no está subordinada a otra norma, de rango legal, procedente del mismo sujeto. En resumen: dentro del ordenamiento municipal no es posible diferenciar entre una “ley” y un “reglamento” propios. Lo que explica la imposibilidad de trasladar a este ordenamiento el modelo de relación entre ley formal y reglamento en sentido estricto que es propio de los ordenamientos estatal y autonómico.

d) La norma municipal responde más a la idea de manifestación y desarrollo de un poder propio que no a la de ejecución de una voluntad ajena

El espíritu que anima a las normas municipales no es el de dar ejecución a una voluntad ajena (a saber: la voluntad parlamentaria representada en la ley a ejecutar), sino el de servir de vehículo para manifestar y desarrollar la voluntad del propio ente local que las dictó. En otras palabras, el municipio, al dictar sus normas, actúa no en lugar del Parlamento, sin en nombre propio.

No hace falta destacar la diferencia que esta nota supone respecto al reglamento en sentido estricto. Puede afirmarse con carácter general que, en los niveles de gobierno autonómico y estatal, se reconoce una potestad normativa al ejecutivo subordinada a la potestad normativa del legislativo correspondiente. Es por ello que el reglamento, ya sea estatal o autonómico, responde esencialmente a la idea de dar ejecución a la voluntad contenida en la ley formal.

- e) *La norma municipal no debe limitarse necesaria y exclusivamente a la ejecución y desarrollo de la ley*

Este argumento se encuentra en estrecha conexión con el anterior y también supone una clara diferencia de la norma municipal con el reglamento en sentido estricto. Dejando de lado la polémica categoría de los reglamentos independientes, los reglamentos estatales o autonómicos se dictan en ejecución o en desarrollo de una previa ley. En este sentido, se afirma que el cometido del reglamento se limita a la ejecución o desarrollo de las leyes. Por el contrario, la norma municipal no debe circunscribirse tan sólo a esto, sino que puede moverse libremente dentro del ámbito que legalmente se haya fijado. Para la norma municipal, en definitiva, la ley no opera como presupuesto habilitante, sino como límite externo.

3.3. Manifestaciones de la posición peculiar de las normas municipales

La posición peculiar que corresponde a las normas municipales en el sistema de fuentes del derecho tiene como principales manifestaciones las siguientes:

- a) *La flexibilización de la reserva de ley*

La consecución de una adecuada protección de la autonomía municipal y, por consiguiente, también de la potestad normativa del municipio, exige la modulación o flexibilización de la reserva de ley cuando la norma infralegal en juego es municipal. Entiéndase bien: la exigencia de ley no desaparece, pero se garantiza un mayor espacio de normación a la norma municipal que no al reglamento en sentido estricto (estatal o autonómico).

Esta modulación, que implica una reinterpretación de la institución de la reserva de ley en el ámbito local, encuentra un creciente número de defensores en la doctrina⁴. Y ha sido expresamente sostenida, en los casos de la reserva de ley tributaria y sancionadora, por nuestra jurisprudencia, tanto la constitucional como la ordinaria.

⁴ Sirvan de ejemplo GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Diputación de Barcelona-Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998, p. 31; y PAREJO ALFONSO, Luciano, "La autonomía local. Contenido constitucional y configuración legal básica", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Administración Autonómica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 201. Un desarrollo en profundidad de esta cuestión, con cita bibliográfica, en GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001, en especial, pp. 230-255.

Aunque no sea objeto de este trabajo, queremos dejar constancia de los dos pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en este punto. Se trata de las SSTC 233/1999, de 13 de diciembre, en relación con el alcance de la reserva de ley respecto a las tasas y precios públicos (artículos 33.1 y 133 de la Constitución)⁵, y 132/2001, de 8 de junio, relativa al alcance de la reserva de ley en materia sancionadora (artículo 25.1 de la Constitución)⁶. Aunque se afirma en ellas que la reserva en materia sancionadora es más estricta que la existente en el ámbito tributario, la doctrina asentada sobre ambas puede resumirse del modo siguiente. Se mantiene en estas sentencias que no es posible trasladar el modelo de relación de la ley con el reglamento a las ordenanzas municipales. Lo que se concreta en la necesidad de “flexibilizar” la reserva de ley –tributaria o sancionadora- cuando la norma infralegal en presencia es una norma municipal. Y ello con base en los dos argumentos que conocemos: son normas que proceden de un sujeto autónomo y que goza de legitimación democrática directa. No obstante, se advierte que esta flexibilización no puede llegar al extremo de excluir la exigencia de ley: no permite la inhibición del legislador.

Esta doctrina constitucional, reiterada en posteriores sentencias del Tribunal Constitucional, ha sido también acogida, no sin algunas resistencias por parte del Tribunal Supremo, por la jurisprudencia ordinaria. Entre otras muchas, pueden servir de muestra las siguientes del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid: de 9 de diciembre de 2004 (FFJJ. 2º a 6º)⁷; otra de la misma fecha (FFJJ. 2º a 6º)⁸; y de 14 de diciembre de 2004 (FFJJ. 2º a 6º)⁹.

b) La interpretación del principio de legalidad como principio de vinculación negativa a la ley

La segunda manifestación es la que más nos interesa en este momento: la norma municipal se encuentra vinculada negativamente con la ley. Ello supone una diferencia notable con el reglamento en sentido estricto, vinculado positivamente con esa misma ley.

⁵ STC 233/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999\233), Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar.

⁶ STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001\132), Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar.

⁷ STSJM de 9 de diciembre de 2004 (RJCA 2005\33), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Sandra González de Lara Mingo.

⁸ STSJM de 9 de diciembre de 2004 (RJCA 2005\75), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁹ STSJM de 14 de diciembre de 2004 (RJCA 2005\77), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

Los principales argumentos utilizados por los defensores del principio de vinculación negativa en el ámbito local y, por tanto, también en la relación de la ley con las normas municipales, son los dos ya explicados con anterioridad relativos a la autonomía municipal y la legitimación democrática directa. Podemos sumar a ellos un tercero, íntimamente conectado a los anteriores: la naturaleza política y no meramente administrativa de los gobiernos locales.

Primer argumento: la autonomía municipal. El reconocimiento de autonomía implica la garantía al sujeto autónomo de un espacio de decisión propio. La delimitación de ese espacio corresponde a la ley, puesto que esta labor no ha sido realizada directamente por la Constitución ni por los Estatutos de Autonomía. Ahora bien, dentro del ámbito decisorio legalmente fijado, corresponde a la entidad local decantarse libremente por la opción que prefiera dentro del abanico de alternativas posibles. No se trata simplemente, por lo tanto, de ejecutar una decisión previamente adoptada por el legislador.

Segundo argumento: la legitimación democrática directa de los municipios. Desde el punto de vista del tipo de legitimación poseído, las normas municipales (las de Pleno) se asemejan materialmente a las leyes parlamentarias. Salvando las distancias, en ambos casos la norma es adoptada por un órgano de naturaleza similar: una asamblea compuesta por representantes directamente elegidos por los ciudadanos. Y siguiendo un procedimiento que comparte unos mismos principios informadores: así, los de publicidad, transparencia, participación y garantía de intervención de las minorías. De esta manera, la norma municipal constituye el instrumento normativo que sirve de vehículo a la voluntad política propia de la comunidad local. A través de este tipo normativo, pues, se ejecuta la voluntad propia del sujeto que lo dicta y no la de otro sujeto distinto (esto es, la del legislador recogida en la ley).

Y tercer argumento: la naturaleza política del gobierno municipal. A los dos argumentos anteriores añadimos ahora la consideración de que, a diferencia de lo que sucede con las Administraciones propias de los otros niveles de la organización territorial, en el plano local, la denominada “Administración local”, y especialmente la municipal, no es únicamente administración, sino también gobierno. La existencia de una vertiente no sólo administrativa, sino también política o, si se prefiere, el desempeño de una función no sólo ejecutiva, sino también de gobierno, ayuda a comprender el diverso juego del principio de legalidad en este caso. En tanto que son también gobierno, lo

lógico es garantizar a las entidades locales un margen de decisión propio, que les permita articular y ejecutar políticas propias, lo que, traducido en términos normativos, supone garantizarles un espacio propio de normación suficiente. Ese margen de decisión o espacio propio de normación viene delimitado por la ley, de manera que la entidad local puede moverse libremente en su interior, con el único límite de no traspasarlo: debe moverse “en el marco” de la ley. La ley opera, de este modo, como su límite externo o frontera.

4. POSICIÓN DEL LEGISLADOR POSITIVO RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL

Lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no hay un pronunciamiento expreso acerca de cómo deba entenderse el principio de legalidad administrativa en el ámbito local. No obstante, los defensores del principio de vinculación negativa creen encontrar en él una base normativa suficiente. Esta base normativa estaría compuesta, al menos de modo principal, por los preceptos que exponemos a continuación.

4.1. La Carta Europea de la Autonomía Local

El artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local establece lo siguiente:

“Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, *en el marco de la ley*, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”¹⁰.

Este precepto –se argumentará– cuando utiliza la expresión “en el marco de la ley”, al definir el concepto de autonomía local, está haciendo referencia a la idea ya vista de la ley como mero límite externo o frontera de la potestad normativa local.

Más adelante, en este mismo trabajo, tendremos ocasión de señalar que el Tribunal Supremo ha tomado como base este texto normativo para posicionarse a favor de la vinculación negativa en el ámbito local.

¹⁰ La cursiva es nuestra.

4.2. La legislación del Estado

Dentro de la legislación procedente del Estado, destacamos los siguientes preceptos:

a) *El Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local*

Según dispone el artículo 55 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril)¹¹:

“En la esfera de su competencia, las entidades locales podrán aprobar ordenanzas y reglamentos, y los alcaldes dictar bandos. En ningún caso contendrán preceptos *opuestos a las leyes*”¹².

Pues bien, se sostiene que también corrobora este precepto la tesis de la vinculación negativa en la medida en que no exige que las normas locales “desarrollen” o bien “ejecuten” una ley previa, sino que basta simplemente con que “no se opongan a las leyes”. Se pone de relieve que la única exigencia a la norma local es su no oposición a la ley: la ley se erige no en fundamento previo y necesario, sino en el límite de la potestad normativa local.

b) *El Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora*

Establece el artículo 2.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto):

“Asimismo, las Entidades que integran la Administración Local, cuando tipifiquen como infracciones hechos y conductas mediante ordenanzas, y tipifiquen como infracción de ordenanzas el incumplimiento total o parcial de las obligaciones o prohibiciones establecidas en las mismas, al

¹¹ Debe advertirse que, de conformidad con lo establecido en el apartado primero de la disposición final séptima del propio Texto refundido, este artículo 55 no tiene carácter básico.

¹² La cursiva es nuestra.

aplicarlas deberán *respetar en todo caso* las tipificaciones previstas en la Ley¹³.

En este precepto, como puede observarse, se reconoce a las ordenanzas la posibilidad de tipificar infracciones administrativas, con el sólo límite de “respetar en todo caso” lo establecido en la ley.

c) *La ley de capitalidad y régimen especial del Municipio de Madrid*

Siguiendo el modelo marcado por la definición de la autonomía local contenida en el artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local, la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, también reconoce que su Ayuntamiento actúa “en el marco de” las leyes. Y lo hace, al menos, en dos ocasiones.

De entrada, en el artículo 2.2, en sede de regulación de la autonomía municipal:

“El Gobierno y la Administración de la ciudad de Madrid comprende las funciones de ordenación y ejecución en los asuntos de la competencia municipal. Estas funciones se ejercen por el Ayuntamiento, *bajo su propia responsabilidad y en el marco de las leyes*, mediante órganos diferenciados para las de ordenación y las de ejecución y gestión”¹⁴.

Y también posteriormente en el artículo 9.3, cuando regula el régimen jurídico del Pleno del Ayuntamiento:

“En todo lo no previsto en esta Ley en lo que se refiere a su convocatoria, constitución, funcionamiento y adopción de acuerdos, el Pleno se rige, *en el marco de* lo dispuesto por la legislación estatal básica en materia de gobierno y administración local, por su Reglamento Orgánico y las Resoluciones dictadas por su Presidente en interpretación de éste”¹⁵.

Aquí podemos argumentar de una manera similar a lo hecho en relación con el artículo 3.1 de la Carta Europea. La utilización por la Ley de capitalidad de Madrid de la expresión “en el marco de” las leyes parece suponer la tesis de la

¹³ La cursiva es nuestra.

¹⁴ La cursiva es nuestra.

¹⁵ La cursiva es nuestra.

vinculación negativa: la ley no es presupuesto habilitante, sino mero límite externo o frontera de la actuación municipal.

4.3. Legislación de las comunidades autónomas

Por último, nos encontramos también con algunas disposiciones emanadas de las comunidades autónomas y que pueden ser usadas como base normativa de la tesis de la vinculación negativa en el ámbito local. Destaquemos, a título de ejemplo, algunas de ellas:

4.3.1. Legislación catalana

Especial uso, en este sentido, se ha hecho de algunos preceptos autonómicos catalanes sobre régimen local:

a) *La Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña*

Destacamos, en primer lugar, del artículo 221.1. de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña (actual artículo 237.1 del Texto Refundido de esa misma ley aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril), según el cual:

“Las ordenanzas y los bandos no pueden contener preceptos contrarios a las leyes y otras disposiciones generales”.

b) *El Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los entes locales*

Subrayamos también el artículo 58.2 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales:

“Las ordenanzas y los reglamentos locales no pueden contener preceptos contrarios a las leyes y a otras disposiciones generales”.

En ambos artículos, tanto en el de la ley municipal como en el del reglamento acabado de citar, como puede observarse, sólo se exige a la norma local que “no contengan preceptos contrarios a las leyes”, cosa que sirve de apoyo a una interpretación favorable a la vigencia de la doctrina de la vinculación negativa en este ámbito.

c) *La Ley de la Carta Municipal de Barcelona*

El tramo autonómico del régimen especial del Municipio de Barcelona se establece en la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona. Esta ley dedica una especial atención a la regulación de la potestad normativa municipal. Pues bien, se abre esta regulación con su artículo 26.1:

“La potestad normativa municipal se ejerce en el marco y desarrollo de la presente Carta”.

Queda claro, pues, que la Carta Municipal, esto es, la ley autonómica que la establece, es el “marco legal” de la potestad normativa del Municipio de Barcelona. Expresión ésta –“marco legal”- que, como venimos reiterando, apunta a la idea de que la ley opera como frontera o límite externo. Esto es: alude a una interpretación del principio de legalidad como vinculación negativa¹⁶.

4.3.2. Legislación andaluza

Dentro de la legislación andaluza queremos prestar atención a lo dispuesto en su reciente Ley de Autonomía Local de Andalucía¹⁷. Su artículo 4 lleva por rúbrica: “autonomía local”. Y en su apartado primero se establece lo siguiente:

“Los municipios y provincias de Andalucía gozan de autonomía para la ordenación y gestión de los asuntos de interés público *en el marco de las leyes*. Actúan bajo su propia responsabilidad y en beneficio de las personas que integran su respectiva comunidad”¹⁸.

Puede observarse una clara influencia de la Carta Europea de la Autonomía Local. También en lo que se refiere al reconocimiento de la autonomía local y, por tanto, de la potestad normativa íntima en ella, dentro del marco de la ley.

¹⁶ No hemos de obviar, sin embargo, el hecho de que el precepto legal transcrito en el texto afirma que las normas municipales se dictan no solamente “en el marco”, sino también “en desarrollo” de la Carta Municipal. Es evidente que ambas expresiones no son sinónimas. Sobre la posibilidad de que su empleo sea el resultado, simplemente, de una imprecisa utilización del lenguaje por parte del legislador autonómico o bien que con su utilización se haya querido evidenciar dos realidades diferentes, esto es, la existencia de dos tipos de potestad normativa municipal diversas, puede verse, en extenso, GALÁN GALÁN, Alfredo, *La Carta Municipal de Barcelona y el Ordenamiento local. El régimen especial del Municipio de Barcelona*, Marcial Pons-Fundación Carles Pi i Sunyer de Estudios Autonómicos y Locales, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 138-152.

¹⁷ En el momento en que escribimos este trabajo, el texto legal ha sido ya aprobado por el Pleno del Parlamento (en sesión celebrada los días 26 y 27 de mayo de 2010) y publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (núm. 477, VIII legislatura, de 11 de junio de 2010).

¹⁸ La cursiva es nuestra.

4.3.3. Legislación madrileña

Hasta donde nosotros conocemos, la legislación local madrileña no es tan clara en este punto. No obstante, la lectura atenta de las principales leyes locales autonómicas pone de relieve que también en ellas están presentes los presupuestos propios de la tesis de la vinculación negativa.

En este sentido, el Preámbulo de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid destaca de manera expresa la necesaria existencia de un espacio reservado a la potestad normativa municipal y que debe ser respetado por la normativa autonómica. Que duda cabe que la garantía de un espacio de normación propio y suficiente de los municipios se asegura mucho mejor con la tesis de la vinculación negativa que no con la contraria de la vinculación positiva de la norma municipal a la ley:

“La presente Ley de Administración Local, como no podía ser de otra forma, encuentra sus pilares básicos en los principios constitucionales que definen la configuración del Estado Español y su vertebración territorial y que sirven para conformar los criterios que se han tenido en cuenta en la elaboración del citado texto legal. Dichos principios se concretan en los siguientes:

(...)

2. La autonomía de nuestros municipios, a quienes se reconoce personalidad jurídica plena y cuya aplicación hace posible la compatibilidad entre la potestad de desarrollo de nuestra Comunidad Autónoma *con la existencia de un ámbito reservado a la autonomía municipal lo que permite la delimitación concreta y rigurosa de ámbitos competenciales diversos que habrán de ser respetados de forma mutua*. Todo ello acompañado, desde luego, de un eficaz sistema de relaciones interadministrativas ya que, a fin de cuentas, el ciudadano es el mismo y demanda servicios que la Administración Pública ha de intentar dar satisfacción en ordenada concurrencia.

Todo ello explica que junto al reconocimiento formal de la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma, aparezcan los reglamentos de organización municipal como instrumentos de autonomía real y práctica, a través de los cuales se pueden poner en funcionamiento usos y costumbres atendiendo a las especificidades de la política local, y donde,

en todo caso, es cada organización municipal la que posee en sus manos la llave para su correcto funcionamiento”¹⁹.

Esa misma sintonía con el principio de vinculación negativa puede encontrarse en el Preámbulo de la Ley 3/2003, de 11 de marzo, para el Desarrollo del Pacto Local, en el que, recogiendo lo previamente sembrado por la doctrina científica, se destacan de manera expresa los dos argumentos principales que justifican la consideración de las normas locales como un tipo normativo independiente y la afirmación de que les corresponde una posición peculiar en el sistema de fuentes, a saber: los argumentos de la autonomía local y de la legitimación democrática directa.

“Desde la teoría general del Estado Constitucional, la autonomía municipal es consecuencia tanto del principio constitucional de división y fragmentación del poder, como del propio principio democrático, que exige que todo el poder político haya sido elegido por el pueblo y pueda desarrollar un núcleo de competencias, así como de un principio de eficacia y de descentralización administrativa. Así, las entidades locales desarrollan una función referible al Estado de Derecho, en cuanto contribuyen a la división del poder; una función política de reforzamiento de la democracia y de la participación social de los ciudadanos; una función de realización del Estado social en la atención a las necesidades más básicas de los ciudadanos; y una función relativa a la estructuración territorial del Estado, que facilita la homogeneización del territorio y limita la centralización autonómica. El reconocimiento de la autonomía local dentro del Título VIII de la Constitución que regula la organización territorial de nuestro país refuerza la idea de que uno de los fundamentos últimos de su definición constitucional es ser un elemento estructural y de división territorial del Estado”.

5. POSICIÓN DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL

No cabe duda de que, dentro de la doctrina científica, el planteamiento más tradicional ha interpretado el principio de legalidad administrativa como principio de vinculación positiva. En este sentido, resulta ya clásica la contraposición entre el modo de entender el principio de legalidad cuando se refiere a los particulares (vinculación negativa) y cuando lo hace a los poderes públicos, incluida la Administración (vinculación positiva).

¹⁹ La cursiva es nuestra.

No obstante, desde hace ya tiempo prestigiosos autores vienen poniendo en duda estos planteamientos.

Así, y con referencia general a todas las Administraciones públicas, algunos autores ya han destacado la existencia de una clara contradicción entre dichos planteamientos tradicionales y la tozuda realidad de la cotidiana actividad de las Administraciones, que habitualmente actúan como si estuvieran vinculadas solo negativamente a la ley²⁰.

Esta actitud doctrinal crítica, en nuestra opinión, se ha convertido hoy en mayoritaria en lo que respecta específicamente a la Administración local. Es importante destacar, en efecto, que no estamos ante la opinión aislada de algún autor, sino ante un cada vez más creciente sector doctrinal que sostiene la imperiosa necesidad de revisar el entendimiento del principio de legalidad en el ámbito local, dada la peculiar posición y configuración de la Administración local. En este ámbito – se sostendrá– el principio de legalidad debe ser entendido diversamente: como principio de vinculación negativa. Esta es la tesis a la que nos sumamos²¹. Y que

²⁰ Son ya muchos los que han constatado la discordancia entre las exigencias del principio de legalidad entendido como vinculación positiva y la realidad del actuar administrativo. Pueden servir de ejemplo, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 201; y PAREJA i LOZANO, Carles, “Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales”, en *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995, pp. 122-123.

²¹ A título ejemplificativo, entre otros muchos: NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 124 y, también de este autor, *Los primeros pasos del Estado Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, pp. 447-448; GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Diputación de Barcelona-Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998, p. 48; PAREJA i LOZANO, Carles, “Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales”, en *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995, p.127; EMBID IRUJO, Antonio, “La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 258, 1993, p. 281; ORTEGA ALVAREZ, Luis, “La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 259, 1993, pp. 495-496; así como varias obras de PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho básico de la administración local*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, p. 125, “La potestad normativa de los entes locales territoriales necesarios”, *Ponències del Seminari de Dret Local. Quarta edició del Seminari (Curs 91-92)*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1993, pp. 29-30, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 54, 55, 60 y 61, y “El alcance de la potestad reglamentaria local”, en *Ponències del Seminari de Dret Local. Setena edició del Seminari (Curs 94-95)*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1996, pp. 115-116. Una más extensa explicación de esta cuestión, con abundantes referencias bibliográficas, puede encontrarse en GALÁN GALÁN, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001, en especial, pp. 221-226.

parece no desfallecer. Antes al contrario, recientes aportaciones vienen a nutrirla²². De su salud de hierro es buena muestra el predicamento de que goza esta tesis entre los jóvenes investigadores que están haciendo del Derecho local su especialización²³.

6. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL

La tesis de la vinculación negativa de la norma municipal a la ley encuentra defensores no solamente dentro de la doctrina científica. En este punto es de destacar el radical cambio de postura experimentado por el Consejo de Estado.

La posición tradicional de este órgano consultivo era favorable a interpretar el principio de legalidad en el ámbito local como vinculación positiva. Esta posición, como decimos, sufrió un giro con su dictamen núm. 1749/1994, de 23 de febrero de 1995, en el que se afirma que el propio Tribunal Constitucional ya ha aceptado que deba “matizarse” el principio de legalidad y “relativizarse” el principio de reserva de ley en determinados sectores, como pueden ser las relaciones de supremacía especial y las propias de la administración corporativa. Y añade seguidamente que lo mismo debe predicarse respecto a los entes locales, con base en los argumentos de la autonomía municipal y de la legitimación democrática, cuya vinculación a la ley debe entenderse como negativa:

“Este pluralismo político de base da lugar a una pluralidad de ordenamientos de ámbito territorial y sectorial, respecto de cuya mutua imbricación se ha pronunciado largamente la jurisprudencia y la doctrina. Todos ellos se vinculan a la supremacía de la Constitución, y el principio de legalidad funciona con especial energía en cuanto hace a la configuración del Estado y de las Comunidades Autónomas, que el Tribunal Constitucional ha declarado son los ámbitos directamente vinculados al ejercicio de la soberanía. Ello explica su directa y positiva vinculación a la ley como expresión de la voluntad general. Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional tiene señalado que el principio de legalidad se “matiza” en determinadas relaciones sectoriales, como pueden ser las de supremacía especial y las propias de la Administración corporativa, por

²² Así, VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, 2009, en especial, pp. 241-253.

²³ Destacadamente: TOSCANO GIL, Francisco *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, 2006, en particular pp. 158-190; GRACIA RETORTILLO, Ricard, “Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, 2008, pp. 109-116.

ser, concretamente las de esta última, ordenamientos menores en los que, por voluntad de sus miembros, se produce también un derecho menor.

Y tal es el caso de los entes locales, configurados, en virtud de una garantía institucional aún más clara que la de la administración corporativa, según resulta de comparar los artículos 140 y 36 de la Constitución, como núcleos de poder autónomo, base de un ordenamiento particular y con una fuente propia de legitimación democrática. Esta autonomía política y jurídica explicaría que *su vinculación a la Constitución y a la Ley fuera negativa* (hacer todo lo que no está prohibido) *en vez de positiva* (hacer sólo aquello a lo que se está expresamente habilitado)” (Consideración quinta)²⁴.

7. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA RESPECTO AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN NEGATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL

Nuestra jurisprudencia ordinaria se ha ido decantando progresivamente hacia una posición favorable al entendimiento del principio de legalidad administrativa, en el ámbito local, como principio de vinculación negativa. Destacamos seguidamente claros ejemplos de ello:

- a) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de noviembre de 1998²⁵, entrando a analizar la posibilidad de delegación de la potestad sancionadora del alcalde en materia de tráfico, resuelve una aparente contradicción entre dos leyes básicas –en concreto, entre el artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local- acogiendo la solución que entiende respeta mejor el principio de vinculación negativa y, con ello, la garantía institucional de la autonomía local recogida constitucionalmente:

“Por todo lo anterior, y ante la necesidad de resolver el conflicto, esta Sala estima y así lo declara como doctrina legal, que el artículo 127 de la Ley 30/1992, no deroga lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Régimen

²⁴ Las cursivas son nuestras.

²⁵ ST5 de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9465), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martí García.

Local, y por tanto en los supuestos de infracción de tráfico, podrán delegar los alcaldes sus atribuciones al estar para ello autorizados por la Ley de Bases de Régimen Local, artículo 21, y ello, cual se ha visto, valorando, A) que la Ley 30/1992, en su exposición de motivos, autoriza una aplicación de sus preceptos que sea compatible con las previsiones de la Ley de Régimen Local, *respetando con ello en buena medida el principio de vinculación negativa a que la doctrina se refiere, por razón de la garantía institucional que la autonomía local tiene, artículos 137 y 140 CE (...)*” (F. 8º)²⁶.

Es interesante destacar que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, hace referencia expresa –y con esas mismas palabras– al “principio de vinculación negativa”, ligándolo a la garantía de la autonomía municipal. Por lo demás, no se esconde la influencia doctrinal sobre el Tribunal, puesto que la alusión se hace al principio “a que la doctrina se refiere”.

Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido citada por multitud de sentencias posteriores de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas. El denominador común a todas ellas es que recogen literalmente en sus fundamentos jurídicos el fragmento arriba transcrito. En consecuencia, todas estas sentencias asumen el razonamiento que explícitamente se basa en el principio de vinculación negativa y en su función de reforzar la garantía de la autonomía municipal.

La mayoría de estas sentencias, aunque no todas, han sido dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Entre ellas, destacamos las siguientes: SSTJSM de 1 de febrero de 2000 (FJ. 3º)²⁷; de 1 de junio de 2000 (FJ. 3º)²⁸; de 14 de septiembre de 2000 (FJ. 7º)²⁹; de 6 de octubre de 2000 (FJ. 8º)³⁰; de 13 de octubre de 2000 (FJ. 4º)³¹; de 7 de

²⁶ Las cursivas son nuestras.

²⁷ STSJM de 1 de febrero de 2000 (JUR 2000\187476), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

²⁸ STSJM de 1 de junio de 2000 (JUR 2001\36360), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

²⁹ STSJM de 14 de septiembre de 2000 (JUR 2001\107654), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

³⁰ STSJM de 6 de octubre de 2000 (JUR 2001\108389), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

³¹ STSJM de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001\108537), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

noviembre de 2000 (FJ. 2º)³²; de 5 de abril de 2001 (FJ. 3º)³³; de 25 de octubre de 2002 (FJ. 4º)³⁴; de 12 de noviembre de 2002 (FJ. 3º)³⁵; de 26 de noviembre de 2002 (FJ. 6º)³⁶; otra de la misma fecha (FJ. 2º)³⁷; de 11 de febrero de 2003 (FJ. 5º)³⁸; de 18 de febrero de 2003 (FJ. 6º)³⁹; de 27 de febrero de 2003 (FJ. 6º)⁴⁰; de 1 de marzo de 2003 (FJ. 2º)⁴¹; de 18 de marzo de 2003 (FJ. 2º)⁴²; otra de la misma fecha (FJ. 2º)⁴³; de 25 de marzo de 2003 (FJ. 2º)⁴⁴; de 29 de abril de 2003 (FJ. 3º)⁴⁵; de 6 de mayo de 2003 (FJ. 2º)⁴⁶; de 24 de junio de 2003 (FJ. 3º)⁴⁷; de 9 de octubre de 2003 (FJ. 3º)⁴⁸; de 15 de junio de 2004 (FJ. 2º)⁴⁹;

³² STSJM de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001\109277), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

³³ STSJM de 5 de abril de 2001 (JUR 2001\264649), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

³⁴ STSJM de 25 de octubre de 2002 (JUR 2003\86919), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Sandra González de Lara Mingo..

³⁵ STSJM de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003\168932), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí.

³⁶ STSJM de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003\169121), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

³⁷ STSJM de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003\169107), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí.

³⁸ STSJM de 11 de febrero de 2003 (RJCA 2003\733), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

³⁹ STSJM de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003\175029), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁴⁰ STSJM de 27 de febrero de 2003 (JUR 2003\175450), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁴¹ STSJM de 1 de marzo de 2003 (JUR 2003\266901), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí.

⁴² STSJM de 18 de marzo de 2003 (JUR 2003\223852), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí.

⁴³ STSJM de 18 de marzo de 2003 (JUR 2003\223851), Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel García Alonso.

⁴⁴ STSJM de 25 de marzo de 2003 (JUR 2003\223975), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos.

⁴⁵ STSJM de 29 de abril de 2003 (JUR 2003\267552), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Sandra González de Lara Mingo.

⁴⁶ STSJM de 6 de mayo de 2003 (JUR 2003\267694), Ponente: Ilma. Sra. D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí.

⁴⁷ STSJM de 24 de junio de 2003 (JUR 2004\13524), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos.

de 26 de abril de 2007 (FJ. 2º)⁵⁰; otra de la misma fecha (FJ. 2º)⁵¹; de 27 de abril de 2007 (FJ. 2º)⁵²; otra de la misma fecha (FJ. 2º)⁵³; de 10 de mayo de 2007 (FJ. 2º)⁵⁴; otra de la misma fecha (FJ. 2º)⁵⁵; de 19 de junio de 2007 (FJ. 2º)⁵⁶; y de 4 de diciembre de 2008 (FJ. 3º)⁵⁷.

- b) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de julio de 2006⁵⁸, afirma que, en el ámbito del medio ambiente y, más concretamente, de la contaminación atmosférica, ante un supuesto de no ejercicio de sus competencias por la Comunidad Autónoma, el municipio no solamente puede, sino que debe intervenir, con el único límite de no infringir la ley sectorial vigente:

“Si estas corporaciones [municipios] poseen autonomía para gestionar los intereses propios de sus correspondientes colectividades y esa autonomía queda asegurada para intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad de que se trate y a la capacidad de gestión que posea la corporación y de acuerdo con los principios de descentralización y de máxima prioridad de la gestión administrativa de los ciudadanos y que les hayan sido reconocidos por la legislación básica correspondiente como ocurre en relación con el medio

⁴⁸ STSJM de 9 de octubre de 2003 (JUR 2004\141924), Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel García Alonso.

⁴⁹ STSJM de 15 de junio de 2004 (JUR 2004\288963), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁵⁰ STSJM de 26 de abril de 2007 (JUR 2007\322674), Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Canabal Conejos.

⁵¹ STSJM de 26 de abril de 2007 (JUR 2007\247510), Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Canabal Conejos.

⁵² STSJM de 27 de abril de 2007 (RJCA 2007\728), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁵³ STSJM de 27 de abril de 2007 (RJCA 2007\725), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁵⁴ STSJM de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007\350301), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁵⁵ STSJM de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007\247376), Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Cabanal Conejos.

⁵⁶ STSJM de 19 de junio de 2007 (JUR 2007\332846), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁵⁷ STSJM de 4 de diciembre de 2008 (JUR 2009\116902), Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

⁵⁸ STS de 26 de julio de 2006 (RJ 2006\9632), Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

ambiente, y si estas corporaciones poseen potestad reglamentaria legalmente otorgada mediante ordenanza, es obvio que podrán ejercer esas competencias por ese medio y en relación con las atribuidas a las Comunidades Autónomas *siempre que éstas no las hayan utilizado, y que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente*, para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Así se hace efectiva la autonomía local constitucionalmente reconocida puesto que de otro modo la corporación no estaría cumpliendo con la ineludible obligación que le vincula de atender las necesidades propias de los vecinos.

Concretando la cuestión, es impensable que en una localidad como la que rige el Ayuntamiento demandado en la que existe una fuerte contaminación atmosférica mediante la emisión al aire de olores que perjudican a la salud de los vecinos y en el que la autoridad que posee competencias para controlar esas emisiones no las ejerce, no pueda el ente local activar los medios para efectuar ese control siempre que respete el mandato legal y se ajuste a la legislación vigente. Y ello podrá hacerlo ejerciendo esas actividades complementarias de las de las demás Administraciones Públicas que la legislación básica del Estado le otorga, art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con la Disposición Transitoria Segunda segundo párrafo.

En consecuencia, el motivo y con él el recurso debe estimarse y la sentencia de instancia casarse y declararse nula y sin ningún valor ni efecto en tanto que la misma *niega al municipio recurrente la posibilidad de asumir las competencias de ejecución en materia de medio ambiente que no se están aplicando en su término municipal por la Administración autonómica siempre que no contradiga el contenido de la norma sectorial que con rango de ley ha dictado la Comunidad Autónoma*. Ello sin perjuicio de que si la Administración catalana ejerce sus competencias, la ordenanza se adapte a ella o se dicte otra que cumpla con esa finalidad” (FJ. 7^o)⁵⁹.

⁵⁹ Las cursivas son nuestras.

Una reproducción de este mismo razonamiento puede encontrarse en la posterior STS de 30 de enero de 2008 (FJ. 7º)⁶⁰, que entra a resolver un supuesto muy similar también en materia de medio ambiente.

- c) Muy recientemente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de octubre de 2009⁶¹, entra a analizar si un determinado municipio tiene o no competencia para la aprobación de una ordenanza reguladora de la aplicación a su territorio de estiércol, purines y lodos de depuradora. Los recurrentes sostienen la falta de competencia municipal habida cuenta de que en la materia sobre la que versa la ordenanza existe normativa estatal y autonómica que no delega competencias a los ayuntamientos sobre la aplicación de aquellos productos. En la citada sentencia, el Tribunal Supremo resuelve la controversia sobre la base de interpretar el principio de legalidad como principio de vinculación negativa:

“El motivo de casación trasluce (...) una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la *vinculación positiva* que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la corporación local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. *Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda* a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de tratado fue incorporada a nuestro ordenamiento, cuál es *la Carta Europea de la Autonomía Local* de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua *a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta*, en los que *se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.*

En esta línea, prescindiendo ahora por su problemática singular de algunas significativas que se refieren a la potestad normativa local en materia sancionadora (como por ejemplo las de 29 de septiembre de 2003 y 25 de

⁶⁰ STS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\1934), Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

⁶¹ STS de 7 de octubre de 2009 (JUR 2009\435822), Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

mayo de 2004), son de oportuna cita dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en el recurso de apelación 5996/1992 y en el de casación 1346/2004. En la primera de ellas, frente a la tesis que negaba la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia, afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 de enero de 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 “las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”. Y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, “para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local” (F. 3º)⁶².

Podemos considerar esta sentencia como el punto de llegada de la apuntada evolución jurisprudencial favorable al principio de vinculación negativa. En ella, efectivamente, el Tribunal Supremo afirma expresamente, en relación con la idea tradicional de la vinculación positiva, que “no es esa concepción la que mejor se acomoda” a una interpretación de las normas reguladoras de los entes locales “que atienda, como es obligado”, a la Carta Europea de la Autonomía Local. Con base en este texto normativo, se sostiene en la sentencia que “se abre paso la idea de una vinculación negativa”. Que

⁶² Las cursivas son nuestras.

además define: “permite a aquéllas [las entidades locales] sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir”.

El propio Tribunal Supremo, en esta misma sentencia que estamos examinando, liga la tesis que defiende como “la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo”, que ya han tenido en cuenta la Carta Europea de la Autonomía Local. Con ello se quiere buscar una continuidad: no estamos ante un pronunciamiento rupturista, sino ante lo que parece ser un paso más en un camino iniciado hace ya tiempo. En concreto, el propio Tribunal destaca las SSTS de 21 de mayo de 1997⁶³ y de 30 de enero de 2008⁶⁴.

Añadimos nosotros, además, que no se trata de un pronunciamiento aislado o extravagante. En efecto, el mismo Tribunal Supremo, en muy poco tiempo, ha dictado hasta cinco sentencias más en las que reproduce literalmente el fragmento arriba transcrito: SSTS de 14 de octubre de 2009 (FJ. 4º)⁶⁵; de 15 de octubre de 2009 (FJ. 4º)⁶⁶; y otras tres de fecha 17 de noviembre de 2009 (FJ. 3º)⁶⁷, (FJ. 3º)⁶⁸ y (FJ. 3º)⁶⁹. Queda claro, pues, que es voluntad consciente del Tribunal decantarse abierta y tajantemente por el principio de vinculación negativa en el ámbito local.

⁶³ STS de 21 de mayo de 1997 (RJ 1997\5941), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁶⁴ STS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\1934), Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

⁶⁵ STS de 14 de octubre de 2009 (JUR 2009\458823), Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí.

⁶⁶ STS de 15 de octubre de 2009 (JUR 2009\467603), Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

⁶⁷ STS de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2009\495960), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martí García.

⁶⁸ STS de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2009\495963), Ponente: Excmo. Sra. D^{ña}. Celsa Pico Lorenzo.

⁶⁹ STS de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2009\495961), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martí García.

**HACIA UNA PARTICIPACIÓN EFICAZ DE LOS ENTES LOCALES
EN LA TOMA DE DECISIONES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.
¿DEL CONSEJO ANDALUZ DE CONCERTACIÓN LOCAL AL
CONSEJO DE GOBIERNOS LOCALES?¹**

Manuel Medina Guerrero.
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

El reciente proceso de reformas estatutarias se ha caracterizado por la pretensión de avanzar hacia una mayor *interiorización* del régimen local en la Comunidad Autónoma, pero intentado al tiempo preservar al máximo la autonomía local constitucionalmente garantizada. Y con la finalidad de satisfacer al unísono ambos objetivos surgió la idea de implantar en el sistema político un órgano de representación local llamado a participar en la toma de decisiones autonómicas. La razón de ser inicial de esta sugerencia caía por su propio peso en dicho contexto: Si, en efecto, inicialmente algunas de las propuestas de reforma apuntaban a incrementar la presencia e influencia de la Comunidad Autónoma en la esfera local (a través de la asunción de nuevas atribuciones en la materia, el dictado de unas bases estatales menos penetrantes e incisivas y, en fin, imponiendo una mayor participación de aquella en la financiación de municipios y provincias), era lógico que, a fin de asegurar la autonomía local, se procurasen nuevas vías, técnicas e instrumentos de participación del nivel local de gobierno en la toma de unas decisiones autonómicas que, ahora más que nunca, estaban en condiciones de afectar al núcleo duro de dicha autonomía.

Pues bien, los diferentes estatuyentes que iniciaron y culminaron las reformas estatutarias, comenzando por el valenciano y terminando por el castellano-leonés, no se movían, sin embargo, en el vacío, habida cuenta de que ya había alguna experiencia de Derecho Comparado sobre la existencia de este tipo de órganos. En efecto, tanto en Alemania como en Italia la idea de constituir un órgano, representativo de los entes locales, destinado a colaborar en la formación de la

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La organización territorial de Andalucía en el nuevo Estatuto de Autonomía”. Este proyecto, con número de referencia PRY062/09, ha sido financiado íntegramente por la Fundación Centro de Estudios Andaluces en la 5ª edición de la Convocatoria de Ayudas a Proyectos de Investigación.

voluntad regional constituye un hito que está directamente conectado con la pretensión de salvaguardar la autonomía local constitucionalmente garantizada. Así se desprende claramente de la experiencia alemana, en donde la defensa de la participación de los entes locales en los procedimientos normativos cobró un renovado auge a partir de la década de los setenta; fecha en que comenzó a interpretarse el artículo 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn en el sentido de que, al proteger el precepto la autonomía local, servía asimismo para legitimar la participación efectiva del nivel local de gobierno en la adopción de decisiones a nivel federal y estatal. Sin embargo, pese a que no dejaron de alzarse voces en pro de su constitucionalización explícita, lo cierto es que no llegó a cristalizar la pretensión de incorporar expresamente dicha dimensión de la autonomía local en el referido artículo 28.2. Conviene en cualquier caso recordar que, habida cuenta de que las relaciones con los Entes locales se conciben como un asunto propio de los Länder, antes que de la Federación, es en el ordenamiento regional donde más se ha avanzado en la configuración y garantía de tales mecanismos de participación (de hecho, el Land Baden Württemberg la reconoció constitucionalmente ya en 1953)². Pues bien, probablemente el ejemplo más destacado de fórmula de participación orgánica sea el que proporcione la figura del Consejo Local del Land de Renania-Palatinado, el cual, desde el año 1996, se encarga de asesorar al Gobierno regional en asuntos relevantes para la esfera local, y al que además se someten para su informe los borradores de normas regionales. Un dato a resaltar de este órgano es que su composición sea casi exclusivamente de carácter local y que, desde luego, quede absolutamente garantizado que sus decisiones serán expresión exclusiva de la voluntad del nivel local de gobierno, toda vez que, del total de veintiocho miembros que lo integran, veintisiete son representantes locales, en tanto que el único vocal representante del Land ejerce la presidencia del órgano, pero carece de derecho al voto³.

Mayor relevancia presenta la experiencia italiana respecto de estas vías de participación local en los procedimientos normativos de otros niveles de gobierno; y ello no sólo porque se trate de una aportación más reciente, como comprobaremos acto seguido, sino porque, además, ha alcanzado una mayor generalización. Así es; entre las novedades que ha introducido la Ley Constitucional núm. 3 de 2001, de 18 de octubre, en el Título V de la Constitución italiana, ha de mencionarse la participación de representantes regionales y locales en la “Comisión Parlamentaria para las Cuestiones Regionales”, que ejerce una función consultiva sobre proyectos de ley financieras o relativas a materias concurrentes; función consultiva que se ve reforzada por la circunstancia de que, si el Parlamento no quiere seguir el informe

² Silvia Díez Sastre: “La participación de los entes locales en los procedimientos de elaboración de normas en Alemania”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local/IDP, Madrid/Barcelona, 2006, pág. 200. La previsión de que se dé audiencia a los municipios en el procedimiento legislativo se recoge asimismo en las Constituciones de los Länder de Sajonia y Brandemburgo; y durante los años noventa previsiones semejantes se incorporaron a los Länder de Baviera, Sarre y Turingia (véase Tomás Font I Llovet: *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2006, pág. 30).

³ Silvia Díez Sastre *op. cit.*, págs. 212-213.

emitido, ha de aprobar el proyecto por la mayoría absoluta de sus miembros⁴. Pero sobre todo, a los efectos de este trabajo, descuella en la reforma constitucional italiana la figura del Consejo de las Autonomías Locales. De acuerdo con el nuevo artículo 123.4 de dicha Constitución, el Consejo se define como el “órgano de consulta entre las Regiones y los entes locales”, y se impone como una exigencia que tal órgano sea un integrante obligatorio de los diferentes estatutos regionales.

Por lo que hace al debate suscitado en la doctrina italiana respecto de la composición del nuevo órgano, se sostuvo mayoritariamente la conveniencia de que estuviera integrado exclusivamente por representantes locales, ya que la presencia de algún miembro del gobierno regional, aunque fuese uno solo, podría alterar las funciones del Consejo⁵. Y, en efecto, todos los Consejos de las Autonomías Locales, sin excepción ninguna, se configuran como órganos de representación exclusiva de las entidades locales constitucionalmente garantizadas (municipios, provincias y ciudades metropolitanas). En lo que concierne a sus competencias, la mayoría de los Estatutos les ha encomendado la tarea de informar los actos regionales, tanto legislativos como administrativos, antes de su aprobación definitiva. Por último, conviene apuntar que algunos Estatutos confieren a los acuerdos del Consejo una eficacia que va más allá de la función estrictamente consultiva, toda vez que, si su informe es negativo, será preciso que la asamblea representativa regional alcance la mayoría absoluta para la aprobación de la medida objeto del informe⁶.

Por lo demás, no puede dejar de reseñarse que estas experiencias alemanas e italianas no venían sino a institucionalizar desde el punto de vista orgánico el derecho de los entes locales a participar en cuantos asuntos les afecten, que se ha considerado generalizadamente como un elemento consustancial a la autonomía local. En este sentido, ha de recordarse que el artículo 4 de la Carta Europea de la Autonomía Local establece que “las Entidades locales deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afecten directamente”. Y la Recomendación 171 del Congreso de Poderes Regionales y Locales del Consejo de Europa, de 2 de junio de 2005, referida al deber de consulta a los gobiernos locales en ejecución de la CEAL, insiste en la exigencia que se les consulte en tales supuestos, señalando que la misma debe producirse especialmente en los asuntos económicos y

⁴ Luciano VANDELLI: “La colaboración entre Estado y autonomías: el caso italiano”, *Anuario del Gobierno Local 2004*, Fundación Democracia y Gobierno Local/IDP, Madrid/Barcelona, 2005, págs. 191-192.

⁵ En este sentido, Giuseppe Ugo RESCIGNO: “Consiglio delle Autonomie Locali e Costituzione”, *Politica del Diritto*, año XXXIV, núm.2, junio 2003, pág. 238. Citado por Marc VILALTA REIXACH: “Nuevas formas de participación de los Entes Locales: El Consejo de Gobiernos Locales”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, 2006, pág. 249.

⁶ Francesco MERLONI: “La participación de las entidades locales en el ámbito regional en Italia. El Consejo de las Autonomías Locales”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local/IDP, Madrid/Barcelona, 2006, en especial págs. 183-186.

financieros, en materia de planificación territorial, medio ambiente, asuntos europeos, desarrollo local y educación y cultura⁷.

Pues bien, ésta es la lógica que impregna la reforma del Estatuto de Autonomía que supuso un verdadero cambio de acento o punto de inflexión en la concepción de las relaciones intergubernamentales que hasta la fecha había predominado en el seno del Estatuto Autonómico, a saber, el Estatuto de Cataluña, cuyo artículo 85 apunta claramente a dicha dirección:

“El Consejo de Gobiernos Locales es el órgano de representación de municipios y veguerías en las instituciones de la Generalidad. El Consejo debe ser oído en la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas que afectan de forma específica a las administraciones locales y en la tramitación de planes y normas reglamentarias de carácter idéntico. Una Ley del Parlamento regula la composición, la organización y las funciones del Consejo de Gobiernos Locales”.

Y a esta misma dirección parece apuntar asimismo nuestro Estatuto de Autonomía, cuyo artículo 95 contiene un inequívoco “mandato impositivo de legislación” dirigido al Parlamento:

“Una ley de la Comunidad Autónoma –dice el referido artículo 95- regulará la creación, composición y funciones de un órgano mixto con representación de la Junta de Andalucía y de los Ayuntamientos andaluces, que funcionará como ámbito permanente de diálogo y colaboración institucional, y será consultado en la tramitación parlamentaria de las disposiciones legislativas y planes que afecten de forma específica a las Corporaciones locales”.

Basta una lectura superficial de ambos preceptos para constatar de inmediato la diferencia de alcance, naturaleza e, incluso, finalidad del Consejo de Gobiernos Locales catalán y del Consejo previsto en nuestro Estatuto. Comenzando por el propio nombre, que en esta ocasión resulta singularmente significativo: En el órgano catalán están representados los “gobiernos locales”, esto es, además de los municipios, el ente local intermedio constitucionalmente necesario (las “veguerías”, nombre con el que el Estatuto designa a las provincias catalanas); mientras que la representación local directa en el órgano andaluz parece quedar monopolizada por los municipios, desconociéndose así el papel que la Constitución atribuye a las provincias en cuanto entes de naturaleza constitucional cuya autonomía está asimismo constitucionalmente garantizada.

Pero no es ésta la única diferencia, ni tal vez sea la más relevante. Ya en la propia composición de los órganos hay otro aspecto aún más destacable, habida

⁷ En relación con este “impulso europeo” a favor de la constitución de estos órganos, véase Luis MEDINA ALCOZ, *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*, INAP, Madrid, 2009, pág. 68 y ss.

cuenta de que, mientras que el Consejo catalán de Gobiernos Locales se concibe como un órgano de exclusiva representación local (art. 85), el andaluz por el contrario se presenta como un “órgano mixto con representación de la Junta de Andalucía y de los Ayuntamientos andaluces”. Esta circunstancia, como es obvio, no deja obviamente de influir de modo determinante en la institución en su conjunto. En efecto, a nadie se le oculta que la decisión que se adopte en punto a la composición de este tipo de órganos condiciona directamente su propia función y, en general, su entera configuración jurídica. Así, se ha sostenido en el marco de la configuración de estos órganos en el nuevo marco estatutario que la inclusión de representantes autonómicos limitaría “la correcta apreciación de los intereses locales y” constituiría “un impedimento al funcionamiento eficaz de dicha institución”⁸; o se ha puesto de relieve que, a través de los órganos mixtos, la participación local resulta *ab origine* mediatizada por la representación autonómica⁹.

En cuanto a las funciones, también se aprecia un menor alcance en el Estatuto andaluz. Pues, mientras que el Consejo catalán de Gobiernos Locales ha de ser oído en la tramitación de las leyes y normas reglamentarias que afecten de forma específica a las Administraciones Locales, sólo se prevé la consulta del “órgano mixto” andaluz en el marco de la tramitación parlamentaria de leyes y planes, silenciando su eventual consulta respecto de los proyectos de normas reglamentarias. Ahora bien, el Estatuto andaluz no se limita a regular en los términos aludidos la función de consulta prototípica de este tipo de órganos, sino que le asigna además la función genérica de servir “como ámbito permanente de diálogo y colaboración institucional”; una adición que, como veremos de inmediato, puede ser utilizada para canalizar en el nuevo órgano la totalidad de las relaciones cooperativas entre la Comunidad Autónoma y los Entes locales.

En resumidas cuentas, el “modelo andaluz” –y decimos “modelo” porque ha sido, en lo esencial, el asumido por las reformas estatutarias que han seguido a la andaluza– se aparta de la idea inicial que está en el origen de la instauración de este tipo de órganos, surgida inicialmente en algunas regiones italianas y luego proseguida por el estatuyente catalán, a saber, habilitar una vía de participación del nivel local de gobierno en el proceso de toma de decisiones regional¹⁰. Nuestro Consejo de Concertación Local, ciertamente, es “otra cosa”: condensa, superpone, aúna la naturaleza de órgano mixto de cooperación y la de órgano de representación local cuyo objetivo es insertarse en el proceso de toma de decisiones de otro nivel de gobierno. A nadie se le oculta que esta segunda finalidad o naturaleza (que, según se desprende del Derecho Comparado, está en la esencia misma y en el propio origen de

⁸ Marc VILALTA REIXACH: “Nuevas formas de participación...” *cit.*, pág. 250.

⁹ Luis MEDINA ALCOZ y Silvia DíEZ SASTRE: “La participación de la Villa de Madrid en los procedimientos normativos estatales, autonómicos y europeos”, en *Estudios sobre la Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid* (Parejo Alfonso/Bravo Rivera/Prieto Romero, coord.), Bosch, Madrid, 2006, pág. 383.

¹⁰ Sobre los diversos sistemas de participación fijados en el nuevo marco estatutario, véase Tomàs FONT I LLOVET y Marc VILALTA REIXACH, “Los diferentes modelos de participación local en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 8, 2009, pág. 192 y ss.

este tipo de órganos) puede verse seriamente afectada por la primera. No queremos decir con esto –claro está– que sea inútil o contraproducente la instauración de órganos mixtos Comunidad Autónoma/Entes locales, pues estas fórmulas de colaboración orgánica están en la raíz misma del federalismo cooperativo y están, por ende, en la base de la construcción del Estado social que aquél ha garantizado tras superar al federalismo dual, aliado del liberalismo económico. Y de hecho, como es bien sabido, la posibilidad de constituir en el seno de las Comunidades Autónomas órganos de cooperación con las entidades locales está expresamente prevista desde el comienzo en la Ley de Bases del Régimen Local¹¹.

El problema reside, a nuestro juicio, en residenciar en un solo órgano tareas que tienen diversos alcances, significado y funciones en un esquema de descentralización territorial del poder político. Superposición de cometidos que sumada a algún rasgo característico del Consejo Andaluz de Concertación Local (en adelante, CA CL), como su composición mixta, puede resultar sencillamente capital, puesto que, según se regule el proceso de toma de decisiones, podría llegar a desvirtuarse por completo el sentido último de la institución en cuanto instrumento de garantía de la autonomía local, e incluso podría terminar el órgano operando como un verdadero caballo de Troya contra esta autonomía. Algunos de estos riesgos se traslucen con toda evidencia en la Ley del Consejo Andaluz de Concertación Local¹².

De una parte, y como ya se infería de las previsiones estatutarias, la Ley configura un Consejo Andaluz de Concertación Local (en adelante, CA CL) que no sirve sólo como un instrumento de participación local en el procedimiento normativo autonómico, sino que además viene a refundir en un único Consejo los actuales Consejo Andaluz de Municipios, Consejo Andaluz de Provincias y la Mesa de Concertación Local, asumiendo en consecuencia sus competencias (Exposición de Motivos). Consecuentemente, el nuevo Consejo vendría a concentrar y monopolizar, desde el punto de vista orgánico, las relaciones entre la Comunidad Autónoma y la Administración Local: “La presente Ley –establece su artículo 1– tiene por objeto la creación y regulación del Consejo Andaluz de Concertación Local, como órgano para la relación, colaboración y coordinación entre la Administración de la Junta de Andalucía y las Entidades Locales andaluzas”.

Por lo que hace a su composición, la Ley se ha inclinado por configurar un órgano mixto estrictamente paritario, en cuanto se halla integrado por diez representantes de la Junta de Andalucía y un número igual de representantes locales. La representación del nivel local de gobierno se articula en torno a la “asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación” –el titular de su presidencia, el titular de su secretaría general y ocho miembros designados por el órgano competente de dicha asociación– [art. 5.1.b) de la Ley]. Y, de acuerdo con

¹¹ De acuerdo con su artículo 58.1: “Las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas podrán crear, para la coordinación administrativa, órganos de colaboración de las Administraciones correspondientes con las entidades locales. Estos órganos, que serán únicamente deliberantes o consultivos, podrán tener ámbito autonómico o provincial y carácter general o sectorial”.

¹² *BOJA* núm. 252, de 26 de diciembre.

su artículo 5.1.a), son los representantes de la Comunidad Autónoma el titular de la Consejería competente en materia de Administración Local –que ostenta la presidencia del Consejo (art. 6)-, el Director General competente en materia de Administración Local y ocho vocales designados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Entrando ya en las concretas atribuciones que la Ley reconoce al CACL, su artículo 3 contiene una heterogénea enumeración –que en cualquier caso se concibe como un listado abierto¹³-, que abarca desde la formulación de propuestas¹⁴ al derecho a recibir información¹⁵, pasando por la definición de los parámetros a tener en cuenta para la aplicación de los recursos que la Junta de Andalucía ponga a disposición de las Entidades Locales [art. 3 f)]. Y por lo que hace, más concretamente, a su función de participación en la toma de decisiones autonómicas, debemos comenzar recordando que el artículo 95 del Estatuto andaluz adolece de un menor alcance que los restantes, habida cuenta de que mientras estos últimos disponen que los respectivos órganos han de ser oídos en la tramitación de las leyes y normas reglamentarias que afecten de forma específica a las Administraciones Locales, sólo se prevé la consulta del CACL en el marco de la tramitación parlamentaria de leyes y planes, silenciando su eventual consulta respecto de los proyectos de normas reglamentarias. Pues bien, la Ley reguladora del CACL, además de recoger –como no podía ser de otra manera- la consulta prevista en la norma estatutaria [art. 3 c)], amplía algo su potencialidad participativa, aunque sin llegar a equiparla con la que los otros Estatutos reconocen a sus respectivos órganos. Y es que, en efecto, el CACL informará obligatoriamente de “los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones generales” cuando “afecten al ámbito de competencias de las Entidades Locales” [art. 3 a)], pero sólo de forma potestativa, “cuando así se determine por el órgano competente”, en los casos no incluidos en el supuesto anterior [art. 3 b)], esto es, cuando el proyecto de norma reglamentaria, aun cuando no incida en competencias locales, sí afecte de forma específica al nivel local de gobierno.

En lo concerniente a la toma de decisiones, basta para la adopción de acuerdos la mayoría simple, siendo determinante el voto de calidad del presidente en caso de empate (artículo 11). Por consiguiente, es casi inimaginable que el CACL adopte alguna decisión que no cuente con el apoyo de la Comunidad Autónoma, pues, aun en la hipótesis –prácticamente de ficción por elementales razones

¹³ Puesto que el artículo 3 l) concluye reconociéndole “cualquier otra que se le atribuya mediante norma autonómica con rango legal”.

¹⁴ La formulación de propuestas constituye el tipo de actuación más reiterado [transferencia y delegación de competencias a las Entidades locales, financiación de las obras y la gestión de los servicios convenidos o encomendados por la Junta, asistencia técnica, organización de las relaciones de colaboración, mecanismos y fórmulas que garanticen la prestación de servicios de calidad; artículo 3 d), e), g), h) e i)]

¹⁵ Sobre los acuerdos de la Junta de Andalucía mediante los que se solicite del Gobierno de la Nación la disolución de los órganos de las Corporaciones Locales, en los supuestos de gestión gravemente dañosa para los intereses generales [art. 3 j)].

políticas¹⁶- de que los representantes locales votasen en bloque y sin fisuras, sería en última instancia la voluntad de la presidencia del órgano la que terminaría imponiéndose. Casi con total seguridad, habría sido mucho más respetuoso con la autonomía local exigir alguna mayoría cualificada para la adopción de acuerdos, a fin de garantizar que sus decisiones estuviese apoyadas, cuando menos parcialmente, por los representantes del nivel local de gobierno. No ha sido así, sin embargo; y por tanto la Ley reguladora del CACL conduce a una absoluta preeminencia de la Junta de Andalucía en el seno de este órgano. Supremacía tan manifiesta, que el propio legislador no ha dudado en adscribir el CACL “a la Consejería competente en materia de Administración Local” (artículo 2.1).

Y, ciertamente, esta preeminencia que la Ley confiere a la Comunidad Autónoma en la toma de decisiones se hace tanto más conflictiva si se atiende a la virtualidad jurídica que, en determinados supuestos, pueden tener las decisiones del CACL. En principio, en línea con la previsión estatutaria de órgano llamado a servir de foro de “diálogo y colaboración institucional”, que es “consultado” en la tramitación parlamentaria (artículo 95), la Ley atribuye al CACL, en términos generales, “carácter deliberante y consultivo” (artículo 2.1). De ahí que la Ley ni siquiera contemple el supuesto –y, por tanto, no prevea las consecuencias- de que el CACL emita un informe negativo por considerar que el proyecto de norma sometido a su consideración atenta contra la autonomía local: Se da por sentado que esta decisión –en el plano estrictamente jurídico, claro está- no puede afectar ni condicionar en modo alguno la potestad normativa del Parlamento.

Ahora bien, esta concepción del CACL como órgano meramente consultivo presenta una fisura en la Ley, que no deja de ser inquietante para la autonomía local dado el control que ejerce la Junta de Andalucía en el proceso de toma de decisiones. En efecto, según su artículo 2.2:

“La consulta al Consejo Andaluz de Concertación Local será preceptiva en los casos establecidos en esta Ley o en otras disposiciones de igual rango y facultativa en el resto, no siendo vinculantes sus dictámenes, salvo que así se determine expresamente”.

El tenor literal de este precepto parece habilitar generosamente al legislador sectorial para establecer cuándo y con qué alcance podrá dotarse de naturaleza jurídicamente vinculante a los acuerdos del CACL; y, en consecuencia, con base en el artículo 2.2 de la Ley, se corre el riesgo de que el legislador autonómico pretenda

¹⁶ Como ha sostenido Ferrán TORRES COBAS, es prácticamente imposible que, en estas circunstancias, se apruebe un informe en contra de los intereses del nivel de gobierno que los preside, dado que “siempre impondrá su mayoría con el voto de calidad de su presidente, máxime si se tiene en cuenta que es difícil que los representantes locales que pertenecen al mismo partido político que da soporte al Gobierno se manifiesten pública e institucionalmente en contra de los proyectos normativos del Gobierno” (“Estudio comparativo de las reformas de los gobiernos locales contenidas en el anteproyecto de Ley Básica del gobierno y la administración local y en los proyectos de modificación de los estatutos de autonomía”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006, pág. 104).

extender la intervención vinculante del CACL incluso a parcelas catalogadas en principio como competencias propias de los municipios o provincias. Así interpretado el reiterado artículo 2.2 de la Ley, resulta de inconstitucionalidad más que dudosa desde la perspectiva de la garantía de la autonomía local, y más concretamente a la vista de la jurisprudencia constitucional recaída sobre la eficacia jurídica que cabe atribuir a las decisiones de los órganos que, como el CACL, se fundamentan en el principio de colaboración o cooperación. Pues, en efecto, de acuerdo con una plenamente consolidada jurisprudencia constitucional, este principio –a diferencia del principio de coordinación– sólo permite crear órganos que estén llamados a servir para el intercambio de opiniones e información, así como para la fijación de criterios o pautas de actuación jurídicamente no vinculantes y, por ende, cuya eficacia real depende de la voluntad política de llevarlos a efecto. O dicho de otro modo, los órganos estricta y exclusivamente cooperativos están caracterizados por asumir funciones deliberantes o consultivas, según tuvo ocasión de subrayar el Tribunal Constitucional refiriéndose precisamente a los órganos mixtos entre Estado o Comunidad Autónoma y los Entes Locales [STC 214/1989, FJ 20º f)]. Aunque, naturalmente, como se apresuró a apostillar el TC en la STC 76/1983, la virtualidad jurídica de sus decisiones puede variar ostensiblemente si en relación con la concreta materia afectada el Estado puede esgrimir algún título competencial: «[...] es preciso señalar que entre las competencias estatales figura de forma explícita la coordinación en diversos preceptos de la Constitución, con el alcance previsto en cada uno de ellos, y, en estos casos en que existe una atribución constitucional expresa, el alcance de los acuerdos de los órganos coordinadores será el que se derive del ejercicio de la correspondiente competencia» (FJ 13º). En estas hipótesis, la legitimidad constitucional de tales órganos dependerá en última instancia, obviamente, de que con los mismos «no se pretenda, de hecho, limitar o condicionar, más allá de lo que la estricta coordinación demanda, las competencias autonómicas» [STC 103/1989, FJ 9º b)].

Por el contrario, el principio de coordinación sí permite una intervención más incisa y penetrante del nivel local de gobierno que ostenta la facultad coordinadora. Así se ha sintetizado en la STC 109/1998, FJ 13º, el diferente alcance y efectos de ambos principios:

“Ciertamente es que, refiriéndonos precisamente a las relaciones interadministrativas de las Corporaciones Locales, ya hemos tenido ocasión de señalar que las facultades de coordinación –a diferencia de las técnicas de colaboración, basadas en la participación voluntaria y, por ende, en una situación más nivelada de los entes cooperantes– conllevan «un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado» [STC 214/1989, fundamento jurídico 20 f)]. Y siendo, consiguientemente, la imposición una de las principales notas distintivas de la coordinación frente a la voluntariedad que caracteriza a las fórmulas cooperativas [cfr., además, STC 331/1993, fundamento jurídico 5. A)], es claro que el que ostenta atribuciones de aquella índole está legitimado, en línea de principio, para establecer unilateralmente

medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados. Desde esta perspectiva, puede en verdad afirmarse que la coordinación «constituye un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las Corporaciones Locales» [STC 27/1987, fundamento jurídico 2.; asimismo STC 214/1989, fundamento jurídico 20 f)]. Ahora bien, las posibilidades que la coordinación proporciona de operar de modo constitucionalmente válido llegan justamente hasta aquí. Más allá de este punto, encuentran el obstáculo constitucional infranqueable en que se sustancia la garantía institucional de la autonomía local: «la coordinación -precisamos en la STC 27/1987- no entraña la sustracción de competencias propias de las entidades coordinadas, sino que implica tan sólo un límite al ejercicio de las mismas» (fundamento jurídico 5.). De donde resulta que la misma no puede, bajo ningún concepto, «traducirse en la emanación de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el contenido de la actividad del ente coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma; en cualquier caso, los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre decisión o de discrecionalidad en favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin la cual no puede existir verdadera autonomía» (fundamento jurídico 6.)” [F] 13].

Dicho sea ya derechamente: La Ley abre un resquicio para que un órgano estatutariamente concebido como de cooperación se transustancie en un órgano coordinador en sentido estricto. Así es; de un órgano definido en el artículo 95 del Estatuto como “de relación de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos” que, además de participar en el procedimiento de toma de decisiones autonómicas, “funcionará como ámbito permanente de diálogo y colaboración institucional” (y, por tanto, configurado como un típico órgano de colaboración o cooperación), se ha pasado a un CAEL que se presenta como “órgano para la relación, colaboración y *coordinación*” en el artículo 1 de la Ley.

Sea como fuere, si, como ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional, la garantía constitucional de la autonomía local reclama que las competencias propias locales se ejerzan bajo un régimen de autorresponsabilidad, resulta de una evidencia cegadora la dificultad de compatibilizar con dicha autonomía la posibilidad de que un órgano controlado por otro nivel de gobierno adopte decisiones vinculantes en la esfera competencial propia de los Entes Locales. En resumidas cuentas, ha de realizarse una *interpretación conforme al bloque de la constitucionalidad* para salvar la constitucionalidad del artículo 2.2 de la Ley, y entender en consecuencia que la posibilidad de dotar de eficacia jurídica vinculante a sus acuerdos sólo es posible respecto de aquellos ámbitos materiales sobre los que ostente competencias la Comunidad Autónoma, pero estaría vedado en aquellas esferas reservadas a las competencias propias de los gobiernos locales.

Bajo este prisma, no podrá reconocerse tal eficacia vinculante a sus acuerdos en los sectores materiales enumerados en el artículo 92.2 del Estatuto, ya que sobre ellos “los Ayuntamientos tienen competencias propias”, por más que la delimitación exacta de las mismas se realice “en los términos que determinen las leyes”. Quiere decirse con esto que es directamente el propio Estatuto, que no la ley, la norma atributiva de competencias a los Ayuntamientos en los ámbitos materiales allí mencionados, de tal suerte que el legislador podrá precisar su alcance, pero en modo alguno suprimir o vaciar de contenido unas competencias propias municipales cuya titularidad corresponde a los Ayuntamientos desde el momento mismo en que entró en vigor el Estatuto de Autonomía. Y en esas esferas de competencias propias locales no es posible que la Comunidad Autónoma usurpe la libre capacidad de determinación que ha de corresponder a los Entes locales, por más que la decisión autonómica aparezca velada tras el acuerdo de un órgano mixto, que, por las razones conocidas, en última instancia, siempre será expresión de la voluntad de la Comunidad Autónoma. Esto –y no otra cosa- es lo que se desprende del artículo 92.1 de la norma institucional básica de Andalucía: “El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad”.

Comoquiera que sea, se circunscriba o no en el futuro el CAEL a la función de un estricto órgano de colaboración –que no de coordinación-, lo que sí resulta irrefutable es que, por su propia configuración normativa, se muestra muy alejado de los modelos de Derecho Comparado o del prefigurado en el Estatuto catalán, a saber, un órgano de composición exclusiva o preferentemente local que tiene como única o principal función la de permitir que los entes locales emitan su parecer respecto de los proyectos normativos emanados de otro nivel de gobierno que les afecten. No es de extrañar, por tanto, dadas estas limitaciones del CAEL, que por iniciativa de la FAMP se barajase la posibilidad de incluir en la Ley de Autonomía Local de Andalucía un nuevo órgano que reuniese las características referidas, el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales. Más concretamente, la propuesta de la FAMP apuntaba a la constitución de “un órgano de composición exclusivamente local con funciones de control preventivo de los planes o normativa autonómica que afecte a la autonomía de municipios y provincias”; lejos de concebirse como un órgano cooperativo de alcance general, el mismo estaría llamado a servir de forma exclusiva como “garantía de la autonomía local y preservación de la titularidad de las competencias de municipios y provincias”. A tal objeto, el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales conocería, con carácter previo, cuantos anteproyectos de planes, normas y actos administrativos generales elaborase la Comunidad Autónoma, informando “sobre el impacto que aquéllos ejerzan en el ámbito competencial local, pudiendo emitir juicios basados en criterios de legalidad y de oportunidad”. Todos sus integrantes serían de extracción local, puesto que la FAMP sugería que estuviese compuesto por la totalidad de la representación local en el CAEL más cinco cargos electos locales propuestos por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación, siendo su presidente elegido por mayoría absoluta del Consejo. Por lo demás, se contemplaba la posibilidad de que las decisiones del Consejo de

Gobiernos Locales tuvieran alguna eficacia práctica, toda vez que se proponía que, en caso de que formulase observaciones o reparos a los proyectos autonómicos, la Comunidad Autónoma sólo podría rechazarlos motivando de forma expresa y detallada esta decisión.

Se trataba, por lo demás, de una propuesta que, como declaró el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen de 10 de diciembre de 2009, no planteaba ningún inconveniente desde el punto de vista de su adecuación al marco estatutario, siempre y cuando –claro está– la creación del nuevo órgano no entrañase una erosión de la función estatutaria del CACL como “ámbito permanente de dialogo y cooperación institucional” (art. 95 EAA). En cualquier caso, es evidente que la coexistencia de ambos Consejos precisaría la adaptación de la vigente Ley reguladora del CACL. El Dictamen del Consejo Consultivo únicamente matizó la naturaleza del “control preventivo” que pretendía vincularse con el nuevo Consejo, habida cuenta de que el control de constitucionalidad y “estatutoriedad” de las normas autonómicas está reservado al propio Consejo Consultivo por el Estatuto de Autonomía. Ahora bien, como se afirmó en el Dictamen, en puridad la propuesta de la FAMP no perseguía “configurar en sentido propio un órgano de control sobre actos autonómicos, normativos o de otra naturaleza, sino de establecer un nuevo y cualificado cauce participativo... que pueda contribuir a obsequiar la autonomía local de la mejor manera posible, que es tomando en consideración, en la medida de lo posible y en el momento adecuado, el parecer de las Entidades Locales sobre las decisiones autonómicas que les afectan, evitando conflictos o manifestaciones propias de la dimensión reaccional de dicha autonomía”. Nada cabía, en fin, objetar a la propuesta de la FAMP, ni siquiera en lo relativo a los efectos que se anudaban a las decisiones del nuevo Consejo, puesto que, como atinadamente razonó el Consejo Consultivo: “No se trata de regular ningún informe vinculante, ni un derecho de veto sobre decisiones autonómicas, sino de algo sustancialmente distinto: nada obsta para que un instrumento participativo tan cualificado como el que se desenvolvería con la actuación del Consejo de Gobiernos Locales pueda dar lugar a la emisión de juicios de oportunidad u opiniones fundadas en Derecho sobre normas, planes y medidas que por definición han de estar precedidos de una fase de consulta, en la que haga efectivo el derecho de participación de las Entidades Locales”.

Pues bien, esta propuesta de la FAMP ha conseguido abrirse paso en la tramitación parlamentaria de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, que crea en efecto el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales; nueva institución que se concibe “como órgano de representación de los municipios y las provincias ante las instituciones de la Junta de Andalucía con la finalidad de garantizar el respeto a las competencias locales” (art. 57.1). Por lo que hace a su composición, se consagra su carácter exclusivamente local, ya que “estará compuesto por la totalidad de la representación local en el Consejo Andaluz de Concertación Local más cinco cargos electos locales propuestos por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación”, siendo elegida la presidencia por mayoría absoluta del Consejo (art. 57.4). Por otra parte, la regulación de su ámbito funcional se acerca también bastante a la propuesta de la FAMP, toda vez que está llamado a informar con carácter previo “cuantos anteproyectos de leyes, planes y proyectos de

disposiciones generales se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten a las competencias locales propias”, determinando “el impacto que puedan ejercer sobre dichas competencias” (art. 57.2). No obstante, para calibrar en su justa medida el alcance de sus competencias no cabe soslayar alguna otra atribución que se le encomienda a lo largo del texto legislativo, como la previsión relativa a los programas de colaboración financiera de que el Consejo participe “en la definición de los parámetros a tener en cuenta para la aplicación de los recursos que la Administración de la Junta de Andalucía ponga a disposición de los entes locales” (art. 24.3). Por lo demás, los informes, que se aprueban por mayoría simple (art. 57.3) y pueden basarse en criterios de legalidad y oportunidad, “en ningún caso tendrán carácter vinculante” (art. 57.2). Y, sin embargo, tales informes distan de ser un mero trámite, puesto que algunas consecuencias de relieve se anudan a los mismos: de una parte, se exige en caso de rechazo de las observaciones o reparos formulados por el Consejo que haya una “información expresa y detallada” al respecto (art. 57.5); y, de otro lado, se establece la obligación de que, en el trámite parlamentario de las disposiciones legislativas y planes que afecten a las competencias locales propias, sea conocida la posición del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (art. 57.6).

FISCALIDAD DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN: RÉGIMEN FISCAL DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y DE LAS OPERACIONES RELATIVAS A LAS MISMAS.

Rosario Guarch Prieto.

Asesora Jurídica de los Servicios de Urbanismo.
Ayuntamiento de Isla Cristina.

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del “Curso Urbanismo y Tributos Municipales”, Celebrado durante los días 11 y 12 de febrero de 2010 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada).

ÍNDICE:

- I. Introducción.
- II. Naturaleza jurídica de las Juntas de Compensación.
- III. Régimen fiscal de las Juntas de Compensación.
- IV. Calificación tributaria de la Junta de Compensación y de los propietarios de terrenos incorporados a la misma. Especial consideración de los Entes públicos.
- V. Fiscalidad de los actos de la Junta de Compensación.

I. INTRODUCCIÓN.

La Junta de Compensación es, junto a las Asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación y las Entidades de conservación, una de las entidades urbanísticas colaboradoras reconocidas en el artículo 24 del RD 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística (RGU)¹, mediante la creación de las cuales los interesados pueden participar en la gestión urbanística. En el mismo sentido, el artículo 111.1 la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

¹ El Reglamento de Planeamiento, el Reglamento de Gestión Urbanística y el Reglamento de Disciplina Urbanística, siguen vigentes con carácter supletorio en nuestra CA (Disposición Transitoria Novena de la LOUA), y seguirá siendo de aplicación, en lo que resulte compatible con la LOUA, hasta que no se produzca su desplazamiento por las disposiciones reglamentarias que desarrollen la Ley de Ordenación Urbanística andaluza.

El sistema de actuación por compensación, es el sistema de ejecución del planeamiento urbanístico privado por antonomasia. Son los particulares los que ejecutan por sí mismos, y a su costa, las previsiones del planeamiento; son ellos los que aportan capital y terrenos y, en consecuencia, hacen suyos los terrenos urbanizados resultantes, aprovechándose de las plusvalías que éstos generen. La Administración se limitará a una actividad puramente de tutela y vigilancia.

En este sistema, pues, el protagonismo privado en la ejecución alcanza sus máximas cotas, tanto en la fase jurídica (formulación del proyecto de reparcelación) como en la fase material de la ejecución del planeamiento (urbanización y edificación).

En el sistema de actuación por compensación, los particulares para poder llevar a cabo la actividad de ejecución, habrán de constituirse en Junta de Compensación que es un ente corporativo de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar desde su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras (art. 134 LOUA).

La Junta de Compensación nace, por tanto, por Ley que le atribuye naturaleza administrativa, pero su configuración es estatutaria y voluntaria.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN.

Sobre la determinación de su naturaleza jurídica se ha ocupado bastante la doctrina, significando entre los autores que han tratado esta materia, la posición de Francisco LLISSET BORRELL², que entiende se tratan de personas jurídicas-públicas no territoriales de base asociativa, de duración limitada y con carácter instrumental, integradas por sujetos privados que, en consideración a unas fincas de las que son propietarios, se agrupan por lo general, voluntariamente, aunque con sujeción obligatoria para todos los afectados a los órganos de la Entidad constituida para la ejecución de un determinado instrumento de planeamiento, la conservación de las obras y servicios comunes, o incluso, la edificación y, en definitiva, la defensa de los intereses de los propietarios.

Tomás Ramón FERNÁNDEZ³ las concibe como entes de naturaleza administrativa, de gestión autónoma por los propios interesados de funciones inicialmente administrativas.

Otros autores, como COSCULLUELA MONTANER, han destacado que la Junta de Compensación tiene naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Al margen de todo ello, la naturaleza jurídica de la Junta de Compensación ha sido calificada por la legislación como administrativa.

² ABEL FABRE, Jordi. *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*. Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

³ *Manual de Derecho Urbanístico*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2000.

Esta naturaleza administrativa la ha considerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exclusivamente, al caso de ejercicio de funciones públicas:

“Es en el de compensación donde aparece con mayor intensidad la participación de los propietarios, dado que son ellos mismos los que asumen la carga, no ya de costear la urbanización, sino de llevarla a cabo por sí mismos. Y ello mediante la constitución de una Junta de Compensación que da lugar a un supuesto de auto administración: son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración de suerte que aquella tiene naturaleza administrativa, en tanto en cuanto actúe funciones públicas.”⁴

“Son agentes descentralizados de la Administración urbanística, en cuyo lugar actúan” (STS 12-5-05, RJ 5238).

No obstante, como declara Estanislao Arana García⁵ no toda la actividad que desarrolle la Junta tiene naturaleza administrativa, ni consecuentemente, se somete al Derecho Administrativo en su totalidad, y así, en la medida que gestione intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al Derecho privado. Dado este régimen jurídico específico, lo concluyente para definir su naturaleza jurídica como pública es la función pública.

Y, en ese sentido, Francisco MÍNGUEZ JIMÉNEZ⁶, Inspector de Hacienda del Estado, señala que a pesar de que la Ley afirma la naturaleza administrativa de la Junta, debe entenderse que su naturaleza jurídica es mixta, de modo que en la medida en que ejerza funciones públicas que impliquen el ejercicio de la potestad de imperio, su naturaleza es efectivamente administrativa, lo que supone la posibilidad de interponer recursos contra sus decisiones ante la Administración, y posteriormente la Jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, en la medida en que la Junta gestione intereses privados sin ejercer funciones públicas, tales como contratar con una empresa constructora la urbanización de los terrenos, acordar la venta de solares, contratar préstamos con entidades financieras, o suscribir garantías hipotecarias, actuará sometida únicamente al Derecho privado.

III. RÉGIMEN FISCAL DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN.

Esta naturaleza de las Juntas de Compensación que hemos comentado, mixta y de carácter complejo, ha llevado a que la Ley le haya otorgado un tratamiento fiscal privilegiado, si bien, en palabras de Jordi Abel Fabre⁷, la complejidad del sistema fiscal español, origina que no sea fácil determinar el régimen aplicable.

⁴ “STS 11 marzo 1989 (R.A. 1968), ponente Francisco Javier Delgado Barrio, entre otras”.

⁵ *Dossier Práctico sobre Juntas de Compensación. 2002-2003.* Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2003

⁶ *Las Juntas de Compensación. Análisis tributario.* Madrid. Noticias Jurídicas. . 2002

⁷ *El Sistema de Compensación Urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia.* . Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

En lo relativo al Sistema de Compensación, en materia tributaria, es de desear una regulación más específica y coordinada entre los distintos ordenamientos que permita una fácil aplicación directa.

3.1. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO URBANIZADOR.

En el proceso urbanizador o de transformación del suelo pueden intervenir una gran diversidad de sujetos. Siguiendo a Javier Martín Fernández⁸, destacan los siguientes:

1) Los propietarios de los terrenos afectados que, habitualmente, realizan transmisiones de los mismos, los urbanizan o promueven su urbanización.

2) Las entidades públicas, particularmente, los Ayuntamientos, cuya participación será mayor o menor según el sistema de ejecución del instrumento de planeamiento previsto. En cualquier caso, también realizan transmisiones de terrenos de su patrimonio.

3) Las empresas dedicadas profesionalmente a la ejecución de las obras de urbanización.

4) Las Juntas de Compensación, personas jurídicas con características singulares, en los casos en que la ejecución del planeamiento y, por tanto, la urbanización, se desarrolla con arreglo al Sistema de Compensación.

5) Los Agentes urbanizadores que se comprometen a realizar las obras de urbanización a cambio de la percepción de solares edificables o en metálico.

En cuanto a los **propietarios**, con arreglo a lo establecido por el artículo 19 del RDLeg 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley de Suelo (TRLR 2008), pueden transmitir su derecho a un tercero, que se subroga en la posición jurídica, en los derechos y obligaciones del anterior propietario, sometiéndose a las determinaciones de la Junta.

También resulta posible la incorporación a la Junta de la **empresa urbanizadora**. A cambio de la ejecución de la urbanización como contraprestación la empresa que la ejecuta recibe metálico o terrenos. En este último caso, la empresa urbanizadora puede actuar como un tercero con quien la Junta contrata, o bien que se incorpore a la Junta como miembro de la misma, bien en el momento inicial o bien cuando la Junta ya esté constituida.

Asimismo, si la incorporación a la Junta lo es de **una Administración Pública**, en el supuesto de que sea propietaria de terrenos incluidos en la unidad de ejecución, sus derechos y cargas como miembro de la Junta serán los mismos que los de los propietarios privados. Los derechos que por este título le correspondan son independientes de los derechos que la Administración adquiere como consecuencia de

⁸ "Régimen tributario de las Juntas de Compensación." *Curso: Urbanismo y Tributos Municipales*. 11 y 12 de febrero de 2010. CEMCI. GRANADA.

las cesiones obligatorias y gratuitas previstas en la normativa, que, como señala Francisco Mínguez Jiménez⁹, no le permiten su incorporación a la Junta.

3.2. LA ACTUACIÓN FIDUCIARIA DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN.

Una cuestión a destacar es el hecho de que la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación no presupone, salvo que los Estatutos dispusieran otra cosa, la transmisión a la misma de los inmuebles afectados.

Con carácter general, la Junta actúa en sustitución de los propietarios, o como señala el artículo 134 de la LOUA, *“la Junta de Compensación actúa como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas originarias o iniciales de los propietarios miembros, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos”*.

Si se establece expresamente en los Estatutos que los propietarios de los terrenos transmitan la propiedad de los mismos a favor de la Junta, recibirán una cuota de participación en los derechos de adjudicación. Tras la urbanización, los propietarios reciben la plena propiedad de las parcelas resultantes que se les adjudiquen, en proporción a sus cuotas de participación.

Así pues, y en cuanto a cómo operan¹⁰, las Juntas de Compensación pueden clasificarse en fiduciarias o no fiduciarias, en función de que se les transmita por los partícipes el pleno dominio de los derechos reales inmobiliarios afectados por la actuación o simplemente la condición de gestor de los mismos, sin devenir titular de ellos. La diferencia de régimen es esencial, con incidencia, particularmente, en aspectos fiscales, y, sobre todo, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

Vamos a centrarnos en las Juntas a las que no se transmite la propiedad de los terrenos, por cuanto, son las que habitualmente se constituyen, y según la DGT, no puede afirmarse que estemos ante una entrega de bienes por las aportaciones iniciales de los propietarios a la Junta (vid., entre otras, las contestaciones a consultas de 8 de mayo de 2002 (JUR 2002, 248766) y 6 de junio 2002 (JUR 2002, 248916).

Y es que, aunque la Junta ostenta facultades de disposición sobre los terrenos, su actuación puede reconducirse a la figura del mandato o apoderamiento. En este sentido, las resoluciones del TEAC de 8 de febrero y 6 de junio de 1996 (JT 1996, 388 y 908), y 18 de octubre de 2000 (JT 2000, 1880) afirman que *“es condición determinante para que la operación de entrega o aportación de los bienes... se encuadre en el concepto de “entrega de bienes a título oneroso” a los efectos de su sujeción al IVA, que se produzca la transmisión de la propiedad”, de tal manera que en el supuesto en que no se produzca la referida transmisión, en cuyo caso la Junta actúa como fiduciaria de los miembros, con arreglo a la Ley sobre el IVA, no estará sujeta al tributo la aportación de terrenos a la Junta ni la adjudicación de los urbanizados a los aportantes”*.

⁹ “Las Juntas de Compensación. Análisis tributario”. MADRID. 2002. Noticias Jurídicas.

¹⁰ *Memento Práctico de Urbanismo*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2008.

IV. CALIFICACIÓN TRIBUTARIA DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN Y DE LOS PROPIETARIOS DE TERRENOS INCORPORADOS A LA MISMA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS.

En opinión de Javier MARTÍN FERNÁNDEZ¹¹ las operaciones que, como mínimo, deben examinarse a la hora de precisar el régimen tributario de esta clase de entidades y sus miembros, son las siguientes: constitución de la Junta mediante la aportación de terrenos por parte de los propietarios; realización de las obras de urbanización a cargo de los propietarios, contratando la Junta los servicios de terceras empresas; las transmisiones de terrenos efectuadas con carácter previo a la adjudicación de parcelas edificables y la entrega de las parcelas edificables a los propietarios.

4.1. CALIFICACIÓN A EFECTOS TRIBUTARIOS DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN.

Las referidas actividades que la Junta de Compensación ejerce para el cumplimiento de sus fines suponen una actividad empresarial, y como tal, es sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades (art. 1 del RDLeg 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas, TRLIS).

No obstante, al no tener ánimo de lucro y al tratarse de actividades que constituyen su finalidad específica, puede incluirse entre las entidades declaradas parcialmente exentas, y las rentas que procedan de la realización de dichas actividades, son declaradas exentas, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 121, respectivamente, del propio TRLIS.

La excepción sólo alcanza, como se ha comentado, a aquellas rentas que procedan de la realización de su objeto o finalidad estatutaria¹².

Ahora bien, la Junta de Compensación, como cualquier sociedad mercantil, tiene que formular la declaración censal de inicio de actividad para obtener el número de identificación fiscal (NIF), y a partir de este momento tiene que proceder a realizar las declaraciones de impuestos a los cuales está sujeta.

El artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), establece que a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales, quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente.

Según Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, la LIVA no define las actividades de urbanización, por lo que debe atenderse, siguiendo la resolución del TEAC de 26

¹¹ "Régimen tributario de las Juntas de Compensación." *Curso: Urbanismo y Tributos Municipales*. 11 y 12 de febrero de 2010. Granada: CEMCI., 2010.

¹² En este sentido, vid. DGT, Expte. 53/1993. Contestación a consulta de 31 de enero de 1994; Informe de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica C/21/46/92. Madrid 5 de marzo de 1992.

septiembre de 1996, al concepto que se deriva de la legislación sectorial, y con arreglo a la misma, *“la urbanización tiene por objeto reconvertir un terreno que no es apto para construir en otro susceptible de edificación, acondicionándolo para ello con servicios de abastecimiento de aguas, suministro de energía eléctrica, evacuación de aguas, acceso rodado, etc.”.*

4.2. CALIFICACIÓN A EFECTOS TRIBUTARIOS DE LOS PROPIETARIOS INCORPORADOS A UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN.

Como señala Jordi ABEL FABRE¹³, se le atribuye una diferente calificación fiscal en función del tributo que se aplique y del órgano actuante.

A los efectos del IVA, el propietario que se incorpora a una Junta de Compensación tiene la consideración de empresario ocasional como urbanizador como consecuencia del propio proceso compensatorio, con arreglo a la definición que a dichos efectos contiene el citado artículo 5 de la LIVA. En este sentido, se pronuncia la DGT:¹⁴

“La calificación como urbanizador de los terrenos del propietario afectados por un proceso reparcelatorio es una consecuencia del propio proceso, aunque la participación en el mismo sea hasta cierto punto obligatoria. La satisfacción de los costes de la urbanización que transforma su terreno le convierte en urbanizador del mismo”.

El citado precepto exige que la finalidad perseguida por el sujeto sea la venta del terreno o edificación. Como señala la DGT, en contestación a consulta de 8 de mayo de 2002 (JUR 2002, 248766) *“la circunstancia que determina la adquisición de la condición de empresario o profesional es el destino previsto para los terrenos cuya urbanización se promueve. Por tanto, si se tiene la intención de proceder a la venta, adjudicación o cesión de dichos terrenos, entonces el promotor de su urbanización adquirirá la condición de empresario o profesional a los efectos del IVA, si no la tuviera previamente, quedando la posterior transmisión de los mismos sujeta”.*

Sin embargo, dicha condición de empresario no se le reconoce en las resoluciones del TEAC¹⁵ al referirse a la aportación de los terrenos por los propietarios a la Junta de Compensación. La DGT, al referirse al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), considera que *“por el mero hecho de haberse visto obligado, como consecuencia de la ejecución del Plan, a costear las obras de urbanización de las parcelas, el interesado no adquiere carácter de empresario a efectos del IRPF, pues se limita a llevar a cabo su financiación sin realizar la ordenación por cuenta propia de los medios de producción”.*

¹³ El Sistema de Compensación Urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia. Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

¹⁴ Informe de la DGT de 28 de abril de 1998, emitido en el Expediente nº. 666/97.

¹⁵ Resolución TEAC 5 de noviembre de 1997.

Javier MARTÍN FERNÁNDEZ¹⁶ destaca la importante resolución de la DGT de 17 de junio de 2005 (JT 2005, 900), emitida en relación con el Agente urbanizador valenciano, pero que contiene una doctrina que el autor entiende como general en los casos en los que las obras de urbanización no se satisfacen en metálico, sino mediante la entrega al urbanizador de derechos de aprovechamiento. En tal caso se adquiere la condición de empresario y, por tanto, de sujeto pasivo del IVA.

4.3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS.

Con carácter general, las entregas de terrenos o parcelas que efectúan los Ayuntamientos están sujetas al impuesto, siempre y cuando su actuación lo sea como empresario o profesional. La DGT considera que las entregas de parcelas o terrenos por Entes públicos se realizan en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional en los siguientes casos¹⁷:

1) Cuando las parcelas o los terrenos transmitidos estuviesen afectos a una actividad empresarial o profesional desarrollada por el Ente público, es decir, como cualquier otro sujeto pasivo.

2) Cuando las parcelas o los terrenos transmitidos hubiesen sido urbanizados por el Ente público, en cuyo caso se convierte en empresario por definición legal.

3) Cuando las transmisiones de parcelas o terrenos efectuadas por el Ente público determinen, por sí mismas, el desarrollo de una actividad empresarial, al implicar la ordenación de un conjunto de medios personales y materiales, con independencia y bajo su responsabilidad, para intervenir en la producción o distribución de bienes o de servicios, asumiendo el riesgo en el desarrollo de la actividad.

Para Javier MARTÍN FERNÁNDEZ¹⁸, este último supuesto es el más difícil de precisar y señala, a título de ejemplo, a la DGT que, en contestación a consulta de 16 de diciembre de 1997, considera que constituye una actividad empresarial la transferencia de aprovechamientos efectuadas por la Administración actuante para facilitar la ejecución del planeamiento:

*“En base a la interpretación conjunta de los artículos 5 y 7 de la Ley del Impuesto debe concluirse que las referidas operaciones estarán sujetas al IVA, por cuanto la actuación de la Administración consiste en la adquisición y venta de aprovechamientos, mediante precio en todo caso por su valor urbanístico, lo cual supone una intervención en la producción de bienes en el mercado inmobiliario, aunque la razón última de dicha intervención coincida con la mejora en la ejecución del planeamiento urbanístico”.*¹⁹

¹⁶ “Régimen tributario de las Juntas de Compensación.” *Curso: Urbanismo y Tributos Municipales*. 11 y 12 de febrero de 2010. Granada: CEMCI. 2010.

¹⁷ Entre otras muchas, contestación a consulta de 18 de febrero de 2001 (JUR 2001, 192238).

¹⁸ “Régimen tributario de las Juntas de Compensación.” *Curso: Urbanismo y Tributos Municipales*. 11 y 12 de febrero de 2010. CEMCI. GRANADA.2010.

¹⁹ En el mismo sentido, la Resolución TEAC de 4 de julio de 2002 (JT 2002, 809).

V. FISCALIDAD DE LOS ACTOS DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN.

5.1. CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN.

5.1.1. Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

El acto de constitución de la Junta de Compensación no está sujeto al pago de impuestos y le es de aplicación, en cuanto acto jurídico documentado, la exención prevista en los artículos 45 del TR del ITPAJD, aprobado por RDLeg 1/1993 (LITPAJD) y 88 del Reglamento del ITPAJD, aprobado por el RD 828/1995 (RITPAJD). Del mismo modo, en el artículo 18.4 del TRLS 2008 (como se había establecido en el artículo 159.4 de la LS/92).

Ahora bien, el apartado II del citado artículo 45 LITPAJD, establece que los beneficios fiscales en el mismo no se aplicarán a las escrituras públicas. Y es que por el concepto Actos Jurídicos Documentados, tributan distintos tipos de documentos, entre los que se encuentran los documentos notariales, incluidas las escrituras públicas.

De esta forma, las escrituras públicas objeto de las operaciones de aportación de terrenos a las Juntas de Compensación por los miembros de las mismas y de adjudicación de terrenos a éstos no van a estar exentas del gravamen por Actos Jurídicos Documentados en el ITPAJD.

Así, en materia urbanística, el TEAC (8-3-89) ha declarado que la citada exención no se aplica al concepto impositivo Actos Jurídicos Documentados, por lo que no pueden beneficiarse los documentos públicos de segregación, agregación, agrupación o división de terrenos. En el mismo sentido, la DGT (28-5-97).

5.1.2. Impuesto sobre Sociedades.

De acuerdo con el ya citado Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y el pronunciamiento de la DGT a la consulta planteada el 15 de enero de 1996, las Juntas de Compensación son sujetos pasivos del impuesto, y, a tales efectos, pueden considerarse como entidades parcialmente exentas, aplicándoseles el régimen especial contenido en el TRLIS.

Así, como ya se ha comentado, al no tener ánimo de lucro y al tratarse de actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, puede incluirse entre las entidades declaradas parcialmente exentas, y las rentas que procedan de la realización de dichas actividades, son declaradas exentas, de conformidad con lo establecido en el artículo 121.1 del TRLIS.

Esta exención no alcanzará a los rendimientos de explotaciones económicas, ni a las rentas derivadas del patrimonio, ni a las obtenidas en transmisiones, distintas de las señaladas en el apartado anterior (art. 121.2 TRLIS), considerándose rendimientos de una explotación económica los procedentes del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, cuando supongan por parte del sujeto

pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (art. 121.3 TRLIS).

Dentro de las actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, se sitúa el hacer frente a los gastos de urbanización, pudiendo para ello enajenar terrenos a terceros. Por tanto, el ejercicio de tal facultad no supone una explotación económica ni son rendimientos las cantidades obtenidas a su través para el sufragio de dichos gastos (TS 19-7-03, RJ 6197; 12-5-05, RJ 5238)²⁰.

En cuanto al deber de presentar declaración por el IS, las entidades parcialmente exentas estarán obligadas respecto de las rentas no exentas, salvo que estas rentas estuvieran sujetas a retención y fueran las únicas que hubieran obtenido, tal como se dispone en el art. 142.3 TRLIS (DGT 4-9-97).

5.1.3. Impuesto sobre Actividades Económicas.

El Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) es un impuesto de carácter municipal que tiene como hecho imponible, el ejercicio de actividades económicas en territorio nacional.

El RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales no regula ninguna exención que incluya a la Junta de Compensación, por lo que cuando ejerce actividades económicas es sujeto del IAE y debe cumplir, como cualquier otra entidad no exenta, con las declaraciones correspondientes, la primera de las cuales es la de darse de alta del impuesto en los treinta días previos al inicio de la actividad.

De acuerdo con el RDLeg 1175/90, IAE Tarifas e Instrucciones y con los criterios establecidos por la DGT, no están sujetas al impuesto las siguientes operaciones²¹:

- Adjudicaciones de solares a favor de los miembros de la Junta.
- Transmisión al Municipio, correspondiente a los terrenos de cesión obligatoria y de las obras de urbanización e instalaciones.
- Redacción de proyectos de urbanización y de las correspondientes obras, siempre que éstas sean realizadas por terceras personas.

La DGT a consulta formulada al respecto, no duda en contestar, que la aportación con carácter fiduciario de terrenos a la Junta de Compensación, adjudicación de los solares a los miembros de la Junta, transmisión al municipio de los terrenos de cesión obligatoria, no puede considerarse actividad económica, por lo que no está sujeta al impuesto.

Ahora bien, en caso de ejecutar directamente las obras de urbanización, y, en su caso, de edificación, y de proceder a la venta a terceras personas (ajenas a la

²⁰ *Memento Práctico de Urbanismo*. Madrid: Ediciones Francis y Taylor, 2008.

²¹ "El funcionamiento. Modelo de contabilización de las operaciones urbanísticas" *Manual para la ejecución del planeamiento en la compensación y la cooperación*. V. II. St. Cugat del Valles: SCUVIC, S.L., 1999."

Junta) de parcelas que la Junta se hubiese reservado a tal fin, vendría obligada a darse de alta y tributar por los epígrafes 833.1 y/o 833.2, promoción de terrenos y edificaciones de la Sección 1.ª de las Tarifas del impuesto²².

5.2. APORTACIÓN DE TERRENOS CON CARÁCTER FIDUCIARIO.

5.2.1. Impuesto Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Como ya se ha señalado, al actuar la Junta de Compensación como fiduciaria de los terrenos aportados no se produce ninguna transmisión de la propiedad y, por tanto, no está sujeta al ITP y se halla exenta por aplicación del artículo 18.4 del TRLS 2008, en la modalidad de AJD, exención que se recoge de forma expresa en el artículo 45.1.b).7 del LITPAJD.

5.2.2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas²³.

Las cantidades que la Junta de Compensación invierta en cuanto costes de urbanización incrementarán el valor de los terrenos, teniendo la consideración de mayor precio de adquisición, a los efectos de la determinación de las rentas que se generen en el momento de la transmisión o cesión de los terrenos. En este sentido, la contestación de la DGT a la consulta n.º 0654-01 de 28 de marzo de 2001:

“... el importe de las derramas que el propietario satisfaga a la Junta para la urbanización de los terrenos, se incorporará al precio de adquisición de los mismos, a los efectos de la determinación de las rentas que con posterioridad se generarán como consecuencia de la transmisión o cesión por cualquier título de los inmuebles en los que se materialicen las actuaciones.”

5.2.3. Impuesto sobre el Valor Añadido.

El artículo 4.1 de la LIVA dispone que *“estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen”*, y en el artículo 8.1, dispone que se considerará entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales.

Para que se devengue el impuesto es necesario que exista transmisión, hecho que no sucede en el caso de aportación de terrenos con carácter fiduciario, y así, el artículo 20.Uno.21 de la LIVA dispone que estarán exentas:

“Las entregas de terrenos que se realicen como consecuencia de la aportación inicial a las Juntas de Compensación por los propietarios de terrenos comprendidos en

²² DGT Madrid, 18 de enero de 1994.

²³ ABEL FABRE, Jordi. *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*. Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

polígonos de actuación urbanística y las adjudicaciones de terrenos que se efectúen a los propietarios citados por las propias Juntas en proporción a sus aportaciones. La exención se extiende a las entregas de terrenos a que dé lugar la reparcelación en las condiciones señaladas en el párrafo anterior. Esta exención estará condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación urbanística”.

Por tanto, están exentas del IVA las entregas de terrenos que se realicen como consecuencia de la aportación inicial a la Junta por los propietarios y las adjudicaciones de terrenos que se efectúen a los mismos en proporción a sus aportaciones.

Esta exención podrá ser objeto de **renuncia** por el sujeto pasivo cuando el adquirente sea sujeto pasivo del IVA que actúe en ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y tenga derecho a la deducción total del IVA soportado por las correspondientes adquisiciones (LIVA art. 20.Dos, pár.2º). Para tener derecho a deducir la totalidad del IVA soportado es necesario no realizar ninguna operación interior exenta en el IVA.

Dado que las adjudicaciones que realizan las Juntas, que suponen entregas de bienes sometidas al IVA, son operaciones exentas, las citadas Juntas no van a poder deducir todo el IVA soportado. De esta forma, si un empresario o profesional aporta un terreno afecto a su patrimonio empresarial o profesional a una Junta, este sujeto no puede renunciar a la exención: no va a poder tributar por el IVA y repercutírselo a la Junta. Y esto porque la Junta no podría deducir todo el IVA soportado, todo el IVA que le repercutiera²⁴.

En cuanto a la consideración de **empresarios** de las Juntas de Compensación a efectos de este impuesto, ya se apuntaba en el apartado referido a la calificación a efectos tributarios de las mismas, que con arreglo al artículo 5 de la LIVA, las Juntas pueden ser sujeto pasivo del IVA, dado que se trata de personas jurídicas que realizan las operaciones inmobiliarias establecidas en el citado precepto, operaciones que van a poder quedar sujetas al IVA.

La DGT, al respecto, señala que los propietarios que urbanizan por medio de sistema de compensación ejecutan por su cuenta la misma, por lo que tienen condición de empresarios a efectos del IVA, art. 5, (DGT 26-4-99), siempre que la aportación a la Junta de Compensación sea fiduciaria (DGT 12-6-98)²⁵.

Esta condición se extiende también a la Junta, que es una entidad dotada de personalidad propia y diferenciada que ejecuta la urbanización de los terrenos destinados a la adjudicación a los propietarios aportantes en proporción a sus respectivas aportaciones. Por ello tiene la condición de empresario y de sujeto pasivo de IVA (TEAC 6-6-96; 18-10-00; 2-11-00)²⁶.

5.3. OBRAS DE URBANIZACIÓN DE LOS TERRENOS²⁷.

²⁴ Dossier Práctico sobre Juntas de Compensación”. 2002-2003. Ediciones Francis y Taylor, S.A. MADRID.

²⁵ Memento Práctico de Urbanismo. 2008. Madrid: Ediciones Francis y Taylor.

²⁶ Memento Práctico de Urbanismo. 2008. Ediciones Francis y Taylor.

²⁷ Dossier Práctico sobre Juntas de Compensación. 2002-2003. Madrid: Ediciones Francis y Taylor, 2003

Los aportantes de terrenos a la Junta de Compensación le abonarán a ésta las cantidades correspondientes a los costes de las obras de urbanización que sufraga la Junta, que contratará dichas obras con determinados empresarios o profesionales.

Tales obras y servicios van a estar sujetos al IVA y no van a estar exentos, devengándose el IVA. Los empresarios o profesionales repercutirán ese IVA a la Junta, quien lo repercutirá, a su vez, con ocasión del cobro de las derramas a los aportantes-adjudicatarios de terrenos en función de las cantidades que éstos pagan a la Junta por la urbanización de los terrenos, según la participación de cada uno en tales gastos de urbanización.

Esta repercusión del IVA deberá efectuarse mediante facturas completas, que habrán de ser entregadas a los miembros de la Junta, que son los destinatarios de tales operaciones, facturas que constituirán, en su caso, el documento justificativo del derecho a la deducción del Impuesto por los mismos (DGT 20-5-93; 6-7-93).

La DGT considera las derramas como contraprestación por los servicios de urbanización que las Juntas prestan a sus miembros, debiendo repercutirse el IVA con ocasión de dicha prestación. A su vez, los junta-compensantes podrán deducir las cuotas soportadas en cuanto los terrenos cuya urbanización han promovido sean terrenos destinados a su transmisión, adjudicación o cesión a terceros...²⁸.

En el caso de incorporación a la Junta de una empresa urbanizadora implica, generalmente, la adjudicación de terrenos en contraprestación de los costes de las obras de urbanización. En palabras de Jordi ABEL FABRE²⁹ nos hallamos en un supuesto de permuta de suelo por obra de urbanización.

Si la entrega del suelo a la empresa urbanizadora tiene lugar como pago anticipado de las obras, y previo a su inicio, la entrega de terrenos no tendrá la consideración de edificables, constituyendo una operación que implica entrega de bienes y prestación de servicios, sujeta al tributo y exenta en mérito de lo previsto en el apartado 2.º del n.º Uno del art. 20 de la LIVA.

Si por el contrario la entrega de suelo se realiza una vez finalizadas las obras de urbanización, se trata de una entrega de terreno urbanizado o en curso de urbanización, realizada por la Junta que actúa como promotor de la urbanización, y por tanto está sujeta al impuesto y no exenta (art. 20.Uno.20.a) LIVA), siendo el coste de las obras de urbanización la base imponible.

En este caso, las adjudicaciones de terrenos por parte de la Junta suponen operaciones sujetas y no exentas, dado que la empresa urbanizadora no aportó terrenos en la constitución de la Junta, y por lo tanto, no concurren los requisitos necesarios para acogerse a la exención prevista en el citado artículo 20.Uno.21 de la LIVA.

²⁸ Contestación a la consulta 0654-01 de 28 de marzo de 2001.

²⁹ *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia* Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

5.4. TRANSMISIONES DE TERRENOS POR LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN A TERCEROS.

Con el objeto de financiar las obras de urbanización, generalmente se procede a la venta a terceros de parcelas edificables, efectuándose la misma no por la Junta, sino por cada uno de los miembros proporcionalmente a su participación, devengándose el IVA que debe repercutirse al adquirente, y es deducible por éste.

Por tanto, si la Junta de Compensación transmite terrenos a un tercero que no sea miembro de la misma, esta transmisión queda sujeta al IVA y no exenta (LIVA art. 20.Uno.21º).

La declaración-liquidación del IVA en estos casos de transmisión a terceros sería presentada ante la Administración Tributaria por la Junta y la cuota del IVA devengada por la transmisión será repercutida por la Junta al tercero-adquirente (DGT 23-11-95).

Ahora bien, resulta necesario que haya comenzado materialmente la urbanización de los terrenos, puesto que si los miembros transmiten terrenos con anterioridad al comienzo de las obras urbanizadoras, la enajenación está sujeta y exenta de IVA, debiendo tributar a través del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas³⁰.

5.5. EXCESOS DE ADJUDICACIÓN DE TERRENOS POR LA JUNTA DE COMPENSACIÓN A SUS MIEMBROS.

El ya citado artículo 18 del TRLS 2008, en su apartado 7 in fine establece lo siguiente:

“Cuando el valor de las parcelas adjudicadas a un propietario exceda del que proporcionalmente corresponda a los terrenos aportados por el mismo, se girarán las liquidaciones procedentes en cuanto al exceso”.

Y, es que para que se dé la exención del art. 20.Uno.21º LIVA en las adjudicaciones de terrenos por la Junta a sus miembros, se exige que la adjudicación a los mismos se efectúe en proporción a sus aportaciones.

De forma que si a uno de los aportantes se le adjudicase, a cambio del pago de una cantidad, más terreno del que proporcionalmente le correspondiese según el terreno aportado, la parte de terreno que excede de lo que le corresponda va a estar sujeta al IVA, y no exenta del impuesto, del que será sujeto pasivo la Junta de Compensación, y ésta, al mismo tiempo, repercutirá al adjudicatario de tal exceso.

Jordi Abel Fabre³¹ puntualiza que la adjudicación de los terrenos expropiados a los miembros de la Junta de Compensación, no rompe la equidistribución, siempre

³⁰ MÍNGUEZ JIMÉNEZ, Francisco. “Las Juntas de Compensación. Análisis tributario”. MADRID. 2002. Noticias Jurídicas.

³¹ “El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia”. Editorial Bosch, S.A. BARCELONA. 2001.

que se haga proporcionalmente a los derechos de los junteros, ni puede considerarse exceso de adjudicación, por cuanto esta posibilidad forma parte del sistema de ejecución por compensación.

5.6. CESIÓN DE TERRENOS A LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA ACTUANTE.

En cuanto a la cesión de terrenos a la Administración urbanística, la LOUA establece que la transmisión a la Administración actuante, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos de cesión obligatoria tendrá lugar por ministerio de la Ley con la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación.

En cuanto a los terrenos destinados a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público, en Resolución de la DGT de 8 de septiembre de 1989, se considera que, al tratarse de la cesión de terrenos no edificables, su entrega está exenta del IVA (art. 20.Uno.20 LIVA). En Resoluciones 2/2000 de 22 de diciembre y en la antes mencionada contestación a consulta 0654-01 de 28 de marzo de 2001, la DGT expone que la realización de las cesiones al Ayuntamiento no supone la realización de ninguna operación sujeta al IVA ni implica limitación alguna en el derecho a la deducción para los miembros de la Junta de las cuotas soportadas por la urbanización de los terrenos.

En lo que se refiere a los terrenos edificables correspondientes al 10% del aprovechamiento del ámbito correspondiente, o a equipamientos cuya cesión esté prevista en el planeamiento, la DGT, en contestación a consulta de 19 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 76453), considera que nos encontramos ante una prestación de servicios gratuita y obligatoria en virtud de normas jurídicas, le resulta de aplicación el supuesto de no sujeción regulado en el artículo 7.10º de la LIVA.

Ahora bien, la posterior transmisión de esos terrenos que se incorporan al patrimonio municipal en virtud de la citada cesión obligatoria, habrá de considerarse efectuada por parte del Ayuntamiento transmitente en el desarrollo de una actividad empresarial, quedando sujeta al IVA.

Javier MARTÍN FERNÁNDEZ³² destaca el caso examinado por la DGT, en contestación a consulta de 28 de junio de 2002 (JUR 2002, 257435), donde un Ayuntamiento adjudica al urbanizador el excedente de aprovechamiento que le había sido cedido por los propietarios del suelo, a cambio de una compensación económica. El Centro Directivo entiende que la cesión de aprovechamientos mediante precio constituye una entrega de bienes, y además, de bienes que forman parte del patrimonio empresarial del Ayuntamiento, por lo que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar la sujeción al impuesto.

Por otra parte, en el caso de que la obligación de cesión gratuita de los terrenos se sustituya, mediante acuerdo entre la Administración y los propietarios, por una compensación en metálico, la DGT considera que nos encontramos ante una

³² "Régimen tributario de las Juntas de Compensación." *Curso: "Urbanismo y Tributos Municipales*. 11 y 12 de febrero de 2010. Granada: CEMCI., 2010.



entrega de bienes no sujeta al impuesto (contestación a consulta de 31 de mayo de 2001, JUR 2002, 76197, entre otras).

Y así lo había expresado el Ministerio de Fomento, en su Informe de 13 de junio de 1998, donde indica que se trata de la entrega de una compensación dineraria sustitutiva de la cesión que, por ello mismo, no llega a producirse. En consecuencia, no existe ninguna operación sujeta, no pudiéndose entender que la entrega del efectivo constituye la contraprestación de entrega alguna.



DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Francisco Javier Pérez Salas.
Secretario General
Ayuntamiento de Santa Fe (Granada)

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del “curso monográfico de estudios superiores: el acceso al empleo público: adquisición y pérdida de la relación de servicio”, Celebrado durante los días 8 y 9 de febrero de 2010 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada).

ÍNDICE:

- I. Introducción.
- II. Del derecho de acceso al ejercicio de la función pública.
- III. Del derecho a la tutela judicial efectiva.
- IV. De la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposición.
- V. El control judicial de la discrecionalidad técnica.

I. INTRODUCCIÓN.-

Antes de proceder al análisis de la discrecionalidad técnica de los tribunales y comisiones calificadoras en los procesos selectivos, conviene señalar el marco legal básico y fundamental, y para ello nada mejor que comenzar con lo que sobre este particular establece la Constitución **(CE)**.

En este sentido, el artículo **23** de la **CE** señala que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, así como el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes; que debe ponerse en relación con el número **1** del artículo **103** de la **CE** cuando dice que **la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales** y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y muy especialmente con el número **3** del citado precepto al señalar que la **Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos**, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios

de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Señalado el marco constitucional, y en desarrollo de aquel debe traerse a colación la **Ley 7/2007**, de 12 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (**EBEP**), en cuyo artículo **55** se establecen los principios rectores del acceso al empleo público de acuerdo con la **CE**, así como los principios de publicidad de las convocatorias y sus bases, la transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y **discrecionalidad técnica** en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, agilidad y objetividad.

El artículo **60** del **EBEP** se refiere a los Órganos de selección, destacando que serán colegiados, que su composición deberá ajustarse a **los principios de imparcialidad y profesionalidad**, tendiendo a la paridad entre mujeres y hombres, que el personal de elección o designación política no podrá formar parte de aquellos junto con el personal eventual, lo que debe valorarse muy positivamente en aras de reforzar la independencia del tribunal calificador, así como que, tampoco puedan formar parte los funcionarios interinos lo que contribuye a garantizar la solvencia técnica del órgano calificador. En este sentido, debe valorarse muy positivamente la no presencia en los procesos selectivos de organizaciones representativas de intereses colectivos o sectoriales, esto es, sindicatos, no obstante, y sin perjuicio de la pertenencia a título individual de alguno de sus miembros pero no en nombre y por cuenta de aquellos.

El artículo **61** del **EBEP** relativo a los sistemas selectivos reitera que los mismos deberán garantizar el cumplimiento del principio de igualdad del artículo **14** de la **CE**, a través del **carácter abierto de las convocatorias que garanticen la libre concurrencia**, sin perjuicio de la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva, lo que debe ponerse en relación con el artículo **59** del **EBEP** en el sentido de que, en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para las personas con discapacidad. Asimismo, destaca la previsión contenida en el número **4** del artículo **61** de que **las Administraciones Públicas puedan crear Órganos especializados y permanentes para la organización de los procesos selectivos**, lo que debe valorarse muy positivamente sobre todo en aquellas Administraciones Locales que su reducido tamaño en numerosas ocasiones carece de personal y debidamente cualificado.

Señalado el marco Estatal básico, esto debe entenderse sin perjuicio de lo que establezcan las diferentes Leyes de Función Pública que dicten las Comunidades

Autónomas en desarrollo y ejecución de sus respectivas competencias según sus Estatutos de Autonomía.

II. DEL DERECHO DE ACCESO AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.-

El derecho al acceso a las Administraciones Públicas, esto es, **el acceso a la Función Pública en condiciones de igualdad**, en relación con los principios de mérito y capacidad, es, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Constitucional (TC), **un derecho de configuración legal, que no garantiza en sí mismo el acceso, sino la igualdad de todos los que cumplan los requisitos establecidos en la participación del correspondiente sistema de selección**, que debe de estar sometido a requisitos formulados en términos generales y abstractos, correspondiendo, en principio, la interpretación de dicha legalidad a los Tribunales ordinarios (**STC 10/1989, 24/1990**), aunque dicha interpretación de la legalidad ha de hacerse en el sentido más favorable al derecho fundamental (**STC 24/1990**).

El artículo **23.2 CE** garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder a las funciones públicas "en condiciones de igualdad", lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos **una situación jurídica de igualdad** en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas y concretas [**STC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 67/1989, de 18 de abril, FJ 2; 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 b**]. Esta igualdad que la Ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el artículo **103.3 CE** y no en el artículo **23.2 CE**, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarias para aspirar a los distintos cargos y funciones, el artículo **23.2 CE** impone **la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad**, de manera que pueden también considerarse contrarios del principio de igualdad todos aquéllos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los ciudadanos [**STC 50/1986, de 23**

de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 b)].

En este sentido, se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir al proceso selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso **[§TC 73/1998, FJ 3 a)].**

No es ocioso señalar que el derecho proclamado en el artículo **23.2 CE** incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la Ley, de tal modo que **durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de las normas reguladoras del mismo toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo**, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo **23.2 CE** se proyectan no sólo a las propias "leyes", sino también a su aplicación e interpretación. No obstante, el **TC** ha precisado que el artículo **23.3 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas**, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo **23.2 CE**, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad **[§TC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c)].**

III. DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.-

El artículo **24** de la **CE** dice que todas las personas tienen **derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión**, así como que, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia; lo que debe ponerse en relación con el artículo **106.1** de la **CE** cuando establece que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

En este sentido, una reiterada doctrina constitucional ha destacado el **protagonismo que a los Jueces y Tribunales corresponde en el control de la**

regularidad del proceso selectivo, toda vez que al ser el derecho proclamado en el artículo **23.2 CE** un derecho de configuración legal, "corresponde al legislador señalar los requisitos oportunos dentro del debido respeto a los principios contenidos en el artículo **103 CE**, y a los órganos jurisdiccionales concretar en cada caso cuál es la normativa aplicable, pues es a ellos a quienes corresponde en exclusiva, de conformidad con el artículo **117.3 CE**, el enjuiciamiento de los hechos y la selección e interpretación de las normas" [**STC 10/1989, de 24 de enero, FJ 3; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c)**]. En su condición de intérprete supremo de la Constitución, la tarea fiscalizadora del TC, si a ello es instado en vía de amparo, ha de circunscribirse a contrastar si la aplicación e interpretación de la legalidad configuradora del derecho fundamental efectuada por los órganos jurisdiccionales ha respetado o no la integridad del derecho fundamental en su caso concernido [**STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4 c)**].

IV. DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES DE OPOSICIÓN.-

La discrecionalidad técnica hace referencia a la creciente influencia que los juicios de conocimiento tienen en las decisiones administrativas. Las relaciones entre técnica y decisión discrecional pueden asumir dos formas distintas: una externa, o sea, la discrecionalidad que se ejerce sobre la base de datos técnicos y que como tal no difiere de los otros tipos de discrecionalidad; y una interna, que hace referencia a la propia relatividad de las reglas técnicas. En cualquier caso, el TS ha establecido que **la discrecionalidad técnica no implica arbitrariedad.**

La noción de discrecionalidad técnica es la que se extrae de la jurisprudencia del TC acerca de la actuación de los tribunales calificadoros de oposiciones y concursos, concepto que obedece a la atribución por la ley de facultades decisorias a determinados sujetos, dotados de una especial idoneidad técnica que escapa del control jurídico de los tribunales. He aquí reseñada su doctrina al respecto, toda vez que, delimitada en los términos expuestos la primera de las cuestiones suscitadas en el presente recurso de amparo, es necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa a la fiscalización por parte de los Jueces y Tribunales de las decisiones o actuaciones de los Tribunales o Comisiones calificadoras que han de resolver las oposiciones y concursos. En esta doctrina el TC haciendo suya una consolidada doctrina jurisprudencial aplicada por los Tribunales ordinarios, ha tenido ocasión de manifestar que, **aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica**, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión

calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo **24.1** de la **CE**, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho del artículo **103.2 CE**, ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican del art. 106.1 **CE**, así como tampoco ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Supone simplemente señalar que ese control judicial, del que no pueden excluirse las Resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones [**STC 39/1983 (fundamento jurídico 4.º)**; **97/1993 (fundamento jurídico 2.º)**].

Así ocurre, decíamos en las citadas sentencias en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración Pública y que en cuanto tal escapa al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico.

Por lo tanto, **el control jurisdiccional asume**, en palabras del propio Tribunal, **"determinadas modulaciones o limitaciones"** que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Basándose en estas razones, el TC entiende que esta política de revisión jurisdiccional de las decisiones de los tribunales examinadores no afecta la garantía de tutela judicial efectiva prevista en el artículo **24.2** de la **CE**. Esta sentencia modifica la línea jurisprudencial que venía siguiendo el órgano constitucional al pasar de considerar el ámbito de la discrecionalidad técnica como exento del control a estimar que sólo existe una modalidad en cuanto al mismo. En las sentencias posteriores ha reafirmado dicha tendencia. Así, en la **STC 34/95** del 6 de febrero, el tribunal diseñó el marco general en el que la discrecionalidad técnica se inserta, esto es que, antes de pasar a conocer de la cuestión así planteada, sería conveniente realizar una breve síntesis del marco normativo y de la doctrina de este Tribunal en puntos cruciales para su adecuada resolución. La primera observación que hay que hacer es que el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a núcleo central que preside el obrar administrativo, equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico, conectándose de este modo la

garantía de sumisión a la norma con la interdicción de arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos y la primacía de la Ley, como postulado básico de un Estado de Derecho. Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia.

La doctrina del TC ha tenido ocasión, sin embargo, de introducir matices. Entre ellos se encuentra, por lo que ahora nos interesa, **la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado «discrecionalidad técnica» de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo.** Con referencia a ella, se ha afirmado que, aún en estos supuestos, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en **«una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación».** Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla **«si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado»**, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (**STC 353/1993, fundamento jurídico 3.º**).

Esto es, el recurso interpretativo de que se habla, en cuanto recorta las facultades de control del Juez, sólo puede considerarse compatible con el diseño constitucional antes descrito en la medida en que contribuya a salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración, eliminando posibles controles alternativos, no fundados en la estricta aplicación de la Ley, de parte de los órganos judiciales. Como se desprende claramente, la doctrina del TC reconoce que **no hay áreas de inmunidad del poder, pero inmediatamente aclara que el control no es pleno en el caso de la actividad de los tribunales de oposición.** Las modulaciones de ese control se deben, en su parecer, a varias razones que van desde la presumible imparcialidad de los componentes del tribunal, su especialización, la participación directa en las pruebas desarrolladas, hasta la presencia de diversas interpretaciones a las que son propensos los exámenes de tipo test, el carácter esencialmente discutible de toda materia jurídica y la falta absoluta de precisión del lenguaje jurídico. Ello ha llevado, en la práctica, a que esa apertura de control no se ejerza en los casos concretos, o sea, que el TC no haya revocado la decisión de un tribunal técnico por arbitrariedad y haya restringido su fiscalización a la existencia de **"desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado"**.

Conforme a reiterada Jurisprudencia, cuya cita no resulta ociosa, **los tribunales y órganos calificadoros de las oposiciones y concursos gozan de una amplia discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido**, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados que poseen. Y, como se afirma en las Sentencias del Tribunal Supremo, de **10 de octubre de 2000 -RJ 8992-**, de **19 de junio de 2001 -RJ 9544-** y de **22 de febrero de 2002 -RJ 7243-**, esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control por los órganos jurisdiccionales de la actividad evaluadora realizada por los tribunales calificadoros a la inobservancia de elementos reglados - cuando existan-, al error ostensible y manifiesto y a la arbitrariedad o desviación de poder. Fuera de estos supuestos excepcionales, advierte sobre la improcedencia de que la Administración, en este caso, los tribunales de oposición, sea sustituida por completo por los órganos jurisdiccionales en la valoración de las circunstancias que motivan la construcción discrecional de la potestad, de tal manera que **si la decisión administrativa aparece razonablemente fundada, no resulta jurídicamente correcto que el contenido del acto**, en nuestro caso la decisión o propuesta del tribunal, sea sustituido sin más por la opinión del órgano jurisdiccional. **(Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1977 -RJ. 2467- y 15 de abril de 1986 -RJ1139-).**

Los Tribunales calificadoros en pruebas de selección gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, la especialización de sus conocimientos y la intervención directa en las pruebas realizadas, y los **Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos, en segundos Tribunales calificadoros que revisen todas las pruebas y baremaciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación los que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponden al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, lo que no impide, como ya hemos dicho, la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se haya producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder (§§T§ de 20 de octubre de 1992 -RJ 8485- y de 22 de febrero de 2002 -RJ 7243-, entre otras).**

La denominada discrecionalidad técnica de los tribunales y órganos seleccionadores, que viene a significar que **el juicio técnico emitido no puede ser sustituido por otros órganos, administrativos o judiciales** -salvo que haya existido desviación de poder error o arbitrariedad-, hace descansar esta presunción de certeza y de razonabilidad en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores **(STC 34/1995, de 6 de febrero).**

Directamente relacionado con la discrecionalidad técnica y su correcto ejercicio, es la capacitación de los miembros de los órganos de selección, toda vez que, carece de toda lógica que si se trata de evaluar exclusivamente los méritos y capacidad de los candidatos, es necesario que todos los evaluadores tengan la cualificación técnica necesaria.

En definitiva, el tribunal calificador cuenta con un ámbito de discrecionalidad técnica no controlable ni por los Tribunales de Justicia ni tampoco por otras instituciones como el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 54 de la CE, esto es, una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Lo que debe entenderse predicable a las figuras análogas que puedan prever los Estatutos de Autonomía.

V. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.-

Una de las características del Estado de Derecho que proclama el artículo 1 de la CE, junto con el imperio de la Ley y la división poderes, es el **control judicial de la actuación de los Poderes Públicos**, y por lo tanto de las Administraciones Públicas, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyo tenor, **los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo**, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación; en relación al artículo 25 de la Ley Jurisdiccional, donde se establece que **el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.**

Es reiterada la doctrina del TS sobre la discrecionalidad técnica de las comisiones juzgadoras (**STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 15 de diciembre de 1995**), habiendo dejado constancia también el TC de que **los órganos jurisdiccionales no pueden nunca suplantar los criterios científicos que han llevado a la comisión calificador de un proceso selectivo a preferir a un candidato frente a otro**, pudiendo ser revisada únicamente su calificación cuando se produce una infracción jurídica de los criterios a aplicar (**STC 353/1993, de 29 de noviembre**).

El control judicial de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores, como se ha señalado por la doctrina y por la jurisprudencia tanto del TS como del TC, debe realizarse como una revisión de la legalidad de dicha actuación. De manera que, una vez concretados los hechos determinantes que han sido tenidos en consideración por la Administración Pública en su actuación, el Juez deberá comprobar la existencia de un error manifiesto en la valoración que la Administración ha llevado a cabo de los citados hechos, **no pudiendo aquél sustituir las valoraciones fácticas de ésta por las suyas propias** si aquéllas entran dentro del margen de apreciación de la discrecionalidad técnica sin infringir los límites legales. Debe probarse fundamentalmente que la valoración es ilícita, lo que ocurrirá cuando la decisión sea manifiestamente equivocada, irrazonable o desproporcionada, es decir, arbitraria, pretendiéndose mediante la revisión asegurar que la Administración decide en virtud de criterios puramente técnicos.

El Juez no puede ir más allá de la mera constatación de la inexistencia o inexactitud de los hechos sobre los que la Administración funda una decisión discrecional, de modo que no cabe afirmar que la ponderación o valoración de los hechos sea un elemento reglado a diferencia de la constatación de su existencia, salvo cuando no quepa más que una sola valoración precisa de los mismos. El órgano judicial no puede sustituir con su valoración la ponderación de un determinado hecho realizada por la Administración Pública en uso de su potestad discrecional técnica, por cuanto infringiría la aludida línea jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos especializados y su control judicial establecida por el TS y por el TC en cuanto afecta a los artículos. (**Arts. 24.1, 23.2 y 103.3 CE.**)

El margen de discrecionalidad técnica en la selección o provisión de personal, en modo alguno supone que el órgano examinador y el órgano decisor, gocen de inmunidad impeditiva del control de la validez legal de sus decisiones y de las justificaciones en que se sustente lo decidido. Así, el poder de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la plena sujeción de la actuación administrativa a la Ley y al derecho es aplicable también a la fiscalización de la actuación de los órganos de selección, sin especialidad alguna cuando este control se realiza sobre los elementos reglados del acto o a la

adecuación de la facultad ejercida con la habilitación conferida por el legislador. Si bien cuando se realice éste control judicial sobre las actuaciones selectivas sujetas a parámetros de discrecionalidad técnica, afecta por ello a aquellas cuestiones que debiendo ser resueltas por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, encomendándose por el legislador a determinados órganos especializados de la Administración.

Los actos administrativos que ponen fin a los procedimientos selectivos están sujetos al requisito de motivación de conformidad con el artículo **54.2** de la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (**LRJPAC**), exigiéndose la acreditación en el procedimiento de los fundamentos de la resolución, sin que sea incompatible la discrecionalidad técnica con la exigencia de la fundamentación fáctica que debe ser comprobada en el control jurisdiccional, ya que esta discrecionalidad está delimitada por la garantía de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos de conformidad con el artículo **9.3** in fine de la **CE**. Por ello, **no será válida aquella decisión selectiva que no aparezca justificada mediante una motivación racional, o cuando ésta motivación carezca de sustento material en los datos objetivos sobre los cuales opera y en los que apoyarse, o se evidencie carente de autenticidad y racionalidad.**

En este sentido debe traerse a colación las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ en su Curso de Derecho Administrativo, cuando dicen:

"No basta, sin embargo, como es lógico, con aducir o expresar alguna razón, con motivar el acto de cualquier manera. La exigencia de razones que resulta del artículo 9.3 de la Constitución no se agota, como es evidente, en el puro plano formal de la motivación. Las razones que la autoridad que decide ha de aducir para excluir la tacha de arbitrariedad tienen que tener alguna consistencia..., deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión, han de ser, pues, razones justificativas, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional."

Si bien es cierto que las decisiones dimanantes del ejercicio de la discrecionalidad técnica gozan de una presunción "iuris tantum" de certeza y racionalidad, ello es compatible con el control judicial de la interdicción de la arbitrariedad, control que exigirá para la validez de la actuación administrativa la suficiencia y razonabilidad de los mismos. Lo que se sujeta al control judicial es la validez de la motivación de la decisión del órgano de selección especializado, la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, requiere que este control jurisdiccional se realice mediante la reconducción del análisis de la realidad controvertida a un juicio de validez fundado en derecho, es decir en la interpretación

del ordenamiento jurídico vigente. Así y sin llegar a sustituir al órgano administrativo de selección en lo que sus valoraciones tengan de apreciación técnica, el control judicial de la validez de la motivación, podrá sobrepasar el control de los aspectos lógico formales para adentrarse en el contenido de la motivación en orden a enjuiciar jurídicamente la “razonabilidad” de los elementos de justificación que se ofrezcan como centralmente sustentadores de la motivación.

Ha de complementarse esta doctrina con aquella que contempla las decisiones de los tribunales calificadores en los procedimientos selectivos en los que el sistema sea el concurso de oposición libre, o de comisiones de valoración en concursos para la provisión de puestos de trabajo, en los que se distingue dos tipos de actos:

1º.- Aquellos actos que versan sobre la valoración de los conocimientos o del nivel científico de los concursantes y

2º.- Aquellos actos cuya valoración viene predeterminada por criterios objetivos y matemáticos establecidos en la bases de la convocatoria.

En los primeros, **la puntuación asignada por el Tribunal, en principio no es revisable jurisdiccionalmente, salvo que se hayan infringido las bases de la convocatoria.**

En los segundos, calificación de méritos de los aspirantes, **el control jurisdiccional versa sobre la aplicación de datos numéricos, incompatible con cualquier juicio de discrecionalidad**, por ello, cabe un control pleno del sometimiento a las bases de la convocatoria de la aplicación del baremo de méritos que hace el tribunal o comisión cuando éste venga conformado, control que no se ve disminuido por la existencia en las propias bases de la convocatoria de conceptos jurídicos indeterminados cuyo significado deba ser necesariamente establecido con certeza.

La discrecionalidad técnica, que tanto la Jurisprudencia Constitucional como la del Tribunal Supremo (SSTC 39/1983, 97/1993, 353/1993, 34/1995 y SSTs de 17 de noviembre de 1986 dictada en interés de ley, de 3 de Febrero de 1987, de 19 de julio de 1988, de 8 de noviembre de 1989, de 18 de enero de 1990, de 13 de marzo de 1991, de 20 y 25 de octubre de 1992, de 25 d febrero de 1994, de 8 de julio de 1994, etc.) **confirma la imposibilidad de revisar el “núcleo técnico” de las decisiones adoptadas por los órganos de selección y reducen la posibilidad de su revisión ulterior a los supuestos de dolo, coacción, desviación de poder, arbitrariedad, errores evidentes, etc., de modo que la calificación sea inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica.**

De los múltiples pronunciamientos jurisdiccionales que sobre la materia existen y sin perjuicio de los señalados anteriormente merecen especial atención los siguientes:

La **STJ de 18 de enero de 2010**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **4204/2006**, cuando en su Fundamento de Derecho **V** dice:

“Es cierto que se presume la legalidad de los actos de la Administración y que las decisiones de los tribunales calificadores, debido a los conocimientos especializados de sus miembros y a las notas de objetividad e imparcialidad que deben presidir su actuación, se presumen acertados cuando ejercen la discrecionalidad técnica de la que están dotados. No obstante, es igualmente verdad que se trata de una presunción iuris tantum que puede ser desvirtuada cuando medie una actividad probatoria que ponga de manifiesto su claro desacierto”.

La **STJ de 26 de octubre de 2009**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **2526/2007**, cuando en su Fundamento de Derecho **V** dice:

“El segundo tampoco puede prosperar porque, de un lado, la prueba practicada no era pertinente. No lo era el dictamen pericial solicitado, pues los Magistrados de una Sala de lo Contencioso-administrativo no precisan el asesoramiento de profesores universitario para valorar si la calificación dada a los ejercicios fue arbitraria,..., En consecuencia, no hubo indefensión y el motivo debe ser desestimado”.

La **STJ de 16 de septiembre de 2008**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **5934/2004**, cuando en su Fundamento de Derecho **I** dice:

“La recurrente no hace en el presente recurso sino reiterar la posibilidad de revisión de los actos de los Tribunales Calificadores, en virtud de las sentencias que cita de este Tribunal y del Tribunal Constitucional acerca de la discrecionalidad técnica. Recientes sentencias de esta Sala han matizado la jurisprudencia sobre esta materia, llegando a la conclusión de que dicha discrecionalidad, que impide al Juez sustituir aquellos actos con un contenido técnico por el suyo propio, ha de mantenerse, pero no es distinta, en el caso de Tribunales Calificadores de pruebas selectivas”.

La **STJ de 12 de marzo de 2008**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **3151/2003**, en su Fundamento de Derecho **III** establece:

“Esta Sala efectivamente tiene declarado que **la arbitrariedad es uno de uno de los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica**, como también tiene dicho que la racionalidad es el reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 de la Constitución (una muestra de esta doctrina es la sentencia de 18 de mayo de 2007, Casación 4793/2000, que precisamente aborda la cuestión de la posibilidad del control jurisdiccional, con pautas de racionalidad común, de unas pruebas tipo test).

Y debe recordarse así mismo que **otro de los límites que rigen en las actuaciones administrativas encuadrables en esa discrecionalidad técnica**, y cuya observancia también puede ser objeto de control jurisdiccional, son los derechos fundamentales, entre ellos, **el derecho a la igualdad del artículo 14 CE**.

Desde la premisa que significa lo anterior, debe compartirse la anulación que fue preconizada por el recurrente de la anulación de esas tres polémicas preguntas en las que posteriormente fue admitida para los aspirantes que las contestaron más de una respuesta válida.

Así ha de ser considerado porque esa es la solución que resulta más acertada siguiendo pautas de racionalidad común y, también, tomando en consideración las exigencias que son inherentes al derecho a la igualdad.

En relación a lo que acaba de afirmarse, merece recordarse que la especial configuración de las pruebas tipo test consiste en disponer una sola respuesta para cada pregunta entre varias alternativas, sin permitir a las personas que las realizan ningún comentario aclaratorio de su opción, y en disponer también una penalización para quienes, en lugar de no contestar, no eligen la respuesta válida.

Y lo que de ello se deriva es que, existiendo fundadas dudas sobre cual debe ser la respuesta elegida (y así ocurrirá cuando varias de ellas razonablemente puedan considerarse acertadas en relación con lo preguntado), la conducta más coherente en términos de lógica con la naturaleza de las pruebas será considerar mal formuladas las respuestas y no responder para evitar la penalización; y, por esta razón, perjudicar a quienes así hayan procedido con un claro fundamento racional, frente a los que, contrariando la naturaleza de la prueba, contestaron desde el presupuesto de que podían ser consideradas como correctas más de una pregunta, significa seguir una solución de desigualdad carente de una razonable justificación”.

La **STJ de 20 de julio de 2007**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **9184/2004**, en su Fundamento de Derecho **III** establece:

“El concreto objeto del presente proceso consiste, por tanto, en determinar si la exclusión del recurrente fue ajustada a derecho, pretensión que la Administración demandada considera improsperable sobre la base de que pretende sustituirse un juicio emitido por un Tribunal calificador en el ejercicio de una potestad discrecional, juicio que, dada la presumible imparcialidad de los miembros que componen dichos Tribunales, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas practicadas, no puede revisarse pues, y en principio, los Tribunales de Justicia no pueden convertirse en segundos Tribunales calificadores de todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo con sus propios criterios de calificación los que, en virtud de aquella discrecionalidad técnica, corresponden exclusivamente a los Tribunales que hayan de juzgar las pruebas selectivas.

Así pues para la resolución del presente recurso es preciso tener en cuenta dos principios generales, cuales son el de **la discrecionalidad técnica de que gozan las Comisiones calificadoras de oposiciones y concursos y, en segundo término, la inatacabilidad de las bases de dichos procesos selectivos con ocasión de la resolución de los mismos siempre y cuando, como habremos de convenir, no hubieran sido recurridas en tiempo oportuno.**

Con relación al primero de los principios generales el problema que se plantea, no exento de dificultad, es tratar de delimitar con cierta precisión lo que propiamente constituye el núcleo central de la discrecionalidad técnica, pues **si bien es verdad que las potestades discrecionales no permiten que, en su ejercicio correcto, se sustituya la valoración del órgano que la tiene atribuida por ninguna otra, no es menos cierto que las exigencias a las que en un Estado de Derecho debe responder la actuación de dichas potestades no las excluye, en su totalidad, del control Jurisdiccional sino, únicamente, en dicho núcleo central.**

En este sentido resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1.991, que resume la doctrina existente al respecto del control Jurisdiccional de la actuación Administrativa, consagrado en el artículo 106.1 de la Constitución, control que se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, y que viene siendo aplicada por los Tribunales, a través de varias pautas que, como expresa la Sentencia citada, son:

1.- El control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad;

2.- La contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los Principios Generales del Derecho, que informan todo el Ordenamiento Jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde se deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquellos; y,

3.- El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución).

Dicho de otro modo, como señala el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 1.988, “las limitaciones a la discrecionalidad administrativa en la materia (a salvo la desviación de poder) se refieren al procedimiento por el que se llega a la resolución del concurso y a la apreciación de las condiciones legales de los aspirantes, pero no se extiende a los juicios técnicos de los Tribunales Calificadores. La valoración de los méritos de los concursantes no tiene otros límites legales que los que, en su caso, se establezcan en las Bases de la convocatoria.”

En definitiva, si bien el Tribunal Calificador goza de amplia discrecionalidad técnica no cabe duda, de acuerdo con lo expuesto, que la misma debe descansar en el respeto a lo dispuesto en las Bases del proceso selectivo y, en concreto y en lo que afecta al supuesto que nos ocupa, si realmente concurría en el actor la causa de exclusión contemplada en el apartado 4.3.1 de la Orden del Ministerio del Interior de 11 de enero de 1.988 y que fue la que, como sabemos, determinó la misma.

De contrario, la valoración de una disfunción realmente constatada se entronca, en verdad, dentro de lo que podríamos calificar como “**núcleo material de la discrecionalidad técnica**” respecto al cual cabe decir, (en este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional en Sentencias, entre otras, de 18 de abril de 1.989 y 14 de noviembre de 1.991, y el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de enero y 21 de febrero de 1.992), **que no corresponde a este Órgano Jurisdiccional interferirse en el margen de apreciación otorgado al Órgano de Calificación, ni examinar la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino comprobar si no se ha sobrepasado el margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los evaluados** y ello porque las valoraciones efectuadas por los Tribunales Calificadores, y en este concreto ámbito, no son

susceptibles de control jurídico como no sean los supuestos, extremos, de desviación de poder o notoria arbitrariedad y entonces sólo para anular las mismas, nunca para sustituirlas por otras”.

La **STJ de 14 de julio de 2000**, de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **258/1997**, en su Fundamento de Derecho **IV** establece:

“Ese carácter de órganos especializados en específicos saberes que corresponde a los Tribunales Calificadores ha determinado la aceptación, en su actuación evaluadora, de un amplio margen de apreciación, esto es, de eso que doctrinalmente se ha venido en llamar discrecionalidad técnica.

Esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados cuando estos existan, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, **deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador**, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”

La **STJ de 4 de junio de 1998**, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número **496/1996**, en su Fundamento de Derecho **V** establece:

“Afirma el actor, con cita de jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, que **la presunción de legalidad de que goza la discrecionalidad técnica del Tribunal del concurso puede quedar desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado**, y, en el presente caso, señala el demandante, no hay posibilidad de conocer si ha habido un proceder razonable, dada la ausencia de justificación del criterio seguido en la valoración de los méritos.

Pues bien, no puede decirse que la argumentación del recurrente desvirtúe la presunción de razonabilidad que, según reconoce, ampara la actuación del Tribunal calificador, ya que, como ya se ha dicho, **la falta de constancia de los criterios complementarios de valoración seguidos por el Tribunal no vicia el procedimiento** y, por otra parte, la valoración que hace el actor de sus propios méritos, atribuyéndoles una puntuación superior a 15 puntos, no es bastante para

desvirtuar la razonabilidad de la que ha efectuado el Tribunal con arreglo al baremo establecido, ni para demostrar la existencia de desviación de poder o arbitrariedad que excluyan la legitimidad del respeto a la discrecionalidad técnica del órgano calificador”.

Y la **STC 219/2004 de 29 de noviembre**, dictada en recurso de amparo núm. **2773/2000**, en su Fundamento de Derecho **VI** dice:

“Este Tribunal ya desde su STC 39/1983, de 16 de mayo, FJ 4, afirmó al respecto que **la existencia de la discrecionalidad técnica "no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1)**. Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico”.

Pero aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de Justicia en el control de esta actividad administrativa, también este Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1 CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 97/1993, de 22 de marzo, y 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 5), que es, precisamente, lo que ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia ahora impugnada, dar por buena, sin más comprobación, la nota obtenida por el recurrente, sin realizar el control sobre la actuación de los órganos calificadores en cuanto a la aplicación de la mencionada fórmula matemática.

La argumentación que realiza el Tribunal al negarse a resolver la cuestión planteada invocando la discrecionalidad técnica de la Administración, vulnera el derecho a la tutela judicial del recurrente por denegación de justicia, ya que dicha alegación nada tiene que ver, ni afecta, a la discrecionalidad técnica de las comisiones calificadoras del proceso selectivo.

Como se desprende de la doctrina elaborada por este Tribunal (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3) **lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadoros; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo**, salvo circunstancias excepcionales, pero en el caso que nos ocupa, es evidente que el recurrente no planteó al Tribunal nada que tuviera que ver con la discrecionalidad técnica, no puso en duda la valoración de los ejercicios, ni el criterio de valoración para la corrección de los mismos, solamente se limitó a cuestionar la aplicación de la fórmula para la determinación de las calificaciones, siendo ésta una cuestión que entra absolutamente en las competencias de control de la legalidad del proceso selectivo que deben llevar a cabo los Jueces ordinarios.

Este Tribunal ha afirmado, por una parte que "ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica" (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4), pero además, ha recordado (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3) que "la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria... no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal con su decisión de excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador". Del mismo modo, debemos afirmar que la determinación de si la fórmula empleada para la corrección de determinados ejercicios de un proceso selectivo ha sido aplicada correctamente o no, tampoco entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, y por tanto dicha circunstancia, que en absoluto implica sustituir la actividad de la Administración, debe ser controlada por los Jueces y Tribunales cuando así sea demandado por los participantes en el proceso selectivo".

Añade la citada Sentencia en su Fundamento de Derecho **VII** que:

"En el ejercicio, por parte de la Administración, de la denominada discrecionalidad técnica, existen una serie de elementos plenamente fiscalizables por los Tribunales de Justicia; en el presente caso, el recurrente plantea una cuestión que de ninguna manera puede entenderse que pertenece al ámbito de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadoros de la Administración, ya que **la correcta aplicación matemática de una fórmula para la corrección de unos ejercicios, es una cuestión fáctica**; la fórmula se aplicará de una u otra manera, bien como expone el recurrente, bien como la realizó la Administración, pero la duda sobre su correcto desarrollo, una vez planteada al Juez, debe ser resuelta, expresa o tácitamente, pero lo que no es admisible, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, es que el Tribunal no entre a resolver la cuestión porque considere que es un problema de discrecionalidad técnica".

LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN TRAS EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 60.3

Ángel Francisco Pezo Mena

Jefe del negociado de personal
Ayuntamiento de Palma del Río (Córdoba)

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del "VI Curso de Especialización en Función Pública", Celebrado durante el año 2009 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada).

ÍNDICE:

- I. Introducción.
- II. Antecedentes, normativa anterior al EBEP y su génesis.
- III. Los órganos de selección en el EBEP.
- IV. Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.
- V. Criterios e instrucciones para la aplicación del EBEP.
- VI. Informes sobre los órganos de selección en los procesos selectivos de los funcionarios de la Policía Local.
- VII. Dictámenes de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía.
- VIII. Sentencias.
- IX. Doctrina jurídica.
- X. Conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN.

El Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) nace con la finalidad primordial de mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración.

Contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio; es decir, aunque el empleo público tiene un marcado carácter funcional, reconoce e integra el importante papel que en los últimos años ha jugado la contratación de personal laboral para el desempeño de determinadas tareas.

En materia de acceso al empleo público pretende garantizar, en la mayor medida posible, la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección. En particular hace hincapié en las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, con el objetivo de asegurar su independencia en el ejercicio de las potestades que les corresponden, y de ahí que, como es regla en otros ordenamientos, establece determinados límites a su composición. A estos se añade el criterio favorable a la paridad de género, en coherencia con la mayor preocupación actual de nuestro ordenamiento por garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres¹.

Parece ser que hay un generalizado consenso en que el legislador ha estado poco afortunado en la redacción del EBEP, dejando una vía muy abierta a las interpretaciones. Una de ellas es la del artículo 60.3, referido a los órganos de selección, que vamos a estudiar.

Para ello, iniciamos nuestra andadura a través de una breve introducción sobre los antecedentes del EBEP, es decir, la normativa que regía con anterioridad al Estatuto Básico, y su génesis, además de hacer referencia al Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.

La poca fortuna que tiene el EBEP en su redacción hace que se dicten por las distintas Administraciones criterios e instrucciones para su aplicación. Hacemos una parada en aquellos aspectos que nos interesan.

Acto seguido, procedemos a centrar nuestra atención en el artículo 60.3 EBEP, sobre los órganos de selección, debido a la variedad interpretativa que le caracteriza. Para ello nos adentramos en el estudio de dos informes emitidos por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, dos dictámenes emitidos por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, y las sentencias de dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Córdoba.

¹ Véase el título V de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Finalizamos señalando algunos puntos de vista de la doctrina jurídica y la conclusión que nos merece este asunto.

II.-ANTECEDENTES, NORMATIVA ANTERIOR AL EBEP, Y SU GÉNESIS.

Dejando a un lado la normativa preconstitucional, debemos destacar tres normas, que aunque parciales, marcan una pauta importante en el régimen legal de los empleados públicos.

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, pretende ser una legislación básica, con un marcado carácter de provisionalidad, que no ha conseguido, porque ha estado en vigor durante más de dos décadas. Esta ley, que ha configurado un modelo de función pública muy distinto a los anteriores, se ha estructurado en torno al puesto de trabajo.

Esta reforma fue completada por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, y más tarde, por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Estas tres normas legales han venido constituyendo, hasta la aparición del EBEP, el núcleo esencial de la legislación básica del Estado en materia de personal y, a su vez, han sido modificadas puntualmente, complementadas o desarrolladas por múltiples normas de distinto rango elaboradas por el Estado y por las Comunidades Autónomas.

Esta situación crea una dispersión de normas que hace difícil su aplicación. La solución es crear un marco normativo que refunda en un solo texto las políticas de personal. Por eso, en el año 1999 se presenta un Proyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública, pero no llega a ser tramitado.

Finalmente, por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, se constituye la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, con la finalidad de *“llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto”* de dicho Estatuto.

La citada Comisión elabora su trabajo a través de un esquema participativo, recabando la opinión de los representantes de las Comunidades Autónomas, de la Administración Local, de las organizaciones sindicales y de otras organizaciones portadoras de intereses profesionales, sociales o económicos relacionados con el

empleo público, además de la Administración General del Estado y del sector público estatal.

El informe que la Comisión presenta en abril de 2005 está concebido como un documento de debate que, en su caso, pueda servir para la redacción de un anteproyecto de Estatuto Básico del Empleado Público. De ahí el grado de concreción que tienen la mayoría de las propuestas.

Dado su carácter básico, el Estatuto necesita ser objeto de una legislación de desarrollo muy extensa. En este sentido, la Comisión pide la redacción en breve plazo de una Ley de la Función Pública de la Administración General del Estado.

En estos momentos, estamos expectantes a que salga esa legislación de desarrollo que nos ayude a resolver las dudas e inconcreciones que nos encontramos al aplicar la normativa.

III.-LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN EL EBEP.

Permitásemos transcribir el artículo 60 EBEP, dada su brevedad, y ser el objeto básico de nuestro trabajo. Dice así:

“Artículo 60. Órganos de selección.

1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.

2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.”

Además, el segundo párrafo del apartado 7 del artículo 61 EBEP dice textualmente:

“Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”.

Subliminalmente, este párrafo ofrece una puerta abierta a la participación de los sindicatos en los procesos selectivos y da pie a la interpretación de participar como invitados en los órganos de selección, con voz y sin voto.

IV.- INFORME DE LA COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

Dentro de los principios generales que deben presidir por entero y sin excepción alguna el acceso al empleo público, la Comisión habla, entre otros, de la especialización y profesionalidad de las personas encargadas de resolver los procedimientos de acceso, y la garantía de la independencia del órgano de selección y de la imparcialidad de cada uno de sus miembros individualmente considerados.

Para la Comisión *“una de las claves fundamentales de la credibilidad de todo proceso de selección para el acceso al empleo público gira en torno a la imparcialidad y objetividad de los órganos de selección”*. Es decir, es preciso asegurar al máximo la independencia de estos órganos, dejando fuera de toda duda las posibles influencias de carácter partidario, gremial o corporativo.

Pero a esa independencia hay que unir la profesionalidad, que no es otra cosa que tener los conocimientos adecuados en el área profesional que se va a evaluar, además de tener los conocimientos adecuados en materia de selección de personal.

Hasta la aparición del EBEP los órganos de selección estaban formados, entre otros, por miembros que actuaban en representación de grupos políticos o sindicales. Esto, evidentemente, carece de todo carácter objetivo, y resulta discordante con lo que viene siendo habitual en los países de nuestro entorno. Por eso, la Comisión propone que los órganos de selección tengan un carácter exclusivamente técnico. Es más, incluso aconseja que el Estatuto incluya ciertas reglas mínimas de exclusión, exigidas por los citados principios de especialización, imparcialidad y profesionalidad. Y le da un carácter verdaderamente importante cuando dice que *“ésta debe ser una de las aportaciones más nítidas que la nueva legislación sobre el empleo público debe realizar, para garantizar efectivamente el derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la Constitución”²*.

Visto esto, cabría pensar que la Administración Local, sobre todo los municipios pequeños, no cuenta con suficiente personal especializado. Pero esta situación se salva con la asistencia de las Diputaciones Provinciales o las Comunidades Autónomas, ya que la norma no debe exigir que los miembros de los órganos de selección sean miembros de su organización.

Por ello, la Comisión propone en su informe *“que el Estatuto Básico establezca de manera expresa que la composición de los órganos de selección de empleados públicos de todo tipo debe ajustarse a estrictos criterios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, excluyéndose en todo caso de formar parte de ellos el personal de elección o designación política, comprendido el personal eventual, representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación de personal o*

² Recordemos que el artículo 23.2 de la Constitución dice que los ciudadanos “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, personas que hayan intervenido en la preparación de los candidatos y todas aquellas afectadas por alguna causa de abstención o recusación”.

Como podemos ver, el EBEP hace caso, de forma expresa, de las propuestas de la Comisión de que los órganos de selección se ajusten a los principios de imparcialidad y profesionalidad, y de que el personal de elección o designación política y el personal eventual no formen parte de estos órganos. También hace caso, de forma no tan explícita, de la propuesta de que representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación de personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, no formen parte de estos órganos, cuando dice en su apartado 3: *“La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.”*

Así mismo, el EBEP niega a los funcionarios interinos la posibilidad de formar parte de los órganos de selección e incluye la paridad entre mujer y hombre, de conformidad con lo establecido en la Ley de Igualdad³. Criterios estos que son fruto, probablemente, de los debates y acuerdos parlamentarios.

En línea con los órganos de selección, la Comisión propone la existencia de unos órganos estables dedicados a la organización de los procesos selectivos⁴. Estos órganos deben estar dotados de un alto nivel de independencia funcional, que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad a los que nos hemos referido más arriba. Esa independencia funcional debe incluir la estabilidad en el cargo durante un plazo razonable de sus miembros. Entre las funciones de estos órganos también estaría la resolución de las reclamaciones contra las decisiones de los órganos de selección.

La Comisión considera que el Estatuto puede y debe crear estos órganos organizativos en la Administración General del Estado, al tratarse de una ley de carácter estatal. No cree que se deba imponer a las Comunidades Autónomas, para no invadir sus potestades de autoorganización, aunque sí puede sugerir y remitir la decisión al legislador autonómico. Y en la Administración Local, sólo los grandes municipios podrán contar con un órgano de esta naturaleza, aunque las leyes de desarrollo pueden prever la existencia de órganos independientes de las Comunidades Autónomas o de carácter supramunicipal.

El EBEP hace caso de esta propuesta, que está reflejada en su artículo 61.4,⁵ aunque no le da carácter obligatorio para la Administración General del Estado,

³ El artículo 51.d) de esta ley dispone: *“Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración.”*

⁴ La Unión Europea ha creado una Oficina de Selección de Personal por Decisión de 25 de julio de 2002. Su función es organizar los procesos de selección generales para funcionarios de las diferentes instituciones comunitarias, estudiar y proponer los métodos y técnicas de selección adecuados y resolver las reclamaciones contra las decisiones en materia de selección.

⁵ El art. 61.4 EBEP dice: *“Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública.”*

como se propone en el informe, ya que dice expresamente *“Las Administraciones Públicas podrán crear...”*, dejando bien claro que no es obligatoria su existencia al no utilizar expresiones verbales como “crearán”, por ejemplo.

V.- CRITERIOS E INSTRUCCIONES PARA LA APLICACIÓN DEL EBEP.

El EBEP establece unas líneas básicas y unos principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, y hasta tanto no se desarrolle la correspondiente normativa por las Comunidades Autónomas y por el propio Estado, es necesario establecer unos criterios homogéneos para su aplicación. A continuación nos vamos a referir a los criterios e instrucciones que han desarrollado las distintas Administraciones en la materia que nos ocupa: los órganos de selección.

5.1.- ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

La Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos⁶, establece unos criterios de interpretación necesarios para lograr una actuación coordinada y homogénea de los responsables de la gestión de los recursos humanos, fundamentalmente en relación con preceptos del EBEP que están en vigor así como preceptos de la normativa de función pública que permanecen vigentes hasta que se apruebe la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, en tanto no se opongan a lo establecido en el EBEP.

La instrucción 5 hace referencia a las normas del EBEP aplicables al personal laboral⁷, entre las que cita la composición de los órganos de selección⁸. En la composición de estos órganos deberán respetarse las reglas establecidas en el artículo 60.2 y 3 EBEP; la tendencia a la paridad entre mujer y hombre (artículo 60.1 EBEP); y el matiz que veíamos antes referido a las organizaciones sindicales.⁹

Y la instrucción 8, que habla de la adquisición y pérdida de la relación de servicio, vuelve a referirse al artículo 60.2 y 3 EBEP, además de la paridad entre mujer y hombre (artículo 60.1 EBEP).

5.2.- ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.

La Instrucción 3/2007, de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía, y la Instrucción 4/2007, complementaria a la anterior, no establecen ninguna regla de aplicación referida a

⁶ Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 150, de 23 de junio de 2007.

⁷ Artículo 7 EBEP: normativa aplicable al personal laboral.

⁸ Artículos 60 y 61.7 EBEP.

⁹ Artículo 61.7 segundo párrafo EBEP.

los órganos de selección. Más adelante, sin embargo, veremos qué piensa la Junta de Andalucía a través del análisis de unos informes técnicos.

5.3.- ADMINISTRACIÓN LOCAL.

La Dirección General de Cooperación Local, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, así como la Dirección General de Función Pública, de la Secretaría General para la Administración Pública, del Ministerio de Administraciones Públicas, ante las consultas formuladas por parte de las entidades locales sobre la aplicación del EBEP en su ámbito competencial, han hecho públicos unos Criterios Generales de Aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local.

Estos criterios fijan las siguientes pautas, en cuanto a órganos de selección se refiere.

Estos órganos han de garantizar el cumplimiento de los principios rectores del acceso al empleo público del artículo 55 EBEP.

Los órganos de selección de personal funcionario de carrera estarán integrados exclusivamente por esta clase de personal, en atención a que el acceso a la función pública constituye una manifestación fundamental del ejercicio de potestades públicas.

Su composición se ajustará a las reglas establecidas en el artículo 60 EBEP.

El incumplimiento de las reglas de composición de los órganos puede dar lugar a la declaración de nulidad de pleno derecho de los procesos selectivos correspondientes.

Debe entenderse por “personal de elección política” los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputación, Diputados provinciales, etc. Se entiende, pues, implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra f) del artículo 4 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 la Administración Local.¹⁰

El personal de designación política no debe identificarse con quienes son nombrados por el procedimiento de libre designación, incluidos los funcionarios con habilitación de carácter estatal, ya que ésta es una forma de provisión de puestos de los funcionarios de carrera, no una clase de personal.

La pertenencia a los órganos de selección lo será siempre a título individual y no en representación o por cuenta de nadie. En consecuencia, no pueden aceptarse propuestas ni actuaciones en nombre de órganos unitarios de representación del

¹⁰ El artículo 4.f) segundo párrafo dice así: “Actuará como Presidente el de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue. Entre los Vocales figurará un representante de la Comunidad Autónoma.”

personal, organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier otra entidad representativa de intereses.

Los funcionarios de carrera que presten sus servicios en otras Administraciones Públicas pueden formar parte de los órganos de selección de las Corporaciones Locales siempre que no ostenten una representación orgánica o institucional de aquéllas.

La profesionalidad es exigible a todos y cada uno de los miembros del órgano, individualmente considerados, bien por los conocimientos profesionales que posean de la materia de que se trate, o por sus conocimientos específicos sobre selección. Éste es el sentir que señala el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, y que en el propio texto legal aparece generalizado cuando habla de “profesionalidad” en su artículo 60.1.

En su actuación los órganos de selección gozan de independencia y discrecionalidad técnica. Pueden disponer la incorporación de asesores especialistas, con voz pero sin voto.

En definitiva, unos criterios que aportan mucho a las entidades locales sobre la aplicación del EBEP en su ámbito de actuación.

5.4.-FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS.

Finalmente, no debemos dejar de mencionar los Comentarios a la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que hace en julio de 2007 un Grupo de Trabajo de Recursos Humanos de la Federación Española de Municipios y Provincias.

Estos comentarios tienen como objetivo facilitar la gestión de los empleados públicos locales a la luz de la nueva norma, pero no fijar criterios sobre asuntos que requieren un desarrollo legislativo posterior, bien por las Comunidades Autónomas, bien por el Estado, ni tampoco fijar criterios sobre asuntos que por su controversia interpretativa necesiten de la jurisprudencia para su aclaración. Así mismo, trasladan la conveniencia de consultar las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, que hemos mencionado anteriormente.

Pero veamos las aportaciones de este Grupo de Trabajo de la FEMP, analizando el articulado del EBEP.

Los órganos de selección serán colegiados (artículo 60.1). Hasta tanto se dicten las normas de desarrollo de las Comunidades Autónomas y del Estado, sigue vigente lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, y los criterios establecidos en el artículo 19.2 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros (artículo 60.1). Con el mismo criterio se debe seguir aplicando la legislación indicada, que establece dichos principios para los vocales de los citados órganos.

Se tenderá a la paridad entre mujer y hombre (artículo 60.1). Es una clara manifestación de llevar a cabo de forma positiva el principio de igualdad de hombres y mujeres según la más reciente legislación sobre la materia¹¹, que viene a hacer efectivo el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección (artículo 60.2). El personal de elección es aquél que ha sido elegido o nombrado mediante elección para un cargo público de forma directa o indirecta y que tiene carácter de representación, a diferencia de los designados políticamente, que son todos los altos cargos de la Administración en general. Como vemos, también este Grupo de Trabajo considera que el artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, en lo que se refiere a los Presidentes de los Tribunales, queda derogado conforme a la disposición derogatoria única, apartado g) EBEP. Los funcionarios interinos y el personal eventual no necesitan aclaración de ningún tipo.

La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie (artículo 60.3). Aunque una primera lectura de este articulado deja fuera de toda duda que cualquier miembro de un órgano de selección debe actuar de forma individual y no representativa, hay interpretaciones, como veremos más adelante, que llevan a pensar que eso no es así.

Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos (artículo 61.7 segundo párrafo). Respecto a la participación de las organizaciones sindicales en los órganos de selección, es una posibilidad que ofrece este artículo al personal laboral fijo, no así al personal funcionario, sobre todo porque mientras éste, el personal funcionario, accede al empleo público a través de unas garantías derivadas de unas funciones destinadas al interés público general, aquél, el personal laboral fijo, accede al empleo público para realizar funciones que no van más allá de las que la legislación ordinaria desarrollaba.¹² Con esto se ha querido ver la posibilidad, por parte de los sindicatos, de participar con voz pero sin voto, pero consideramos que la redacción del artículo 60.3 es clara al respecto, y no deja esa puerta abierta.

¹¹ Nos referimos a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, antes mencionada.

¹² Véase el artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

VI.- INFORMES SOBRE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE LOS FUNCIONARIOS DE LA POLICÍA LOCAL, DE LA ASESORÍA JURÍDICA DE LA CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

6.1.- INFORME 85/07-F.

La Asesoría Jurídica de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía emite, con fecha 23 de mayo de 2007, el informe 85/07-F, acerca de si el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado en virtud de la Ley 7/2007, de 12 de abril, sería de aplicación preferente a los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local respecto a las normas específicas propias.

En sus consideraciones jurídicas, este informe expresa que de acuerdo con el artículo 52 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el régimen estatutario de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local está constituido, en primer lugar, por las normas específicas de la propia ley Orgánica 2/1986, y en segundo lugar, sirviendo de marco competencial el artículo 39 de dicha Ley Orgánica, por las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas, es decir, en Andalucía por la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales y su desarrollo normativo.

Veamos cómo llega este informe a esa conclusión, estableciendo un orden de prelación en las fuentes.

Entre las funciones que establece la Ley Orgánica 2/1986 en su artículo 39 se encuentran la de *“c) Fijar los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las Policías Locales, determinando los distintos niveles educativos exigibles para cada categoría, sin que, en ningún caso, el nivel pueda ser inferior a Graduado Escolar”*; y la de *“d) Coordinar la formación profesional de las Policías Locales, mediante al creación de Escuelas de Formación de Mandos y de Formación Básica”*.

El artículo 104.2 de la Constitución dice textualmente: *“Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos y de Seguridad”*.

Según el artículo 65.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, corresponde *“a la Comunidad Autónoma de Andalucía la ordenación general y la coordinación supramunicipal de las policías locales andaluzas, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades municipales”*.

En el caso de Andalucía las disposiciones autonómicas están constituidas fundamentalmente por la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales de Andalucía, y el Decreto 201/2003, de 8 de julio, sobre Ingreso,

promoción interna, movilidad y formación de funcionarios de los Cuerpos de Policía Local.

Además, la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, del Reglamento por el que se establecen las reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local, determina que *“la selección de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local y de Bomberos se regirá por lo establecido en el presente Real Decreto en cuanto no se oponga a sus normas específicas”*.

El artículo 3 EBEP dice que *“los Cuerpos de la Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*. Y el artículo 4 EBEP dice que *“las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicará directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: ... e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*.

Así pues, el informe concluye que para los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local son de aplicación preferente las normas específicas sobre el EBEP, teniendo en cuenta la excepción que establece el artículo 3.2 de este último: *“excepto en lo establecido en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*.

6.2.- INFORME 43/08F.

Con fecha 9 de mayo de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía emite un nuevo informe, el 43/08F, sobre la normativa aplicable respecto a la composición de los tribunales calificadoros en los procesos selectivos de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local, que sustituye al informe 85/07-F.

Este nuevo informe quiere dar luz acerca de si el artículo 60 EBEP sería de aplicación preferente respecto a las normas específicas propias, constituidas por el artículo 39 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales, y el artículo 8 del Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local.

Se inicia este informe estableciendo un orden de prelación en las fuentes, desarrollando sus consideraciones jurídicas en los mismos términos que se hizo en el anterior informe, y que por eso no vamos a repetir aquí.

Hecho esto, el informe pasa a exponer conclusiones sobre la composición de los Tribunales.

El carácter básico que el legislador concede al artículo 60 EBEP, hace que lo establecido en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, quede derogado en cuanto a la composición de los órganos de selección. Así pues, podemos deducir del informe que la

Presidencia de los órganos de selección en relación con los Cuerpos de la Policía Local no corresponde ya a los alcaldes.

En cuanto a los restantes vocales, el artículo 39 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales, se refiere a la presencia en los Tribunales de un representante de la Consejería de Gobernación y otro de la junta o delegados de personal.

En relación con el representante de la Consejería de Gobernación, entiende la Asesoría Jurídica que tal previsión continúa siendo de aplicación en cuanto que no es contradictoria o incompatible con lo preceptuado en el artículo 60 EBEP.

Esto lo justifica con el propio artículo 60 del Estatuto, cuando habla de la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, además de que la pertenencia a éstos será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse en representación o por cuenta de nadie.

Y lo justifica también con el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando dice que la composición de los órganos de selección *“debe quedar por completo al margen de toda influencia o interferencia partidaria, gremial o corporativa”*, y recalca el carácter exclusivamente técnico que deben tener. Además, el Informe de la Comisión dice: *“Las mismas reglas deben aplicarse en el ámbito de la Administración Local, pues no es obstáculo para ello que, aisladamente consideradas no cuenten con suficiente personal especializado, ya que nada les impide nombrar como miembros de los órganos de selección a profesionales ajenos a su organización. Para ello podrían contar con la asistencia de las Comunidades Autónomas o, en su caso, Diputaciones Provinciales o Forales, tal y como hoy sucede ya parcialmente”*.

La Asesoría Jurídica concluye, pues, que el artículo 60.3 EBEP no excluye a los vocales o miembros de órganos de selección designados en representación de una Administración Pública, sino de quienes pudieran serlo en representación de intereses corporativos, asociativos, de partidos políticos, etc. Es más, la compatibilidad de dicha prescripción reglamentaria con el EBEP vendría reforzada por la consideración de los criterios de profesionalidad y cualificación técnica prescritos por aquél en esta materia en la designación de tales representantes.

Finalmente, el informe elaborado por la Asesoría Jurídica, considera que la previsión de incorporar en los Tribunales a un representante de la junta o delegados de personal, que establece el artículo 39 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía, aparece como contradictoria o incompatible con el EBEP, que en su artículo 60.3 dice: *“La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”*.

En este sentido, la Comisión de Estudio del EBEP propone en su informe excluir expresamente a los representantes de los sindicatos, órganos unitarios de

representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos. Y en eso se fundamenta el informe para dejar fuera a los representantes sindicales. Quizás el debate parlamentario, posterior a las consultas previas con los sindicatos, llevó a que no figurara esa exclusión expresa.

VII.- DICTÁMENES DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA.

Vamos a referenciar aquí dos dictámenes emitidos por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, a raíz de unas consultas recibidas en relación a los órganos de selección.

7.1.-DICTAMEN 83/2008, DE 6 DE FEBRERO.

El Dictamen 83/2008, de 6 de febrero, contesta una consulta realizada por el Ayuntamiento de Frigiliana (Málaga) sobre el régimen jurídico aplicable a los órganos de selección del artículo 60 EBEP.

Dicho ayuntamiento pregunta si el nuevo régimen de la composición de los órganos de selección supone que no puedan formar parte de los mismos las organizaciones sindicales y los representantes de otras Administraciones Públicas, por cuanto su actuación lo sería por representación o por cuenta de alguien.

La Comisión no examina aisladamente el apartado 3 del artículo 60 EBEP, sino que lo conecta con los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución¹³.

Pese a estar así regulado, la Comisión Permanente advierte, como también lo hacía la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público en su informe de abril de 2005, que el acceso al empleo público en muchas ocasiones no se ciñe a los principios constitucionales de mérito y capacidad.

La Comisión, al igual que la Comisión de Estudio del EBEP, piensa que estos mandatos constitucionales sólo pueden ser cumplidos si los miembros de los órganos de selección están por completo al margen de toda influencia o interferencia partidaria, gremial o corporativa, además de haber sido elegidos por estrictos criterios de profesionalidad. Es decir, la composición de los órganos de selección debe seguir los principios de especialización, imparcialidad y profesionalidad¹⁴. Así se garantizaría de forma efectiva el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, y los principios rectores que establece el EBEP en su artículo 55.

¹³ En relación artículo 23.2, ver nota 2. El artículo 103.3 de la Constitución dispone: “La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

¹⁴ Estos dos últimos, imparcialidad y profesionalidad, figuran en el artículo 60.1 EBEP, con el que conecta, porque la respuesta que va a dar la Comisión a la pregunta relacionada con el apartado 3 del artículo 60 EBEP no la entiende separada del resto de ese artículo.

Así las cosas, la Comisión considera que hay que contemplar el artículo 60 EBEP desde un prisma positivo, no de exclusión o prohibitivo, es decir, responde al propósito de asegurar una composición técnica de los órganos de selección y la profesionalidad e imparcialidad de sus miembros.

Asumidas estas premisas, la Comisión *“concluye fácilmente”* que los miembros de los órganos de selección en representación de las Comunidades Autónomas (u otras Administraciones Públicas, llegado el caso), según lo previsto en el artículo 4.f) 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, no están incurso en la prohibición del artículo 60.3 EBEP.

Es decir, el representante de la Comunidad Autónoma no acude a un órgano de selección para hacer valer los intereses de esa entidad, ya que está obligada a actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y servir con objetividad los intereses generales, de conformidad con los artículos 103.1 de la Constitución, 133.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cuanto a la participación de un miembro del órgano de selección en representación de una organización sindical, la Comisión es clara y dice que no se puede ostentar esa representación. Distinto es, sin embargo, y así lo manifiesta, que un afiliado o asociado pueda concurrir a título individual por su acreditada valía, pero siempre expresando una voluntad propia, que no puede verse mediatizada de ningún modo.

7.2.- DICTAMEN 389/2008, DE 9 DE JULIO.

El Dictamen 389/2008, de 9 de julio, contesta una consulta realizada por el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) sobre sistema de fuentes y orden de prelación entre las mismas en relación con el Estatuto de los Miembros de la Policía Local de Andalucía; vigencia del Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local; y estructura y composición de los Tribunales de Selección a constituir para el acceso a los Cuerpos de Policía Local de Andalucía.

Una vez que razona por qué se va a pronunciar sobre esta consulta, y recuerda las consideraciones que planteaba en su Dictamen 83/2008, de 6 de febrero, visto más arriba, la Comisión reconoce que las prescripciones del artículo 8 del Decreto 201/2003, de 8 de junio, sobre la composición de los Tribunales de Selección de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local, así como el artículo 39 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales, entran en pugna con las del artículo 60 EBEP.

Dice la Comisión que el artículo 60 EBEP, integrante de las bases del régimen estatutario de los funcionarios y dictado al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución (Disposición Final Primera EBEP), ha de ser considerado, por su propia estructura y contenido, como una norma directamente aplicable desde la entrada en vigor del EBEP, sin que su efectividad quede condicionada a un ulterior desarrollo normativo. En consecuencia, quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el Estatuto (apartado g) de la Disposición Derogatoria Única).

Por esta razón debe entenderse implícitamente derogado el segundo párrafo del artículo 4.f) 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, en el que se disponía que actuará como presidente el de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue.

En cuanto al representante de la Consejería de Gobernación y al de la junta o delegados de personal, la Comisión se remite a lo expresado en su dictamen 83/2008, de 6 de febrero: es lícita la presencia del primero, y no así la del segundo.

VIII.- SENTENCIAS.

Veamos a continuación qué dicen dos jueces de lo contencioso-administrativo, en sentencias de julio y septiembre de 2009, respectivamente.

8.1.- SENTENCIA Nº 65/2009, DE 7 DE JULIO, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE CÓRDOBA.

La Sentencia nº 65 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Córdoba, de 7 de julio de 2009, falla sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, contra la Resolución del Presidente de la Diputación de Córdoba, de 24 de septiembre de 2008, publicada en el BOP nº 174, de 29 de septiembre de 2008, por la que se nombran los miembros del Tribunal Calificador para el concurso oposición por promoción interna entre personal laboral de tres plazas de capataz de carreteras, al no incluirse entre los miembros del tribunal calificador ninguno que ostentara la representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como así lo dispone el artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio.

La Diputación de Córdoba argumenta causa de inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso, al no haberse impugnado las bases del concurso, donde no se hacía constar el representante de la Junta de Andalucía. Además, aduce que la entrada en vigor del EBEP supone la derogación tácita del artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio.

El Juez rechaza la inadmisibilidad haciendo suyos los argumentos contenidos en la STS 1652/2009, de 25 de febrero, entre los que dice que *“el principio de que las*

bases son la ley del concurso, ha de entenderse, (como ocurre igualmente en los contratos, que constituyen la base de la relación contractual), en la medida en que sean conformes al ordenamiento jurídico”.

Pero dejando a un lado la forma, *“y entrando al fondo del asunto, se trata de una mera cuestión jurídica”.* El artículo 60.3 EBEP dispone: *“La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”.* Para el Juzgador, la norma resulta diáfana, reiterando en dos ocasiones el mismo concepto: *“título individual”* y *“no...en representación o por cuenta de nadie”.*

El legislador podría haber sustituido ese *“de nadie”* por *“de intereses particulares o privados”*, y así permitiría hacer la distinción entre intereses particulares y públicos, que es lo que argumenta la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, ya que, en cuanto Administración, vela por el cumplimiento de los principios que rigen el acceso al empleo público. Pero la expresión *“de nadie”* es muy clara. Por eso, el Juez acude al viejo aforismo jurídico según el cual *“donde la ley no distingue, no debemos distinguir nosotros”.* Además, la Exposición de Motivos no permite deducir ninguna otra cosa.

Partiendo de esta premisa, existiría una contradicción entre el artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, y el artículo 60.3 EBEP. Toda vez que el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, es norma de inferior rango y anterior en el tiempo, se debe entender derogada la exigencia de un representante de la Comunidad Autónoma en el órgano de selección.

Así pues, como el Juez concluye que *“la consecuencia de esa derogación es que no hay infracción del ordenamiento jurídico cuando la Administración demandada designa a los miembros del órgano de selección y no incluye a un representante de la Junta de Andalucía, siendo el acto administrativo recurrido, ajustado a derecho”*, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Córdoba contra la Diputación de Córdoba.

8.2.- SENTENCIA Nº 339/09, DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2009. DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE CÓRDOBA.

La Sentencia nº 339/09 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Córdoba, de 16 de septiembre de 2009, falla sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, contra la Resolución del Presidente de la Diputación de Córdoba, de 25 de septiembre de 2008, por la que se nombran los miembros del Tribunal Calificador para el concurso oposición, por promoción interna, de una plaza de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, al no incluirse entre los miembros del tribunal calificador ninguno que ostentara la representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como así lo dispone el artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio. En el procedimiento se persona como codemandado Don A.G.M.L.

La Diputación de Córdoba argumenta causa de inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso, *“por haberse interpuesto contra acto que es reproducción de otro anterior consentido y firme”*. Y en cuanto al fondo del asunto, *“considera que la necesidad de designar entre los miembros del tribunal un representante de la Administración autonómica ha sido superada por el Estatuto Básico del Empleado Público”*.

El Juez rechaza la inadmisibilidad con los argumentos que se exponen a continuación.

El apartado 5º de las bases de la convocatoria, sobre Tribunal Calificador¹⁵, no incluye ni excluye expresamente que uno de los vocales deba ser representante de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, en la resolución recurrida sí aparecen los miembros del Tribunal Calificador, entre los que no se encuentra el representante de la Junta de Andalucía.

Por ello, *“no se puede entender que estemos ante un acto que es reproducción de otro anterior consentido y firme”*, porque la redacción de las bases deja abierta la posibilidad de respetar la exigencia de nombrar un representante de la Junta de Andalucía, de acuerdo con el artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio.

Entiende el juez que para la causa de inadmisibilidad, entre ambas resoluciones (la aprobación de las bases y la aprobación de la composición del Tribunal Calificador) debería concurrir una perfecta identidad de sujeto, objeto y fundamentación jurídica, como entiende la jurisprudencia de forma prácticamente unánime, cosa que en este caso no ocurre. Como ejemplo de ello, cita la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6), de 24 de abril de 2007 (RJ 2007/3292), que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004/182)¹⁶.

¹⁵ Este apartado 5º de las bases de la convocatoria dice así:

“5.1.- El Tribunal Calificador, integrado por igual número de miembros titulares y suplentes, tendrá la siguiente composición:

- *Presidente/a: Un/a empleado/a público/a de la Corporación.*
- *Secretario/a: El de la Corporación o un/a funcionario/a Licenciado/a en Derecho al servicio de la misma, con voz y sin voto.*
- *Cuatro vocales.*

La composición del Tribunal será predominantemente técnica, y en ella se velará por los principios de especialidad, imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá asimismo a la paridad entre mujer y hombre. El Presidente y los vocales del Tribunal deberán poseer un nivel de titulación o especialización iguales o superiores al exigido para el acceso a la plaza de que se trate. No podrá formar parte del mismo el personal de elección o designación política, los funcionarios interinos ni el personal eventual. La pertenencia será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.”

¹⁶ La Sentencia dice así: *“Ha de tenerse en cuenta, como indica la parte recurrente, la jurisprudencia de esta sala, según la cual y siguiendo la sentencia de 4 de abril de 1998 (RJ 1998/3698), para que surja un acto confirmatorio han de darse, como indica la sentencia de 3 de marzo de 1981 (RJ 1981/1170), tres identidades consistentes en los mismos hechos, en los mismos fundamentos y en los mismos sujetos”, estableciendo la sentencia de 12 de marzo de 2002 (RJ 2002/2268), que: “Este criterio jurisprudencial, recogido, entre otras, en la sentencia de esta Sala (antigua Sala Cuarta) de 10 de mayo*

Por otra parte, el que no se hayan recurrido las bases en su momento, no quiere decir que no se pueda discutir con posterioridad un acto aplicativo de las mismas que adolezca del mismo defecto. Y como en la sentencia nº 65 que vimos anteriormente, se remite a los argumentos contenidos en la STS de 25 de febrero de 2009, entre los que dice que *“el principio de que las bases son la ley del concurso, ha de entenderse, (como ocurre igualmente en los contratos, que constituyen la base de la relación contractual), en la medida en que sean conformes al ordenamiento jurídico”*.

Pero dejando a un lado la forma, y *“entrando al fondo del asunto, la cuestión a dilucidar es netamente jurídica, y consiste en determinar si el art. 60.3 del EBEP, por virtud de la Disposición Derogatoria Única apartado g), ha derogado o no el art. 4.f) del Real Decreto 896/1991”*.

Después de transcribir ambos artículos, y de hacer mención al artículo 61.4¹⁷ EBEP y de la redacción que tenía el artículo 60.3¹⁸ en el Proyecto de Ley del EBEP, presentado en el Congreso de los Diputados el 8 de septiembre de 2006, el juez concluye que *“no pueden aceptarse propuestas ni actuaciones en nombre de órganos unitarios de representación del personal, organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier entidad representativa de intereses, lo que no excluye que miembros de las referidas entidades puedan participar en los órganos de selección a título individual, por su capacidad y profesionalidad, y no en razón a la pertenencia a tales grupos”*.

Por tanto, los funcionarios de carrera que presten sus servicios en la Junta de Andalucía pueden ser designados miembros de los órganos de selección de las Corporaciones Locales, siempre que actúen a título individual, y no en representación de la Comunidad Autónoma.

Así pues, siendo el EBEP norma de superior rango y posterior en el tiempo, por aplicación del apartado g) de la aludida Disposición Derogatoria Única, habrá que entender derogado el artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio.

de 1977 (RJ 1977/3036) y en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989 (RJ 1989/7215) y 23 de julio de 1991 (RJ 1991/6285), permite concluir reconocimiento que la jurisprudencia interpreta el art. 40.a) de la LJCA de una manera muy restrictiva en el sentido más favorable posible a la efectividad del derecho da la tutela judicial efectiva, al exigir que entre el acto confirmatorio y el anterior consentido, exista la más completa identidad de sujetos, de pretensiones y de fundamentos”.

¹⁷ El artículo 61.4 EBEP dispone lo siguiente: *“Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública.”*

¹⁸ El artículo 60.3 del Proyecto de Ley del EBEP decía así: *“La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésa en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad representativa de intereses.”*

De esta manera, el juez falla desestimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía contra la resolución de la Diputación Provincial, declarando la misma conforme a derecho.

IX.- DOCTRINA JURÍDICA.

Veamos qué piensan los autores sobre lo dispuesto en el EBEP en cuanto a los órganos de selección, y más concretamente, sobre el apartado 3 del artículo 60: *“la pertenencia...será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”*.

La postura de SALA FRANCO¹⁹ es muy diáfana: la pertenencia es a título individual, o lo que es lo mismo, en los órganos de selección no puede haber representantes de la Comunidad Autónoma. Y no dedica mucho más tiempo a explicar lo que considera tan claro.

FUENTETAJA PASTOR²⁰ destaca la profesionalización que el EBEP establece para la composición de los órganos de selección, y recuerda que ya el Informe de la Comisión de Expertos señala que puede suponer un problema para las Entidades Locales, porque muchas de ellas no cuentan con suficiente personal especializado. Pero tanto la propuesta del citado Comité como la redacción del articulado del EBEP no impiden a las Entidades Locales nombrar miembros de los órganos de selección a profesionales ajenos a su organización, procedentes de Comunidades Autónomas o, en su caso, Diputaciones Provinciales o Forales. Así pues, la autora deja la puerta abierta a esta participación.

FONDEVILA ANTOLÍN²¹ opina que existe una tácita derogación de la previsión del artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, lo que trae como consecuencia que no se puede admitir la participación de un representante de la Comunidad Autónoma. Y esto lo dice después de estudiar algunos argumentos aparecidos recientemente en el debate jurídico.

El autor señala que en la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha dictado alguna circular interpretativa al respecto y hace referencia a los Dictámenes 83/2008, de 6 de febrero, y 389/2008, de 9 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía, ya comentados en este estudio, cuyas conclusiones son favorables a la incorporación de los representantes de la Comunidad Autónoma en la composición de los Tribunales.

¹⁹ SALA FRANCO, Tomás. “El acceso al empleo público del personal laboral en la Administración Pública: Principios Generales y requisitos, órganos de selección, sistemas y procesos selectivos. Consolidación de empleo temporal”. *VI Curso de Especialización en Función Pública*, CEMCI, Granada, 2009.

²⁰ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Anuario de Derecho Municipal. 2007, nº 1.

²¹ FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. “Los órganos de selección, los sistemas selectivos y el proceso. La consolidación del empleo temporal. La adquisición de la condición de funcionario de carrera y su pérdida”. *VI Curso de Especialización en Función Pública*. Granada, CEMCI, 2009.

Pero considera que los criterios que mantiene el Consejo Consultivo son discutibles, y sus argumentos no son lo suficientemente sólidos como para justificar el mantenimiento de la figura del representante de la Comunidad Autónoma en los tribunales de selección.

PALACÍN SÁENZ, sin embargo, incorpora al representante de la Comunidad Autónoma en los órganos de selección cuando dice²²: *“Sobre la base de la regulación básica contenida en el EBEP, así como de lo dispuesto en el R.D. 896/1991, en el ámbito de la Administración Local los Tribunales contarán con un Presidente, un Secretario y los vocales que determine la convocatoria, en ningún caso inferior a cinco. Presidente, vocales, entre cuyos miembros figurará un representante de la Comunidad Autónoma respectiva, y Secretario deberán poseer especialización y titulación igual o superior a las exigidas para el acceso. Asimismo, se tenderá a la paridad entre mujer y hombre”*.

Para FÉREZ FERNÁNDEZ²³, la composición, funcionamiento, idoneidad e imparcialidad de los órganos de selección siguen siendo un tema insuficiente y deficientemente regulado y, con frecuencia, incorrectamente llevado a la práctica. Actualmente se cuenta con una regulación básica de mínimos, el Real Decreto 861/1991, de 7 de junio, que suele ser completada por la correspondiente normativa autonómica, actuando como supletorio el Reglamento General de Ingreso. Ahora, con la aparición del EBEP, y hasta su desarrollo legislativo, el autor entiende que el número de miembros de los Tribunales en ningún caso debe ser inferior a cinco, y entre ellos debe figurar un representante de la Comunidad Autónoma.

Según ORTEGA MARTÍN los funcionarios de carrera que presten sus servicios en otras Administraciones Públicas pueden formar parte de los órganos de selección de las Corporaciones Locales siempre que no ostenten una representación orgánica o institucional de aquéllas.

Como podemos observar, los autores no se ponen de acuerdo.

X.- CONCLUSIÓN.

La redacción del artículo 60 del EBEP no deja lugar a dudas en sus apartados 1 y 2. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el apartado 3, que da pie a diversas interpretaciones, y por ello hemos querido profundizar algo más en él.

La Junta de Andalucía da una interpretación favorable a la participación de sus miembros en los órganos de selección, como hemos podido observar a través de los

²² PALACÍN SÁENZ, Bernabé. “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”. *Curso Administración y gestión de los Recursos Humanos en las Corporaciones Locales*. Córdoba: Diputación de Córdoba-INAP, 2009.

²³ FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel. “La Función Pública Local (selección, provisión de puestos, carrera, situaciones administrativas)”. *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*. CEMCI, Granada, 2007.

informes emitidos por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, y de los Dictámenes de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, referenciados más arriba.

Las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Córdoba antes comentadas fallan a favor de la no participación de los representantes de la Comunidad Autónoma en los órganos de selección.

La doctrina jurídica muestra, por su parte, diferentes tendencias. Mientras que unos autores consideran que los miembros de las Comunidades Autónomas no deben formar parte de los Tribunales, otros sí los incluyen, aportando cada uno sus razonamientos jurídicos.

Visto todo lo anterior y sopesando los argumentos expuestos por unos y por otros, nosotros nos inclinamos por dejar fuera de los órganos de selección a los representantes de la Comunidad Autónoma, ya que su pertenencia no puede ostentarse “en representación o por cuenta de nadie”²⁴, lo cual no quiere decir que cualquiera de sus miembros pueda participar en un órgano de selección a título individual.

En definitiva, sólo nos queda esperar que la norma de desarrollo del EBEP que dicte la Comunidad Autónoma sea más clara y certera que éste último, y se rija por el principio de agilidad que dispone el artículo 55.2.f) EBEP, así como los principios de economía, celeridad, eficacia, eficiencia y tantos otros que no hacen sino mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración.

En este sentido, recibimos con optimismo el Proyecto de Ley de Autonomía Local, que parece dejar sin efecto en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía la designación de vocales representantes de la Comunidad Autónoma en los tribunales que hayan de constituirse en las distintas entidades locales para llevar a cabo la selección de su personal funcionario, que, como hemos visto más arriba, crea mucha incertidumbre en su interpretación.

XI.- BIBLIOGRAFÍA.-

GALOFRÉ ISART, Albert (Dir.) “VII Curso de Especialización en Gestión de Recursos Humanos”. Granada: CEMCI, 2008

INFORME de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2005.

ORTEGA MARTÍN, Eduardo M. “El Estatuto Básico de la Función Pública en la Administración Local Andaluza”. Madrid: Publicep, 2008

²⁴ Artículo 60.3 EBEP.

PALOMAR OLMEDA, Alberto (et. al.). “Curso El Personal Laboral en las Entidades Locales”. Granada: CEMCI, 2009.

PALOMAR OLMEDA, Alberto (coord.). “El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local”. Granada: CEMCI, 2007.

RODRÍGUEZ VIÑALS, Ramón (coord.). “Curso Administración y gestión de los Recursos Humanos en las Corporaciones Locales”. Córdoba: Diputación de Córdoba-INAP, 2009.

SOLANA PÉREZ, Alicia (dir.) “VI Curso de Especialización en Función Pública”. Granada: CEMCI, 2009.

EL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE BIENES DEMANIALES LOCALES OCUPADOS EN PRECARIO. ASPECTOS PRÁCTICOS Y FORMULARIOS

Carlos Bullejos Calvo

Secretario del Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Granada
Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

ÍNDICE:

I.- ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO DEL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO LOCALES OCUPADOS EN PRECARIO	2
1.- La potestad de desahucio administrativo. Concepto y distinción de figuras afines.-	2
2.- Marco normativo de aplicación.-.....	4
3.- Cuestiones sustantivas. Supuestos en que procede el desahucio administrativo y responsabilidad indemnizatoria de la Administración.-	5
4.- Cuestiones formales: procedimiento y órgano competente en materia de desahucio administrativo.-	8
II.- PROPUESTA DE FORMULARIOS EN MATERIA DE DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE BIENES DEMANIALES OCUPADOS EN PRECARIO	13
1.- Resolución de Alcaldía de incoación de desahucio.-	13
2.- Notificación de la resolución de Alcaldía de incoación de desahucio y trámite de audiencia, conteniendo comunicación del art. 42.4 LRJ-PAC.-	15
3.- Informe de liquidación provisional de gastos de lanzamiento.-	16
4.- Informe-propuesta de acuerdo de declaración de extinción de ocupación del dominio público y preaviso de desalojo.-	17
5.- Dictamen de Comisión Informativa extinción ocupación dominio público, preaviso desalojo y liquidación provisional de gastos de lanzamiento.-.....	21
6.- Acuerdo del Pleno de declaración de extinción de ocupación del dominio público en precario, preaviso de desalojo y liquidación provisional de gastos de lanzamiento.-	21
7.- Notificación del acuerdo del Pleno de declaración de extinción de ocupación del dominio público y preaviso de desalojo.-	25
8.- Informe de la Policía Local sobre cumplimiento voluntario del desalojo e interesando autorización judicial en caso de incumplimiento.-	26
9.- Resolución de Alcaldía de lanzamiento o desalojo y liquidación de los gastos de lanzamiento.-.....	27
10.- Notificación de resolución de Alcaldía de lanzamiento o desalojo.-	31
11.- Solicitud de autorización judicial para acceso al inmueble.-	33
12.- Índice de documentos obrantes en el expediente para conocimiento del Juzgado.-	34
13.- Resolución de Alcaldía de designación de Letrado, en su caso.-.....	34
14.- Comunicación al Juzgado de la designación de Letrado.-	36
15.- Diligencia de recepción de la autorización judicial para acceso al inmueble.-	37
16.- Comunicación a la persona interesada de la recepción de la autorización judicial y ejecución forzosa.-.....	37

17.- Comunicación a la Policía local sobre desalojo en acción de desahucio.-.....	38
18.- Comunicación al Departamento de obras y servicios sobre desalojo en acción de desahucio.-.....	39
19.- Acta de ejecución forzosa del desalojo.-	39
III.- BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN DE INTERÉS	40

I.- ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO DEL DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO LOCALES OCUPADOS EN PRECARIO

1.- La potestad de desahucio administrativo. Concepto y distinción de figuras afines.-

Las Administraciones Públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. Se trata de una obligación que recae con carácter general sobre los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, determinada con carácter general en el artículo 28 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Las facultades, prerrogativas o potestades exorbitantes de que disponen por el ordenamiento jurídico las Administraciones Públicas con respecto a sus bienes y derechos, en unos casos vienen articuladas como un componente defensivo de la permanencia de la propiedad, en tanto que en otros casos lo que se defiende es la posesión¹. En el primer grupo podemos encontrar las prerrogativas clásicas que se preconizan de los bienes de dominio público, elevadas al máximo rango mediante su inclusión en el texto de la Constitución Española de 1978: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad², así como otros instrumentos jurídicos habilitados para dicha finalidad, como los inventarios de bienes, la inscripción registral y el ejercicio de acciones. Al segundo grupo pueden adscribirse otras prerrogativas o facultades de que disponen las Administraciones Públicas para la protección y defensa de la posesión de sus bienes, entre las que se encuentran las facultades y prerrogativas determinadas con carácter general en el artículo 41.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas:

- a) Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio.
- b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.
- c) Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos.
- d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia.

Como recuerda MIRÓ MIRÓ, las señaladas prerrogativas autorizan únicamente actuaciones tendentes a la recuperación posesoria, pero jamás a pronunciamientos

¹ Sobre esta clasificación, puede consultarse MIRÓ MIRÓ, ROMÀ, *El régimen jurídico del patrimonio de las Entidades locales*, Bayer Hnos. SA, Barcelona, 2010, págs. 66 y ss.

² Art. 132.1 CE.

sobre la titularidad dominical. Las cuestiones que surjan de esta índole deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria³. La posesión, en su significado jurídico, es equívoco, y en la regulación contenida en el Código Civil, puede decirse que es un derivado o producto histórico de combinados de principios romanos, germánicos y canónicos⁴. La protección posesoria, a nivel civil, venía siendo articulada a través de unas acciones posesorias que se conocían con el nombre de interdictos, regulados inicialmente por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. No obstante, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil supuso una reforma sustancial de las mismas, a las que no atribuye siquiera nombre ni procedimiento específico, en la consideración de que su artículo 250.1 determina que se tramitarán por el procedimiento del juicio verbal. Entre las acciones posesorias, se encontraba la que se conocía como interdicto de retener o recobrar, de la cual se puede hacer uso en el plazo de un año. De ahí la distinción entre el *ius possessionis*, referente a la tutela posesoria referida únicamente a la posesión como poder jurídico, y el *ius possidendi*, como poder o facultad derivado del derecho de propiedad.

Dicha tutela posesoria ofrece en el Derecho Administrativo unas variantes o modalizaciones que han sido denominadas por la doctrina como facultades o potestades exorbitantes. Y precisamente dentro de las facultades y prerrogativas determinadas legalmente para la protección posesoria con carácter general para todas las Administraciones Públicas, se encuentra la figura del desahucio administrativo. De esta manera, puede entenderse que existe en nuestro Ordenamiento jurídico, un **desahucio judicial**, en el ámbito de las relaciones *inter privatos*, y un **desahucio administrativo**, predicable en principio, y a salvo de lo que se precisará más adelante, de la tutela posesoria de los bienes de dominio público de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, el desahucio del Derecho privado tiene su ámbito propio de actuación en la esfera de la relación jurídica arrendaticia, articulada legalmente como especial acción de resolución por incumplimiento del arrendador en los arrendamientos de bienes inmuebles⁵. En tanto que en el ámbito del Derecho Público, las Administraciones Públicas ostentan la prerrogativa de desahucio administrativo, enclavada dentro de lo que la doctrina administrativa denominada como autotutela administrativa, con lo cual puede ser ejercitada por propia Administración, sin precisar auxilio judicial, sin perjuicio de los supuestos en que resulte obligada autorización judicial de acceso a inmueble.

Lo cierto es que la figura del desahucio administrativo ha sido fruto de constantes desaciertos normativos y jurisdiccionales, que llevan a la confusión e incluso a la mezcla con otra prerrogativa de tutela posesoria que detentan las Administraciones Públicas, cual es la recuperación de oficio, también recogida con carácter genérico en el artículo 41.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. El punto de partida en ambas prerrogativas administrativas es claro: se trata de recuperar o defender la posesión pública de bienes de las Administraciones Públicas. No obstante, en el ámbito del desahucio existe un título habilitante o legitimador que previamente es preciso

³ MIRÓ MIRÓ, R., *El régimen jurídico...*, op. cit., pág. 85.

⁴ ARROYO GARCÍA, SAGRARIO, «Posesión», *Enciclopedia Jurídica*, Tomo 16, La Ley, 2008, pág. 9388.

⁵ En el art. 1569 del Código Civil se determinan las causas para poder ejercitar el desahucio judicial.

declarar su extinción, para poder accionar el desalojo o lanzamiento, denominación utilizada en términos procesales. Esto es, el desahucio administrativo comprende una primera acción tendente a destruir o extinguir el título existente que detenta un poseedor para que se finalice dicha posesión, para a continuación efectuar el requerimiento voluntario de desalojo, pasando a continuación al desalojo forzoso o lanzamiento en ejecución forzosa por la propia Administración.

Sin embargo, en la recuperación de oficio no existe tal procedimiento o actuación administrativa inicial de extinción del título habilitante de la posesión, sino que va directamente encaminada a la recuperación por la propia Administración de sus bienes, ante usurpaciones indebidamente producidas sobre los bienes y derechos integrantes del patrimonio de las Administraciones Públicas⁶.

Otra distinción que puede efectuarse entre ambas figuras administrativas, es la referente a que el desahucio administrativo, en principio, únicamente sería accionable respecto a bienes de dominio público, mientras que la recuperación de oficio puede articularse respecto a los bienes de dominio público –en todo momento- y bienes patrimoniales –en el plazo de un año-.

No obstante, como ha afirmado MACÍAS CASTAÑO⁷, no faltan ocasiones en que la normativa de aplicación no hace un tratamiento cuidadoso al contemplar la distinción entre el desahucio administrativo y la recuperación de oficio⁸. Este tratamiento normativo ha supuesto que en ocasiones la confusión se extienda al ámbito jurisdiccional, donde pueden encontrarse supuestos de utilización de ambas figuras administrativas que no responden con el esquema realizado a nivel básico por el legislador estatal en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas⁹.

2.- Marco normativo de aplicación.-

Una de las cuestiones que había entrañado algunos problemas de legalidad atinentes a la institución jurídica del desahucio administrativo es la falta de apoyatura legal, y, preferentemente, en el ámbito local, por cuanto el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, incluía tal prerrogativa posesoria entre las que disponían las Entidades locales, sin habilitación legislativa, por cuanto ni la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de

⁶ Sobre la distinción entre recuperación de oficio y desahucio administrativo también puede consultarse LÓPEZ FERNÁNDEZ, F.J., *Régimen jurídico del patrimonio de las Entidades locales de Andalucía. Una aproximación práctica*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2008, págs. 255 y ss.

⁷ MACÍAS CASTAÑO, JOSÉ MARÍA, «El desahucio administrativo. La problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 127, Cívitas, 2005.

⁸ Ello ocurre en el art. 10.2 de la Ley de Costas para la recuperación de oficio (y 16 y 17 de Reglamento) y el art. 108 de dicha Ley para el desahucio (y 201 de su Reglamento); o como también ocurre con los arts. 68.b) y 71 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, en los que el desahucio es ejercitable respecto a bienes patrimoniales en el plazo de un año y respecto a usurpaciones, ámbito propio de la recuperación de oficio. Otro tanto puede decirse de los arts. 81 y 60 del Decreto de la Generalitat de Catalunya 323/1983, de ejecución de la Ley de Patrimonio de la Generalitat.

⁹ A tal efecto, STSJ de Andalucía, Sala de Granada, de 22 de abril de 2004 y STSJ de Canarias de 20 de octubre de 1997.

las Bases de Régimen Local, ni el 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, la contemplaban¹⁰.

No obstante, esta polémica referente a falta de habilitación legislativa queda sin sentido, tanto en el ámbito local como a nivel general, por cuanto la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 recoge el desahucio administrativo con carácter genérico en su artículo 41.1. No obstante, algunas Comunidades Autónomas ya venían recogiendo en normas con rango de ley la potestad de desahucio administrativo para las Entidades locales, como es el caso de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía¹¹, y el artículo 228 del Decreto Legislativo 2/2003, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley municipal y de régimen local de Catalunya.

A tenor de lo anterior, el marco normativo en materia de desahucio administrativo por parte de los Entes locales viene determinado por los preceptos básicos de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, de aplicación para dicha figura, así como las normas de desarrollo autonómicas, complementadas por las normas locales aprobadas en ejercicio de su autonomía, sin perjuicio de la legislación supletoria contenida en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales estatal de 1986, allí donde no haya sido desplazado por la legislación propia autonómica.

3.- Cuestiones sustantivas. Supuestos en que procede el desahucio administrativo y responsabilidad indemnizatoria de la Administración.-

A nivel general, esto es, de conformidad con lo dispuesto con carácter básico por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, los supuestos en que puede ser accionada la prerrogativa o tutela posesoria de desahucio administrativo se enmarca con respecto a los bienes de dominio público. De conformidad con el artículo 58 de dicha Ley, las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros.

Según esto, en principio podrían señalarse las siguientes conclusiones:

1ª La potestad de desahucio administrativo sería articulable únicamente respecto a bienes de dominio público; por consiguiente, no sería extensible a bienes patrimoniales, a los que únicamente podría acudir a la vía jurisdiccional civil (desahucio judicial).

2ª El desahucio administrativo opera en los casos en que exista una causa o título habilitante para la ocupación posesoria, que decae o desaparece, según se constata o declara a través del ejercicio del desahucio administrativo, por cuanto la

¹⁰ Vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, F.J., *Régimen jurídico del patrimonio...*, op. cit., pág. 255.

¹¹ Arts. 63.1.b) y 68 y ss. de dicha Ley.

primera actuación procedimental de la Administración va directamente encaminada a declarar dicha extinción.

No obstante, lo cierto es que la legislación que sobre tal figura han realizado algunas Comunidades Autónomas viene a enturbiar estos principios básicos. Para ello nos vamos a centrar en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así, el artículo 68 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades de Andalucía, dispone que las Entidades Locales tienen la facultad de promover y ejecutar en vía administrativa el desahucio de los bienes inmuebles de su pertenencia en los siguientes casos:

- a) Cuando se extinga el derecho de ocupación de los particulares sobre bienes de dominio público, en los supuestos de autorización, concesión o cualquier otro título.
- b) Cuando los bienes hayan sido usurpados u ocupados por los particulares sin título jurídico alguno, clandestinamente o contra la voluntad de la entidad. No obstante, la recuperación de los bienes patrimoniales sólo podrá ser realizada directamente por la entidad en el plazo de un año desde que tuvo constancia de la ocupación.
- c) Cuando declaren extinguido el derecho de ocupación de bienes que hayan sido entregados a sus funcionarios y demás personal a su servicio por razón de los puestos de trabajo que desempeñan.

A ello se añade la extensión de la acción de desahucio administrativo para la facultad de ocupar por vía administrativa los bienes expropiados una vez cumplidos los requisitos en la normativa de aplicación (artículo 69 de la Ley 7/1999, citada).

El supuesto contemplado en la **letra a)** del artículo 68 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, es el caso que viene determinado con carácter básico para todas las Administraciones Públicas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. Esto es, el desahucio opera en caso de extinción del título legitimador de la ocupación o posesión de un bien de dominio público. Por consiguiente, la casación de ambos supuestos –el estatal básico y el autonómico– no ofrece problema alguno, ni están regidos por limitación temporal, dadas las especiales prerrogativas que se predicán con respecto a los bienes de dominio público. Por título jurídico habilitante de la posesión, pueden considerarse los supuestos de concesión demanial, para los usos anormales o privativos, los de licencia de ocupación demanial para el uso especial, e incluso el precario o mera tolerancia, a que hace referencia el artículo 34 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

El **precarista**, a tenor del artículo 444 y siguientes del Código Civil, es un mero detentador de un bien por benevolencia del propietario o persona que tenga derecho al bien, de tal forma, que puede ser desalojado, acudiendo a la vía judicial, en los casos que resulte obligada dicha vía (relaciones *inter privados*, y para las Administraciones Públicas en el caso de los bienes patrimoniales), o a través del desahucio administrativo, en el caso de bienes de dominio público de las Administraciones Públicas.

El problema viene de la mano del supuesto contemplado en la **letra b)** del artículo 68 de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, por cuanto hace extensiva la acción de desahucio administrativo a casos de *usurpaciones* u ocupaciones *sin título jurídico alguno*, tanto de bienes de dominio público como patrimoniales. En la buena lógica de los postulados defendidos en el presente trabajo y por la doctrina mayoritaria, nos encontramos ante un caso de confusión entre las instituciones de recuperación de oficio y desahucio administrativo, por cuanto para los supuestos de usurpaciones o casos de ocupación sin título jurídico deben articularse los resortes de la recuperación de oficio. Téngase presente que ambas figuras no son intercambiables, en tanto que, como hemos mencionado anteriormente, en el desahucio debe declararse en primer lugar la extinción del título jurídico habilitante de la posesión (previa audiencia del interesado), para a continuación accionar el desalojo, exigible en primer lugar con carácter voluntario, o, en caso de incumplimiento, a través de ejecución forzosa. Y si nos encontramos ante usurpaciones u ocupaciones sin título jurídico alguno, no resulta precisa la declaración de extinción del título jurídico de ocupación, sino que se interesa directamente la recuperación administrativa, también, obviamente, tras la instrucción y trámite de audiencia pertinente. Por eso, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero, cuando regula la extinción del *derecho de ocupación*, lo referencia únicamente a los bienes de dominio público, en tanto que para los bienes patrimoniales no resultaría posible declarar tal extinción en vía administrativa, ya que debe acudir a la vía jurisdiccional civil.

Puede ocurrir, en algunos supuestos, y cuando se den las circunstancias o requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial, que la declaración de extinción del título jurídico de ocupación o posesión, dé lugar a **indemnización** con cargo a la Administración actuante. En tales casos, y para el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 154 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, citado anteriormente, determina que la indemnización por la extinción de los derechos de ocupación de los bienes recogida en los artículos anteriores, cuando proceda con arreglo a las leyes, se determinará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) La Entidad Local requerirá a la persona interesada para que en el plazo de quince días solicite motivadamente la cantidad en que cifre la indemnización, aportando los documentos e informes en que la justifique.

b) Examinada la documentación aportada, evacuados los informes técnicos y jurídicos pertinentes, la Presidencia de la Entidad Local aceptará la cuantía solicitada o fijará la procedente en el plazo máximo de dos meses desde la solicitud.

c) La indemnización podrá determinarse, no obstante, en el acuerdo de declaración de extinción del derecho sin seguir los trámites previstos en este artículo, si en el expediente constan los datos y circunstancias precisos para su fijación.

No obstante, cuando el título jurídico que habilita la ocupación del dominio público es el precario, con carácter general no determina responsabilidad indemnizatoria de la Administración, según señalaba ya el artículo 113.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986,

posteriormente recogido en algunos textos legales autonómicos (artículo 34 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía) y reconocido por la jurisprudencia¹².

4.- Cuestiones formales: procedimiento y órgano competente en materia de desahucio administrativo.-

Como se ha mencionado anteriormente, el ejercicio de la acción de desahucio por parte de la Administración local requiere una actuación bifásica, que abarca en primer lugar la declaración de la extinción de la ocupación del bien demanial de titularidad de la Entidad local¹³, si bien para los bienes patrimoniales en Andalucía, dado que no se puede extinguir un título jurídico habilitante si no es a través de una acción judicial, la legislación andaluza faculta, a nuestro modo de ver, de manera confusa, un acuerdo para el ejercicio del desahucio, en similitud del acuerdo plenario de extinción del título de ocupación del dominio público (artículo 158 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero). Producido dicho acuerdo de declaración de extinción del título jurídico de ocupación del dominio público o el acuerdo de ejercicio del desahucio para los bienes patrimoniales, procede en segundo lugar, el desalojo y entrega del bien a la Administración. En aras del principio de celeridad y acumulación de actuaciones, nada impide que en el mismo acuerdo plenario de extinción del derecho de ocupación se efectúe el requerimiento de desalojo en fase voluntaria por parte de la persona ocupante, con el bien entendido de que no puede acudir a la ejecución forzosa hasta tanto no hayan transcurrido los plazos de cumplimiento voluntario.

A tales efectos, pueden distinguirse los siguientes supuestos.

a.- En los casos de extinción de un título jurídico distinto del precario (por ejemplo, concesión o licencia demanial), se precisan dos requerimientos de desalojo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, antes de poder accionar la ejecución forzosa. Como expresa el artículo 156 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía de 2006, declarado extinguido el derecho a la ocupación de bienes sin que proceda indemnización o, en su caso, realizado el pago o consignada la indemnización, se requerirá a la persona ocupante para que proceda al desalojo y entrega del bien en el plazo de quince días. Si el requerimiento no fuese atendido, se practicará nuevamente para que se proceda a la entrega del bien en el plazo de ocho días. En el caso de que no se atienda este plazo, queda legitimada la Corporación para la ejecución forzosa a través del lanzamiento, que se llevará a efecto por la Entidad con sus propios medios. A tales efectos, el apartado 4 del

¹² Una STS de 5 de junio de 1987, referida a la ocupación de un bien de dominio público, para instalación de un quiosco-bar, confirma la procedencia del desahucio sin derecho a indemnización alguna, toda vez que el artículo 113.2 del RB, establece cómo el titular del contrato de precario y el mero ocupante (el antiguo adjudicatario que lo ocupa actualmente, una vez finalizado el período de concesión o arrendamiento, de forma tolerada y sin título, es un precarista) carecen de derecho de indemnización por extinción de su posesión. La Sentencia de 15 de marzo de 1990 considera precario, entre otros, el caso en que se ocupa un bien respecto del cual se haya extinguido el título jurídico por cumplimiento del plazo de vigencia. En igual sentido, la STS de 18 de enero de 1991 mantiene que el precario no crea derecho subjetivo alguno y que su finalización no da derecho a indemnización.

¹³ Art. 59 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

artículo 59 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas determina que si el tenedor no atendiera el requerimiento, se procederá en la forma prevista en el capítulo V del título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se podrá solicitar para el lanzamiento el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o imponer multas coercitivas de hasta un cinco por 100 del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de ocho días hasta que se produzca el desalojo.

b.- En los supuestos de extinción de una ocupación legitimada a través de precario, el procedimiento de desahucio se simplifica, por cuanto no son necesarios dos requerimientos de desalojo, siendo suficiente uno por plazo abreviado de diez días. Así, el apartado 6 del artículo 151 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía dispone que las ocupaciones del dominio público en precario requieren para su extinción un preaviso a la persona interesada de diez días, en cuyo plazo deberá desalojar el dominio público ocupado¹⁴.

El plazo para resolver y notificar el procedimiento de desahucio, que abarca tanto la fase procedimental de declaración de extinción o caducidad del título habilitante posesorio como el requerimiento de desalojo y entrega del bien, será el determinado por la norma de procedimiento, como exige con carácter general el apartado 2 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tenor de ello, en Andalucía, el artículo 123 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, establece que el plazo para resolver y notificar los procedimientos previstos en ejercicio de las prerrogativas de protección posesoria será de seis meses desde su iniciación. La falta de resolución en plazo producirá los efectos previstos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.

¹⁴ El tenor de dicho apartado suscita diversas dudas interpretativas. La principal alcanza a si debe tramitarse el procedimiento de declaración de extinción, a cuya terminación tiene efecto el plazo de diez días de desalojo, o, como parece dar a entender el precepto en su interpretación literal, únicamente se requiere un plazo de diez días *para extinguir y desalojar* el dominio público. Lo cierto es que para dar cumplimiento a las bases contenidas en la legislación estatal a través de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, parece que lo más razonable es instruir el procedimiento de extinción del título jurídico habilitante de ocupación (y el precario lo es, por cuanto es un título jurídico, aunque de menor intensidad), con trámite de audiencia, y en el acuerdo plenario de terminación de la extinción del precario, se incluye un requerimiento de desalojo por plazo único de diez días, sin ser preciso el segundo requerimiento previsto con carácter general para los otros supuestos habilitantes de ocupación del dominio público. Lo contrario, supondría no dar debido cumplimiento a lo exigido en el artículo 59 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, que determina en todo caso la necesidad de instrucción del procedimiento para declarar la extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público, con anterioridad al requerimiento de desalojo, y supondría igualmente conculcar la existencia del preceptivo trámite de audiencia, previsto como disposición general de los procedimientos administrativos en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En lo que afecta a la **prescripción de la acción de desahucio**, ya se ha expuesto anteriormente que, atendiendo a las especiales prerrogativas de los bienes de dominio público, se entienden como imprescriptibles las acciones posesorias con respecto a los mismos. Cuestión distinta es la prescripción de la acción de desahucio con respecto de los bienes patrimoniales, en tanto que en Andalucía está previsto normativamente el desahucio de dichos bienes en caso de usurpaciones (con clara confusión con la potestad de recuperación de oficio, según hemos venido manteniendo). El artículo 69 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, en similitud con el plazo de prescripción para la recuperación de oficio de los bienes patrimoniales, establece el de un año, desde que se *tuvo constancia de la ocupación*. Ello ha sido interpretado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a efectos de cómputo y determinación del *dies a quo*, como el día de conocimiento de la ocupación, no el de su ocupación efectiva, que puede ser anterior al del conocimiento de la Corporación, a través, por ejemplo, de un informe de la Policía Local¹⁵.

Otra cuestión que suele originar litigiosidad en la práctica, es la referente a la solicitud de **suspensión de la ejecución de los actos administrativos de desahucio** dictados por las Entidades locales, instados por las personas detentadoras de los bienes. Es evidente que la correcta solución a esta cuestión, sobre la base de la regulación genérica de la suspensión de la ejecución de actos administrativos contenida en la Ley 30/1992, no admite una solución general, sino sopesar las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁶.

En cuanto al **órgano competente para ejercer el desahucio**, la legislación básica estatal no determina esta cuestión, siendo preciso acudir a la legislación autonómica de desarrollo. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la competencia para la incoación, impulso y tramitación es de la persona titular de la Alcaldía o Presidencia de la Entidad Local, en tanto que el acuerdo de declaración de extinción o caducidad del título jurídico habilitante de la posesión, con requerimiento de desalojo es del Pleno de la Corporación (apartado 4 del artículo 63 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y artículo 70 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía). Si queda debidamente facultado en el acuerdo de desahucio aprobado por el Pleno de la Corporación, nada impide que la persona titular de la Alcaldía o Presidencia de la Entidad local ejerza el segundo requerimiento de desalojo y entrega del bien voluntario por la persona detentadora de la posesión del mismo previsto en el artículo 156.2 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, así como los actos subsiguientes para la ejecución forzosa del acuerdo plenario (lanzamiento). Téngase presente que, a tenor del régimen general o

¹⁵ STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección 3ª, de 9 de enero de 2008, rec. 115/2004.

¹⁶ A título de ejemplo, en la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 19 de diciembre de 2007, rec. 510/2006, por el Tribunal se revoca en apelación la decisión judicial de primera instancia por la que se decretó la suspensión de la ejecución del acto de requerimiento de desalojo, considerándose ajustada a Derecho la actuación de un Ayuntamiento de no suspender la ejecución, por cuanto la ejecutividad de los actos administrativos impugnados no privan de efectividad la sentencia que en su día recaiga ni hacen perder su finalidad legítima al recurso, pues no se revela la apariencia de buen derecho, en el caso particular.

común previsto para los Municipios en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el Alcalde ostenta la atribución para la ejecución y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento (artículo 21.1.r de la Ley 7/1985, citada)¹⁷.

Por lo que respecta a los **gastos del lanzamiento**, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía el artículo 157 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, determina que serán de cuenta del desahuciado los gastos que se originen como consecuencia del desalojo en los supuestos en que no sea voluntaria la entrega del bien. Los gastos serán determinados contradictoriamente. La Entidad Local notificará a la persona interesada la cantidad en que fija provisionalmente el importe, con certificación detallada de los producidos y la requerirá para que muestre su conformidad o disconformidad razonada en plazo de diez días. Cumplido el plazo, la Entidad fijará definitivamente la cantidad y requerirá de pago al deudor concediéndole los mismos plazos que se conceden para el abono voluntario de las deudas tributarias. Si no se efectúa el pago voluntario se exigirá la deuda por el procedimiento de apremio de acuerdo con las normas vigentes. Los gastos ocasionados por el lanzamiento incluirán los salarios del personal de la Entidad que intervenga en la diligencia y la utilización de los elementos materiales que correspondan, calculado todo ello de acuerdo con el tiempo realmente invertido en el lanzamiento. En la diligencia de lanzamiento podrán retenerse bienes de la persona ocupante suficientes y proporcionados para garantizar el cobro de los gastos ocasionados.

Otra de las cuestiones que en un plano práctico es fuente inagotable de conflictos interpretativos, es la referente a si resulta precisa la **autorización judicial para la entrada y acceso al inmueble** para la ejecución del desahucio (entendida en su última fase, esto es, toda vez que la Corporación ha declarado mediante acuerdo la extinción de la ocupación y han sido frustrados los plazos de cumplimiento voluntario del desalojo y entrega del bien). Ya se ha puesto de relieve que es característico del desahucio administrativo su articulación por propia Administración, definido como autotutela administrativa, sin necesidad de impetrar auxilio judicial. Ahora bien, no es nada infrecuente, que las Administraciones, para garantizarse una especie de “patente de corso” o carta de legitimación¹⁸, acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa para interesar autorización judicial de entrada domiciliaria y, lo que es peor, los Juzgados no entren a analizar si procede o no dicha autorización, sino que se limitan a conceder o no la misma a través de Auto, sin una previa reflexión sobre si el lugar objeto de desahucio precisaba o no intervención

¹⁷ Sobre la cuestión referente al órgano competente en materia de desahucio en Andalucía, vid. REDACCIÓN EL CONSULTOR, «Órgano competente para declarar extinguida la concesión o uso en el ámbito de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y su Reglamento», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 20, Quincena 30 Oct.-14 Nov. 2006, Ref. 3575/2006, pág. 3575.

¹⁸ MACÍAS CASTAÑO, en «El desahucio administrativo...», *op. cit.*, lo explica de la siguiente manera: «Éste es, con mucho, el aspecto más confuso del panorama que examinamos. Y valga decir, desde la legítima crítica, que el único responsable de esta confusión es el Tribunal Constitucional. Otra cosa es que podamos también afirmar que la práctica demuestra que a la Administración le ha convenido encontrar un respiro en sus responsabilidades, y que en no pocas ocasiones claudica en el ejercicio de su autotutela más allá de lo que es constitucional y legalmente exigible para salvaguardar su responsabilidad con una “póliza de seguro judicial”».

judicial. Todo ello tiene como telón de fondo la regulación constitucional de la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental en el artículo 18.2 de la Constitución de 1978.

A juicio de MACÍAS CASTAÑO¹⁹, la confusión provocada por el Tribunal Constitucional deriva de tres circunstancias:

La primera, es que preocupado el Tribunal por delimitar de manera abstracta los sujetos titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, o el ámbito de conocimiento y obligaciones del Juez que autoriza la entrada, se olvida en ocasiones de verificar que el lugar donde se pretende hacer la entrada, y que ha motivado el recurso concreto que examina, es efectivamente un domicilio. Así, y con independencia de quien sea el titular del derecho o las funciones y obligaciones del juez, se han dirimido recursos de amparo en relación a locales en los que se depositaba chatarra y la maquinaria para su procesamiento (STC 137/1985), locales desde donde se realizaban emisiones de radio (STC 144/1987 y ATC 258/1990) o kioscos de bebidas en la vía pública (ATC 198/1991), en los que la existencia de un “domicilio” se asume como un presupuesto del caso, omitiendo cualquier razonamiento sobre si tales lugares merecían semejante calificación. De ahí a generar en el operador jurídico la conclusión (y la confusión) de que el destino o actividad desarrollada en el local es indiferente para justificar la restricción de la autotutela, no media ni un paso.

La segunda, es que el Tribunal ha realizado alguna afirmación sumamente genérica en cuanto al derecho al domicilio de las personas jurídicas (STC 137/1985), después, si bien no rectificadas, sí marizadas o atemperadas intensamente (STC 171/1997, 69/1999 y 283/2000), que en la línea de la anterior crítica, contribuyó a enturbiar la definición del ámbito de restricción efectivo de la autotutela.

Y la tercera, y fundamental, es cierto exceso en el que, a juicio del autor citado, ha incurrido el Tribunal Constitucional en la interpretación de la legalidad ordinaria, interpretación que además, es más que discutible. Esa interpretación es la que se realizó sobre el contenido del art. 87-2 LOPJ (actualmente 91-2 LOPJ y 8-6 LJ), que atribuía a los Juzgados de Instrucción (actualmente de lo Contencioso-administrativo) la competencia para conocer de estas autorizaciones. Ha afirmado el Tribunal Constitucional en su STC 59/1995 (anteriormente lo había hecho en la STC 76/1992, y posteriormente lo reiterará en la 283/2000) que “A tal efecto [esto es, el de la necesidad de autorización desde la perspectiva del art. 87-2 LOPJ, no del art. 18-2CE], se extiende el concepto de domicilio no sólo a la vivienda en sentido estricto, sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes de la voluntad del titular”.

Ello lo que supone es que, a juicio del Tribunal Constitucional, el legislador no sólo ha establecido la necesidad de autorización para entrar en un domicilio en el sentido constitucional del término (que sería lo único que interesaría al Tribunal, pues es éste el único derecho que, en principio, tendría que proteger), sino que, además, el legislador exige la autorización para entrar en otros edificios y lugares que, en realidad, no son domicilios constitucionalmente protegidos.

¹⁹ MACÍAS CASTAÑO, en <<El desahucio administrativo...>>, *op. cit.*

No obstante, más allá de que el Tribunal Constitucional no tiene como función la de la interpretación de la legalidad ordinaria, fuera del marco de preceptos constitucionales, lo que determina la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competencias procesales sobre una materia, agotándose su contenido en dicha dimensión procesal, sin regular su régimen sustantivo. Dicho de otra manera, señala el autor citado, tales preceptos no establecen que para entrar en un domicilio o en otros lugares sea necesaria una autorización judicial, sino que cuando esa autorización sea necesaria, el competente para conocer de ello será el Juez de lo Contencioso (antes el de Instrucción). Cuando es necesaria esa autorización no lo dice la LOPJ, sino la Constitución y las leyes que tienen por objeto regular la actividad de la Administración.

II.- PROPUESTA DE FORMULARIOS EN MATERIA DE DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE BIENES DEMANIALES OCUPADOS EN PRECARIO

Se expone a continuación la tramitación básica de un expediente administrativo consistente en acción de desahucio administrativo de bienes de dominio público municipales ocupados en precario, con aplicación de la legislación de desarrollo andaluza.

1.- Resolución de Alcaldía de incoación de desahucio.-

D./D^ª _____, SECRETARIO/A (SECRETARIO-INTERVENTOR) DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE _____

CERTIFICO: Que por *resolución de Alcaldía / acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de _____ por delegación del Alcalde, adoptado en sesión celebrada con fecha _____*, se acordó, entre otros, (copiado literalmente del borrador del acta de dicha sesión, *en su caso*), lo siguiente:

<<Atendiendo que D./D^ª _____ viene ocupando desde ____ el siguiente bien de dominio público _____ (por ejemplo, quiosco en espacio de dominio público), sito en ____ del núcleo urbano de capitalidad del Municipio de _____, en precario _____.

Vista la necesidad de regularizar la concesión del uso privativo de dicho espacio de dominio público, dado que _____.

Considerando que de conformidad con el artículo 58 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros.

En el presente supuesto, D./D^ª _____ viene ocupando desde ____ el bien demanial sito en _____, desarrollándose la actividad _____. El título jurídico para la

ocupación ha sido el de ____ (concesión o licencia demanial, precario), según consta en la siguiente documentación ____, si bien la situación actual, en todo caso es la de precarista, dado que _____. De conformidad con lo anterior, procede la declaración de extinción del título de precarista y entrega del bien a la Corporación, para poder ser destinado a las finalidades anteriormente apuntadas.

Considerando que según dispone el artículo 59 de la Ley 33/2003, citada, para el ejercicio de la potestad de desahucio será necesaria la previa declaración de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público. Esta declaración, así como los pronunciamientos que sean pertinentes en relación con la liquidación de la correspondiente situación posesoria y la determinación de la indemnización que, en su caso, sea procedente, se efectuarán en vía administrativa, previa instrucción del pertinente procedimiento, en el que deberá darse audiencia al interesado. La resolución que recaiga, que será ejecutiva sin perjuicio de los recursos que procedan, se notificará al detentador, y se le requerirá para que desocupe el bien, a cuyo fin se le concederá un plazo no superior a ocho días para que proceda a ello. Si el tenedor no atendiera el requerimiento, se procederá en la forma prevista en el capítulo V del título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se podrá solicitar para el lanzamiento el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o imponer multas coercitivas de hasta un cinco por 100 del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de ocho días hasta que se produzca el desalojo. Los gastos que ocasione el desalojo serán a cargo del detentador, pudiendo hacerse efectivo su importe por la vía de apremio.

Considerando que a tenor del artículo 34 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, las ocupaciones del dominio público realizadas en precario sin determinación de plazo o simplemente toleradas pueden ser dejadas sin efecto por la Entidad local en cualquier momento, y sin indemnización alguna.

Considerando que de conformidad con el art. 151.1 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, la extinción del derecho de ocupación sobre bienes inmuebles de dominio público, en los supuestos de autorización, concesión o cualquier otro título, se declarará por el Pleno de la Entidad Local previa audiencia de su titular y de cualquier persona interesada quienes podrán, en plazo de quince días, formular alegaciones, aportar documentos y proponer las pruebas con las que pretendan justificar la vigencia del derecho y la procedencia de la continuidad de la ocupación.

De conformidad con lo anterior, y en uso de la atribución conferida por el art. 63.4 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales, **RESUELVO / la Junta de Gobierno Local, con los votos a favor ____, ACUERDA:**

PRIMERO: Incoar procedimiento para la declaración de extinción de la ocupación del dominio público reflejado en la parte expositiva.

SEGUNDO: Conceder trámite de audiencia al interesado/s por plazo de quince días.

CUARTO: Notifíquese el presente acto de trámite a las personas interesadas conjuntamente con la comunicación prevista en el apartado 4 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común».

Y para que conste y surta sus efectos, *y con la advertencia y salvedad del art. 206 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*²⁰, expido el presente certificado con el Vº Bº del Sr. Alcalde, en _____, a ____ de _____ de 200 ____.

Vº Bº EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

2.- Notificación de la resolución de Alcaldía de incoación de desahucio y trámite de audiencia, conteniendo comunicación del art. 42.4 LRJ-PAC.-

D./D^a _____.
[Nombre y domicilio de los interesados]

NOTIFICACIÓN

Por la presente se le notifica *la resolución dictada por el Sr. Alcalde aprobada por Decreto nº ____ / el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada con fecha ____ de ____ de 200__, por delegación del Alcalde conferida por Decreto nº __, de __/__, y que es del tenor literal siguiente:*

<< _____ >> (deberá transcribirse el acto administrativo).

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, se comunica que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa que recaiga en el presente procedimiento es de seis meses, en aplicación del artículo 123 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, contados a partir del presente acto de incoación, sin perjuicio de las causas de suspensión previstas en el

²⁰ En caso de actos administrativos aprobados en un órgano colegiado (Junta de Gobierno Local o, en su caso, Junta de Gobierno en el ámbito de las Diputaciones Provinciales).

apartado 5 de dicho precepto. Superado dicho plazo se producirá la caducidad del expediente, en aplicación del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, citada, sin perjuicio de la nueva incoación de expediente en caso de que persista la necesidad que dio origen al presente procedimiento.

Lo que se notifica, con indicación de que el presente acto administrativo no agota la vía administrativa por tratarse de un acto de trámite y contra el mismo no procede interponer recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, citada, sin perjuicio del trámite de audiencia en el plazo indicado a tales efectos.

Todo ello sin perjuicio de que pueda ejercitarse cualquier otro recurso o vía impugnatoria que se estime pertinente.

En _____, a __ de _____, de 20__.

EL/LA SECRETARIO/A, EL SECRETARIO-INTERVENTOR

Fdo. _____.

3.- Informe de liquidación provisional de gastos de lanzamiento.-

INFORME

Habiéndose requerido informe de valoración de la liquidación provisional referente a los gastos de lanzamiento derivados de la acción de desahucio que tramita esta Entidad local, contra _____, para el desalojo del bien de dominio público municipal _____, sito en _____.

Considerando a tales efectos lo dispuesto en el artículo 157 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

Los gastos que originan el lanzamiento consisten en lo siguiente, calculados de acuerdo con el tiempo a invertir en el lanzamiento:

- Salarios del personal de la Entidad interviniente en la diligencia de lanzamiento: _____ euros.
- Elementos materiales a destinar en la diligencia de lanzamiento: _____ euros.
- Gastos derivados de la reposición a su estado anterior: _____ euros.

De conformidad con ello, y atendiendo a los bienes existentes en el inmueble a desalojar, consistentes en _____, y valorados en _____, podrán retenerse los

siguientes bienes ____, si se considera oportuno y proporcionado para garantizar el cobro de los gastos ocasionados.

Lo que se informa a los efectos oportunos.

En ____, a __ de __ de 20__.

El/La Técnico/a Municipal, Fdo. _____.

4.- Informe-propuesta de acuerdo de declaración de extinción de ocupación del dominio público y preaviso de desalojo.-

INFORME JURÍDICO

En relación con el expediente con referencia ____, que se tramita con objeto del desahucio administrativo del bien de dominio público ____, sito en ____, ocupado por _____, con arreglo a los arts. 172 y 175 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, y (*en su caso*), lo dispuesto en el art. 54.1.a) 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, se emite el siguiente INFORME, en el que se constan los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Por Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __ de fecha ____, se incoó expediente para el desahucio administrativo del bien de dominio público indicado anteriormente, que viene siendo ocupado por ____ desde ____, cuyo uso consiste en _____.

SEGUNDO: Dicha resolución de incoación fue notificada a la parte que detenta la posesión del bien, concediéndose igualmente trámite de audiencia.

TERCERO: Durante el plazo del trámite de audiencia, *no / se han presentado las siguientes alegaciones* _____.

CUARTO: Por los servicios técnicos municipales se ha emitido informe de liquidación provisional de gastos derivados del lanzamiento del desahucio, en caso de no darse cumplimiento voluntario al requerimiento que se dicte de desalojo y entrega del bien, así como su reposición a su estado anterior óptimo para ser recibido por esta Administración.

CONSIDERACIONES LEGALES DE APLICACIÓN

PRIMERA: Vista la necesidad de regularizar la concesión del uso privativo de dicho espacio de dominio público, dado que _____.

SEGUNDA: Considerando que de conformidad con el artículo 58 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros.

En el presente supuesto, D./D^ª ____ viene ocupando desde ____ el bien demanial sito en ____, desarrollándose la actividad _____. El título jurídico para la ocupación ha sido el de ____ (concesión o licencia demanial, precario), según consta en la siguiente documentación ____, si bien la situación actual, en todo caso es la de precarista, dado que _____. De conformidad con lo anterior, procede la declaración de extinción del título de precarista y entrega del bien a la Corporación, para poder ser destinado a las finalidades anteriormente apuntadas.

TERCERA: Considerando que según dispone el artículo 59 de la Ley 33/2003, citada, para el ejercicio de la potestad de desahucio será necesaria la previa declaración de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público. Esta declaración, así como los pronunciamientos que sean pertinentes en relación con la liquidación de la correspondiente situación posesoria y la determinación de la indemnización que, en su caso, sea procedente, se efectuarán en vía administrativa, previa instrucción del pertinente procedimiento, en el que deberá darse audiencia al interesado. La resolución que recaiga, que será ejecutiva sin perjuicio de los recursos que procedan, se notificará al detentador, y se le requerirá para que desocupe el bien, a cuyo fin se le concederá un plazo no superior a ocho días para que proceda a ello. Si el tenedor no atendiera el requerimiento, se procederá en la forma prevista en el capítulo V del título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se podrá solicitar para el lanzamiento el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o imponer multas coercitivas de hasta un cinco por 100 del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de ocho días hasta que se produzca el desalojo. Los gastos que ocasione el desalojo serán a cargo del detentador, pudiendo hacerse efectivo su importe por la vía de apremio.

CUARTA: Considerando que a tenor del artículo 34 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, las ocupaciones del dominio público realizadas en precario sin determinación de plazo o simplemente toleradas pueden ser dejadas sin efecto por la Entidad local en cualquier momento, y sin indemnización alguna.

QUINTA: Considerando que de conformidad con el art. 151.1 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, la extinción del derecho de ocupación sobre bienes inmuebles de dominio público, en los supuestos de autorización, concesión o cualquier otro título, se declarará por el Pleno de la Entidad Local previa audiencia de su titular y de cualquier persona interesada quienes podrán, en plazo de quince días, formular alegaciones, aportar documentos y proponer las pruebas con las que pretendan justificar la vigencia del derecho y la procedencia de la continuidad de la ocupación.

SEXTA: Mediante Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/__, de fecha __, se inicia procedimiento para la declaración de extinción de la ocupación del dominio público reflejado en los antecedentes de hecho, dándose trámite de audiencia.

SÉPTIMA: Durante el plazo del trámite de audiencia, *no / se han presentado las siguientes alegaciones* _____.

(En su caso) Dichas alegaciones no pueden ser tenidas en consideración, de conformidad con los servicios técnicos y jurídicos de la Corporación, por cuanto _____.

OCTAVA: De conformidad con el apartado 6 del artículo 151 del Decreto 18/2006, citado, las ocupaciones del dominio público en precario requieren para su extinción un preaviso a la persona interesada de diez días, en cuyo plazo deberá desalojar el dominio público ocupado.

NOVENA: A tenor del artículo 157 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, <<1. Serán de cuenta del desahuciado los gastos que se originen como consecuencia del desalojo en los supuestos en que no sea voluntaria la entrega del bien.

2. Los gastos serán determinados contradictoriamente. La Entidad Local notificará a la persona interesada la cantidad en que fija provisionalmente el importe, con certificación detallada de los producidos y la requerirá para que muestre su conformidad o disconformidad razonada en plazo de diez días.

Cumplido el plazo, la Entidad fijará definitivamente la cantidad y requerirá de pago al deudor concediéndole los mismos plazos que se conceden para el abono voluntario de las deudas tributarias. Si no se efectúa el pago voluntario se exigirá la deuda por el procedimiento de apremio de acuerdo con las normas vigentes.

3. Los gastos ocasionados por el lanzamiento incluirán los salarios del personal de la Entidad que intervenga en la diligencia y la utilización de los elementos materiales que correspondan, calculado todo ello de acuerdo con el tiempo realmente invertido en el lanzamiento.

4. En la diligencia de lanzamiento podrán retenerse bienes de la persona ocupante suficientes y proporcionados para garantizar el cobro de los gastos ocasionados>>.

Considerando a tales efectos lo dispuesto dicho artículo, por los servicios técnicos municipales se ha efectuado liquidación provisional de los gastos que originan el lanzamiento, calculados de acuerdo con el tiempo a invertir en el lanzamiento:

- Salarios del personal de la Entidad interviniente en la diligencia de lanzamiento: _____ euros.
- Elementos materiales a destinar en la diligencia de lanzamiento: _____ euros.
- Gastos derivados de la reposición a su estado anterior: _____ euros.

De conformidad con ello, y atendiendo a los bienes existentes en el inmueble a desalojar, consistentes en _____, y valorados en _____, podrán retenerse los siguientes bienes ____, si se considera oportuno y proporcionado para garantizar el cobro de los gastos ocasionados.

NOVENA: En plano competencial, corresponde a esta Administración la acción de desahucio administrativo, ejerciéndose la competencia resolutoria a través del Pleno de la Corporación, de conformidad con el artículo 63.4 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y el artículo 70 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

De conformidad con la exposición fáctica y jurídica que precede, se eleva al Pleno Municipal, previo dictamen de la Comisión Informativa correspondiente, la siguiente **PROPUESTA DE ACUERDO**:

PRIMERO. Declarar extinguido el uso en precario que D./D^{ña} ____ realiza del bien de dominio público ____ sito en _____, por los motivos anteriormente expuestos, *desestimándose las alegaciones efectuadas (en su caso)*.

SEGUNDO: Requerir a la persona interesada el desalojo del dominio público ocupado en un plazo máximo de diez días²¹. Dicho requerimiento surtirá los efectos de preaviso determinados en el artículo 151.6 del Decreto 18/2006, de 24 de enero. En caso de que no se atienda este plazo, el lanzamiento se llevará a efecto por este Ayuntamiento con sus propios medios.

TERCERO: La cantidad en que se fija, provisionalmente, el importe de los gastos del desalojo es la expresada en el informe técnico obrante en el expediente y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 157.2 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, se le requiere para que muestre su conformidad o disconformidad razonada en el plazo de diez días.

CUARTO: Facultar a la *Alcaldía / Presidencia* de la Entidad Local, en ejercicio de su atribución para la ejecución y hacer cumplir los acuerdos de la Corporación, para cuantas gestiones y actuaciones resulten precisas para la ejecución del presente acto, incluidas cuantas actuaciones se desprendan de la ejecución forzosa y, en particular, la orden de lanzamiento, y la liquidación definitiva de los gastos que se deriven del mismo.

QUINTO: Notifíquese el presente acto definitivo y finalizador de la vía administrativa, conjuntamente con el informe técnico de valoración de los gastos de desalojo, con indicación del régimen de recursos que con arreglo a derecho procedan.

²¹ Si nos encontramos ante extinciones de otros títulos jurídicos habilitantes, tales como la concesión demanial o licencia de ocupación de dominio público, resultarán necesarios dos requerimientos: el primero de quince días y el segundo de ocho, expresados en fase de cumplimiento voluntario, antes de proceder a la ejecución forzosa a través del lanzamiento.

Lo que se informa a los efectos oportunos, sin perjuicio de otro criterio mejor fundado en derecho.

En _____, a __ de __ de ____.

El T.AG. / El Secretario / El Secretario-Interventor / Asesor Jurídico, Fdo. _____.

5.- Dictamen de Comisión Informativa extinción ocupación dominio público, preaviso desalojo y liquidación provisional de gastos de lanzamiento.-

Integrado como propuesta de acuerdo en forma de dictamen en el apartado siguiente.

6.- Acuerdo del Pleno de declaración de extinción de ocupación del dominio público en precario, preaviso de desalojo y liquidación provisional de gastos de lanzamiento.-

D./D^ª _____, SECRETARIO/A (SECRETARIO-INTERVENTOR) DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE _____

CERTIFICO: Que en sesión *ordinaria* / *extraordinaria* celebrada con fecha ____ el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de _____, emitió el acuerdo, entre otros, que copiado literalmente del borrador del acta de dicha sesión dice:

<<...- Extinción ocupación dominio público ____ en ____ y preaviso de desalojo.-

DICTAMEN:

Se da lectura por el Sr. Secretario del dictamen de la Comisión Informativa y de Seguimiento de _____, de fecha __ de __ de 20__, que resulta del siguiente tenor:

“Visto el expediente que se tramita con objeto del desahucio administrativo del bien de dominio público _____, sito en _____, ocupado por _____, en el que constan los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Por Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __ de fecha _____, se incoó expediente para el desahucio administrativo del bien de dominio público indicado anteriormente, que viene siendo ocupado por _____ desde _____, cuyo uso consiste en _____.

SEGUNDO: Dicha resolución de incoación fue notificada a la parte que detenta la posesión del bien, concediéndose igualmente trámite de audiencia.

TERCERO: Durante el plazo del trámite de audiencia, *no / se han presentado las siguientes alegaciones* _____.

CUARTO: Por los servicios técnicos municipales se ha emitido informe de liquidación provisional de gastos derivados del lanzamiento del desahucio, en caso de no darse cumplimiento voluntario al requerimiento que se dicte de desalojo y entrega del bien, así como su reposición a su estado anterior óptimo para ser recibido por esta Administración.

QUINTO: Por los servicios jurídicos se ha emitido informe-propuesta de resolución con fecha _____, favorable a la declaración de extinción del título jurídico de ocupación y requerimiento de desalojo.

CONSIDERACIONES LEGALES DE APLICACIÓN

PRIMERA: Vista la necesidad de regularizar la concesión del uso privativo de dicho espacio de dominio público, dado que _____.

SEGUNDA: Considerando que de conformidad con el artículo 58 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros.

En el presente supuesto, D./D^ª _____ viene ocupando desde _____ el bien demanial sito en _____, desarrollándose la actividad _____. El título jurídico para la ocupación ha sido el de _____ (concesión o licencia demanial, precario), según consta en la siguiente documentación _____, si bien la situación actual, en todo caso es la de precarista, dado que _____. De conformidad con lo anterior, procede la declaración de extinción del título de precarista y entrega del bien a la Corporación, para poder ser destinado a las finalidades anteriormente apuntadas.

TERCERA: Considerando que según dispone el artículo 59 de la Ley 33/2003, citada, para el ejercicio de la potestad de desahucio será necesaria la previa declaración de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público. Esta declaración, así como los pronunciamientos que sean pertinentes en relación con la liquidación de la correspondiente situación posesoria y la determinación de la indemnización que, en su caso, sea procedente, se efectuarán en vía administrativa, previa instrucción del pertinente procedimiento, en el que deberá darse audiencia al interesado. La resolución que recaiga, que será ejecutiva sin perjuicio de los recursos que procedan, se notificará al detentador, y se le requerirá para que desocupe el bien, a cuyo fin se le concederá un plazo no superior a ocho días para que proceda a ello. Si el tenedor no atendiera el requerimiento, se procederá en la forma prevista en el capítulo V del título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se podrá solicitar para el lanzamiento el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o

imponer multas coercitivas de hasta un cinco por 100 del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de ocho días hasta que se produzca el desalojo. Los gastos que ocasione el desalojo serán a cargo del detentador, pudiendo hacerse efectivo su importe por la vía de apremio.

CUARTA: Considerando que a tenor del artículo 34 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, las ocupaciones del dominio público realizadas en precario sin determinación de plazo o simplemente toleradas pueden ser dejadas sin efecto por la Entidad local en cualquier momento, y sin indemnización alguna.

QUINTA: Considerando que de conformidad con el art. 151.1 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, la extinción del derecho de ocupación sobre bienes inmuebles de dominio público, en los supuestos de autorización, concesión o cualquier otro título, se declarará por el Pleno de la Entidad Local previa audiencia de su titular y de cualquier persona interesada quienes podrán, en plazo de quince días, formular alegaciones, aportar documentos y proponer las pruebas con las que pretendan justificar la vigencia del derecho y la procedencia de la continuidad de la ocupación.

SEXTA: Mediante Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/__, de fecha ____, se inicia procedimiento para la declaración de extinción de la ocupación del dominio público reflejado en los antecedentes de hecho, dándose trámite de audiencia.

SÉPTIMA: Durante el plazo del trámite de audiencia, *no / se han presentado las siguientes alegaciones* _____.

(En su caso) Dichas alegaciones no pueden ser tenidas en consideración, de conformidad con los servicios técnicos y jurídicos de la Corporación, por cuanto _____.

OCTAVA: De conformidad con el apartado 6 del artículo 151 del Decreto 18/2006, citado, las ocupaciones del dominio público en precario requieren para su extinción un preaviso a la persona interesada de diez días, en cuyo plazo deberá desalojar el dominio público ocupado.

NOVENA: A tenor del artículo 157 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, <<1. Serán de cuenta del desahuciado los gastos que se originen como consecuencia del desalojo en los supuestos en que no sea voluntaria la entrega del bien.

2. Los gastos serán determinados contradictoriamente. La Entidad Local notificará a la persona interesada la cantidad en que fija provisionalmente el importe, con certificación detallada de los producidos y la requerirá para que muestre su conformidad o disconformidad razonada en plazo de diez días.

Cumplido el plazo, la Entidad fijará definitivamente la cantidad y requerirá de pago al deudor concediéndole los mismos plazos que se conceden para el abono voluntario de las deudas tributarias. Si no se efectúa el pago voluntario se exigirá la deuda por el procedimiento de apremio de acuerdo con las normas vigentes.

3. Los gastos ocasionados por el lanzamiento incluirán los salarios del personal de la Entidad que intervenga en la diligencia y la utilización de los elementos materiales que correspondan, calculado todo ello de acuerdo con el tiempo realmente invertido en el lanzamiento.

4. En la diligencia de lanzamiento podrán retenerse bienes de la persona ocupante suficientes y proporcionados para garantizar el cobro de los gastos ocasionados>>.

Considerando a tales efectos lo dispuesto dicho artículo, por los servicios técnicos municipales se ha efectuado liquidación provisional de los gastos que originan el lanzamiento, calculados de acuerdo con el tiempo a invertir en el lanzamiento:

- Salarios del personal de la Entidad interviniente en la diligencia de lanzamiento: _____ euros.
- Elementos materiales a destinar en la diligencia de lanzamiento: _____ euros.
- Gastos derivados de la reposición a su estado anterior: _____ euros.

De conformidad con ello, y atendiendo a los bienes existentes en el inmueble a desalojar, consistentes en _____, y valorados en _____, podrán retenerse los siguientes bienes ____, si se considera oportuno y proporcionado para garantizar el cobro de los gastos ocasionados.

NOVENA: En plano competencial, corresponde a esta Administración la acción de desahucio administrativo, ejerciéndose la competencia resolutoria a través del Pleno de la Corporación, de conformidad con el artículo 63.4 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y el artículo 70 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

De conformidad con la exposición fáctica y jurídica que precede, la Comisión dictamina con los votos a favor ____, abstenciones __ y votos en contra __, elevar al Pleno, la siguiente PROPUESTA DE ACUERDO:

PRIMERO. Declarar extinguido el uso en precario que D./D^a _____ realiza del bien de dominio público _____ sito en _____, por los motivos anteriormente expuestos, *desestimándose las alegaciones efectuadas (en su caso).*

SEGUNDO: Requerir a la persona interesada el desalojo del dominio público ocupado en un plazo máximo de diez días. Dicho requerimiento surtirá los efectos de preaviso determinados en el artículo 151.6 del Decreto 18/2006, de 24 de enero. En caso de que no se atienda este plazo, el lanzamiento se llevará a efecto por este Ayuntamiento con sus propios medios.

TERCERO: La cantidad en que se fija, provisionalmente, el importe de los gastos del desalojo es la expresada en el informe técnico obrante en el expediente y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 157.2 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de

Andalucía, se le requiere para que muestre su conformidad o disconformidad razonada en el plazo de diez días.

CUARTO: Facultar a la Alcaldía / Presidencia de la Entidad Local, en ejercicio de su atribución para la ejecución y hacer cumplir los acuerdos de la Corporación, para cuantas gestiones y actuaciones resulten precisas para la ejecución del presente acto, incluidas cuantas actuaciones se desprendan de la ejecución forzosa y, en particular, la orden de lanzamiento, y la liquidación definitiva de los gastos que se deriven del mismo.

QUINTO: Notifíquese el presente acto definitivo y finalizador de la vía administrativa, conjuntamente con el informe técnico de valoración de los gastos de desalojo, con indicación del régimen de recursos que con arreglo a derecho procedan”.

DEBATE: .../...

VOTACIÓN Y ACUERDO: Sometido a votación el dictamen, se obtuvo el siguiente resultado: la totalidad de los _____ miembros que integran el Pleno Municipal estuvieron presentes en el momento de emitir el voto, votando a favor de la propuesta _____, en contra _____ y abstenciones _____, por lo que el Sr. Presidente declara aprobados los acuerdos precedentes, al existir el quórum legalmente exigido>>.

Y para que conste y surta sus efectos, y con la advertencia y salvedad del art. 206 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, expido el presente certificado con el Vº Bº del Sr./a Alcalde/sa, en _____, a ____ de _____ de 20__.

Vº Bº El/La Alcalde/sa,

Fdo. _____.

7.- Notificación del acuerdo del Pleno de declaración de extinción de ocupación del dominio público y preaviso de desalojo.-

D./Dª _____.
[Nombre y domicilio de los interesados]

NOTIFICACIÓN

Por la presente se le notifica el acuerdo adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de _____, en sesión *ordinaria* / *extraordinaria*, celebrada con fecha _____, y que es del tenor literal siguiente:

<< _____ >> (deberá transcribirse el acto administrativo).

RECURSOS

El presente acto pone fin a la vía administrativa conforme al art. 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y contra la misma usted podrá interponer directamente RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (arts. 25.1 de la Ley 29/1998 y 116.1 de la Ley 30/1992) ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente de _____, en el plazo de dos meses (art. 46.1 de la Ley 29/1998) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación.

No obstante, de manera potestativa podrá, con carácter previo al recurso judicial indicado, interponer RECURSO DE REPOSICIÓN ante el mismo órgano que ha dictado el acto (art. 116.1 de la Ley 30/1992) en el plazo de un mes (art. 117.1 de la Ley 30/1992) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación, en cuyo caso no podrá interponer el recurso judicial contencioso-administrativo hasta que se haya resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición (art. 116.2 de la Ley 30/1992), lo que se produce transcurrido un mes desde su interposición sin que se haya notificado su resolución (art. 117.2 de la Ley 30/1992).

Todo ello sin perjuicio de que pueda ejercitar, en su caso, cualquier otro recurso que estime pertinente.

Lo que se notifica para su conocimiento y efectos en _____, a ___ de ____ de 20__.

EL/LA SECRETARIO/A, EL SECRETARIO-INTERVENTOR

Fdo. _____.

8.- Informe de la Policía Local sobre cumplimiento voluntario del desalojo e interesando autorización judicial en caso de incumplimiento.-

INFORME DE LA POLICÍA LOCAL

De conformidad con lo previsto en el acuerdo adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de _____, adoptado en sesión celebrada con fecha _____, por el que se declara extinguido el uso en precario que D./D^ª _____ realiza del bien de dominio público _____ sito en _____, requiriéndose a la persona interesada que detenta el bien el desalojo del dominio público ocupado en un plazo máximo de diez días. Dicho requerimiento ha surtido los efectos de preaviso determinados en el artículo 151.6 del Decreto 18/2006, de 24 de enero. En caso de que no se atiende este plazo, el lanzamiento se llevará a efecto por este Ayuntamiento con sus propios medios.

Para la ejecución forzosa de dicho acuerdo, se ha constatado que es necesario el acceso al inmueble, para lo que se requiere el consentimiento de la afectada o, en su defecto, autorización judicial, por cuanto que _____.

De orden de la Alcaldía, se han personado los agentes actuantes de la Policía Local el día de hoy, ____, al objeto de verificar si la persona ocupante continúa en el uso del bien de dominio público municipal, constatándose que continúa con dicho uso y aprovechamiento, requiriéndole a continuación, el inmediato desalojo del inmueble, en ejecución del acuerdo adoptado por el Pleno Municipal a requerimiento de la Alcaldía, si bien por la persona ocupante no se ha prestado consentimiento, manifestando su oposición a la entrada o acceso al inmueble.

A la vista de lo cual, se propone la suspensión de la ejecución forzosa, levantándose el presente informe a fin de que, si se estima oportuno, se solicite autorización judicial de entrada o acceso al inmueble indicado, para proceder al desalojo o lanzamiento derivado de la declaración de extinción de ocupación del dominio público.

Lo que se firma a los efectos oportunos, en _____, a __ de __ de 20__.

Los Agentes actuantes de la Policía Local,

Fdo. _____.

9.- Resolución de Alcaldía de lanzamiento o desalojo y liquidación de los gastos de lanzamiento.-

D. _____, SECRETARIO (SECRETARIO-INTERVENTOR) DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE _____

CERTIFICO: Que por *resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/__ de fecha __ / acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de _____ por delegación del Alcalde, adoptado en sesión celebrada con fecha _____*, se acordó, entre otros, (copiado literalmente del borrador del acta de dicha sesión, *en su caso*), lo siguiente:

<<Dada la necesidad de proceder a la ejecución forzosa del acuerdo adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de _____, en sesión celebrada con fecha ____, referente a desahucio administrativo del bien de dominio público ____, sito en _____, ocupado en precario por D./D^a ____, ante la falta de cumplimiento voluntario de desalojo dispuesto por esta Administración.

En dicho asunto constan los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: Por Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __ de fecha ____, se incoó expediente para el desahucio administrativo del bien de dominio

público indicado anteriormente, que viene siendo ocupado por ____ desde ____, cuyo uso consiste en _____.

SEGUNDO: Dicha resolución de incoación fue notificada a la parte que detenta la posesión del bien, concediéndose igualmente trámite de audiencia.

TERCERO: Durante el plazo del trámite de audiencia, *no / se han presentado las siguientes alegaciones* _____.

CUARTO: Por los servicios técnicos municipales se ha emitido informe de liquidación provisional de gastos derivados del lanzamiento del desahucio, en caso de no darse cumplimiento voluntario al requerimiento que se dicte de desalojo y entrega del bien, así como su reposición a su estado anterior óptimo para ser recibido por esta Administración.

QUINTO: El Pleno del Excmo. Ayuntamiento de ____, en sesión celebrada con fecha ____ ha acordado la declaración de extinción del título jurídico habilitante de la ocupación, y ha requerido el desalojo y entrega del bien en el plazo de diez días.

SEXTO: Se ha informado por la Policía Local que el inmueble continúa siendo objeto de ocupación por la persona interesada, por lo que no se ha dado cumplimiento voluntario al requerimiento de desalojo efectuado por el Pleno de la Corporación.

CONSIDERACIONES LEGALES DE APLICACIÓN

PRIMERA: Considerando que a tenor del artículo 34 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, las ocupaciones del dominio público realizadas en precario sin determinación de plazo o simplemente toleradas pueden ser dejadas sin efecto por la Entidad local en cualquier momento, y sin indemnización alguna, y vista la necesidad de regularizar la concesión del uso privativo de dicho espacio de dominio público, mediante Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/__, de fecha ____, se inicia procedimiento para la declaración de extinción de la ocupación del dominio público indicado anteriormente.

SEGUNDA: De conformidad con el apartado 6 del artículo 151 del Decreto 18/2006, citado, las ocupaciones del dominio público en precario requieren para su extinción un preaviso a la persona interesada de diez días, en cuyo plazo deberá desalojar el dominio público ocupado. De conformidad con ello, por acuerdo adoptado por el Pleno Municipal en sesión celebrada con fecha ____, se declara extinguido el uso en precario que D./D^ª ____ realiza del bien de dominio público ____ sito en ____, requiriéndose a la persona interesada el desalojo del dominio público ocupado en un plazo máximo de diez días. En dicho acuerdo se dispuso que dicho requerimiento surtía los efectos de preaviso determinados en el artículo 151.6 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, y que, en caso de que no se atendiera dicho plazo, el lanzamiento se llevaría a efecto por este Ayuntamiento con sus propios medios.

TERCERA: Por los servicios municipales se ha informado que no se ha procedido al desalojo del bien de dominio público, por lo que no ha dado cumplimiento voluntario al requerimiento efectuado por esta Administración.

CUARTA: Terminado el plazo de vencimiento de desalojo y cumplimiento voluntario del desahucio, se ha informado por la policía municipal que la interesada no presta consentimiento a la entrada en el inmueble, no permitiendo su desalojo, continuando con la utilización que detenta.

En tanto que no se ha dado cumplimiento al requerimiento de desalojo indicado en dicha norma, procede el lanzamiento, el cual se llevará a efecto por este Ayuntamiento con sus propios medios, sin que resulte preciso nuevo requerimiento, dado que se trata de una ocupación de dominio público en precario, procediendo la articulación de la actuación administrativa de ejecución forzosa.

Según esto, la materialización de dicha ejecución forzosa en el presente supuesto, en aras de la consecución de las mayores garantías para la persona interesada, precisa la solicitud de autorización judicial al resultar necesario el acceso al inmueble por falta de consentimiento de la persona ocupante, entendiéndose que se ha producido dicha falta de consentimiento en tanto que se ha informado por la policía municipal que a la fecha de vencimiento del plazo de desalojo, la persona ocupante precarista continúa haciendo uso del bien de dominio público, negándose a su desalojo, según dispone con carácter general el artículo 96.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en particular, el artículo 156.3 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

QUINTA: De conformidad con el artículo 157 del Decreto 18/2006, citado, <<1. Serán de cuenta del desahuciado los gastos que se originen como consecuencia del desalojo en los supuestos en que no sea voluntaria la entrega del bien.

2. Los gastos serán determinados contradictoriamente. La Entidad Local notificará a la persona interesada la cantidad en que fija provisionalmente el importe, con certificación detallada de los producidos y la requerirá para que muestre su conformidad o disconformidad razonada en plazo de diez días. Cumplido el plazo, la Entidad fijará definitivamente la cantidad y requerirá de pago al deudor concediéndole los mismos plazos que se conceden para el abono voluntario de las deudas tributarias. Si no se efectúa el pago voluntario se exigirá la deuda por el procedimiento de apremio de acuerdo con las normas vigentes.

3. Los gastos ocasionados por el lanzamiento incluirán los salarios del personal de la Entidad que intervenga en la diligencia y la utilización de los elementos materiales que correspondan, calculado todo ello de acuerdo con el tiempo realmente invertido en el lanzamiento.

4. En la diligencia de lanzamiento podrán retenerse bienes de la persona ocupante suficientes y proporcionados para garantizar el cobro de los gastos ocasionados>>

En cumplimiento de dicho precepto, consta en el expediente informe técnico de valoración provisional de los gastos de lanzamiento, de lo que se dio traslado a la interesada, con arreglo al principio contradictorio, conjuntamente con el acuerdo adoptado por el Pleno Municipal de terminación del expediente administrativo declarativo de la terminación de la ocupación del uso en precario y de desahucio, sin que la interesada haya manifestado oposición, por lo que la fijación de gastos se considera definitiva, sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación derivada de su ejecución material.

De conformidad con lo anterior, en el ejercicio de la función de ejecutar y hacer cumplir los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento (artículo 21.1.r de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local) y la defensa del Ayuntamiento (artículo 21.1.k de la Ley 7/1985, citada), RESUELVO:

PRIMERO: Llevar a efecto el lanzamiento de la persona ocupante del bien de dominio público ___ sito en ____, D./D^a _____, en ejecución forzosa del acuerdo adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de _____, en sesión celebrada con fecha __ de __ de 20__.

SEGUNDO: Solicitar autorización judicial para la ejecución del lanzamiento, quedando hasta tanto en situación de pendencia, al no mediar consentimiento de la persona interesada para la entrada al inmueble. Una vez se obtenga la autorización judicial pertinente, se comunicará la fecha de lanzamiento a la persona interesada, así como a los servicios municipales encargados del mismo y a la Jefatura de la Policía Local, para su conocimiento y efectos oportunos.

TERCERO: Determinar y liquidar con carácter definitivo los gastos del lanzamiento, según consta en informe técnico obrante en el expediente, en la cantidad de ___ euros, requiriéndose de pago a la parte deudora concediéndole los mismos plazos que se conceden para el abono voluntario de las deudas tributarias, con el apercibimiento de que si no se efectúa su pago voluntario se exigirá la deuda por el procedimiento de apremio de acuerdo con las normas vigentes.

CUARTO: Notifíquese el presente acto a la persona interesada, finalizador de la vía administrativa en fase de ejecución, y con expresión del régimen de recursos procedentes contra el mismo>>.

Y para que conste y surta sus efectos, *y con la advertencia y salvedad del art. 206 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*²², expido el presente certificado con el V^o B^o del Sr. Alcalde, en _____, a ___ de _____ de 200__.

V^o B^o EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

²² En caso de actos administrativos aprobados en un órgano colegiado (Junta de Gobierno Local o, en su caso, Junta de Gobierno en el ámbito de las Diputaciones Provinciales).

10.- Notificación de resolución de Alcaldía de lanzamiento o desalojo.-

D./D^a _____.
[Nombre y domicilio de los interesados]

NOTIFICACIÓN

Por la presente se le notifica *la resolución dictada por el Sr. Alcalde aprobada por Decreto n^o ___ / el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada con fecha ___ de ___ de 200___, por delegación del Alcalde conferida por Decreto n^o __, de ___/___, y que es del tenor literal siguiente:*

<< _____ >> (deberá transcribirse el acto administrativo).

RECURSOS

1) Contra el presente acto, que es definitivo y finalizador de la vía administrativa conforme al art. 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, podrá interponer directamente RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (arts. 25.1 de la Ley 29/1998 y 116.1 de la Ley 30/1992) ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente de _____, en el plazo de dos meses (art. 46.1 de la Ley 29/1998) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación.

No obstante, de manera potestativa podrá, con carácter previo al recurso judicial indicado, interponer RECURSO DE REPOSICIÓN ante el mismo órgano que ha dictado el acto (art. 116.1 de la Ley 30/1992) en el plazo de un mes (art. 117.1 de la Ley 30/1992) a contar a partir del día siguiente al del recibo de la presente notificación, en cuyo caso no podrá interponer el recurso judicial contencioso-administrativo hasta que se haya resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición (art. 116.2 de la Ley 30/1992), lo que se produce transcurrido un mes desde su interposición sin que se haya notificado su resolución (art. 117.2 de la Ley 30/1992).

2) Contra la liquidación del ingreso de derecho público, que pone fin a la vía administrativa, sólo podrá interponerse, ante el mismo órgano que la liquidó, Recurso de Reposición con arreglo a lo previsto en el art. 14 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en el plazo de un mes a contar a partir del siguiente a su notificación²³.

3) Todo ello sin perjuicio de que pueda ejercitar, en su caso, cualquier otro recurso que estime pertinente.

²³ En lo que respecta a los Municipios de gran población, el recurso de reposición en materia tributaria es potestativo, debiéndose interponer con carácter previo a la vía contencioso-administrativa, reclamación económico-administrativa ante el órgano de resolución de las mismas.

4) En cualquier caso, se le advierte que la interposición de acción impugnatoria no suspenderá la ejecución del acto impugnado, con las correspondientes consecuencias legales, incluso la recaudación de cuotas o derechos liquidados, intereses y recargos, salvo que se solicite la suspensión en lo que respecta al ingreso de derecho público, al amparo de lo previsto en el párrafo segundo, apartado i) del artículo 14 del 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, previa prestación de garantía en la forma prevenida y con las especialidades previstas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

FORMA Y PLAZOS DE PAGO

El importe contenido en acto administrativo resolutorio del procedimiento deberá ser ingresado en efectivo en la Tesorería Municipal sita en _____, o en efectivo o mediante talón bancario conformado a través de las siguientes cuentas de ingreso de titularidad de este Excmo. Ayuntamiento: _____, indicándose en todo caso el concepto del ingreso (nº de expediente/nº de decreto de Alcaldía o fecha del acuerdo).

Las liquidaciones notificadas entre los días 1 y 15 de cada mes podrán ingresarse sin recargo, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes siguiente, o inmediato hábil posterior.

Las liquidaciones notificadas entre los días 16 y último de cada mes, puede ingresarse su importe, sin recargo, hasta el día 5 del segundo mes posterior o inmediato hábil posterior.

Transcurridos dichos plazos sin haber satisfecho el importe se iniciará el período ejecutivo, en el que la deuda se incrementará en los recargos, costas e intereses que procedan según la Ley 58/2003, General Tributaria.

Lo que le comunico para su conocimiento y efectos en _____, a ___ de ____ de 20__.

EL/LA SECRETARIO/A, EL SECRETARIO-INTERVENTOR

Fdo. _____.

11.- Solicitud de autorización judicial para acceso al inmueble.-

DECANATO JUZGADO DE _____
_____ (Dirección)

COMUNICACIÓN

De conformidad con lo previsto en la resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/__, de fecha ____, por la que se dicta lanzamiento en ejecución forzosa del acuerdo de desahucio adoptado por el Pleno Municipal en sesión celebrada con fecha ____, de la persona ocupante del bien de dominio público ____ sito en ____, D./D^ª _____, para el acceso al inmueble se precisa consentimiento de la titular o autorización judicial, en aplicación del artículo 95.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y 156.3 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

A tal efecto, se ha practicado notificación del acuerdo adoptado por el Pleno Municipal con fecha ____, en el que se incluía plazo de cumplimiento voluntario para el desalojo del bien, sin que a la fecha se haya dado cumplimiento al mismo, según consta en informe de la Policía Local.

Considerando que a tenor del artículo 8.6, párrafo 1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, <<Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública >>.

Considerando que la ejecución forzosa acordada por este Excmo. Ayuntamiento requiere el acceso al inmueble de propiedad municipal, calificado como bien demanial, y no se ha obtenido consentimiento del mismo, es por lo que

SE SOLICITA

Al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que corresponda en la demarcación provincial de ____, que se expida autorización judicial que permita la entrada y acceso al inmueble para la antedicha ejecución forzosa.

A tales efectos se adjunta a la presente comunicación copia autenticada del expediente declarativo de desahucio y diligencias ejecutivas adoptadas por parte de esta Administración Pública.

Lo que se comunica a los efectos oportunos.

En _____, a __ de ____ de 20__.

EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

12.- Índice de documentos obrantes en el expediente para conocimiento del Juzgado.-

ÍNDICE DE DOCUMENTOS

Índice de documentos obrantes en el expediente tramitado por este Ayuntamiento, bajo la rúbrica ____, referente a extinción de ocupación y desahucio administrativo del bien de dominio público ____ sito en ____, ocupado en precario por D./D^ª _____:

- Resolución de Alcaldía de incoación fecha __ (Folio __) (....).

Asimismo, se certifica que la copia de la documentación integrante del antedicho expediente, compuesta de los folios numerados, rubricados y sellados, concuerda fielmente con su original.

En ____, a __ de ____ de 20__.

EL/LA SECRETARIO/A, EL SECRETARIO-INTERVENTOR,

Fdo. _____.

13.- Resolución de Alcaldía de designación de Letrado, en su caso²⁴.-

D./D^ª _____, SECRETARIO/A (SECRETARIO-INTERVENTOR) DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE _____

CERTIFICO: Que por *resolución de Alcaldía / acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de _____ por delegación del Alcalde, adoptado en sesión celebrada con fecha _____*, se acordó, entre otros, (copiado literalmente del borrador del acta de dicha sesión, *en su caso*), lo siguiente:

<<Dada la necesidad de proceder a la ejecución forzosa del acuerdo adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de ____, en sesión celebrada con fecha ____, referente a desahucio administrativo del bien de dominio público ____ sito en ____, ocupado en precario por D./D^ª ____, ante la falta de cumplimiento voluntario de desalojo dispuesto por esta Administración.

Terminado el plazo de vencimiento de desalojo y cumplimiento voluntario del desahucio, se ha informado por la policía municipal que la persona interesada no

²⁴ Aun cuando resulta una cuestión discutible, por algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, se requiere la intervención a través de Abogado, por lo que se incluye en la tramitación la designación de Letrado, si resultare precisa.

presta consentimiento a la entrada en el inmueble, no permitiendo su desalojo, continuando con la utilización del bien demanial.

De conformidad con lo anterior, se ha interesado por este Ayuntamiento la autorización de acceso al bien para el ejercicio del desahucio, habiéndose requerido por el órgano jurisdiccional competente, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº __ de __, la preceptiva asistencia de Letrado y representación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Considerando lo dispuesto en la normativa de contratación en el sector público para la contratación menor.

Considerando que la prestación del servicio de defensa y representación jurídica se enmarca en el contrato administrativo de servicios.

En lo que respecta a la determinación del precio, se establece como sistema el resultante a la aplicación de honorarios orientativos determinados por el Colegio de Abogados, en aplicación del artículo 278 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

A tenor del art. 279.3 de la Ley 30/2007, citada, los contratos para la defensa jurídica y judicial de la Administración tendrán la duración precisa para atender adecuadamente sus necesidades.

De conformidad con lo anterior, en ejercicio de las atribuciones conferidas en virtud de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, RESUELVO:

PRIMERO: Adjudicar la contratación administrativa del servicio de defensa y representación judicial del Excmo. Ayuntamiento de __ en el procedimiento con referencia nº __/__ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº __ de __, que tiene por objeto la solicitud de autorización de entrada para ejecución de acción de desahucio derivado de extinción de ocupación de dominio público, por contratación menor, al Letrado/a D./Dª __, Colegado/a nº ____.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el art. 23.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se designa como Letrado/a para el ejercicio de la defensa así como la representación judicial, a D./Dª ____.

TERCERO: Notifíquese el presente acto definitivo y finalizador de la vía administrativa a los servicios jurídicos designados.

CUARTO: Comuníquese certificación del presente nombramiento de defensa y representación judicial al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº __ de __, para su constancia y efectos oportunos>>.

Y para que conste y surta sus efectos, y con la advertencia y salvedad del art. 206 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 Locales²⁵, expido el presente certificado con el Vº Bº del Sr. Alcalde, en _____, a ____ de _____ de 200__.

Vº Bº EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

14.- Comunicación al Juzgado de la designación de Letrado.-

Área: ____

Expediente municipal: ____

Su referencia: ____

Asunto: Designación de defensa y representación judicial Sdo. Autorización judicial para entrada en inmueble ejecución desahucio bien demanial

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº __ DE __
_____ (Dirección)

COMUNICACIÓN

Dándose cumplimiento a lo requerido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº __ de __, para su constancia y efectos en el procedimiento con referencia nº __, por medio de la presente comunicación se da traslado de certificación de la Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/__, de __ de __, por la que se procede a la designación como Letrado/a del Excmo. Ayuntamiento de _____ para el ejercicio de la defensa así como la representación judicial, a D./Dª _____, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el procedimiento que tiene por objeto la solicitud de autorización de entrada para ejecución de acción de desahucio derivado de extinción de ocupación de dominio público.

SE SOLICITA

Al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente se dé por cumplimentada la designación de Letrado, que ejerce en calidad igualmente de representante judicial, en el procedimiento referenciado y se expida autorización judicial que permita la entrada y acceso al inmueble para la ejecución forzosa que obra en las actuaciones administrativas remitidas anteriormente, según copia auténtica del expediente cursado a dicho órgano jurisdiccional.

Lo que se comunica a los efectos oportunos.

En _____, a __ de ____ de 20__.

²⁵ En caso de actos administrativos aprobados en un órgano colegiado (Junta de Gobierno Local o, en su caso, Junta de Gobierno en el ámbito de las Diputaciones Provinciales).

EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

15.- Diligencia de recepción de la autorización judicial para acceso al inmueble.-

DILIGENCIA: para hacer constar que con fecha ___ ha producido el asiento nº ___ en el Registro General de Documentos de este Excmo. Ayuntamiento, comunicación del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº ___ de ___, por la que se da traslado de Auto de autorización judicial de fecha dictado con fecha ___ de acceso al inmueble sito en ___ para la ejecución forzosa del desahucio acordado por el Pleno de la Corporación en sesión celebrada con fecha ___.

En ____, a __ de __ de 20__.

El/La Secretario, TAG ___, Fdo. _____.

16.- Comunicación a la persona interesada de la recepción de la autorización judicial y ejecución forzosa.-

D./D^a _____.
[Nombre y domicilio de los interesados]

COMUNICACIÓN

Por medio de la presente comunicación se le da conocimiento que con fecha ___ ha producido el asiento nº ___ en el Registro General de Documentos de este Excmo. Ayuntamiento, comunicación del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº ___ de ___, por la que se da traslado de Auto de autorización judicial de fecha dictado con fecha ___ de acceso al inmueble sito en ___ para la ejecución forzosa del desahucio acordado por el Pleno de la Corporación en sesión celebrada con fecha ___.

Por ello, de conformidad con la Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº ___/___ de fecha ___, en ejecución forzosa del acuerdo plenario municipal de desahucio, se ordena el lanzamiento de D./D^a ___ del bien de dominio público que viene ocupando, toda vez que se ha extinguido el título jurídico que detentaba para su ocupación, se le comunica que dicho lanzamiento tendrá lugar el próximo día ___, a partir de las ___ horas.

Se le comunica que en caso de oposición, los servicios municipales encargados del lanzamiento podrán contar con el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, y según la valoración de los gastos de lanzamiento obrante en el expediente, y atendiendo a los bienes existentes en el inmueble a desalojar,

consistentes en _____, y valorados en _____, podrán retenerse los siguientes bienes ____, si se considera oportuno y proporcionado para garantizar el cobro de los gastos ocasionados.

Lo que se comunica para su conocimiento y efectos oportunos.

En ____, a __ de __ de 20__.

EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

17.- Comunicación a la Policía local sobre desalojo en acción de desahucio.-

COMUNICACIÓN INTERIOR

Por medio de la presente comunicación se le da conocimiento que con fecha ____ ha producido el asiento nº ____ en el Registro General de Documentos de este Excmo. Ayuntamiento, comunicación del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº ____ de ____, por la que se da traslado de Auto de autorización judicial de fecha dictado con fecha ____ de acceso al inmueble sito en ____ para la ejecución forzosa del desahucio acordado por el Pleno de la Corporación en sesión celebrada con fecha ____.

Por ello, de conformidad con la Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/__/ de fecha ____, en ejecución forzosa del acuerdo plenario municipal de desahucio, se ordena el lanzamiento de D./D^ª ____ del bien de dominio público que viene ocupando, toda vez que se ha extinguido el título jurídico que detentaba para su ocupación, se le comunica que dicho lanzamiento tendrá lugar el próximo día ____, a partir de las __ horas.

De conformidad con lo anterior, se solicita la personación de la dotación policial que se entienda necesaria para garantizar el buen orden y debido cumplimiento de la Resolución de desalojo y lanzamiento de la persona/s ocupante/s del dominio público. Asimismo, y según la valoración de los gastos de lanzamiento obrante en el expediente, y atendiendo a los bienes existentes en el inmueble a desalojar, consistentes en _____, y valorados en _____, podrán retenerse los siguientes bienes ____, si se considera oportuno y proporcionado para garantizar el cobro de los gastos ocasionados.

Lo que se comunica para su conocimiento y efectos oportunos.

En ____, a __ de __ de 20__.

EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

SR./A JEFE/A DE LA POLICÍA LOCAL DE ____.

18.- Comunicación al Departamento de obras y servicios sobre desalojo en acción de desahucio.-

COMUNICACIÓN INTERIOR

Por medio de la presente comunicación se le da conocimiento que con fecha ____ ha producido el asiento nº ____ en el Registro General de Documentos de este Excmo. Ayuntamiento, comunicación del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº ____ de ____, por la que se da traslado de Auto de autorización judicial de fecha dictado con fecha ____ de acceso al inmueble sito en ____ para la ejecución forzosa del desahucio acordado por el Pleno de la Corporación en sesión celebrada con fecha ____.

Por ello, de conformidad con la Resolución de Alcaldía aprobada por Decreto nº __/___ de fecha ____, en ejecución forzosa del acuerdo plenario municipal de desahucio, se ordena el lanzamiento de D./D^ª ____ del bien de dominio público que viene ocupando, toda vez que se ha extinguido el título jurídico que detentaba para su ocupación, se le comunica que dicho lanzamiento tendrá lugar el próximo día ____, a partir de las ____ horas.

De conformidad con lo anterior, se solicita la personación de dotación del personal necesario para llevar a efecto la ejecución material del lanzamiento ordenado, con traslado y, en su caso, depósito, de elementos materiales existentes en el bien para su plena reintegración al dominio público y a la finalidad de interés general que se persigue. Asimismo, y según la valoración de los gastos de lanzamiento obrante en el expediente, y atendiendo a los bienes existentes en el inmueble a desalojar, consistentes en _____, y valorados en _____, podrán retenerse los siguientes bienes ____, si se considera oportuno y proporcionado para garantizar el cobro de los gastos ocasionados.

Lo que se comunica para su conocimiento y efectos oportunos.

En ____, a __ de __ de 20__.

EL/LA ALCALDE/SA,

Fdo. _____.

SR./A JEFE/A DE LA DEPENDENCIA ____.

19.- Acta de ejecución forzosa del desalojo.-

DILIGENCIA Y ACTA DE LANZAMIENTO DE ORDEN DE DESAHUCIO

En ____, siendo las ____ del día ____, de orden de la Alcaldía dictada en Resolución aprobada por Decreto nº __/___ de fecha ____, en ejecución forzosa de

acuerdo de desahucio adoptado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de ___ en sesión celebrada con fecha ___, se han personado los siguientes efectivos encargados del lanzamiento de las personas ocupantes _____, del bien de dominio público ___ sito en _____:

Personal encargado de obras/servicios: _____.

Agentes de la Policía Local: _____.

A tal efecto, se ha dado lectura y conocimiento a las personas ocupantes del acuerdo de extinción del título jurídico de ocupación del inmueble y de la orden de lanzamiento en ejecución forzosa del desahucio acordado, conminándose al desalojo y entrega del bien a la Administración actuante.

Tras el requerimiento efectuado por la Jefatura encargada de la diligencia de ejecución forzosa, la/s persona/s ocupante/s han procedido al desalojo y entrega del bien, sin incidencias a destacar.

O bien

Tras el requerimiento efectuado por la Jefatura encargada de la diligencia de ejecución forzosa, la/s persona/s ocupante/s no han procedido al desalojo y entrega del bien, por lo que ha resultado precisa la intervención de las Fuerzas de orden público actuantes y personas destacadas en la diligencia de ejecución, registrándose las siguientes incidencias _____.

(*En su caso*) Observaciones de las personas afectadas por el desahucio: _____.

Terminadas las actuaciones pertinentes, ha quedado desalojado el bien y puesto a disposición nuevamente de la Administración actuante, según lo ordenado por la Alcaldía.

Lo que se diligencia y levanta en Acta para su constancia y efectos oportunos, en el lugar y fecha arriba indicados.

Firmas: _____.

III.- BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN DE INTERÉS

ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, CÉSAR, «La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares, en ejecución de actos administrativos», *Diario La Ley*, 1989, pág. 1037, La Ley.

ARAGÓN SÁNCHEZ, J.D., «Actuaciones municipales en defensa e integridad del patrimonio municipal», *Cuadernos de Derecho Local*, 2007.

COBO OLVERA, TOMÁS, «La potestad de desahucio administrativo de las Entidades locales», *Actualidad Administrativa (La Ley)*, 1992, Sección Doctrina, página 517.

- *Régimen jurídico de los bienes de las Entidades locales*, edición nº 1, La Ley, Madrid, 2006.
- *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*. Edición nº 3, La Ley, Madrid, 2008.

CORRAL GARCÍA, ESTEBAN; LÓPEZ PELLICER, JOSÉ ANTONIO, y REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS, *Reglamento de Bienes de las Entidades Locales*, 3ª edición, El Consultor de los Ayuntamientos, 2006.

FERNÁNDEZ ACEBEDO, RAFAEL, «Sobre la figura del precario administrativo (con especial referencia a su aplicación al dominio público)», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 126, segundo trimestre de 2005, Cívitas, págs. 263 a 290.

FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, FERNANDO, *La Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía. Comentarios y jurisprudencia*, Análisis y Comentarios, nº 21, CEMCI, 2002.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, JOSÉ LUIS, «Desafectación y desahucio administrativo», *Revista de Administración Pública (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales)*, nº 42, Septiembre-Diciembre 1963, págs. 263-266.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, «El desahucio administrativo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Centro de Estudios Registrales)*, nº 531, Marzo-Abril 1979, págs. 317-334,

LÓPEZ FERNÁNDEZ, FRANCISCO JAVIER, *Régimen jurídico del patrimonio de las Entidades locales de Andalucía. Una aproximación práctica*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 2008.

MACÍAS CASTAÑO, JOSÉ MARÍA, «El desahucio administrativo. La problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 127, Cívitas, 2005, págs. 489-517.

MIRÓ MIRÓ, ROMÀ, *El régimen jurídico del patrimonio de las Entidades locales*, Bayer Hnos. SA, Barcelona, 2010.

NIETO, A., «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *REDA*, nº 11, 1987.

REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS, «Naturaleza administrativa de contrato sobre cafetería en el Centro Cultural Municipal. Ocupación consentida sin título tiene naturaleza de precario y no crea derechos», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 10, Quincena 30 May. – 14 Jun. 1998, Ref. 1453/1998, pág. 1453.

- «Local cedido gratuitamente a asociación que no cumple con los fines y condiciones impuestos por el Ayuntamiento. Forma de recuperar el local», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 15, Ago. – Sept. 1998, Ref. 2249/1998, pág. 2249.
- «Cesión de uso de locales municipales, gratuito y temporal, a Asociaciones de Vecinos. Resistencia de la Asociación a abandonar el local en la fecha marcada por el Ayuntamiento», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 14, Quincena 30 Jul. – 14 Ago. 2000, Ref. 2339/2000, pág. 2339.
- «Posibilidades de recuperación de un terreno cedido sin contraprestación en 1964 al equipo de fútbol sin formalidad alguna», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 3, Quincena 15 – 27 Feb. 2002, Ref. 442/2002, pág. 442.
- «Órgano competente para declarar extinguida la concesión o uso en el ámbito de la Ley de Bienes de Andalucía y su Reglamento», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 20, Quincena 30 Oct. -14 Nov. 2006, Ref. 3575/2006, pág. 3575.
- «Posibilidad de desahucio de bienes de propiedad del Ayuntamiento», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 3, Quincena 15-27 Feb. 2007, Ref. 362/2007.
- «Ocupación de un bien de dominio público por empresas: potestad de desahucio en caso de revocación de la licencia», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 24, Quincena 30 Dic. 2008-14 Ene. 2009, Ref. 4004/2008, pág. 4004.

SAURA MIRA, FULGENCIO, «El desahucio administrativo como medio para el logro de los planes urbanísticos», *Revista de Derecho Urbanístico (Montecorvo)*, nº 22, Marzo-Abril 1971, págs. 37 a 48.

VV.AA. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, FERNANDO (Coord.), «Régimen jurídico de los bienes de las Entidades locales de Andalucía», *Temas de Administración Local*, nº 81, CEMCI, 2007.

VV.AA. (ARNALDO ALCUBILLA, E., *Coordinador General*), *Enciclopedia Jurídica*, La Ley, 2008-2009.

Recopilación de Legislación Estatal

COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: LEY REGULADORA

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual ([BOE de 1 de abril de 2010, número 79](#)).

El objeto de la Ley es regular la comunicación audiovisual para adaptarla a la realidad tecnológica y social, y a su vez, compendiar la normativa vigente, y actualizar los aspectos que han experimentado modificaciones, y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal.

La Ley se dicta al amparo de la competencia del Estado para dictar legislación básica de prensa, radio y televisión, prevista en el artículo 149.1.27ª de la Constitución.

La Ley General de la Comunicación Audiovisual se presenta como norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público fijando los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos

La Ley garantiza el derecho de los ciudadanos a recibir comunicación audiovisual en condiciones de pluralismo cultural y lingüístico.

La Ley establece, asimismo, un procedimiento sancionador por las infracciones a las mismas.

En este sentido su artículo 1 dispone que la Ley regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos.

Finalmente, su disposición derogatoria deroga expresamente numerosas leyes sobre la materia, entre ellas la Ley 11/1991, de 8 de abril, de Organización y Control de las Emisoras Municipales de Radio, la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres.

PRÓRROGA PARA ACREDITAR LOS AYUNTAMIENTOS LA REALIZACIÓN DE LAS INVERSIONES PARA LA DINAMIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y EL EMPLEO

Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal ([BOE de 1 de abril de 2010, número 79](#)).

En el Real Decreto-ley es destacar el artículo 4, que modifica el apartado 1 del artículo 7 del Real Decreto-ley 9/2008, para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender su financiación que queda redactado en los siguientes términos:

«1. Los Ayuntamientos deberán acreditar la realización de las inversiones y la finalización de las obras durante el primer trimestre de 2010, sin perjuicio de que la Dirección General de Cooperación Local, a solicitud razonada y debidamente motivada del Ayuntamiento, pueda otorgar una prórroga que no podrá exceder de doce meses cuando incidencias no imputables a la administración contratante surgidas en la ejecución del contrato hayan retrasado ésta. En este caso, la

justificación deberá presentarse dentro del mes siguiente a la conclusión de la citada prórroga.

CONVENIO ENTRE EL ESTADO, LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y LA ASOCIACIÓN DE CIUDADES DE LA RUTA BÉTICA ROMANA

Resolución de 18 de marzo de 2010, de la Secretaría de Estado de Turismo, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se publica la primera adenda modificativa del Convenio de colaboración entre el Instituto de Turismo de España, la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía y la Asociación de Ciudades de la Ruta Bética Romana, para la realización de actuaciones para impulsar el productos turístico de la Ruta Bética Romana ([BOE de 1 de abril de 2010, número 79](#)).

CUENTAS ANUALES: MODELO

Resolución de 6 de abril de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, por la que se modifican los modelos establecidos en la Orden JUS/206/2009, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas de los sujetos obligados a su publicación y se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada Comunidad ([BOE de 7 de abril de 2010, número 84](#)).

AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS PARA PALIAR CATÁSTROFES NATURALES

Orden INT/865/2010, de 7 de abril, del Ministerio del Interior, por la que se amplía el ámbito de aplicación de la Ley 3/2010, de 10 de marzo, por la que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridas en varias Comunidades Autónomas ([BOE de 9 de abril de 2010, número 86](#)).

La Orden incluye en el ámbito de aplicación de la referida ley, entre otras Comunidades Autónomas, la de Andalucía, incluyendo los municipios de las provincias de Almería, Málaga, Sevilla y Córdoba que indica.

PLAN ESTATAL DE PROTECCIÓN CIVIL ANTE EL RIESGO SÍSMICO

Resolución de 29 de marzo, de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2010, por el que se aprueba el Plan Estatal de Protección Civil ante el Riesgo Sísmico ([BOE de 9 de abril de 2010, número 86](#)).

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: ÍNDICES DE MANO DE OBRA Y MATERIALES

Orden EHA/877/2010 de 7 de abril, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre índices de precios de mano de obra y materiales correspondientes a los meses de julio, agosto y septiembre de 2009 aplicables a la revisión de precios de contratos de las Administraciones Públicas ([BOE de 10 de abril de 2010, número 87](#)).

MEDIDAS ECONÓMICAS

Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo ([BOE de 13 de abril de 2010, número 89](#)).

Corrección de errores [BOE de 20 de abril de 2010](#), número 95.

Resolución de 20 de abril de 2010 del Congreso de los Diputados, por la que ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal ([BOE de 24 de abril de 2010, número 99](#)).

Entre las medidas son de destacar el artículo 4, que modifica el artículo 49.1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, en el sentido de permitir la continuidad de los contratos públicos en determinadas situaciones concursales, cual es la de hallarse en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio.

Asimismo, el artículo 16 modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en el sentido de aplicar el tipo superreducido del impuesto a los servicios de dependencia que se presten mediante plazas concertadas o mediante precios derivados de concursos administrativos.

AGRICULTURA: PLAZOS DEL PAGO ÚNICO

Orden ARM/906/2010, de 9 de abril, del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, por la que se amplían determinados plazos en el año 2010, del Real Decreto 1680/2009, de 13 de noviembre, sobre la aplicación del régimen de pago único en la agricultura y la integración de determinadas ayudas agrícolas en el mismo a partir del año 2010 ([BOE de 14 de abril de 2010, número 90](#)).

GANADERÍA: PRODUCTOS ZOOSANITARIOS

Real Decreto 488/2010, de 23 de abril, del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, por el que se regulan los productos zoonosanitarios ([BOE de 24 de abril de 2010, número 99](#)).

APROVECHAMIENTOS HIDRÁULICOS: RÍO GUADALQUIVIR

Real Decreto 489/2010, de 23 de abril, del Ministerio de Política Territorial, sobre modificación de los derechos y obligaciones del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía ([BOE de 24 de abril de 2010, número 99](#)).

CONTABILIDAD PÚBLICA: PLAN GENERAL

Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública ([BOE de 28 de abril de 2010, número 102](#)).

El Plan contable aprobado, tiene el carácter de marco para todas las Administraciones Públicas.

La Orden deroga el anterior Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994.

BLANQUEO DE CAPITALES: PREVENCIÓN

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ([BOE de 29 de abril de 2010, número 103](#)).

CONVENIO CON LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA PARA LA CONSERVACIÓN DEL CAMALEÓN

Resolución 420/378077/2010, de 21 de abril, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, para el desarrollo de programas de actuaciones para la conservación del camaleón en el Acuartelamiento de Camposoto y la Base Naval de Rota ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

CONVENIO CON LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA PARA LA CONSERVACIÓN DEL IBIS EREMITA

Resolución 420/378078/2010, de 21 de abril, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, para el desarrollo de programas de conservación del ibis Eremita en el Campo de Adiestramiento de la Sierra de “El Retín” ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

CONVENIO CON LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA PARA LA CONSERVACIÓN DEL ÁGUILA IMPERIAL

Resolución 420/378079/2010, de 21 de abril, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, para el desarrollo de programas de actuaciones para la conservación del águila imperial en el Centro Militar de Cría Caballar de Jerez de la Frontera ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

AGRICULTURA: TABACO

Orden ARM/1135/2010, de 16 de abril, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que homologa el contrato-tipo de cultivo y compraventa de tabaco, que regirá para la campaña 2010/2011 (cosecha 2010) ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 22 de abril de 2010, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convoca el Plan de Administración Electrónica para el segundo semestre de 2010 ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

Los destinatarios son los empleados públicos que prestan sus servicios en las administraciones públicas con o sin perfil TIC.

El envío de las solicitudes concluye el 11 de junio de 2010.

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 22 de abril de 2010, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convocan acciones formativas de formación continua para la realización de funciones de gestión, apoyo administrativo y auxiliares, para el segundo semestre de 2010 ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

Los destinatarios son los empleados públicos pertenecientes a Cuerpos y Escalas de los grupos y subgrupos A2, B, C1 y C2, y equivalentes, que prestan sus servicios en las administraciones públicas...

El envío de las solicitudes concluye el 11 de junio de 2010.

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 22 de abril de 2010, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convocan cursos específicos de idiomas a desarrollar en el segundo semestre de 2010 ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

Los destinatarios son los empleados públicos pertenecientes a Cuerpos y Escalas de los diversos grupos y subgrupos, en función del nivel de inglés que posean y en relación con su puesto de trabajo.

El plazo de presentación de solicitudes es de quince días naturales.

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 22 de abril de 2010, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convocan ediciones, para el segundo semestre de 2010, de los cursos intensivos de inglés y francés ([BOE de 3 de mayo de 2010, número 107](#)).

Los destinatarios son los empleados públicos que posean un conocimiento intermedio-alto de la lengua inglesa o francesa, y necesiten el inglés o el francés para el desarrollo de su puesto de trabajo.

El plazo de presentación de solicitudes es de quince días naturales.

CONVENIO CON LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA PARA EL PROGRAMA DE CIUDADES DIGITALES

Resolución de 16 de abril de 2010, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se publica el Acuerdo por el que queda prorrogada la adenda al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Junta de Andalucía, para el desarrollo del programa de ciudades digitales electrónicas 2008 en el ámbito del Plan Avanza ([BOE de 5 de mayo de 2010, número 109](#)).

CONVENIO CON LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA PARA EL PROGRAMA DE CIUDADES DIGITALES

Resolución de 16 de abril de 2010, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se publica el Acuerdo por el que queda prorrogada la adenda al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Junta de Andalucía, para el desarrollo del programa de pyme digital en el ámbito del Plan Avanza ([BOE de 5 de mayo de 2010, número 109](#)).

CONVENIO CON LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA PARA LA MEJORA DE LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL COMERCIO

Resolución de 23 de abril de 2010, de la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se publica el Convenio de colaboración para el desarrollo del Plan de mejora de la productividad y competitividad del comercio (2009 – 2012) entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía ([BOE de 5 de mayo de 2010, número 109](#)).

FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN ESTATAL: CLASIFICACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO

Resolución de 14 de abril de 2010, de la Dirección General de Cooperación Local del Ministerio de Política Territorial, por la que se dispone la publicación conjunta de las clasificaciones de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal ([BOE de 5 de mayo de 2010, número 109](#)).

CONVENIO CON LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA PARA EL DESARROLLO DE UN PLAN PILOTO EN ZONAS SENSIBLES DE ANDALUCÍA CON PRESENCIA SIGNIFICATIVA DE POBLACIÓN INMIGRANTE

Resolución de 26 de abril de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Protocolo por el que se prorroga el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Junta de Andalucía, para el desarrollo de un plan piloto de actuación integral en zonas sensibles de Andalucía con presencia significativa de población inmigrante ([BOE de 6 de mayo de 2010, número 110](#)).

DAÑOS CATASTRÓFICOS: MEDIDAS

Orden TIN/1162/2010, de 4 de mayo de 2010, del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se dictan normas para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 3/2010, de 10 de marzo, por la que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas ([BOE de 7 de mayo de 2010, número 111](#)).

La Orden prevé que la acreditación de los daños pueda realizarse mediante la documentación expedida al efecto por el respectivo ayuntamiento.

AGRICULTURA: AYUDAS PARA NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MAQUINARIA Y EQUIPOS AGRARIOS

Real Decreto 456/2010, de 16 de abril, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por el que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para la promoción de nuevas tecnologías en maquinaria y equipos agrarios ([BOE de 7 de mayo de 2010, número 111](#)).

Pueden ser beneficiarias de las ayudas las sociedades cooperativas del ámbito agrario y sus agrupaciones o uniones, y las sociedades agrarias de transformación, así como otras agrupaciones agrarias con personalidad jurídica propia y las agrupaciones sin personalidad jurídica propia basadas en un pacto contractual, reconocido por la autoridad competente de cada comunidad autónoma y suscrito por un mínimo de siete titulares de explotaciones agrarias.

Las solicitudes se presentarán en el plazo que disponga cada convocatoria, que no podrá exceder de tres meses desde la publicación de la misma en el Diario Oficial de la correspondiente comunidad.

AGRICULTURA: AYUDAS PARA LA RENOVACIÓN DEL PARQUE NACIONAL DE MAQUINARIA AGRÍCOLA

Real Decreto 457/2010, de 16 de abril, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por el que se regulan las bases de las ayudas para la concesión de ayudas para la renovación del parque nacional de maquinaria agrícola ([BOE de 7 de mayo de 2010, número 111](#)).

Pueden ser beneficiarias las personas físicas y jurídicas que renueven el parque nacional de tractores y máquinas automotrices agrícolas, mediante el achatarramiento de las unidades de estas máquinas más antiguas y su sustitución por nuevos tractores y nuevas máquinas, que produzcan un menor impacto ambiental.

Las solicitudes se presentarán en el plazo que disponga cada convocatoria, que no podrá exceder de tres meses desde la publicación de la misma en el Diario Oficial de la correspondiente comunidad.

PESCA: AYUDAS. MODIFICACIÓN DE NORMATIVA

Orden ARM/1173/2010, de 27 de abril, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se modifica la Orden ARM/2696/2008, de 16 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas al desarrollo tecnológico pesquero y acuícola ([BOE de 7 de mayo de 2010, número 111](#)).

AGRICULTURA: AYUDA A LA DESTILACIÓN DE USO DE BOCA

Real Decreto 562/2010, de 7 de mayo, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por el que se establece la regulación complementaria de una ayuda comunitaria a la destilación de uso de boca, destinada a los productores de vino, en aplicación del Reglamento (CE) nº 555/2008 de la Comisión, de 27 de junio de 2008 ([BOE de 8 de mayo de 2010, número 113](#)).

El plazo de presentación de solicitudes es de 20 días hábiles contados desde la entrada en vigor del Real Decreto, que se produce al día siguiente al de su publicación en el BOE.

ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS: REGLAMENTO

Real Decreto 563/2010, de 7 de mayo, del Ministerio de la Presidencia, por el que se aprueba el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería ([BOE de 8 de mayo de 2010, número 113](#)).

El Reglamento incorpora al Derecho interno español la Directiva 2007/23/CE.

El título I del Reglamento, Ordenación preliminar, se compone de cuatro capítulos. En el capítulo I se establecen las disposiciones generales del Reglamento, tales como el objeto y ámbito de aplicación, las competencias administrativas y las definiciones de los términos utilizados en el texto. Además, se definen las obligaciones generales de los fabricantes, importadores y distribuidores de artículos pirotécnicos, de la misma forma que aparece en la Directiva que se transpone, y se regula la actividad de las entidades colaboradoras de la Administración. En el capítulo II del mismo título, se define la categorización de los artículos pirotécnicos y la clasificación de la cartuchería. El capítulo III de este título establece la catalogación de artículos pirotécnicos y cartuchería como Registro administrativo y en el capítulo IV se regula el marcado CE y las excepciones posibles al marcado.

En el título II se establecen las disposiciones generales para la fabricación de artículos pirotécnicos o cartuchería, las disposiciones comunes a ambas industrias y las disposiciones específicas de cada una de ellas. Se establece que la autorización para el establecimiento de un taller de pirotecnia o cartuchería será otorgada por la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma correspondiente, habida cuenta de la competencia del Estado en la materia que se regula.

En el título III se establecen las disposiciones generales para los depósitos de artículos pirotécnicos o cartuchería.

En el título IV se establecen las disposiciones generales para los envases y etiquetado de artículos pirotécnicos o cartuchería.

En los títulos V, VI y VII se establecen las disposiciones generales para la venta y puesta a disposición de los artículos pirotécnicos y la cartuchería, así como para el control de los productos en el mercado y su uso.

En el título VIII se establecen las disposiciones generales para la importación, exportación, tránsito y transferencias de las materias reglamentadas, con escasas modificaciones con respecto a lo dispuesto en la anterior reglamentación.

En el título IX, de transporte, las disposiciones generales complementan lo dispuesto en la reglamentación vigente para cada medio de transporte,

contempladas en los convenios y acuerdos internacionales e incluidas las recomendaciones de las Naciones Unidas relativas al transporte de mercancías peligrosas.

Por último, el título X establece el régimen sancionador aplicable a las infracciones de las disposiciones del Reglamento.

La parte dispositiva del Reglamento se completa con 22 Instrucciones técnicas complementarias y seis Especificaciones técnicas de desarrollo.

La Instrucción Técnica Complementaria número 18 del Real Decreto dispone que el reconocimiento de una manifestación festiva como de carácter religioso, cultural, o tradicional, a nivel local o autonómico, en el que se utilicen artículos pirotécnicos, se efectuará por la Administración autonómica correspondiente, de oficio o a instancia de los Ayuntamientos mediante una disposición que deberá publicarse en el Diario Oficial correspondiente y en la que se deberá especificar si en la manifestación festiva se permite la participación de menores de edad. Una vez reconocida la manifestación festiva como religiosa, cultural o tradicional, el organizador del acto deberá presentar al Ayuntamiento correspondiente, en el caso de que no sea este el organizador del festejo, solicitud de autorización en el que debe de incluir, al menos, la documentación que se expresa, y una vez obtenida la autorización del uso de los artificios pirotécnicos por parte del Delegado de Gobierno, el Ayuntamiento autorizará el evento, siendo el responsable de la custodia del seguro de responsabilidad civil suscrito por el organizador del acto, así como de la salvaguardia de las medidas de seguridad y organización que tenga atribuidas en el ámbito de sus competencias.

A la entrada en vigor del real decreto queda derogado, sin perjuicio de su aplicación en los términos previstos en las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera y en la disposición final quinta del presente real decreto, el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de explosivos, en todo lo relativo a pirotecnia y cartuchería.

En particular, y a los efectos del párrafo anterior quedarán sin contenido los artículos 10.1.b), 10.1.d), 10.1.e), 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25.3, 25.4, el título III (artículos 106 a 134), los artículos 187, 188, 189, 201, 212, 213, 231, 232, 233, 236, 237, 239.3, 241.3, 241.4 y las siguientes Instrucciones técnicas complementarias del Reglamento de explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero:

a) Instrucción técnica complementaria número 7: ITC 7: Catalogación de las materias primas explosivas o pirotécnicas.

b) Instrucción técnica complementaria número 8: ITC 8: Catalogación de los artificios pirotécnicos.

c) Instrucción técnica complementaria número 14: ITC 14: Normas para la recarga de munición por particulares.

d) Instrucción técnica complementaria número 19: ITC 19: Normas sobre la venta y los establecimientos de venta de artificios pirotécnicos de las clases I, II y III.

e) Instrucción técnica complementaria número 23: ITC 23: Clasificación de los artificios pirotécnicos de las clases I, II y III.

Asimismo, a la entrada en vigor del real decreto quedan derogados los apartados tercero y cuarto de la Orden INT/703/2006, de 3 de marzo, por la que se dictan instrucciones para la adquisición de material explosivos y cartuchería metálica por parte de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Finalmente, a la entrada en vigor del real decreto quedan derogadas las siguientes normas:

a) Orden de 20 de octubre de 1988, por la que se regula la manipulación y uso de productos pirotécnicos en la realización de espectáculos públicos de fuegos artificiales.

b) Orden de 2 de marzo de 1989 por la que se completa y perfecciona la normativa reguladora de la manipulación y uso de productos pirotécnicos en la realización de espectáculos públicos de fuegos artificiales.

c) Cualquier otra norma de igual o inferior rango que se oponga a lo establecido en el presente real decreto.

AGRICULTURA: ÍNDICES DE PRECIOS A LOS EFECTOS DE ACTUALIZACIÓN DE LAS RENTAS DE LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

Resolución de 19 de abril, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se publican los índices de precios percibidos por los agricultores y ganaderos en 2009, a los efectos de la actualización de las rentas de los arrendamientos rústicos ([BOE de 14 de mayo de 2010, número 118](#)).

AGRICULTURA: AYUDA A LA PRODUCCIÓN DE TABACO

Orden ARM/1283/2010 de 11 de mayo, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se fijan los importes unitarios finales de las ayudas a la producción de tabaco y de la ayuda adicional para la cosecha 2009 ([BOE de 17 de mayo de 2010, número 120](#)).

AGRICULTURA: SEGUROS AGRARIOS COMBINADOS: PLÁTANO

Orden ARM/1298/2010 de 7 de mayo, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se definen las producciones y los rendimientos asegurables, las condiciones técnicas mínimas de cultivo, el ámbito de aplicación, los períodos de garantía, las fechas de suscripción y los precios unitarios del seguro colectivo de plátano, comprendido en el Plan 2010 de Seguros Agrarios Combinados ([BOE de 19 de mayo de 2010, número 122](#)).

AGRICULTURA: SEGUROS AGRARIOS COMBINADOS: ALCACHOFA

Orden ARM/1307/2010 de 7 de mayo, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se definen las producciones y los rendimientos asegurables, las condiciones técnicas mínimas de cultivo, el ámbito de aplicación, los períodos de garantía, las fechas de suscripción y los precios unitarios en relación con el seguro combinado y de daños excepcionales en alcachofa ([BOE de 20 de mayo de 2010, número 123](#)).

AGRICULTURA: SEGUROS AGRARIOS COMBINADOS: PLANTA ORNAMENTAL

Orden ARM/1308/2010 de 7 de mayo, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se definen las producciones y los rendimientos

asegurables, las condiciones técnicas mínimas de cultivo, el ámbito de aplicación, los períodos de garantía, las fechas de suscripción y los precios unitarios del seguro combinado y de daños excepcionales en planta ornamental, comprendido en el Plan 2010 de Seguros Agrarios Combinados ([BOE de 20 de mayo de 2010, número 123](#)).

POLICÍA: RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía ([BOE de 21 de mayo de 2010, número 124](#)).

La disposición final sexta de la Ley declara de aplicación dicha ley a los miembros de los Cuerpos de las Policías Locales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

La Ley deroga, expresamente, el Real Decreto 884/1989, de 14 de julio, Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, así como los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

La Ley modifica la tipificación de las faltas y de las sanciones, tal y como las regulaba el Reglamento derogado, y en consecuencia, su disposición transitoria tercera dispone que a la entrada en vigor de la misma, si de su aplicación resultasen efectos más favorables para el funcionario sancionado, se procederá a la revisión de oficio de las resoluciones en virtud de las que se hubieran impuesto sanciones, aunque sean firmes, cuyo cumplimiento no se hubiera iniciado o finalizado en dicha fecha, pero no procederá dicha revisión cuando se trate de resoluciones en las que se hubiera impuesto la sanción de separación de servicio.

La Ley entra en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE.

SEGURIDAD INDUSTRIAL: MODIFICACIÓN DE NORMATIVA

Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio ([BOE de 22 de mayo de 2010, número 125](#)).

Las normas que modifica el Real Decreto son las siguientes:

a) Real Decreto 3099/1977, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad para Plantas e Instalaciones Frigoríficas.

b) Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención de los mismos.

c) Real Decreto 1942/1993, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones de protección contra incendios.

d) Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Petrolíferas.

e) Real Decreto 2201/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba instrucción técnica complementaria MI-IP04 "Instalaciones fijas para distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público".

f) Real Decreto 1427/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba una nueva instrucción técnica complementaria MI-IPO3 “Instalaciones petrolíferas para uso propio”.

g) Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión.

h) Real Decreto 836/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba una nueva Instrucción técnica complementaria «MIE-AEM-2» del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones.

i) Real Decreto 837/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba el nuevo texto modificado y refundido de la Instrucción técnica complementaria «MIE-AEM-4» del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas móviles autopulsadas.

j) Real Decreto 2267/2004, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales.

k) Real Decreto 365/2005, de 8 de abril, por el que se aprueba la Instrucción técnica complementaria MI-IPO5 «Instaladores o reparadores y empresas instaladoras o reparadoras de productos petrolíferos líquidos».

l) Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 A 11.

m) Real Decreto 1416/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MI-IP 06 «Procedimiento para dejar fuera de servicio los tanques de almacenamiento de productos petrolíferos líquidos».

n) Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC-LAT 01 a 09.

ñ) Real Decreto 2060/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias.

REDUCCIÓN DEL DÉFICIT PÚBLICO: MEDIDAS EXTRAORDINARIAS

Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, de la Jefatura del Estado, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público ([BOE de 24 de mayo de 2010, número 126](#)).

El Real Decreto-ley modifica la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en el sentido de reducir con efectos de 1 de junio de 2010, el conjunto de las retribuciones de todo el sector público en un 5 por 100, en términos anuales, respecto a las vigentes a 31 de mayo de 2010, regulando y estableciendo las tablas correspondientes.

Además, el Capítulo VI del Real Decreto está dedicado a las medidas en materia económico financiera de las entidades locales, disponiendo el artículo 14 la aplicación de las medidas de reducción, y las limitaciones al acceso al crédito de los mismos, del siguiente tenor literal:

“Uno. Se declaran recursos afectados los derivados de la aplicación de las medidas de reducción de costes de personal en los ejercicios 2010 y 2011, que se

destinarán, con el orden de preferencia en el que están relacionados, a las siguientes finalidades:

- a) A sanear el remanente de tesorería derivado de la última liquidación, cuando éste fuera negativo.
- b) A disminuir el nivel de endeudamiento a largo plazo.
- c) A la financiación de inversiones.
- d) Cuando no resulten de aplicación los apartados a) o b), los recursos no aplicados en el propio ejercicio a la financiación de inversiones, se destinarán en sucesivos ejercicios a las finalidades establecidas en los apartados a), b) y c), con el mismo orden de prelación, hasta su aplicación total.

Dos. A partir de la entrada en vigor de la presente norma y hasta 31 de diciembre de 2011, las entidades locales y sus entidades dependientes clasificadas en el sector Administraciones Públicas no podrán acudir al crédito público o privado a largo plazo, en cualquiera de sus modalidades, para la financiación de sus inversiones, ni sustituir total o parcialmente operaciones preexistentes, a excepción de aquellas que en términos de valor actual neto resulten beneficiosas para la entidad por disminuir la carga financiera, el plazo de amortización o ambos.

Tres. Las operaciones a corto plazo concertadas para cubrir situaciones transitorias de financiación reguladas en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales deberán quedar canceladas a 31 de diciembre de cada año”.

Asimismo, el artículo 15 modifica la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, en el sentido, principalmente, de no permitir el nombramiento de funcionarios interinos, ni de carácter accidental, de habilitación nacional, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, previa comunicación a la Administración que ejerza la tutela financiera.

Corrección de errores (BOE de 25 de mayo de 2010, número 127)

Es de destacar en la corrección el plazo de vigencia del número dos del anterior artículo, que es el siguiente: “A partir del 1 de enero de 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2011.

Corrección de errores (BOE de 26 de mayo de 2010, número 128).

Convalidación del Real Decreto-ley: Resolución de 27 de mayo del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE de 1 de junio de 2010, número 133).

EMPLADOS PÚBLICOS: NÓMINAS

Resolución de 25 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan con efectos de 1 de junio de 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de

Presupuestos del Estado para dicho ejercicio ([BOE de 24 de mayo de 2010, número 126](#)).

La Resolución desarrolla detalladamente las normas de aplicación de las retribuciones de los empleados públicos en aplicación del Real Decreto-ley 8/2010, de 24 de mayo.

Corrección de errores ([BOE de 2 de junio de 2010, número 134](#)).

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 18 de mayo de 2010, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convocan acciones formativas en materia de seguridad de las tecnologías de la administración electrónicas en sus distintas modalidades en colaboración con Centro Criptológico Nacional ([BOE de 27 de mayo de 2010, número 129](#)).

Los destinatarios son los empleados públicos de los niveles A1 A2 que tengan responsabilidades directivas en la planificación, gestión o mantenimiento de los Sistemas de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) o con la seguridad de los mismos.

El plazo de presentación de solicitudes es de quince días naturales, contados a partir del día siguiente al de la publicación de la presente Resolución en el BOE.

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 18 de mayo de 2010, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convocan cursos incluidos en el Plan de Formación en Administración Local y Territorial para el año 2010, para su ejecución descentralizada ([BOE de 27 de mayo de 2010, número 129](#)).

Se convocan diversos cursos en diversas localidades.

Los destinatarios de los cursos son el personal al servicio de las corporaciones locales que cumplan los requisitos exigidos en cada uno de los cursos

El plazo de presentación de solicitudes finalizará 25 días naturales antes del comienzo de las acciones formativas.

AGRICULTURA: PRODUCTOS AGRARIOS: CONTRATO-TIPO PATATA

Orden ARM/1396/2010 de 18 de mayo, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se proroga la homologación del contrato-tipo de compraventa de patata dedicada a la industria de transformación, campaña 2010 ([BOE de 31 de mayo de 2010, número 132](#)).

AGRICULTURA: SEGUROS AGRARIOS COMBINADOS: GANADERÍA: ESPECIES OVINA Y CAPRINA

Orden ARM/1397/2010 de 19 de mayo, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se definen las explotaciones de ganado asegurables y sus condiciones técnicas mínimas de explotación, el ámbito de aplicación, el período de garantía, las fechas de suscripción y el valor unitario de los animales en relación

con el seguro renovable para la cobertura de los gastos derivados de la retirada y destrucción de animales muertos en la explotación de las especies ovina y caprina, comprendido en el Plan 2010 de Seguros Agrarios Combinados ([BOE de 31 de mayo de 2010, número 132](#)).

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 21 de mayo de 2010, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convocan acciones formativas para personal directivo y predirectivo, a impartir en el segundo semestre de 2010 ([BOE de 1 de junio de 2010, número 133](#)).

Se convocan acciones formativas sobre Dirección Pública, Unión Europea, Gestión Pública y Habilidades Directivas.

Los destinatarios de los cursos son los funcionarios pertenecientes a cuerpos y escalas del subgrupo A1 y personal laboral fijo asimilado de todas las Administraciones Públicas.

El plazo de presentación de solicitudes se puede consultar en la página web del INAP://www.inap.es/.

TELEVISIÓN DIGITAL TERRESTRE: ALTA DEFINICIÓN

Real Decreto 691/2010, de 20 de mayo de 2010, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por el que se regula la Televisión Digital Terrestre en alta definición ([BOE de 2 de junio de 2010, número 134](#)).

El Real Decreto tiene por objeto la regulación de las condiciones y las especificaciones técnicas que se deberán cumplir para efectuar las emisiones de televisión digital terrestre en alta definición, por tanto, entendemos que es de aplicación, asimismo a las televisiones locales que emitan en alta definición, puesto que el artículo 2 de dicho Real Decreto dispone que las entidades a las que se les asigne la explotación íntegra de un múltiple digital podrán emitir canales digitales en alta definición, con las características que establece el Real Decreto.

ANIMALES: PROTECCIÓN

Real Decreto 692/2010, de 20 de mayo de 2010, del Ministerio de la Presidencia, por el que se establecen las normas mínimas para la protección de los pollos destinados a la producción de carne y se modifica el Real Decreto 1047/1994, de 20 de mayo, relativo a las normas mínimas para la protección de terneros ([BOE de 3 de junio de 2010, número 135](#)).

SEGURIDAD SOCIAL: REDUCCIÓN DE COTIZACIONES A EMPRESAS QUE HAYAN CONTRIBUIDO A LA DISMINUCIÓN Y PREVENCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL

Orden TIN 1448/2010, de 2 de junio de 2010, del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se desarrolla el Real Decreto 404/2010, de 31 marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la

disminución y prevención de la siniestralidad laboral ([BOE de 4 de junio de 2010, número 136](#)).

SANIDAD: SUBVENCIONES PARA LA PREVENCIÓN DEL VIH Y SIDA

Orden SAS1462/2010, de 28 de mayo de 2010, del Ministerio de Sanidad y Política Social, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades de cualquier titularidad, sin ánimo de lucro, con destino a la financiación de programas de prevención y control de la infección por VIH y SIDA ([BOE de 5 de junio de 2010, número 137](#)).

AGRICULTURA: SEGUROS AGRARIOS COMBINADOS: TOMATE DE INVIERNO

Orden ARM/1487/2010, de 4 de junio, del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se definen las producciones y los rendimientos asegurables, las condiciones técnicas mínimas de cultivo, el ámbito de aplicación, los períodos de garantía, las fechas de suscripción y los precios unitarios del seguro combinado y de daños excepcionales en tomate de invierno comprendido en el Plan 2010 de Seguros Agrarios Combinados ([BOE de 8 de junio de 2010, número 139](#)).

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN

Resolución de 27 de mayo, del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia, por la que se convoca el Incurso Superior de Dirección de Recursos Humanos en la Administración Local ([BOE de 8 de junio de 2010, número 139](#)).

El curso está dirigido a empleados públicos titulados que presten servicios en Corporaciones Locales en puestos de responsabilidad de nivel directivo relacionados con el área de organización y gestión de recursos humanos, o que presten servicio en otras Administraciones Públicas cuya actividad profesional esté vinculada con las disciplinas objeto del curso.

El plazo de presentación termina el 22 de agosto d 2010, y la solicitud está en la página wb del INAP.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: REGISTRO DE LICITADORES Y EMPRESAS CLASIFICADAS DEL ESTADO

Orden EHA/1490/2010, de 28 de mayo, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado ([BOE de 10 de junio de 2010, número 141](#)).

ZONAS RURALES: PRIMER PROGRAMA DE DESARROLLO RURAL SOSTENIBLE

Real Decreto 752/2010, de 4 de junio, del Ministerio de la Presidencia, por el que se aprueba el primer programa de desarrollo rural sostenible para el período 2010-2014 en aplicación de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural ([BOE de 11 de junio de 2010, número 142](#)).

El programa se aplica en cada Comunidad Autónoma en las zonas rurales delimitadas y calificadas por las mismas. En Andalucía se aplica a las siguientes zonas

rurales: en Almería, a las zonas rurales de Sierra de Filabres–Alhamilla, Almanzora–Los Vélez y Levante Almeriense; en Cádiz, Noreste de Cádiz y los Alcornocales y Sierras del Sur de Cádiz; en Córdoba, Los Pedroches y el Alto Guadiato, Campiña y Subbética, Sierra Morena y Vega, y Cordobesa del Guadalquivir; en Granada, Hoyas de Baza y Guadix, La Alpujarra (Granada y Almería), Vertiente Norte del Genil y Montes del Norte de la Vega y Vega Sur del Genil y Valle de Lecrín en Huelva, Andévalo y Cuenca Minera, Sierra de Aracena y Picos de Areoche y Condado–Guadiadiel; en Jaén, Condado de Jaén, Campiña de Jaén, La Loma y Sierras del Sur y Sierras del Segura y Cazorla; en Málaga, Sierras Occidentales, Axarquía y Antequera y Guadalhorce; en Sevilla, Sierra Morena, Sevillana y la Vega Alta, Corredor de la Plata y Gran Vega, Doñana–Bajo Guadalquivir y Sierras del Sur de Sevilla.

CURSOS: UNIÓN EUROPEA

Resolución de 4 de junio de 2010, de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, por la que se convoca la celebración del 100º Curso sobre la Unión Europea ([BOE de 15 de junio de 2010, número 145](#)).

Los requisitos de solicitud son: titulación universitaria superior, buen conocimiento del idioma castellano y conocimientos del idioma inglés.

El plazo de presentación concluye el 10 de septiembre de 2010.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: ÍNDICES DE PRECIOS

Orden EHA/1581/2010 de 11 de junio del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre índices de mano de obra y materiales correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009, aplicables a la revisión de precios de contratos de las Administraciones Públicas ([BOE de 15 de junio de 2010, número 145](#)).

TRABAJADORES: REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo ([BOE de 17 de junio de 2010, número 147](#)).

Corrección de errores, [BOE de 18 de junio de 2010, número 148](#).

Resolución de 22 de junio de 2010 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, BOE DE 25 de junio de 2010, número 154.

El Real Decreto-ley modifica el Estatuto de los trabajadores. Entre las modificaciones de la legislación vigente destacamos las siguientes:

A) Se modifica el Estatuto de los trabajadores, en que son de destacar las siguientes

1ª.- Los contratos de obra o servicio determinado no pueden tener una duración superior a tres años, ampliables en un máximo de 12 meses más por convenio. Esta variación también afecta a la disposición adicional decimoquinta, referente a la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas.

2ª.- A la expiración del tiempo convenido en el contrato o realización de obra o servicio, el trabajador tiene derecho a recibir una indemnización de 12 días de

salario por cada año, o la establecida, en su caso, en la normativa específica de aplicación.

3ª.- Se modifica el artículo 11 relativo a la regulación del contrato para la formación.

4ª.- Se modifica el artículo 41 referente a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

5ª.- Queda modificado el artículo 47 referente a la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor

6ª.- Se modifica el artículo 51.1, modificando el concepto y requisitos por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El preaviso se reduce a quince días.

7.- Se modifica el artículo 53.4, en el sentido de determinar las causas de nulidad de la decisión extintiva, en los supuestos de extinción por causas objetivas.

8ª.- Queda modificado el artículo 82,3, permitiendo negociar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores que inaplique el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa.

9ª.- Se establece una nueva disposición transitoria, la decimotercera, relativa a la indemnización por finalización de contrato temporal, previsto en el artículo 49.1 c), que aplica de forma gradual dicha indemnización en una escala que va desde los ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011, hasta doce días para los que se celebren a partir del 1 de enero de 2015.

B) Asimismo, quedan modificados determinados artículos de la Ley de Procedimiento Laboral, para adaptarla a las anteriores modificaciones.

C) También queda modificada la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, referente al contrato para el fomento de la contratación indefinida.

D) Se bonifica la cuota empresarial de la Seguridad Social en 800 euros, a las empresas que contraten hasta el 31 de diciembre de 2011 de forma indefinida a trabajadores desempleados entre 16 y 30 años.

También se bonifican a las empresas que hasta el 31 de diciembre de 2011 celebren contratos para la formación con trabajadores desempleados.

PRODUCTOS AGRARIOS: CONTRATO-TIPO DE LIMONES PARA COMERCIALIZACIÓN EN FRESCO

Orden ARM/1604/2010 de 4 de junio del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se homologa el contrato-tipo de compraventa de limones con destino a su comercialización en fresco, campaña 2010/2011 ([BOE de 17 de junio de 2010, número 147](#)).

PRODUCTOS AGRARIOS: CONTRATO-TIPO DE LIMONES PARA ZUMO

Orden ARM/1605/2010 de 4 de junio del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se homologa el contrato-tipo de compraventa de

limones con destino a su transformación en fresco, campaña 2010/2011 ([BOE de 17 de junio de 2010, número 147](#)).

PRODUCTOS AGRARIOS: CONTRATO-TIPO DE POMELOS PARA ZUMO

Orden ARM/1605/2010 de 4 de junio del Ministerio de Medio Ambiente, Y Medio Rural Y Marino, por la que se homologa el contrato-tipo de compraventa de pomelos con destino a su transformación en fresco, campaña 2010/2011 ([BOE de 17 de junio de 2010, número 147](#)).

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN CONTINUA

Resolución de 8 de junio de 2010 de la Secretaría de Estado del Ministerio de la Presidencia por la que se publica el Acuerdo de Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas de 22 de marzo de 2010 ([BOE de 17 de junio de 2010, número 147](#)).

Los planes que deseen financiar las Administraciones Públicas con cargo a dicho Acuerdo pueden ser unitarios, agrupados o interadministrativos; los unitarios han de afectar al personal de una sola Administración Pública con, al menos 200 empleados públicos; los agrupados afectan al personal de dos o más Entidades Locales que agrupen conjuntamente, al menos a 200; y los interadministrativos están destinados a empleados de distintas Administraciones Públicas.

En la Administración Local pueden promover los planes los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos Insulares y demás Entidades Locales, así como la Federación Española de Municipios y Provincias y las federaciones o asociaciones de Entidades Locales de ámbito autonómico. Estos planes indicarán el grado de participación de los Sindicatos en la elaboración y, en su caso, en su gestión y ejecución.

FORMACIÓN PROFESIONAL: CUALIFICACIONES PROFESIONALES

Real Decreto 715/2010 de 28 de mayo del Ministerio de la Presidencia, por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de diez cualificaciones profesionales correspondientes a la Familia Profesional Agraria ([BOE de 18 de junio de 2010, número 148](#)).

Las cualificaciones que se establecen son las siguientes: Actividades de floristería, nivel 2; Mantenimiento y mejora del hábitat cinegético-piscícola, nivel 2; Producción de animales cinegéticos, nivel 2; producción de semillas y plantas en vivero, nivel 2; arte floral y gestión de las actividades de floristería, nivel 2; Gestión de aprovechamientos forestales, nivel 3; Gestión de la producción de animales cinegéticos, nivel 3; Gestión de la producción de semillas y plantas en vivero, nivel 3; Gestión de la producción ganadera, nivel 3; y Gestión de aprovechamientos cinegéticos-piscícolas, nivel 3.

FORMACIÓN PROFESIONAL: CUALIFICACIONES PROFESIONALES

Real Decreto 716/2010 de 28 de mayo del Ministerio de la Presidencia, por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de diez cualificaciones profesionales correspondientes a la Familia Profesional de Energía y Agua ([BOE de 18 de junio de 2010, número 148](#)).

Las cualificaciones que se establecen son las siguientes: Montaje, puesta en servicio, mantenimiento, inspección y revisión de instalaciones receptores y aparatos de gas, nivel 2; Gestión de la operación en centrales hidroeléctricas, nivel 3; y Gestión del montaje, operación y mantenimiento de subestaciones eléctricas, nivel 3.

CÓDIGO PENAL: MODIFICACIÓN

Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ([BOE de 23 de junio de 2010, número 152](#)).

Se reforma el Código Penal en aspectos de gran relevancia. Las principales modificaciones son las siguientes:

1ª) Se establece una nueva circunstancia atenuante, modificativa de la responsabilidad penal, que es la de dilaciones indebidas.

2ª) Para poder obtener la clasificación de tercer grado, en las personas que estén cumpliendo penas privativas de libertad superiores a cinco años por determinados delitos especialmente graves, es preciso haber cumplido la mitad de la pena impuesta.

3ª) Se establece una nueva medida de seguridad, la libertad vigilada.

4ª) Se da mayor extensión contenido a la pena de localización permanente.

5ª) Se especifica que el abono del tiempo de prisión provisional que esté sufriendo un imputado, que a su vez, está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, es de aplicación en la liquidación de condena de la pena que esté cumpliendo.

6ª) Se regula de forma más detallada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre todo en determinados tipos de delitos (blanqueo de capitales, pornografía y prostitución infantil, inmigración ilegal, ataques informáticos, etc.).

7ª) Se completa la regulación del comiso procedente de organizaciones criminales.

8ª) Se modifica la regulación de la prescripción del delito.

9ª) Se declara la responsabilidad penal del receptor de un órgano humano que conozca su procedencia ilícita.

10ª) Se penaliza, asimismo, y dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, el acoso laboral o funcional, así como el acoso inmobiliario.

11ª) Se modifica la redacción de los delitos de la trata de seres humanos.

12ª) Se incorpora un nuevo capítulo, cuyo título es “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”.

13ª) En el marco de los delitos informáticos, se penaliza el dañar, deteriorar, alterar o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como el descubrimiento y revelación de secretos.

14ª) Se considera una modalidad de estafa las defraudaciones utilizando tarjetas ajenas, o los datos de las mismas.

15ª) Se agravan las penas del delito de alzamiento de bienes, entre otras circunstancias, cuando se trate de eludir una deuda de Derecho público y cuyo acreedor sea una persona jurídico-pública.

16ª) Se reduce la pena de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, en lo casos de distribución al por menor de escasa transcendencia atendidas las características del culpable.

17ª) Se penaliza la estafa de inversores, así como la difusión de noticias o rumores donde se ofreciesen datos falsos para alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero.

18ª) Se tipifica la corrupción en el deporte.

19ª) Se modifican los delitos contra la ordenación del territorio, añadiendo el urbanismo, y ampliando el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización.

20ª) Se endurecen los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, y se modifica la regulación del fraude de subvenciones.

21ª) Se modifican las penas del tráfico de drogas.

22ª) Se modifica, asimismo, la respuesta penal de los delitos contra la seguridad vial.

23ª) Se modifica el delito de falsificación de certificados.

24ª) Se modifica la regulación de los delitos de cohecho.

25ª) Se modifica la regulación de las organizaciones criminales, tipificando detenidamente las distintas conductas.

26ª) Se modifica el tratamiento penal de las conductas terroristas.

27ª) Se tipifica el delito de piratería marítima.

28ª) Se establece una tutela específica para las víctimas de delitos, por vía civil, en aquellos casos en el que el delincuente hace especial ostentación de la conducta criminal realizada, especialmente en los medios de comunicación y por el que obtienen lucro económico.

AGRICULTURA: SUBVENCIONES

Orden ARM/1683/2010 de 8 de junio, por la que se convocan, para el año 2010, subvenciones a titulares de explotaciones agrarias, que faciliten datos estadísticos y contables ([BOE de 24 de junio de 2010, número 153](#)).

Las bases reguladoras de estas subvenciones fueron aprobadas por la Orden APA/3147/2005, de 28 de septiembre, publicada por el Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2005.

Los solicitantes deberán ser agricultores cuyas explotaciones agrarias posean un volumen de ventas medio anual superior a 18.000 euros y se encuentren incluidas en la muestra de cualquiera de las Oficinas Contables constituidas al amparo de la resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de fecha 12 de marzo de 2008.

Se entenderá como solicitud el impreso cumplimentado y firmado por el titular de la explotación, presentado por las Oficinas Contables y que figure como aceptado en la resolución mencionada en el párrafo anterior.

AGRICULTURA: AYUDAS POR INCENDIOS

Orden ARM/1703/2010 de 24 de junio, por la que se desarrolla el artículo 6 de la Ley 3/2010, de 10 de marzo, por la que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias comunidades autónomas ([BOE de 26 de junio de 2010, número 155](#)).

El objeto de la Orden es establecer las bases reguladoras y las ayudas previstas en el artículo citado para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales causados en las explotaciones agrícolas y ganaderas que, teniendo pólizas amparadas en el Plan de Seguros Agrarios Combinados, no estén cubiertos por las líneas de aseguramiento contenidas en el Plan.

El plazo de presentación de solicitudes es de veinte días hábiles contados a partir de la entrada en vigor de la Orden.

EMPLEADOS PÚBLICOS: CURSOS DE FORMACIÓN

Resolución de 16 de junio de 2010 del Instituto Nacional de Administración Pública del Ministerio de la Presidencia por la que se convocan cursos incluidos en el plan de Formación en Administración Local y Territorial para el año 2010, para su ejecución descentralizada ([BOE de 28 de junio de 2010, número 156](#)).

El plazo de presentación de solicitudes finalizará veinticinco días naturales antes del comienzo de cada una de las diversas acciones formativas...

Recopilación de Legislación Andaluza

SECTOR PESQUERO: SUBVENCIONES

Orden de 25 de marzo de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, de 25 de marzo de 2010, por la que se modifica la de 16 de mayo de 2008, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas para la mejora estructural y la modernización del sector pesquero andaluz, en el marco del programa operativo para 2007 – 2013 ([BOJA de 5 de abril de 2010, número 64](#)).

URBANISMO: DISCIPLINA URBANÍSTICA

Decreto 60/2010 de 16 de marzo de 2010, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía ([BOJA de 7 de abril de 2010, número 66](#)).

El Reglamento desarrolla los Títulos VI y VII de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, y deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a dicho Reglamento, y entra en vigor al mes siguiente de su publicación del BOJA.

Consta de un Título Preliminar, denominado Disposiciones Generales.

De un Título I, denominado La Disciplina Urbanística, dividido en Capítulo I: Disposiciones generales; Capítulo II: De las licencias urbanísticas, Capítulo III: Las medidas de garantía y publicidad de la observancia de la ordenación urbanística; Capítulo IV: La inspección urbanística; y Capítulo V: La protección de la legalidad urbanística: el restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada.

De un Título II, denominado Las infracciones urbanísticas y sanciones, dividido en Capítulo I: Disposiciones generales; Capítulo II: Los tipos básicos de las infracciones y las sanciones; y Capítulo III: Los tipos específicos de las infracciones urbanísticas y las sanciones.

PALMERAS: MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN Y LUCHA DE DETERMINADAS PLAGAS

Decreto 77/2010 de 23 de marzo de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se califica de utilidad pública al lucha contra el curculiónido ferruginoso de las palmeras (*rhynchophorus ferrugineus* Olivier) y se establecen las medidas fitosanitarias obligatorias para su prevención y lucha ([BOJA de 8 de abril de 2010, número 67](#)).

AGRICULTURA: COMERCIALIZACIÓN DE DETERMINADOS PRODUCTOS

Orden de 31 de marzo de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se prorroga hasta el 30 de junio de 2010, inclusive, la suspensión de la aplicación del Acuerdo de la Organización Interprofesional Agroalimentaria Hortyfruta, para la comercialización en exclusiva de los productos para el consumo en fresco de las categorías extra y primera de: tomate, pimiento, berenjena, calabacín, judía, pepino, sandía, melón, col china, lechuga y uva de mesa, aprobada por Orden de 2 de febrero de 2010 ([BOJA de 8 de abril de 2010, número 67](#)).

AGRICULTURA: AYUDAS AL VIÑEDO

Resolución de 31 de marzo de 2010, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se convocan las ayudas del régimen de reestructuración y reconversión de viñedo para el ejercicio 2010, al amparo de la Orden y Real Decreto que se citan ([BOJA de 8 de abril de 2010, número 67](#)).

SUeltas DE ESPECIES CINEGÉTICAS

Resolución de 17 de marzo de 2010, de la Dirección General de Gestión del Medio Natural de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se autoriza la ampliación del período hábil para la suelta de ciertas especies cinegéticas en escenarios de caza, hasta el 25 de abril de 2010 ([BOJA de 9 de abril de 2010, número 68](#)).

TRANSPOSICIÓN EN ANDALUCÍA DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

Decreto 80/2010 de 30 de marzo, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, de simplificación de trámites administrativos y de modificación de diversos Decretos para su adaptación al Decreto-ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas Leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior ([BOJA de 12 de abril de 2010, número 69](#)).

El Decreto modifica las siguientes normas:

- a) Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo.
- b) Decreto 202/2002, de 16 de julio, de oficinas de turismo y de la Red de Oficinas de Turismo de Andalucía.
- c) Decreto 214/2002, de 30 de julio, regulador de los guías de turismo de Andalucía.
- d) Decreto 301/2002, de 17 de diciembre, de agencias de viajes y centrales de reservas.

e) Decreto 164/2003, de 17 de junio, de ordenación de los campamentos de turismo.

f) Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de establecimientos hoteleros.

g) Decreto 35/2008, de 5 de febrero, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía, del que, entre otros se modifica el artículo 16, sobre la intervención de los Ayuntamientos en la clasificación del establecimiento de alojamiento turístico.

h) Decreto 43/2008, de 12 de febrero, regulador de las condiciones de implantación y funcionamiento de campos de golf en Andalucía, del que se suprimen los apartados 2.e), 3.e) y 5 del artículo 28.

INDUSTRIA PESQUERA: SUBVENCIONES EN EL MARCO DEL EJE 4 DE DESARROLLO SOSTENIBLE DEL PROGRAMA OPERATIVO ESPAÑOL 2007 - 2013

Resolución de 31 de marzo de 2010, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se hace pública la aprobación de la instrucción por la que se establecen las directrices, condiciones y criterios de asignación de subvenciones a las personas promotoras, así como el procedimiento al que deben atenerse los Grupos de Desarrollo Pesquero para la gestión de la asignación financiera y la concesión de ayudas en el marco del eje 4 de desarrollo sostenible del Programa Operativo Español 2007-2013 ([BOJA de 12 de abril de 2010, número 69](#)).

El contenido íntegro de la Resolución y de la Instrucción, se puede obtener en la página web de la Consejería de Agricultura y Pesca, en la dirección <http://www.juntadeandalucia.es/agriculturaypesca>.

DISTRIBUCIÓN ENTRE LAS CORPORACIONES LOCALES DE LAS CANTIDADES PARA LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS

Orden de 19 de marzo de 2010, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se establece la distribución de las cantidades a percibir por las Corporaciones Locales para la financiación de los servicios sociales comunitarios en Andalucía correspondientes al ejercicio presupuestario 2010 ([BOJA de 13 de abril de 2010, número 70](#)).

AYUDAS DE ESTANCIA DE TIEMPO LIBRE PARA MUJERES CON HIJAS/OS EXCLUSIVAMENTE A SU CARGO

Resolución de 5 de abril de 2010, del Instituto Andaluz de la Mujer, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se amplía el plazo de solicitud para la concesión de ayudas de estancia de tiempo libre para mujeres con hijas y/o hijos a su cargo, residentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2010 ([BOJA de 13 de abril de 2010, número 70](#)).

FISCALIZACIÓN DE LA ADAPTACIÓN DE LOS PLANES GENERALES URBANÍSTICOS A LA LOUA DE LOS MUNICIPIOS DE MÁS DE 50.000 HABITANTES

Resolución de 22 de febrero de 2010, de la Cámara de Cuentas de Andalucía, por la que se ordena la publicación del Informe de Fiscalización de la adaptación de los Planes Generales de Ordenación Urbanística de los municipios de más de 50.000 habitantes a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (LOUA) ([BOJA de 13 de abril de 2010, número 70](#)).

PERSONAL FUNCIONARIO: FORMACIÓN

Resolución de 9 de abril de 2010, del Instituto Andaluz de la Administración Pública, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se publica el Plan Interadministrativo de Formación Continua para 2010 ([BOJA de 19 de abril de 2010, número 74](#)).

MALTRATO INFANTIL: MODIFICACIÓN NORMATIVA

Decreto 81/2010 de 30 de marzo, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, de modificación del Decreto 3/2004, de 7 de enero, por el que se establece el Sistema de Información sobre Maltrato Infantil de Andalucía ([BOJA de 20 de abril de 2010, número 75](#)).

ASOCIACIONES Y FEDERACIONES DE MUJERES: ENCUENTRO

Resolución de 8 de abril de 2010, del Instituto Andaluz de la Mujer, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se efectúa convocatoria pública para la participación en el Programa “VI Encuentro Anual de Asociaciones y Federaciones de Mujeres Andaluzas”, para el año 2010 ([BOJA de 20 de abril de 2010, número 75](#)).

Las plazas de mujeres convocadas son de 240, para mujeres pertenecientes a 120 asociaciones, correspondiendo a cada provincia andaluza la participación de 30 mujeres de 15 asociaciones.

El encuentro tendrá lugar en Baeza, en dos ediciones: del 22 al 24 de octubre y del 5 al 7 de noviembre.

AGENDA 21: SUBVENCIONES PARA SU IMPLANTACIÓN EN MUNICIPIOS

Orden de 24 de marzo de 2010, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la implantación de Agendas 21 Locales en los municipios del Programa de Sostenibilidad Urbana Ciudad 21 y se convocan para el año 2010 ([BOJA de 20 de abril de 2010, número 75](#)).

Podrán ser beneficiarios de las subvenciones los Ayuntamientos de los municipios del Programa de Sostenibilidad Urbana Ciudad 21 de la Junta de

Andalucía que se hubieran adherido en 2002 y que hayan finalizado el Diagnóstico Ambiental durante el año 2009 y que no dispongan de Plan de Acción Local, y los que se hubieran adherido en 2008 y que no hayan sido beneficiarios de la Orden de 27 de marzo de 2009.

El plazo de presentación de solicitudes es de 20 días naturales a contar desde el día siguiente a la publicación de la presente Orden en el BOJA.

AGRUPACIONES DE DEFENSA SANITARIA GANADERA: CONDICIONES PARA SU RECONOCIMIENTO Y CONSTITUCIÓN

Orden de 13 de abril de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se regulan las condiciones para el reconocimiento y constitución de las Agrupaciones de Defensa Sanitaria Ganadera y sus Federaciones, y las ayudas a las mismas ([BOJA de 22 de abril de 2010, número 77](#)).

Aparte de regular extensamente los requisitos para su reconocimiento y constitución, la Orden abre el plazo de presentación de solicitudes de las ayudas para 2010, que es de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la presente Orden en el BOJA.

MUNICIPIOS: SUBVENCIÓN PARA BIBLIOTECAS

Orden de 24 de marzo de 2010, de la Consejería de Cultura, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a los municipios de Andalucía para la mejora de la dotación de recursos humanos que presta sus servicios en las bibliotecas públicas municipales y se convocan las correspondientes al año 2010 ([BOJA de 22 de abril de 2010, número 77](#)).

Los conceptos subvencionables son la ampliación de la jornada laboral del personal contratado que presta sus servicios en la biblioteca y la dotación en número y cualificación de personal que presta sus servicios en la biblioteca, y únicamente podrán ser objeto de las subvenciones, reguladas en la referida Orden, aquellas bibliotecas que cuenten con una persona contratada en régimen laboral (temporal o indefinido) y que esté dedicada a la biblioteca a tiempo parcial, o aquellas otras que necesiten contratar a una nueva persona, ya sea auxiliar o técnico para mejorar el funcionamiento y desarrollo de la biblioteca.

El plazo de presentación de solicitudes para el ejercicio de 2010 es de 20 días hábiles, a contar a partir del día siguiente a la publicación de la presente convocatoria en el BOJA.

AGRICULTURA: MEDIDAS OBLIGATORIAS PARA LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA PLAGA TUTA ABSOLUTA

Orden de 13 de abril de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se establecen medidas obligatorias para la prevención y lucha contra la plaga Tuta absoluta (Meyryk) en Andalucía ([BOJA de 22 de abril de 2010, número 77](#)).

VOLUNTARIADO JUVENIL: CAMPOS DE TRABAJO

Resolución de 9 de abril de 2010, del Instituto Andaluz de la Juventud de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula la convocatoria para la participación en el Programa de Campos de Trabajo de Servicio Voluntario para Jóvenes 2010 ([BOJA de 23 de abril de 2010, número 78](#)).

Las modalidades ofertadas son variadas, ofertándose un total de 741 plazas distribuidas en 28 Campos de Trabajo con un total de 29 turnos.

Las condiciones generales, entre las que se encuentran el plazo de presentación de solicitudes, se darán a conocer en la página web del Instituto Andaluz de la Juventud, y en las Direcciones Provinciales del mismo.

EMPLEADOS PÚBLICOS: FORMACIÓN DE PERSONAL

Resolución de 14 de abril de 2010, del Instituto Andaluz de Administración Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se convocan cursos de Formación de Lengua de Signos Española por Internet, incluidos en el Plan de Formación de 2010 ([BOJA de 27 de abril de 2010, número 80](#)).

Los cursos están destinados a las personas de la Administración General de la Junta de Andalucía y de las Instituciones que hayan firmado acuerdos o convenios con el Instituto Andaluz de Administración Pública específicamente para la participación en las actividades formativas.

Los puestos de trabajo de los aspirantes deberán desempeñarlos en Sevilla o Granada, con algunos de los siguientes perfiles: a) personal de oficinas de registro o información al ciudadano; b) personal de oficinas de empleo; y c) personal de centros escolares y centros de atención a mayores.

El plazo de presentación de solicitudes es de 15 días naturales.

ANIMALES DE COMPAÑÍA

Orden de 19 de abril de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se establecen los tratamientos obligatorios de los animales de compañía, los datos para su identificación en la venta y los métodos de sacrificio de los mismos en la Comunidad Autónoma de Andalucía ([BOJA de 28 de abril de 2010, número 81](#)).

La Orden desarrolla los siguientes aspectos referentes a estos animales:

- a) Tratamientos obligatorios.

- b) La cartilla sanitaria.
- c) Ficha clínica veterinaria.
- d) Transferencia de animales.
- e) Sacrificio.
- f) Datos que deben figurar en los habitáculos donde se exponen para su venta.
- g) Razas autóctonas en Andalucía.

AGRICULTURA: AYUDAS PARA EL AUMENTO Y EL ASOCIACIONISMO DE LAS EMPRESAS AGROINDUSTRIALES

Orden de 20 de abril de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para apoyar el aumento de dimensión y tamaño de las empresas y cooperativas del sector agroindustrial, fomentando la cooperación empresarial, las fusiones, integración y alianzas estratégicas e impulsando la constitución de entidades asociativas de 2º y ulterior grado, y se efectúa su convocatoria para el año 2010 ([BOJA de 29 de abril de 2010, número 82](#)).

Las líneas de ayudas que establece la Orden son las siguientes:

- a) Ayudas a la primera integración de las entidades asociativas agrarias en sociedades cooperativas andaluzas agrarias de grado superior.
- b) Ayudas a la fusión de las cooperativas agrarias y a la constitución de cooperativas agrarias de segundo o ulterior grado.
- c) Ayudas a la creación de nuevas estructuras de comercialización para el fomento de la cooperación entre empresas de transformación y comercialización de productos agrícolas.

Las entidades beneficiarias habrán de tener la figura jurídica de sociedad cooperativa andaluza agraria, sociedad agraria de transformación con sede en Andalucía o sociedad cooperativa andaluza de segundo o ulterior grado.

El plazo de presentación de solicitudes para 2010 es de dos meses, contado desde el día siguiente al de la publicación de la Orden en el BOJA.

PESCA: CARNÉS PROFESIONALES DE MARISQUEO

Orden de 22 de abril de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se modifica la de septiembre de 2008, por la que se regula la obtención, renovación y utilización de los carnés profesionales de marisqueo a pie en el litoral de la Comunidad Autónoma Andaluza ([BOJA de 30 de abril de 2010, número 83](#)).

AUTOEMPLEO: AYUDAS

Orden de 26 de abril de 2010, de la Consejería de Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas al establecimiento y mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo en Andalucía ([BOJA de 4 de mayo de 2010, número 85](#)).

GANADERÍA: PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES PARA LA IDENTIFICACIÓN DE RECINTOS UTILIZADOS PARA EL ENGORDE DE ANIMALES DE “BELLOTA” O “RECEBO”

Resolución de 28 de abril de 2010, de la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera, de la Consejería de Agricultura y Pesca por la que se abre el plazo para la presentación de declaraciones para la identificación de los recintos utilizados para el engorde de animales cuyos productos puedan comercializarse con arreglo a la mención “bellota” o “recebo”, a partir de Sistema de Información Geográfica de Identificación de Parcelas Agrícolas, en relación con la norma de calidad para la carne, el jamón, la paleta y la caña de lomo ibérico ([BOJA de 6 de mayo de 2010, número 87](#)).

La Resolución está basada en la Orden de 28 de julio de 2008, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se establece el procedimiento para identificar los recintos utilizados para el engorde de animales cuyos productos puedan comercializarse con arreglo a la mención “bellota” o “recebo”, a partir de SIGPAC, en relación con la norma de calidad para la carne, el jamón, la paleta y la caña de lomo ibérico.

El plazo para la presentación de las declaraciones comienza el día siguiente al de la publicación de la Resolución en el BOJA y finaliza el 1 de septiembre de 2010.

GANADERÍA: AYUDAS PARA EL GANADO OVINO, CAPRINO Y VACUNO: MODIFICACIÓN DE NORMATIVA

Orden de 30 de abril de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca por la que se modifica la Orden de 15 de abril de 2008, por la que se regulan y convocan ayudas en enmarco del Plan Andaluz de Recuperación de la Capacidad Productiva del Sector Ovino y Caprino, así como ayudas de interés a préstamos en apoyo a explotaciones ganaderas de vacuno de carne, porcino y cunícola ubicadas en Andalucía ([BOJA de 6 de mayo de 2010, número 87](#)).

El plazo para la presentación de las solicitudes es de 20 días hábiles contados a partir del día siguiente al de la publicación de la presente Orden en el BOJA.

DIGNIDAD DE LA PERSONA ANTE LA MUERTE

Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte ([BOJA de 7 de mayo de 2010, número 88](#)).

III PLAN ANDALUZ DEL VOLUNTARIADO 2010-2014

Decreto 114/2010, de 6 de abril, de la Consejería de Gobernación y Justicia, por el que se aprueba el III Plan Andaluz del Voluntariado 2010-2014 ([BOJA de 10 de mayo de 2010, número 89](#)).

El texto del plan está disponible en el sitio web oficial de la Consejería de Gobernación y Justicia.

PLAN DIRECTOR TERRITORIAL DE GESTIÓN DE RESIDUOS NO PELIGROSOS: MODIFICACIÓN

Acuerdo de 20 de abril de 2010 del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el de 28 de julio de 2009, por el que se acuerda la formulación del Plan Director Territorial de Gestión de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019 ([BOJA de 10 de mayo de 2010, número 89](#)).

APARTAMENTOS TURÍSTICOS: REGULACIÓN

Decreto 194/2010 de 20 de abril de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, de establecimientos de apartamentos turísticos ([BOJA de 11 de mayo de 2010, número 90](#)).

El Decreto regula la ordenación de los apartamentos turísticos previstos en el artículo 38 de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, y deroga el Decreto 14/1990, de 30 de enero sobre requisitos mínimos de infraestructura de establecimientos hoteleros y apartamentos turísticos, así como cualquiera otra disposición de igual o inferior rango que de oponga al Decreto.

A la Consejería competente en materia de turismo le compete la inscripción de oficio de los establecimientos de apartamentos turísticos en el Registro de Turismo de Andalucía, así como el ejercicio de las potestades de inspección y sancionadora en materia turística, sin perjuicio de las que le correspondan a otras Administraciones.

A los Ayuntamientos les compete comprobar el cumplimiento de la normativa aplicable que en cada caso corresponda, al tramitar las licencias municipales y otros actos de control preventivo que afecten a los establecimientos de apartamentos turísticos, y expresamente:

a) La comprobación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 2 del Decreto (cumplimiento de la normativa sectorial, medioambiental, de ordenación territorial y urbanística, de edificación, seguridad, sanidad e higiene, etc.).

b) El cumplimiento de los requisitos que han de cumplir las diversas modalidades de apartamentos turísticos (de playa, rural, de conjunto), así como su rehabilitación y reforma; regulados en la Sección IV del Capítulo II.

c) El cumplimiento de los requisitos mínimos de infraestructura de los establecimientos, regulados en el Capítulo IV.

d) Los requisitos mínimos para el grupo de edificios/complejos de apartamentos turísticos, regulados en el Anexo I.

e) Los requisitos mínimos para el grupo conjuntos de apartamentos turísticos, regulados en el Anexo II.

EXPLOTACIONES AGRARIAS: SUBVENCIONES

Orden de 4 de mayo de 2010 de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones dirigidas a la modernización de explotaciones agrarias no adscritas a un plan empresarial, para la mejora de la sostenibilidad del sector agrícola y ganadero, en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2007-2013, y se efectúa su convocatoria para 2010 ([BOJA de 12 de mayo de 2010, número 91](#)).

Podrán ser personas beneficiarias de las ayudas, en régimen de concurrencia competitiva, las personas físicas y jurídicas, que a fecha de presentación de la solicitud de ayudas sean titulares de una explotación agraria situada, al menos en un 75% de su superficie, en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Serán subvencionables:

a) La mejora de las condiciones de vida y trabajo de las personas dedicadas a actividades agrarias en la explotación objeto de ayudas.

b) La adaptación de las explotaciones con vistas a reducir los costes de producción.

c) La mejora de las condiciones medioambientales de las explotaciones agrícolas y ganaderas, con el objeto de combatir el cambio climático, reduciendo la emisión de gases con efecto invernadero, así como la adaptación de estas explotaciones con vistas a reducir el consumo de energía y agua.

d) La incorporación de nuevas tecnologías de informatización y telemática o que fomenten la introducción de nuevos productos o nuevas tecnologías que procuren una mayor eficiencia energética, así como los destinados a fines no alimentarios, como la producción de energías renovables. En el caso de cultivos energéticos, sólo serán subvencionables aquellos de carácter plurianual (monte bajo, cultivos de ciclo corto para biomasa).

Para el ejercicio de 2010 podrán presentarse las solicitudes en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la publicación de la presente Orden en el BOJA.

COMERCIO: CENTRO COMERCIAL ABIERTO: RECONOCIMIENTO

Orden de 7 de mayo de 2010 de la Consejería de Turismo, Comercio y Deportes, por la que se establece el procedimiento para la obtención del reconocimiento como Centro Comercial Abierto de Andalucía ([BOJA de 19 de mayo de 2010, número 96](#)).

La Orden entiende como Centro Comercial Abierto (CCA) aquella fórmula de organización comercial de todos los agentes económicos que, en el ámbito del comercio interior, estén implicados en un área urbana delimitada, con una tradición comercial en la zona, que cuenta con una imagen y estrategia propia permanente, y que comparten una concepción global de oferta comercial, servicios, cultura y ocio, así como una única unidad de gestión y comercialización.

Pueden presentar la solicitud para la obtención del reconocimiento aquellas asociaciones de comerciantes minoristas, sin ánimo de lucro, domiciliadas en Andalucía, que lideren un proyecto de Centro Comercial Abierto ubicado en Andalucía que reúna los siguientes requisitos:

1. Estar delimitado territorialmente dentro del centro urbano o en una zona o eje de mercado carácter comercial de la población.
2. Contar con un número de habitantes suficiente que posibilite la existencia de un área de comercio denso.
3. Contar con una diversidad de establecimientos comerciales, tanto por su tamaño como por el sector de actividad donde éstos se encuadran.
4. Contar con una unidad de gestión y compartir un modelo común de funcionamiento y horarios, proveyendo de servicios comunes a sus asociados, que redunde en beneficio de los comercios integrantes del Centro Comercial Abierto y de su clientela.
5. Realizar actividades conjuntas de promoción, publicidad y comunicación, que fomenten la imagen del conjunto.
6. Tener unas señas comunes de identidad, tanto a nivel urbanístico como comercial.
7. Tener facilidad de acceso público y privado, así como de estacionamiento de vehículos.

El reconocimiento como Centro Comercial Abierto de Andalucía surtirá los siguientes efectos:

1. Podrá hacerse constar en las acciones de promoción que efectúen las asociaciones que la obtengan.
2. Podrá ser incluido en las acciones promocionales que sobre esta materia se desarrollen por la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía.
3. Podrá ser valorado de forma preferente en la normativa reguladora de los incentivos a conceder por la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía.

4. Podrá identificarse como Centro Comercial Abierto de Andalucía.

La Consejería de Turismo, Comercio y Deporte publicará en su página web los Centros Comerciales Abiertos que hayan obtenido el reconocimiento.

La solicitud se dirigirá al titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte correspondiente al domicilio del solicitante.

CULTURA: SUBVENCIONES PARA FOMENTO Y PROMOCIÓN CULTURAL: MODIFICACIÓN DE NORMATIVA

Orden de 27 de abril de 2010 de la Consejería de Cultura, por la que se modifica la Orden de 28 de marzo de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para actividades de Fomento y Promoción Cultural y se efectúa convocatoria para el año 2007 ([BOJA de 20 de mayo de 2010, número 97](#)).

FORMACIÓN PERSONAL EMPLEADOS PÚBLICOS: CURSOS CEMCI

Resolución de 12 de mayo de 2010, del Instituto Andaluz de Administración Pública, la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se publica extracto de convocatoria de cursos organizados por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), Organismo Autónomo de la Diputación Provincial de Granada ([BOJA de 25 de mayo de 2010, número 100](#)).

Los cursos convocados son el VIII Curso de Especialización en Planificación y Gestión Urbanística, VIII Curso de Especialización de Recursos Humanos, III Curso de Especialización en Funciones Administrativas, y Curso Monográfico de Estudios superiores: Estructura y Proceso de Elaboración de Presupuestos Locales.

El plazo de presentación de las solicitudes es de dos meses hasta 25 días naturales antes del comienzo del curso.

FORMACIÓN PERSONAL EMPLEADOS PÚBLICOS: CURSOS DE INGLES

Resolución de 10 de mayo de 2010, del Instituto Andaluz de Administración Pública, la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se convocan cursos de inglés semipresenciales del Programa de Formación General, incluidos en el Plan de Formación de 2010 ([BOJA de 26 de mayo de 2010, número 101](#)).

Las acciones formativas convocadas se destinan al personal al servicio de la Administración General de la Junta de Andalucía y de las Instituciones o entidades que hayan firmado acuerdos o convenios con el Instituto Andaluz de Administración Pública específicamente para la participación en las actividades formativas de este.

El plazo de presentación de solicitudes será de 15 días naturales contados desde el mismo día de la publicación de esta Resolución en el BOJA.

DENOMINACIONES DE ORIGEN

Orden de 13 de mayo de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se aprueba el Reglamento de las Denominaciones de Origen «Jerez-Xérès-Sherry» y «Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda», así como sus correspondientes pliegos de condiciones ([BOJA de 28 de mayo de 2010, número 103](#)).

MEDIDAS URGENTES EN RETRIBUCIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ

Decreto-ley 2/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz ([BOJA de 1 de junio de 2010, número 105](#)).

ANIMALES: REGISTRO DE TRANSPORTISTAS

Decreto 287/2010, de 11 de mayo, de la Consejería de Agricultura y Pesca por el que se crea el registro de transportistas y medios de transporte de animales vivos de Andalucía y se regulan el procedimiento y requisitos para su autorización y registro ([BOJA de 1 de junio de 2010, número 105](#)).

SUBVENCIONES: REGLAMENTO

Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía ([BOJA de 4 de junio de 2010, número 108](#)).

El Decreto deroga específicamente el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico.

El objeto del Reglamento aprobado es establecer el procedimiento de elaboración de las bases reguladoras para la concesión de subvenciones regladas, así como la estructura y el contenido mínimo al que habrán de ajustarse las citadas bases reguladoras, así como los procedimientos de concesión de subvenciones y la utilización de medios electrónicos para su tramitación.

Las subvenciones quedan clasificadas en regladas y de concesión directa; a su vez, las primeras se subdividen en subvenciones cuyo procedimiento se inicia de oficio, y subvenciones cuyo procedimiento se inicia a solicitud de persona interesada; y las segundas en nominativas, de imposición legal y en excepcionales.

El Reglamento, regula los correspondientes procedimientos.

ASOCIACIONES JUVENILES: SUBVENCIONES

Orden de 18 de mayo de 2010 de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por el Instituto Andaluz de la Juventud a asociaciones juveniles, federaciones de asociaciones juveniles, secciones juveniles, entidades sin fines de lucro y grupos de corresponsales juveniles, en materia de juventud, y se efectúa su convocatoria para el ejercicio 2010 ([BOJA de 7 de junio de 2010, número 110](#)).

Serán objeto de la subvención Serán objeto de ayudas los gastos corrientes de proyectos o actividades dirigidos mayoritariamente a jóvenes que tengan edades comprendidas entre los 14 y 30 años, ambas inclusive, promovidos preferentemente por entidades juveniles, que tengan previsto su inicio o su desarrollo durante el año 2010 y por las entidades enumeradas en el artículo 4 de la presente Orden, siempre que estén incluidas en algunas de las siguientes modalidades:

a) El fomento, promoción y desarrollo de actividades dirigidas a la juventud andaluza en relación a:

1. Emancipación (Empleo y Vivienda).
2. Participación y Voluntariado.
3. Calidad de Vida (Salud, Ocio, Cultura, Deporte y Medio Ambiente).
4. Innovación (Investigación, Cultura Emprendedora y Nuevas Tecnologías).
5. Movilidad e Idiomas (Conocimientos de otros idiomas y otras culturas).

b) Para gastos de funcionamiento, que sólo podrán ser solicitados por asociaciones juveniles.

Los beneficiarios podrán ser:

- a) Asociaciones juveniles o federaciones constituidas por éstas.
- b) Asociaciones u organizaciones de ámbito estatal, regional, provincial o local, que tengan constituidas secciones juveniles.
- c) Grupos de corresponsales juveniles.
- d) Cualquier otra entidad que, sin fin de lucro y, debidamente acreditada, presente un proyecto de intervención con jóvenes referido a cualquiera de las modalidades referidas anteriormente.

El plazo de presentación de las solicitudes es de un mes a contar a partir del día siguiente al de la publicación de la Orden en el BOJA.

ENTIDADES LOCALES: SUBVENCIONES EN MATERIA DE JUVENTUD

Orden de 18 de mayo de 2010 de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por el Instituto Andaluz de la Juventud a Entidades Locales Andaluzas para la realización de actuaciones en materia de juventud, así como a municipios que hayan obtenido la calificación de municipio joven de Andalucía, y se efectúa su convocatoria para el ejercicio 2010 ([BOJA de 7 de junio de 2010, número 110](#)).

Serán objeto de ayudas los proyectos o actividades dirigidos mayoritariamente a jóvenes que tengan edades comprendidas entre los 14 y 30 años, ambas inclusive, y que tengan previsto su inicio o desarrollo durante el año 2010 por las Entidades Locales Andaluzas enumeradas en el artículo 4 de la presente Orden, siempre que estén incluidas en algunas de las siguientes modalidades:

a) El fomento, promoción y desarrollo de actividades, así como la formación de la juventud andaluza, en relación a:

1. Emancipación (Empleo y Vivienda).
2. Participación y Voluntariado.
3. Calidad de vida (Salud, Ocio, Cultura, Deporte y Medio Ambiente).
4. Innovación (Investigación, Cultura Emprendedora y Nuevas Tecnologías).
5. Movilidad e Idiomas (Conocimiento de otros idiomas y de otras culturas).
6. Actividades de ocio alternativo entre la juventud andaluza en Municipios de más de 50.000 habitantes.

b) Proyectos consistentes en la adecuación y mejora de infraestructuras para la juventud andaluza, cuya titularidad corresponda a la Entidad Local o al Organismo Autónomo Municipal de carácter administrativo, así como el equipamiento de las mismas.

c) Con carácter exclusivo para aquellas entidades que hayan obtenido la calificación de Municipio Joven de Andalucía, conforme a lo dispuesto en la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 18 de Octubre de 2004, por la que se regula el procedimiento para la obtención de la calificación de Municipio Joven de Andalucía (BOJA núm. 214, de 3 de noviembre), serán objeto de ayudas los gastos en inversiones de equipamientos que contribuyan y promuevan la creación juvenil.

Las entidades beneficiarias podrán ser:

a) Municipios, a través de sus respectivos Ayuntamientos o, en su caso, a través de la fórmula de gestión señalada en la letra d) de este artículo.

b) Provincias, a través de sus respectivas Diputaciones Provinciales.

c) Mancomunidades de Municipios.

d) Organismos Autónomos Municipales de carácter administrativo, que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 85 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

e) Con carácter exclusivo, las ayudas previstas dentro del programa Municipio Joven contempladas en el artículo 2.1, apartado c) de la presente Orden, solamente podrán ser solicitadas por aquellas entidades locales andaluzas que a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes hayan obtenido tal calificación, conforme a lo previsto en la Orden de 18 de octubre de 2004, por la que se regula el procedimiento para la obtención de la calificación de Municipio Joven de Andalucía.

El plazo de presentación de las solicitudes será de un mes contado a partir del día siguiente a la fecha de publicación de la presente Orden en el BOJA.

AGRICULTURA: DECLARACIÓN DE ZONAS AFECTADAS POR EL CURCULIÓNIDO FERRUGINOSO DE LAS PALMERAS

Resolución de 26 de mayo de 2010, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se declaran zonas demarcadas a los términos municipales de la Comunidad Autónoma de Andalucía afectados por el curculiónido ferruginoso de las palmeras (*Rhynchophorus ferrugineus* Olivier) ([BOJA de 7 de junio de 2010, número 110](#)).

SERVICIOS: MODIFICACIÓN DE LEYES PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA RELATIVA AL MERCADO INTERIOR

Ley 3/2010, de 21 de mayo, por la que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior ([BOJA de 8 de junio de 2010, número 111](#)).

Las leyes que modifica la presente ley son las siguientes:

- Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía.
- Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante.
- Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía.
- Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo.
- Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía.
- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.
- Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía.
- Ley 2/1986, del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

-Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en Materia de Tributos Cedidos.

-Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía.

-Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía.

-Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección.

-Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía.

-Ley 5/1999, de 29 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales.

-Ley 8/1999, de 27 de octubre, del Espacio Natural de Doñana.

-Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la flora y fauna silvestres.

Las principales modificaciones de dichas leyes, según la propia Exposición de Motivos, son las siguientes:

1ª.- Se eliminan los siguientes elementos de la legislación comercial y ferial:

a) La licencia comercial específica previa a la licencia municipal de los grandes establecimientos comerciales, prevista en el Título IV de la Ley 1/1996, de 10 de enero, Título que se modifica por completo.

b) Los límites inferiores a 2.500 metros cuadrados de superficie útil de exposición y venta para la consideración de gran superficie minorista.

c) Las pruebas económicas para fundamentar la decisión de otorgamiento de la licencia comercial específica.

d) Las disposiciones que permitían la intervención en el procedimiento de autorización de personas que representan los intereses comerciales ya presentes en el mercado.

e) La licencia comercial específica para los establecimientos de descuento y de venta de restos de fábrica con una superficie útil de exposición y venta mínima de 400 metros cuadrados.

f) La tasa autonómica por la tramitación de la licencia comercial.

g) Las inscripciones previas en el Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía, en el Registro General de Comerciantes Ambulantes de Andalucía y en el Registro de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía.

h) Los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores pertenecientes a los Estados miembros, y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros en la organización de las ferias comerciales.

2ª.- En lo que se refiere al comercio ambulante, se sigue manteniendo la necesidad de la licencia municipal, pero desaparece el requisito de la inscripción

obligatoria en el Registro General de Comerciantes Ambulantes y la obtención del carné profesional, pasando a ser la inscripción voluntaria.

CAZA: PERMISOS EN TERRENOS PÚBLICOS

Resolución de 17 de mayo de 2010, de la Dirección General de Gestión del Medio Natural, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se anuncia convocatoria para la adjudicación de permisos de caza en terrenos cinegéticos de titularidad pública para la temporada cinegética 2010-2011 ([BOJA de 10 de junio de 2010, número 113](#)).

PLAN PROTEJA: NUEVA EDICIÓN

Decreto-Ley 3/2010, de 8 de junio, por el que se modifica, amplía aprueba una nueva edición del Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA) ([BOJA de 11 de junio de 2010, número 114](#)).

La finalidad de la nueva edición es el apoyo a las entidades locales en la adopción de medidas destinadas a la generación y mantenimiento de empleo y la realización de acciones formativas para las personas contratadas en las actuaciones financiadas.

Los contratos de obras que se pueden financiar con este programa son los siguientes:

a) Los que, teniendo por objeto obras de interés local, se realicen para las siguientes actuaciones:

1.º Construcción, reconstrucción, mejora, adecuación, rehabilitación, restauración y conservación extraordinaria de:

- Infraestructuras municipales esenciales, incluyendo vías de comunicación dentro del perímetro urbano y redes de abastecimiento de agua potable, saneamiento, tratamiento de aguas residuales, alumbrado y telecomunicaciones.

- Edificios e instalaciones de titularidad pública, destinados a la prestación de servicios básicos a la ciudadanía, preferentemente sanitarios, educativos, culturales y servicios sociales.

2.º Rehabilitación, acondicionamiento y mejora de los espacios destinados a la localización de empresas, tales como parques y polígonos empresariales, incluidas las dotaciones de usos comunes y sociales en los mismos.

3.º Obras dirigidas a la mejora de la accesibilidad, protección del medio ambiente y prevención de la contaminación, las relacionadas con la gestión de residuos urbanos, las orientadas a impulsar el ahorro, la eficiencia energética, y la utilización de energías renovables.

4.º Obras de conservación y mantenimiento del patrimonio municipal, en general, y de protección y conservación del patrimonio histórico del municipio.

5.º Actuaciones destinadas a la prevención de incendios.

6.º Obras de creación, desarrollo y mejora de infraestructuras tecnológicas y de innovación.

b) Las obras deben ser de nueva programación, entendiéndose por tales aquellas cuya ejecución no esté prevista en el presupuesto de la entidad local para el año en curso, o bien obras programadas pero no iniciadas por insuficiencia financiera.

c) El importe de licitación de los contratos de obra que se realicen en municipios con población igual o inferior a 100.000 habitantes, deben tener un valor estimado, calculado según las reglas del artículo 76 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, inferior o igual a 500.000 euros, límite que se establece en 1.500.000 euros cuando se trate de municipios con población superior, no pudiendo fraccionarse el contrato a tenor de lo establecido en el artículo 74.2 de la Ley citada.

d) Con carácter general el gasto, incluyendo costes salariales y el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, realizado en las partidas de personal necesario para la realización de una obra deberá representar, al menos, el 60% del coste del presupuesto de ejecución material de la misma al finalizar su ejecución. Quedan exoneradas de esta exigencia las obras contempladas en el artículo 11.A), así como aquellas otras que, por sus características, lo requieran, siempre que se justifique suficientemente y previa autorización de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía.

e) Con carácter excepcional, la Consejería de Gobernación y Justicia podrá autorizar la ejecución directa por las entidades locales de las obras, conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando se haya justificado suficientemente su necesidad.

2. Asimismo, se podrá financiar, con cargo al PROTEJA, el coste de los contratos de servicios definidos en el artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que tengan las siguientes características:

a) Sean necesarios o estén asociados con la adecuada realización de las actuaciones contempladas en apartado 1 de este artículo.

b) Alternativamente, que estén vinculados a programas sanitarios, educativos, deportivos, culturales o de servicios sociales, de interés municipal, sin que, en ningún caso, vengan a sustituir ni a financiar los servicios locales de interés general que, obligatoriamente, deben prestar los municipios.

c) Que, en todo caso, el importe de licitación tenga un valor estimado, calculado según las reglas del artículo 76 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, inferior o igual a 60.000 euros, no pudiendo fraccionarse el contrato a tenor de lo establecido en el artículo 74.2 de la Ley citada.

El plazo de licitación del contrato deberá comenzar antes de que transcurra un mes desde la fecha de la notificación de validación de la propuesta de financiación, y el plazo de ejecución ha de ser inferior a doce meses desde la adjudicación definitiva del contrato o del inicio de las obras por ejecución directa por parte de la entidad local.

Son actuaciones prioritarias del programa para los municipios las dirigidas a la reparación de daños causados en las infraestructuras municipales y edificios e instalaciones de titularidad pública por fenómenos meteorológicos adversos acaecidos en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y las que tengan mayor incidencia en el empleo de las mujeres y los colectivos de desempleados más desfavorecidos del respectivo ámbito municipal (jóvenes menores de 30 años, personas paradas de larga duración, mayores de 45 años y discapacitadas).

A cada municipio se le asigna una cantidad mínima de 12.000 euros, distribuyéndose el resto de la dotación presupuestaria de la siguiente manera:

Un 20% del total se repartirá entre los municipios de manera directamente proporcional a la población, considerando el último dato oficial del padrón municipal de habitantes publicado por el Instituto Nacional de Estadística relativo a cada municipio.

Un 80% se repartirá entre los municipios de manera directamente proporcional al valor medio anual de las medias mensuales de paro registrado, según los datos generados por el Sistema de Información del Servicio Andaluz de Empleo, entre el 1 de mayo de 2009 y el 30 de abril de 2010.

El plazo para la presentación de la solicitud de participación finalizará el 1 de julio de 2010.

CAZA: VEDAS Y PERÍODOS HÁBILES DE CAZA

Orden de 1 de junio de 2010, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se modifica la de 21 de junio de 2006, por la que se fijan las vedas y periodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía ([BOJA de 14 de junio de 2010, número 115](#)).

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA: RÉGIMEN DE SUBVENCIONES

Orden de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de la Presidencia, por la que se modifica la de 31 de octubre de 2005, que establece las bases reguladoras de concesión de subvenciones de dicha Consejería ([BOJA de 15 de junio de 2010, número 116](#)).

AGRICULTURA: REGLAMENTO DE PRODUCCIÓN INTEGRADA DEL OLIVAR: MODIFICACIÓN

Orden de 8 de junio de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se modifica el Reglamento Específico de Producción Integrada de Olivar, aprobado mediante Orden de 15 de abril de 2008 ([BOJA de 16 de junio de 2010, número 117](#)).

CAMPOS DE GOLF: MODIFICACIÓN CONDICIONES PARA SU IMPLANTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Decreto 307/2010 de 15 de junio, de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, por el que se modifica Decreto 43/2008, de 12 de febrero, regulador de las condiciones de implantación y funcionamiento de campos de golf en Andalucía ([BOJA de 18 de junio de 2010, número 119](#)).

La modificación permite la implantación del campo de golf, aunque no exista Plan de Ordenación de ámbito subregional, o si éste no la contemplara, o no contuviera las determinaciones para llevarla a cabo.

Asimismo, quedan modificados los requisitos para la declaración e implantación de los campos de golf de Interés Turístico, los parámetros que han de cumplir y el alcance de la declaración de Interés Turístico.

AGUAS: LEY

Ley 4/2010 de 8 de junio, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía ([BOJA de 22 de junio de 2010, número 121](#)).

La ley tiene por objeto regular el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma y de sus entidades locales con el fin de lograr su protección y uso sostenible.

En concreto regula:

- a) La organización y actuación de la administración del agua, así como la planificación y gestión integral del ciclo hidrológico.
- b) La participación pública en los órganos administrativos y en la planificación y gestión del agua, así como la información al público en general sobre el medio hídrico y difusión de estadísticas del agua.
- c) Las obras hidráulicas de interés de la Comunidad Autónoma de Andalucía y su régimen de ejecución.
- d) El régimen de abastecimiento, saneamiento y depuración en el ciclo integral del agua de uso urbano, así como las entidades supramunicipales.
- e) La evaluación y gestión de los riesgos de inundación, así como la prevención de efectos por sequía.
- f) Los ingresos destinados a la ejecución de las infraestructuras del ciclo integral del agua y al funcionamiento de los servicios públicos vinculados al mismo.
- g) El régimen sancionador por los incumplimientos de las normas reguladoras de los usos y obligaciones en materia de agua.

La ley es de aplicación a las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas que transcurren o se hallan en la Comunidad Autónoma de Andalucía, incluyendo las aguas minerales y termales que pertenecen al dominio público.

Al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía le corresponde, entre otras competencias aprobar el régimen jurídico del uso del agua en situaciones extraordinarias de emergencia por sequía y determinar el ámbito territorial en el que deban constituirse sistemas de gestión supramunicipales del agua de uso urbano.

La ley regula la estructura, organización y funcionamiento de la Agencia Andaluza del Agua y sus recursos, y ejerce su competencia en materia de planificación hidrológica, de ordenación, de dominio público hidráulico, de infraestructuras del agua y de prevención de efectos de sequías e inundaciones.

A los municipios le atribuye las siguientes competencias:

a) El abastecimiento de agua en alta o aducción y/o en baja, su distribución, el almacenamiento intermedio y el suministro o reparto de agua potable hasta las acometidas particulares o instalaciones propias para el consumo por parte de los usuarios.

b) El abastecimiento de agua en baja, que incluye su distribución, el almacenamiento intermedio y el suministro o reparto de agua potable hasta las acometidas particulares o instalaciones propias para el consumo por parte de los usuarios.

c) El saneamiento o recogida de las aguas residuales urbanas y pluviales de los núcleos de población a través de las redes de alcantarillado municipales hasta el punto de intercepción con los colectores generales o hasta el punto de recogida para su tratamiento.

d) La depuración de las aguas residuales urbanas, que comprende la intercepción y el transporte de las mismas mediante los colectores generales, su tratamiento hasta el vertido del efluente a las masas de aguas continentales o marítimas.

e) La reutilización, en su caso, del agua residual depurada, en los términos de la legislación básica.

f) La aprobación de las tasas o las tarifas que el municipio establezca como contraprestación por los servicios del ciclo integral del agua de uso urbano dentro de su término municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo y, en lo que se refiere a la tarifa, la normativa reguladora del régimen de precios autorizados en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

g) El control y seguimiento de vertidos a la red de saneamiento municipal, así como el establecimiento de medidas o programas de reducción de la presencia de sustancias peligrosas en dicha red.

h) La autorización de vertidos a fosas sépticas y a las redes de saneamiento municipales.

i) La potestad sancionadora, que incluirá la de aprobar reglamentos que tipifiquen infracciones y sanciones, en relación con los usos del agua realizados en el ámbito de sus competencias de abastecimiento, saneamiento y depuración de las aguas residuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 115 de esta Ley.

La potestad de ordenación de los servicios del agua implicará la competencia municipal para aprobar reglamentos para la prestación del servicio y la planificación, elaboración de proyectos, dirección y ejecución de las obras hidráulicas correspondientes al ámbito territorial del municipio, y su explotación, mantenimiento, conservación e inspección, que deberán respetar lo establecido en la planificación hidrológica y los planes y proyectos específicos aprobados en el ámbito de la demarcación.

Los servicios de competencia de los municipios podrán ser desarrollados por sí mismos o a través de las Diputaciones Provinciales y los Entes Supramunicipales de la forma indicada por esta Ley.

La ley regula también los Entes Supramunicipales del agua, que son entidades públicas de base asociativa y cuya competencia es la gestión supramunicipal del agua de uso urbano, cuando esta no sea gestionada por cualquiera de las entidades locales correspondientes o por las diputaciones provinciales.

La ley entra en vigor a los tres meses de su publicación en el BOJA, salvo algunos y concretos artículos.

RÉGIMEN LOCAL: LEY

Ley 5/2010 de 11 junio, de Autonomía Local de Andalucía ([BOJA de 23 de junio de 2010, número 122](#)).

Por fin Ha sido aprobada la Ley de Régimen Local de Andalucía, llamada, Ley de Autonomía Local de Andalucía, que, a diferencia de las restantes normas autonómicas locales, se separa de las mismas, en lo que se refiere a contenido y calado, y mucho más ambiciosa que cualesquiera de ellas.

Por razones obvias, y dada las características de esta sección, actualidad jurídica, no es el lugar idóneo de hacer un comentario sobre la misma, porque excedería de los objetivos y fines de la misma, ley que ha de ser objeto de amplios comentarios doctrinales, tanto con carácter global como sobre determinados aspectos concretos de los mismos.

No obstante, no quiero pasar por alto la ocasión para referirme a la novedosa regulación de las competencias, servicios, e iniciativa pública local, que rompe con la tradición y dinámica de las leyes locales españolas, y de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, regulación que ha de calificarse de positiva en cuanto se adapta a la realidad local vigente en las materias señaladas.

Y, finalmente, destacar que la Ley deroga, entre otras, y como no podía ser menos, a la Ley 7/1993, de 27 de julio, Reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía.

HACIENDA LOCAL: PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LOS TRIBUTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

Ley 6/2010 de 11 junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía ([BOJA de 24 de junio de 2010, número 123](#)).

La Ley crea el Fondo de Participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya finalidad es instrumentar la participación de aquellas en éstos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 192.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía. En los anexos se adscriben todos y cada uno de los municipios de Andalucía a los diversos grupos.

Los impuestos de la Comunidad Autónoma que nutre el Fondo son los siguientes:

- a) Impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera.
- b) Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales.
- c) Impuesto sobre depósito de residuos radiactivos.
- d) Impuesto sobre depósito de residuos peligrosos.
- e) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- f) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- g) Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar.
- h) Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.
- i) Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

Del Fondo pueden participar todos los municipios estableciéndose cuatro grupos, en función de la población, y a cada uno de los grupos se le asigna una cantidad global, fijándose las cantidades concretas para el ejercicio de 2011, que es el primero de aplicación del Fondo. Los recursos del Fondo para el conjunto de los municipios pertenecientes a cada grupo se distribuyen en función de las siguientes variables indicadoras de la necesidad del gasto y del inverso de la capacidad fiscal:

- a) El importe de las transferencias de financiación del Fondo de Nivelación de los servicios municipales percibido por cada municipio del grupo 1 en el ejercicio 2009.
- b) La población relativa de cada municipio con respecto a la población total del conjunto de municipios que pertenecen al mismo grupo.
- c) La superficie urbana relativa de cada municipio con respecto a la superficie urbana total del conjunto de municipios que pertenecen al mismo grupo.
- d) La dispersión relativa de cada municipio con respecto a la dispersión total del conjunto de municipios que pertenecen al mismo grupo.

La variable indicadora del inverso de la capacidad fiscal es el inverso de la cuota líquida estimada del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza urbana de cada municipio, en relación con la suma de los inversos de la cuota líquida del

Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza urbana del conjunto de municipios que pertenecen al mismo grupo.

Los municipios recibirán en cada ejercicio una entrega a cuenta por el importe de su participación provisional en el Fondo que se hará efectiva por cuartas partes trimestrales, excepto para los ejercicios 2011 a 2014, en los que cada municipio percibirá el importe de su participación definitiva en el Fondo por cuartas partes trimestrales.

Para el ejercicio 2011 cada municipio recibirá, como mínimo, el importe percibido en concepto de Fondo de Nivelación de servicios municipales del ejercicio 2009.

GANADERÍA: MODIFICACIÓN DE NORMATIVA Y SUBVENCIONES PARA EL FOMENTO DE RAZAS AUTÓCTONAS

Orden de 22 de junio de 2010, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se modifica la Orden de 8 de mayo de 2008, por la que se establecen normas para la aplicación del Real Decreto 1724/2007, de 21 de diciembre, y se procede a su convocatoria para 2010, y la Orden de 7 de diciembre de 2007, por la que se establecen normas para la aplicación de las ayudas compensatorias a los titulares de las explotaciones de ganado ovino afectadas por la lengua azul ([BOJA de 30 de junio de 2010, número 127](#)).

Recopilación de Jurisprudencia

VALIDEZ DE LA TASA A TANTO ALZADO POR LA ELIMINACIÓN DE RESIDUOS

No se opone al Derecho Comunitario el establecimiento por el Estado nacional de una tasa por la eliminación de residuos, que es calculada no en función de la cantidad de residuos realmente tratados, sino mediante el establecimiento de una evaluación a priori del volumen de los residuos potencialmente generados. En el caso resuelto por el TSJE, los hoteleros se quejan de un trato discriminatorio por soportar mayor gravamen que los ocupantes de viviendas, pues el principio "quien contamina paga" no impide que, con arreglo al Derecho comunitario, se establezcan categorías distintas de usuarios en función de su capacidad para generar residuos, y, por tanto, calcular el coste de su eliminación con arreglo a parámetros potenciales de producción en base a su mayor capacidad objetiva de generación de residuos, por lo que puede resultar apropiada una diferenciación fiscal por categorías de usuarios, salvo que la cantidad soportada por los mayores productores fuera manifiestamente desproporcionada.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, SALA SEGUNDA.

SENTENCIA DE 16 JULIO DE 2009

(Asunto C-254/08)

En el asunto C-254/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (en adelante CE), por el Tribunale amministrativo regionale della Campania (Italia), mediante resolución de 19 de marzo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2008, en el procedimiento entre

Futura Immobiliare srl Hotel Futura,

Meeting Hotel,

Hotel Blanc,

Hotel Clyton,

Business. srl

y

Comune di Casoria,

en el que participa:

Azienda Speciale Igiene Ambientale (ASIA) SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

dicta la siguiente

SENTENCIA

1

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos (DO L 114, p. 9), y, en particular, del principio «quien contamina paga».

2

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre las sociedades hoteleras Futura Immobiliare srl Hotel Futura, Meeting Hotel, Hotel Blanc, Hotel Clyton y Business. Srl (en lo sucesivo, conjuntamente, «Futura Immobiliare y otros») y el Comune di Casoria sobre la determinación de las tarifas de la tasa para la eliminación de los residuos sólidos urbanos internos (en lo sucesivo, «tasa sobre los residuos») adeudada por dichas sociedades en relación con los ejercicios 2006 y 2007.

Marco jurídico

Derecho comunitario

3

Los considerandos primero, sexto y decimocuarto de la Directiva 2006/12 están redactados como sigue:

« (1) La Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos [(DO L 194, p. 39),] ha sido modificada en diversas ocasiones y de forma sustancial [...]. Conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de dicha Directiva.

[...]

(6) Para alcanzar un alto nivel de protección del medio ambiente, es necesario que los Estados miembros, además de garantizar la eliminación y la valorización responsables de los residuos, adopten medidas encaminadas a limitar la producción de residuos, en particular promoviendo las tecnologías limpias y los productos reciclables y reutilizables, tomando en consideración las oportunidades de comercialización actuales o potenciales de los residuos valorizados.

[...]

(14) La parte de los costes no cubierta por la explotación de los residuos debe costearse de acuerdo con el principio "quien contamina paga"».

4

El artículo 1, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/12 dispone:

«Con arreglo a la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

c) "poseedor" el productor de los residuos o la persona física o jurídica que los tenga en su posesión».

5

El artículo 8 de la citada Directiva establece:

«Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que todo poseedor de residuos:

a) los remita a un recolector privado o público o a una empresa que efectúe las operaciones previstas en los anexos II A o II B, o

b) se ocupe él mismo de la valorización o la eliminación de acuerdo con las disposiciones de la presente Directiva».

6

El artículo 15 de la misma Directiva está redactado como sigue:

«De conformidad con el principio "quien contamina paga" el coste de la eliminación de los residuos deberá recaer sobre:

a) el poseedor que remitiere los residuos a un recolector o a una empresa de las mencionadas en el artículo 9, y/o

b) los poseedores anteriores o el productor del producto generador de los residuos».

7

A tenor del artículo 20 de la Directiva 2006/12:

«Queda derogada la Directiva 75/442/CEE, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho interno de la Directiva, que figuran en el anexo III, parte B.

Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo IV».

8

El anexo III, parte B, de la Directiva 2006/12 señala el 17 de julio de 1977 como fecha límite para adaptar el Derecho interno a la Directiva 75/442.

Derecho nacional

9

El Decreto Legislativo núm. 507, de 15 de noviembre de 1993, relativo a la revisión y armonización de los impuestos locales sobre la publicidad y de los derechos sobre la colocación de anuncios en lugares públicos, del canon por ocupar espacios y zonas públicas de los ayuntamientos y provincias, así como de la tasa para la eliminación de los residuos sólidos urbanos en virtud del artículo 4 de la Ley núm. 421 de 23 de octubre de 1992, sobre reorganización de las Haciendas Locales (suplemento ordinario de la GURI núm. 108, de 9 de diciembre de 1993; en lo sucesivo, «Decreto núm. 507/1993»), creó la tasa sobre los residuos en su capítulo III.

10

A este respecto, el artículo 58, apartado 1, del Decreto núm. 507/1993 dispone:

«Para el servicio de eliminación de residuos sólidos urbanos internos, prestado en régimen de monopolio en el marco de la aglomeración urbana, de los distritos municipales, de los núcleos residenciales y eventualmente extendido a las

zonas del territorio municipal con población dispersa, los ayuntamientos deberán establecer una tasa [sobre los residuos] anual, que será objeto de un reglamento apropiado y aplicable con arreglo a una tarifa de conformidad con las normas y criterios establecidos en las disposiciones siguientes».

11

El artículo 62, apartados 1 y 4, del Decreto núm. 507/1993, titulado «Requisito de sujeción a la tasa [sobre los residuos] y exenciones», establece:

«1. Estarán obligados a pagar esta tasa [sobre los residuos] los ocupantes o los poseedores de locales y de zonas al aire libre, cualquiera que sea su afectación, a excepción de las zonas al aire libre correspondientes o accesorias a inmuebles civiles que no sean zonas verdes, existentes en las zonas del territorio municipal donde se cree y ponga en práctica dicho servicio o, al menos, se preste de forma continua [...].

[...]

4. Los complejos inmobiliarios destinados a vivienda en los que se ejerza una actividad económica y profesional, el reglamento podrá establecer que la tasa [sobre los residuos] se devengará conforme al baremo previsto para la actividad específica de que se trate y que será proporcional a la superficie afectada a dicha actividad».

12

Según el artículo 65 del Decreto núm. 507/1993, titulado «Proporcionalidad y tarifas», la tasa sobre los residuos podrá ser proporcional o calcularse en función de la cantidad y de la calidad medias habituales, por unidad de superficie gravable, de los residuos sólidos urbanos internos y asimilados que pueden generarse en los locales y las superficies por el tipo de uso al que se destinan y del coste de la eliminación. Además, a tenor del apartado 2 de este artículo, corresponde a los ayuntamientos establecer las tarifas para cada categoría o subcategoría homogénea, en función de la tasa de cobertura del coste considerada dentro de los límites de la Ley, multiplicando el coste de la eliminación por unidad de superficie gravable comprobada, previsto para el año siguiente, por uno o varios coeficientes de producción cuantitativa y cualitativa de residuos.

13

El artículo 68 del Decreto núm. 507/1993, titulado «Regulación», está redactado como sigue:

«1. Para aplicar la tasa [sobre los residuos], los ayuntamientos deberán adoptar un reglamento apropiado, que contendrá:

a) la clasificación de las categorías y eventuales subcategorías de locales y de zonas que presentan el mismo potencial de producción de residuos y que están sujetos a imposición según la misma tarifa;

[...]

2. Para proceder a la determinación comparativa de las tarifas, las categorías y eventuales subcategorías deberán organizarse teniendo en cuenta, en lo posible, los grupos de actividad o de uso siguientes:

[...]

c) locales y zonas destinadas a vivienda para hogares, colectividades y personas que vivan en comunidad, establecimientos hoteleros;

[...]».

14

A tenor del artículo 69, apartados 1 y 2, del Decreto núm. 507/1993:

«1. Los ayuntamientos decidirán, a más tardar el 31 de octubre, sobre la base de la clasificación y de los criterios de progresividad recogidos en el Reglamento, las tarifas por unidad de superficie de los locales y zonas comprendidos en las diversas categorías o subcategorías, que se deberán aplicar al año siguiente. En el supuesto de que no exista decisión en el plazo anteriormente mencionado, las tarifas aprobadas para el año en curso se considerarán prorrogadas para el año siguiente.

2. A efectos del control de legalidad, la decisión deberá indicar los motivos de las relaciones existentes entre las tarifas, los datos finales y previstos relativos a los costes del servicio desglosados según su clasificación económica, así como los datos y circunstancias que determinaron el aumento de la cobertura mínima obligatoria del coste [...]».

15

El Decreto Legislativo núm. 22, de 5 de febrero de 1997, relativo a la adaptación del Derecho interno a las Directivas 91/156/CEE, relativa a los residuos, 91/689/CEE, relativa a los residuos peligrosos, y 94/62/CE, relativa a los envases y residuos de envases (suplemento ordinario de la GURI núm. 33, de 15 de febrero de 1997; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo núm. 22/1997»), establece la supresión de la tasa sobre los residuos y la introducción de un régimen de tarifas.

16

Según señala el órgano jurisdiccional remitente, dicha tarifa se compone de una parte fija, destinada a cubrir los costes esenciales del servicio de gestión de residuos y que es determinada en función de la superficie de los inmuebles ocupados o poseídos. Asimismo, se compone de una cuota variable, calculada en función de la cantidad de residuos realmente entregados para su recogida.

17

El Decreto Legislativo núm. 22/1997 fue derogado por el artículo 264 del Decreto Legislativo núm. 152, de 3 de abril de 2006, sobre normas en materia de medio ambiente (suplemento ordinario de la GURI núm. 96, de 14 de abril de 2006). El sistema instaurado por este último Decreto se inspira en gran medida en el previsto en el Decreto Legislativo núm. 22/1997.

18

No obstante, según señala el órgano jurisdiccional remitente, la aplicación completa del régimen de tarifas establecido en el Decreto Legislativo núm. 152, de 3 de abril de 2006, aún no se ha realizado, de modo que, en el Comune di Casoria y en relación con los ejercicios 2006 y 2007, sigue siendo aplicable la tasa sobre los residuos tal y como se establece en el Decreto núm. 507/1993.

Litigio principal y cuestión prejudicial

19

Futura Immobiliare y otros son sociedades hoteleras establecidas en el territorio del Comune de Casoria. Como tales, deben abonar la tasa

sobre los residuos. Sin embargo, con arreglo a dicha tasa, los hoteleros soportan un mayor gravamen que los particulares que ocupen locales destinados a vivienda.

20

Por estimar que dicha diferencia de trato es ilegal, Futura Immobiliare srl Hotel Futura interpuso un recurso dirigido a la anulación, por un lado, de una resolución de 25 de mayo de 2006 de la Commissione straordinaria relativa a la determinación de la tasa sobre los residuos correspondiente al ejercicio 2006 y, por otro lado, de una resolución de la Giunta municipale (Consejo municipal) de Casoria de 15 de marzo de 2005, así como de otros actos relacionados con estas resoluciones.

21

Futura Immobiliare y otros interpusieron también un recurso dirigido a la anulación de otras dos resoluciones de la Commissione straordinaria, de 4 de abril de 2007, relativas a la adopción del Reglamento para la aplicación de la tasa sobre los residuos y al establecimiento del baremo de los costes y tarifas de ésta correspondientes al ejercicio económico 2007, respectivamente, así como de otros actos relacionados con estas resoluciones.

22

El Tribunale amministrativo regionale della Campania, ante el que se interpusieron los citados recursos, decidió acumular dichos asuntos.

23

En el marco de sus recursos contra los mencionados actos y resoluciones, Futura Immobiliare y otros alegan, en concreto, que la tarifa de la tasa sobre los residuos establecida para los hoteles es desproporcionada respecto de la prevista para las viviendas y que, en realidad, dicha tarifa se basa en su capacidad para generar ingresos y no en su capacidad de generación de residuos. Según dichas sociedades hoteleras, la citada tasa no tiene en cuenta la tasa de ocupación de las habitaciones ni la existencia o no de servicios de restauración, que pueden generar más residuos, ni tampoco el carácter estacional de la actividad hotelera ni la incidencia de las superficies de explotación destinadas a servicios y, en consecuencia, no habitadas.

24

Pues bien, a su juicio, mientras que las tarifas para los hoteles y las viviendas particulares se consideran equiparables, dado su respectivo nivel de generación de residuos, los actos y resoluciones impugnados establecieron una tarifa de ocho a nueve veces superior para las estructuras hoteleras. Además, la tarifa considerada no indica en absoluto el método aplicado ni los datos relativos a las cantidades y calidades medias habituales de los residuos que pueden generarse por unidad de superficie según el destino de los locales.

25

Por considerar que las disposiciones aplicables del Derecho nacional no parecen ser conformes con el Derecho comunitario, el Tribunale amministrativo regionale della Campania decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con el citado artículo 15 de la Directiva (2006/12) y con el principio «quien contamina paga» la normativa nacional establecida en los artículos 58 y siguientes del Decreto Legislativo [núm. 507/1993] y en las disposiciones transitorias que han prolongado su vigencia [...], dando lugar así al mantenimiento de un régimen de carácter fiscal para la cobertura de los costes del servicio de eliminación de residuos y demorando la introducción de un régimen tarifario en el que el coste del servicio sea soportado por quienes producen y entregan los residuos?»».

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

Observaciones presentadas al Tribunal de Justicia

26

El Comune di Casoria alega, en esencia, que la petición de decisión prejudicial es inadmisibile en la medida en que tiene por objeto la Directiva 2006/12, a la que el Derecho interno debía adaptarse dentro de un plazo que aún no había expirado, y que, en tanto que Directiva, este acto comunitario no es directamente aplicable en el ordenamiento jurídico italiano.

27

Por su parte, el Gobierno italiano considera que dicha petición es inadmisibile en la medida en que, para responderla, el Tribunal de Justicia debería pronunciarse sobre la compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho comunitario. Además, dicho Gobierno considera que el órgano jurisdiccional remitente no expone suficientemente los elementos de hecho y de Derecho que permitan al Tribunal de Justicia proporcionarle una respuesta útil.

Apreciación del Tribunal de Justicia

28

En primer lugar, por lo que respecta a la alegación del Gobierno italiano, es preciso recordar que, en el marco de un recurso prejudicial, si bien el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario, sin embargo, sí que lo es para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación de Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo (sentencia de 22 de mayo de 2008 , citiworks, C-439/06, Rec. p. I-3913, apartado 21 y jurisprudencia citada).

29

Por otra parte, es cierto que de reiterada jurisprudencia se desprende que la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho comunitario que sea eficaz para el juez nacional exige que éste defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos fácticos sobre los que se basan tales cuestiones (sentencia de 10 de marzo de 2009, Heinrich, C-345/06, Rec. p. I-0000, apartado 30 y jurisprudencia citada).

30

Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal de Justicia se considera suficientemente informado por las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente

tanto sobre los elementos de hecho como sobre los de Derecho que caracterizan el litigio principal.

31

En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación del Comune di Casoria, hay que señalar que, como se desprende de su primer considerando, la Directiva 2006/12 procedió, en aras de una mayor racionalidad y claridad, a la codificación de la Directiva 75/442, a la que el Derecho interno debía adaptarse dentro de un plazo que expiró el 17 de julio de 1977.

32

Pues bien, como señaló la Abogado General en el punto 22 de sus conclusiones, del artículo 20 de la Directiva 2006/12, en relación con su anexo III, parte B, resulta con claridad que la derogación de la Directiva 75/442 en la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2006/12 se produce sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas al plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva así derogada.

33

Por consiguiente, en la medida en que el artículo 15 de la Directiva 2006/12 está redactado en términos sustancialmente idénticos a los del artículo 11 de la Directiva 75/442, la entrada en vigor de la Directiva 2006/12 no tuvo como efecto la concesión de un nuevo plazo a los Estados miembros para que adaptasen sus Derechos internos a dicho artículo 15.

34

Además, contrariamente a lo que sostiene el Comune di Casoria, a tenor del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad Europea, con independencia de que sean directamente aplicables o no (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de mayo de 1976, Mazzalai, 111/75, Rec. p. 657, apartado 7, y de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 21).

35

En estas circunstancias, procede responder a la cuestión planteada por el Tribunale amministrativo regionale della Campania.

Sobre la cuestión prejudicial

36

Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, a efectos de la financiación de un servicio de gestión y eliminación de residuos urbanos, una tasa que se calcula sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado por los usuarios de dicho servicio y no sobre la base de la cantidad de residuos que realmente han generado y entregado para su recogida.

37

Dicho órgano jurisdiccional se pregunta, en particular, si la citada disposición debe interpretarse en el sentido de que el coste soportado por el «poseedor» de los residuos, que los entrega para su eliminación, debe ser proporcional a la cantidad de residuos realmente entregados.

Observaciones presentadas al Tribunal de Justicia

38

El Comune di Casoria y el Gobierno italiano consideran que los Estados miembros disponen de un importante margen de maniobra en la aplicación del principio «quien contamina paga», y tanto más cuando se trata de la adaptación del Derecho interno a una disposición de una Directiva, en el caso de autos, al artículo 15 de la Directiva 2006/12. A este respecto, dicho Gobierno solicita al Tribunal de Justicia que reconozca a los Estados miembros el mismo margen de maniobra que ha reconocido a las instituciones comunitarias en la interpretación del artículo 130 R del Tratado CE (actualmente artículo 174 CE, tras su modificación) realizada en la sentencia de 14 de julio de 1998, *Safety Hi-Tech* (C-284/95, Rec. p. I-4301).

39

En cualquier caso, dicho Gobierno considera que el régimen italiano, basado en una tasa, es plenamente compatible con el principio «quien contamina paga», puesto que el coste de la gestión y eliminación de los residuos está a cargo de quienes pueden influir en su generación. Además, resultan pertinentes los parámetros utilizados para calcular dicha tasa, tales como la capacidad de generación de las distintas categorías de usuarios o la calidad de los residuos generados.

40

La Comisión de las Comunidades Europeas subraya que la Directiva 2006/12 no define las reglas conforme a las cuales los Estados miembros deben organizar su régimen de imputación de los costes relacionados con la recogida y la eliminación de los residuos urbanos y que, a este respecto, son competentes por lo que respecta a la forma y los medios para alcanzar el objetivo de imputar dichos costes a quienes generaron los residuos.

41

Basándose en la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente – Principios y modalidades de aplicación, que figura como anexo a la Recomendación 75/436/Euratom, CECA, CEE del Consejo, de 3 de marzo de 1975, relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente (DO L 194, p. 1), la Comisión considera que las legislaciones de los Estados miembros deben establecer, en particular, una correlación entre la cantidad de residuos generada y el importe pagado por el servicio de eliminación de éstos.

42

En concreto, las legislaciones nacionales pueden establecer un régimen que identifique determinadas categorías de usuarios, generadores de residuos, a fin de imponerles una tasa calculada sobre la base de estimaciones de la cantidad de

residuos que dichas categorías generan. Por lo tanto, el artículo 15 de la Directiva 2006/12 no exige que dicha tasa se calcule sobre la base de la cantidad de residuos realmente generada por cada usuario. No obstante, según la Comisión, tales legislaciones nacionales no deben tener como efecto que se excluya del esfuerzo de financiación a determinadas categorías de productores de residuos.

Respuesta del Tribunal de Justicia

43

En virtud del artículo 8 de la Directiva 2006/12, todo «poseedor de residuos» está obligado, bien a remitirlos a un recolector privado o público o a una empresa que efectúe las operaciones previstas en los anexos II A o II B de dicha Directiva, bien a ocuparse él mismo de la valorización o la eliminación de acuerdo con las disposiciones de ésta.

44

Por consiguiente, en una situación como la del litigio principal, en la que los poseedores de residuos los remiten a un recolector, el artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12 establece que, de conformidad con el principio «quien contamina paga», el coste de la eliminación de los residuos deberá recaer sobre tales poseedores.

45

Esta obligación económica incumbe a dichos poseedores por el hecho de haber contribuido a la generación de tales residuos (véase la sentencia de 24 de junio de 2008, Commune de Mesquer, C-188/07, Rec. p. I-4501, apartado 77).

46

Por lo que respecta a la financiación del coste de gestión y de eliminación de los residuos urbanos, en la medida en que se trata de un servicio que se presta colectivamente a un conjunto de «poseedores», los Estados miembros están obligados, en virtud del artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12, a cerciorarse de que, en principio, todos los usuarios de dicho servicio, en su condición de «poseedores» en el sentido del artículo 1 de esta misma Directiva, soportan colectivamente el coste global de la eliminación de dichos residuos.

47

Si bien los Estados miembros destinatarios de la Directiva 2006/12 están obligados en cuanto al resultado que debe alcanzarse en lo que atañe a la asunción de los costes de eliminación de los residuos, con arreglo al artículo 249 CE son competentes, sin embargo, por lo que respecta a la forma y los medios que se han de aplicar para alcanzar dicho resultado (véase la sentencia Commune de Mesquer, antes citada, apartado 80).

48

Como señaló acertadamente la Comisión, en el estado actual del Derecho comunitario, no existe ninguna normativa adoptada sobre la base del artículo 175 CE que imponga a los Estados miembros un método concreto en cuanto a la financiación del coste de la eliminación de los

residuos urbanos, de modo que dicha financiación puede garantizarse, a elección del Estado miembro de que se trate, indistintamente mediante una tasa, un canon o cualquier otra modalidad.

49

No obstante, es preciso señalar, en primer lugar, que, como señaló la Abogado General en el punto 40 de sus conclusiones, a menudo resulta difícil, incluso oneroso, determinar el volumen exacto de residuos urbanos entregados para su recogida por cada «poseedor».

50

En estas condiciones, recurrir a criterios basados, por un lado, en la capacidad productiva de los «poseedores», calculada en función de la superficie de los bienes inmuebles que ocupan y de su afectación, y/o, por otro, en la naturaleza de los residuos producidos, puede permitir calcular los costes de la eliminación de dichos residuos y repartirlos entre los distintos «poseedores», en la medida en que estos dos parámetros pueden influir directamente en el importe de tales costes.

51

Desde este punto de vista, en el estado actual del Derecho comunitario, no cabe considerar contraria al artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12 una normativa nacional que establece, a efectos de la financiación de la gestión y eliminación de los residuos urbanos, una tasa calculada sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado y no sobre la base de la cantidad de residuos realmente generada y entregada para su recogida.

52

En segundo lugar, el principio «quien contamina paga» no impide que los Estados miembros, en función de categorías de usuarios determinadas según la capacidad respectiva de éstos para generar residuos urbanos, modulen la contribución de cada una de dichas categorías al coste global necesario para financiar el régimen de gestión y de eliminación de los residuos urbanos.

53

En el asunto principal, por lo que respecta al cálculo de la tasa sobre los residuos, resulta que los establecimientos hoteleros constituyen una categoría de «poseedores» y que, según Futura Immobiliare y otros, son tratados de una manera menos favorable que los particulares.

54

A este respecto, es preciso señalar que, a efectos del cálculo de una tasa sobre la eliminación de residuos, para alcanzar el objetivo de financiación del referido servicio puede resultar apropiada una diferenciación fiscal entre categorías de usuarios del servicio de recogida y de eliminación de residuos urbanos, como la realizada por la normativa

nacional de que se trata en el litigio principal entre las sociedades hoteleras y los particulares, en función de criterios objetivos directamente relacionados con el coste de dicho servicio, tales como su capacidad generadora de residuos o la naturaleza de los residuos generados.

55

Si bien la diferenciación fiscal así realizada no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo de financiación, es preciso señalar, no obstante, que, en la materia y en el estado actual del Derecho comunitario, las autoridades nacionales competentes disponen de un amplio margen de apreciación por lo que se refiere a la determinación de las modalidades de cálculo de semejante tasa.

56

Por lo tanto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, basándose en los elementos de hecho y de Derecho que se le han presentado, si la tasa sobre los residuos de que se trata en el litigio principal lleva a imputar a determinados «poseedores», en el caso de autos los establecimientos hoteleros, unos costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes o de la naturaleza de los residuos que pueden generar.

57

Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12 debe interpretarse en el sentido de que, en el estado actual del Derecho comunitario, no se opone a una normativa nacional que establece, a efectos de la financiación de un servicio de gestión y eliminación de residuos urbanos, una tasa calculada sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado por los usuarios de dicho servicio y no sobre la base de la cantidad de residuos que realmente han generado y entregado para su recogida. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, basándose en los elementos de hecho y de Derecho que se le han presentado, si la tasa sobre los residuos de que se trata en el litigio principal lleva a imputar a determinados «poseedores», en el caso de autos los establecimientos hoteleros, unos costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes o de la naturaleza de los residuos que pueden generar.

Costas

58

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 15, letra a), de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos, debe interpretarse en el sentido de que, en el estado actual del Derecho comunitario, no se opone a una normativa nacional que establece, a efectos de la financiación de un servicio de gestión y eliminación de residuos urbanos, una tasa calculada sobre la base de una evaluación del volumen de residuos generado por los usuarios de dicho servicio y no sobre la base de la cantidad de residuos que realmente han generado y entregado para su recogida.

No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, basándose en los elementos de hecho y de Derecho que se le han presentado, si la tasa para la eliminación de los residuos sólidos urbanos internos de que se trata en el litigio principal lleva a imputar a determinados «poseedores», en el caso de autos los establecimientos hoteleros, unos costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes o de la naturaleza de los residuos que pueden generar.

VALIDEZ DE LA ADJUDICACIÓN DIRECTA DE UN CONTRATO PÚBLICO A UNA SOCIEDAD CUYO CAPITAL ESTÁ INTEGRADO POR DIVERSOS ENTES PÚBLICOS

Con arreglo al Derecho Comunitario, es válida la adjudicación directa de un contrato efectuada por un ente local a una sociedad de capital totalmente público, pero integrado por diversos entes públicos,, aunque sus estatutos prevean la posibilidad de participación de capital privado, siempre que a la fecha de la adjudicación no exista participación privada, y asimismo en conforme a dicho ordenamiento que el ente local al que se le va a prestar el servicio sea minoritario en el capital de la sociedad adjudicataria, siendo lo decisivo que la entidad local pública adjudicataria ejerza, en cuanto tal, un control sobre dicha sociedad semejante al que ejerce sobre sus propios servicios.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, SALA TERCERA.

SENTENCIA DE 10 SEPTIEMBRE DE 2009

(Asunto C-573/07)

En el asunto C-573/07,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (en adelante CE), por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), mediante resolución de 11 de octubre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de diciembre de 2007, en el procedimiento entre

Sea Srl

y

Comune di Ponte Nossa,

en el que participa:

Servizi Tecnologici Comuni – SETCo. SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 1 de abril de 2009;

dicta la siguiente

SENTENCIA

1

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE y 86 CE.

2

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Sea Srl (en lo sucesivo, «Sea») y el Comune di Ponte Nossa (municipio de Ponte Nossa) sobre la adjudicación por este último de un contrato relativo al servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos a Servizi Tecnologici Comuni – SETCo. SpA (en lo sucesivo, «Setco»).

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3

El artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), establece:

«[...]»

2. a) Son "contratos públicos" los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

[...]»

d) Son "contratos públicos de servicios" los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[...]»

4. La "concesión de servicios" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

4

A tenor del artículo 20 de dicha Directiva:

«Los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55».

5

El artículo 28 de la referida Directiva dispone que los contratos, salvo excepción, se adjudican haciendo uso del procedimiento abierto o del procedimiento restringido.

6

Según el artículo 80 de la Directiva 2004/18, los Estados miembros debían poner en vigor a más tardar el 31 de enero de 2006 las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva.

7

El anexo II A de la citada Directiva incluye una categoría 16, que se refiere a los «Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares».

Normativa nacional y marco estatutario

8

El artículo 2341 bis del Código Civil italiano establece:

«Los pactos, cualquiera que sea su forma, que, con la finalidad de hacer más estable la situación patrimonial o la dirección de la sociedad:

a) tengan por objeto el ejercicio del derecho de voto en las sociedades por acciones o en sus sociedades matrices;

b) limiten la transmisión de acciones o de participaciones en las sociedades matrices;

c) tengan por objeto o por efecto el ejercicio, incluso conjunto, de una influencia dominante sobre dichas sociedades,

no podrán tener una duración superior a cinco años y se considerarán estipulados para dicha duración, aun cuando las partes hayan previsto un plazo mayor; los pactos se renovarían a su vencimiento.

Si no se ha precisado la duración del pacto, cada contratante tendrá derecho a retirarse mediando un preaviso de 180 días.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a los actos consistentes en acuerdos de cooperación en la producción o el intercambio de bienes o servicios relativos a sociedades que sean propiedad al 100% de los participantes del acuerdo».

9

El artículo 2355 bis del Código Civil dispone:

«Cuando las acciones sean nominativas o no se hayan emitido, los estatutos podrán sujetar su transmisión a condiciones particulares y podrán prohibirla por un período no superior a cinco años a partir de la constitución de la sociedad o de la introducción de dicha prohibición.

Las disposiciones de los estatutos que supediten meramente la transmisión de las acciones al consentimiento de los órganos sociales o de otros socios serán nulas si no prevén, a cargo de la sociedad o de los otros socios, una obligación de recompra o no reconocen un derecho de separación al cedente; seguirá siendo de aplicación el artículo 2357. El precio de venta o el dividendo de liquidación se determinarán conforme a las modalidades y en la medida prevista en el artículo 2437 ter.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará en todos los supuestos de cláusulas que sujeten a condiciones particulares la transmisión de las acciones por causa de muerte, salvo si el consentimiento previsto fuera concedido.

Las limitaciones a la transmisión de las acciones deberán resultar del propio título».

10

El Decreto Legislativo núm. 267, texto refundido de las Leyes relativas a la organización de los entes locales (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), de 18 de agosto de 2000 (suplemento ordinario a la GURI núm. 227, de 28 de septiembre de 2000), en su versión modificada por el Decreto-Ley núm. 269, por el que se establecen disposiciones urgentes para favorecer el desarrollo y para corregir el funcionamiento de las cuentas públicas (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), de 30 de septiembre de 2003 (suplemento ordinario a la GURI núm. 229, de 2 de octubre de 2003), convertido en Ley, tras modificación, por la Ley núm. 326, de 24 de noviembre de 2003 (suplemento ordinario a la GURI núm. 274, de 25 de noviembre de 2003) (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo núm. 267/2000»), dispone en su artículo 113, apartado 5:

«La prestación de servicios se realizará de conformidad con las normas sectoriales y la normativa de la Unión Europea, mediante la adjudicación de la explotación del servicio a:

a) sociedades de capital seleccionadas mediante procedimientos de licitación pública;

b) sociedades de capital mixto público y privado, en las que se elija al socio privado a través de procedimientos de licitación pública que garanticen el cumplimiento de las normas nacionales y comunitarias en materia de competencia, de conformidad con las directrices que las autoridades competentes dicten a través de medidas o circulares específicas;

c) sociedades de capital enteramente público, a condición de que el ente o los entes públicos titulares del capital social ejerzan sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y de que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes públicos que la controlan».

11

El artículo 1, apartado 3, de los Estatutos de Setco está redactado como sigue:

«Dada la naturaleza de la sociedad, podrán ser socios de ésta las entidades públicas locales enumeradas en el artículo 2, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 267/2000 así como las demás administraciones y empresas públicas dotadas de personalidad jurídica, cuyas actividades y experiencia puedan ofrecer oportunidades favorables para la plena consecución de los objetivos sociales».

12

A tenor del artículo 1, apartado 4, de dichos Estatutos:

«No se admitirá la participación de los particulares o de otras entidades y, en cualquier caso, de aquellos sujetos cuya participación, incluso minoritaria cualitativa o cuantitativamente, pueda ocasionar una alteración de los mecanismos de "control análogo" (tal como se hallan definidos en las sucesivas disposiciones y en la normativa comunitaria y nacional) o bien una incompatibilidad en su gestión con respecto a la normativa vigente».

13

El artículo 3 de los Estatutos de Setco establece:

«1. La sociedad tendrá por objeto la gestión de los servicios públicos locales y de los servicios públicos locales intermunicipales relativo exclusivamente a las entidades públicas locales que adjudican dichos servicios en virtud de los artículos 113 y siguientes del Decreto Legislativo núm. 267/2000 [...], también por vía contractual entre las entidades locales.

[...]

3. Los servicios y las obras mencionados anteriormente:

– podrán realizarse asimismo en favor de personas privadas, cuando no resulte contrario a los objetivos sociales o contribuya a su consecución;

[...]».

14

El artículo 6, apartado 4, de dichos Estatutos establece:

«La sociedad, con el fin de poder favorecer el accionariado disperso en el ámbito local (de los ciudadanos y/o de los operadores económicos) o [el accionariado] de los empleados, podrá emitir también acciones preferentes [...]».

15

El artículo 8 bis de los referidos Estatutos dispone:

«1. La sociedad podrá recibir mediante adjudicación directa, dentro del respeto de la vigente normativa nacional y comunitaria, el encargo de prestar los servicios públicos locales de los socios que representen a las entidades locales ("socios adjudicadores") con respecto a todos o algunos de los sectores enumerados en el artículo 3, correspondientes a las siguientes áreas: área núm. 1: residuos; área núm. 2: agua; área núm. 3: gas; área núm. 4: turismo; área núm. 5: energía; área núm. 6: servicios de interés general.

2. La sociedad gestionará los servicios en beneficio exclusivamente de los socios adjudicadores y, en cualquier caso, dentro de los límites de los territorios en los que las citadas administraciones ejerzan su competencia.

3. Los socios ejercerán conjunta y/o separadamente las más amplias facultades de dirección, coordinación y supervisión de los órganos y de los organismos de la sociedad y en particular: podrán convocar a los órganos de la sociedad para esclarecer las modalidades de gestión de los servicios públicos locales, solicitando periódicamente y de cualquier forma, por lo menos dos veces al año, un informe relativo a la gestión de los servicios y a la situación económico-financiera; ejercerán las distintas modalidades de control de la gestión en las formas establecidas por los Reglamentos internos de las Administraciones adjudicadoras; manifestarán su propia conformidad preventiva, que deberá considerarse como un requisito de la legitimidad, para cualquier modificación estatutaria inherente a la gestión de los servicios públicos locales.

4. Las áreas determinarán la aplicación de mecanismos de control análogo, conjunto o diferenciado, según las modalidades establecidas en los presentes Estatutos y en los respectivos contratos de servicios.

5. Los socios adjudicadores ejercerán las facultades con respecto a las áreas a las cuales hayan resuelto adjudicar directamente sus servicios. En orden a la gestión eficaz de los citados servicios, los órganos y los empleados de la sociedad responderán de la actividad desarrollada también ante los organismos designados en estos Estatutos.

6. El control por parte de los socios adjudicadores, además de mediante las prerrogativas como accionistas de la sociedad, tal como se hallan definidas por el Derecho de sociedades, se ejercerá por medio de un Comité unitario de orientación y de control político administrativo (en lo sucesivo, "Comité unitario") y de un Comité técnico de control para cada área (en lo sucesivo, "Comité técnico").

7. Los socios no adjudicadores podrán participar, sin derecho de voto, en las reuniones del Comité unitario [...] y del Comité técnico [...] para cada área. La mayoría absoluta de los miembros de los citados comités podrá decretar que queden excluidos de la participación en algunas reuniones, o en determinados puntos de tales reuniones, los socios no adjudicadores, justificándolo motivadamente en el acta de cada reunión».

16

El artículo 8 ter de los Estatutos de Setco está redactado como sigue:

«1. El comité unitario [...] estará integrado: por un representante de cada socio adjudicador designado de entre los representantes legales de la entidad, el miembro del ejecutivo local delegado o un consejero delegado pro tempore; por un directivo, con funciones de asesoramiento y de levantamiento de actas y sin derecho de voto, nombrado conjuntamente por los socios adjudicadores en el transcurso de la primera reunión y elegido de entre los secretarios, directores generales o directivos (o los responsables de los servicios en las entidades carentes de directivos) que preste sus servicios en por lo menos una de las entidades adjudicadoras.

2. El Comité unitario desempeñará funciones consultivas, de dirección y decisorias en orden al ejercicio del control análogo y, en particular: a) ejercerá, con respecto a los órganos y a los organismos de la sociedad, las competencias y las prerrogativas reconocidas al Consejo, a la Junta y al Alcalde-Presidente en lo referente al control de sus propias oficinas y servicios. El control se ejercerá sobre todos los aspectos de organización y funcionamiento de los servicios adjudicados; b) dará las instrucciones a los Comités de área para la gestión coordinada y unitaria de los servicios, así como en las materias y los aspectos que afecten a más de un área; c) designará a los representantes de las entidades locales dentro del Consejo de administración de la sociedad; d) designará al Presidente del Consejo de administración y de la Junta de síndicos y ordenará su destitución en los casos señalados en los presentes Estatutos; e) dará las instrucciones para el nombramiento de los administradores delegados y del Director General de la sociedad; f) aprobará la propuesta del programa económico, del balance económico de previsiones plurianual, del balance económico de previsiones anual, así como de la rendición de cuentas anual; g) oír a los órganos directivos de la sociedad, escuchando, por lo menos una vez al año, al Presidente y/o al Director General; h) recibirá de los órganos directivos de la sociedad informes periódicos, con una frecuencia por lo menos semestral, sobre la gestión de los servicios públicos locales; i) podrá delegar algunas de

las funciones que tenga encomendadas en uno o más comités técnicos también de forma diferenciada según sus competencias específicas correspondientes; l) emitirá un dictamen previo acerca de los actos de los administradores que sean objeto de aprobación por la Junta General en los casos previstos en los presentes Estatutos.

3. El Comité unitario se reunirá en sesión ordinaria por lo menos una vez al año y, con carácter extraordinario, cuando lo solicite: a) uno de los socios adjudicadores; b) el representante legal de la sociedad».

17

A tenor del artículo 8 quater de dichos Estatutos:

«1. Se creará un Comité técnico [...] para cada una de las siguientes áreas: área núm. 1: residuos; área núm. 2: agua; área núm. 3: gas; área núm. 4: turismo; área núm. 5: energía; área núm. 6: servicios de interés general.

2. El Comité técnico [...] estará integrado por un representante por cada socio adjudicador elegido de entre los secretarios, directores generales o bien los directivos (o responsables de los servicios en las entidades carentes de directivos) que presten servicio, por lo menos, en una de las entidades adjudicadoras [...].

3. Una misma persona podrá formar parte de los Comités técnicos de varias áreas.

4. El Comité técnico, en particular: a) ejercerá con respecto a los órganos y a los organismos de la sociedad las competencias y las prerrogativas reconocidas a los órganos técnicos de la Administración en sus propios servicios. Dicho control se ejercerá sobre todos los aspectos de la organización y del funcionamiento de los servicios objeto de adjudicación dentro de los límites de la competencia del área y respetando las directrices del Comité unitario; b) apoyará al Comité unitario en las decisiones inherentes a la organización y al funcionamiento de los servicios correspondientes a la competencia del área; c) ejercerá las funciones delegadas por el Comité unitario; d) coordinará los sistemas de control de la gestión de la sociedad; e) propondrá al Comité unitario o a los órganos de la sociedad la aprobación de las medidas necesarias para la coordinación de las actividades de la sociedad con los objetivos de las administraciones adjudicadoras, tal como resultan del programa ejecutivo de gestión y del programa de objetivos; f) prestará apoyo técnico administrativo a las actividades de la sociedad según las normas contenidas en los reglamentos de las Administraciones adjudicadoras y/o en el Convenio que regula las relaciones entre éstas; g) señalará las eventuales disfunciones en la gestión de los servicios y propondrá las modificaciones que hayan de introducirse en la normativa municipal y en las normas que regulan los servicios públicos locales».

18

El artículo 14 de los mismos Estatutos estipula:

«1. Sin perjuicio de las prerrogativas de los órganos de control análogo, conjunto o separado, mencionadas en los anteriores artículos 8 bis, 8 ter y 8 quater, la Junta general ordinaria decidirá sobre todas las materias previstas en la Ley y en los presentes Estatutos, teniendo en cuenta las directrices, orientaciones y eventuales instrucciones impartidas por dichos órganos respecto de la organización y la gestión de los servicios públicos que se confían directamente a la sociedad.

[...]

3. Quedarán sujetos a la autorización previa de la Junta general ordinaria, con el dictamen favorable conforme del Comité unitario mencionado en el anterior artículo 8 ter en cuanto a las partes correspondientes a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos locales, los siguientes actos de los administradores:

a) Planificación programática, balances de previsiones plurianuales y anuales y balance intermedio de corrección del balance de previsiones.

b) Constitución de sociedades de capital que tengan por objeto actividades de apoyo o complementarias de la actividad de la sociedad; adquisición de participaciones, incluso minoritarias, en dichas sociedades y su cesión.

c) Activación de nuevos servicios previstos en los Estatutos o cese de los ya prestados.

d) Adquisición y enajenación de inmuebles e instalaciones, préstamos hipotecarios y otras operaciones similares, de cualquier tipo y naturaleza, que impliquen un compromiso financiero por valor superior al 20% del patrimonio neto resultante del último balance aprobado.

e) Directrices para la formulación de las tarifas y de los precios de los servicios prestados, cuando no están sujetos a restricciones legales o no están determinados por los órganos o las autoridades competentes.

[...]

5. La Junta General y el Comité unitario podrán dar su consentimiento a la realización de los actos mencionados en los puntos anteriores, incluso bajo la condición de que determinadas instrucciones, obligaciones o actos deban ser realizados por los administradores. En tal caso, los administradores elaborarán un informe sobre la observancia de las instrucciones en el plazo señalado en el documento de autorización o, en su defecto, dentro de los 30 días siguientes a la realización del acto en cuestión.

6. Las entidades locales accionistas que representen al menos la vigésima parte del capital social, y cada accionista adjudicador, por medio del Comité unitario, podrán exigir, si consideran que la sociedad no ha realizado o no está realizando el acto conforme a la autorización concedida, que se convoque inmediatamente la Junta General, con arreglo al artículo 2367, apartado 1, del Código Civil, a fin de que ésta adopte las medidas que estime oportunas en interés de la sociedad.

7. La ejecución de los actos sujetos a autorización previa sin haber solicitado y obtenido el consentimiento de la Junta General o el dictamen conforme del Comité unitario en los casos previstos en los Estatutos, o la falta de ejecución del acto de conformidad con la autorización concedida podrá constituir justa causa para la revocación de los administradores.

8. El Consejo de administración que no tenga intención de ejecutar el acto autorizado por la Junta General adoptará, dentro de un plazo de quince días a partir del día de la decisión de la Junta General, una decisión ad hoc motivada, que deberá remitirse inmediatamente a las entidades locales accionistas y, en relación con las materias propias de la gestión de los servicios públicos locales, al Comité unitario. El Comité unitario, por lo que respecta a las decisiones relativas a la organización y/o la gestión de los servicios públicos locales, podrá adoptar, en los 30 días siguientes a la recepción de la comunicación del Consejo de administración, una decisión de

confirmación de su dictamen y/o de sus instrucciones. El acto adoptado será obligatorio para el órgano administrativo.

[...]

19

El artículo 16 de los referidos Estatutos dispone:

«1. La sociedad estará administrada por un Consejo de administración que dispondrá de las facultades de administración ordinaria y extraordinaria, sin perjuicio de las facultades que, en virtud de la Ley o de los Estatutos:

a) tenga reservadas la Junta General;

b) estén sujetas a la autorización previa de la Junta General;

c) tengan reservadas los órganos de control análogos mencionados en los artículos 8 bis y siguientes de los Estatutos.

2. El Consejo de administración estará formado por entre 3 (tres) y 7 (siete) miembros, nombrados por la Junta General a propuesta del Comité unitario mencionado en el artículo 8 ter. En todo caso, compete a los accionistas adjudicadores nombrar directamente, revocar y sustituir un número de administradores (incluido el Presidente del Consejo de administración) proporcional a su participación y, en cualquier caso, superior a la mitad de aquéllos.

[...]

6. El Consejo de administración adoptará las decisiones relativas a la organización y/o la gestión de los servicios públicos locales objeto de adjudicación directa respetando las orientaciones adoptadas por los órganos de control mencionados en los artículos 8 bis y siguientes de los presentes Estatutos.

[...]

Litigio principal y cuestión prejudicial

20

Sea, adjudicataria por licitación pública del contrato del servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados en el territorio del Comune di Ponte Nozza, prestó dicho servicio durante un período de tres años, del 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2006.

21

Setco es una sociedad por acciones propiedad de varios municipios del Val Seriana y cuyo principal accionista es el Comune di Clusone.

22

Mediante decisión de 16 de diciembre de 2006, el Comune di Ponte Nozza acordó convertirse en socio minoritario de Setco, a fin de adjudicar directamente a esta sociedad el servicio de que se trata a partir del 1 de enero de 2007.

23

El 23 de diciembre de 2006, los municipios accionistas de Setco, entre ellos, el Comune di Ponte Nossa, adaptaron los Estatutos de dicha sociedad con objeto de someterla a un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, de conformidad con el artículo 113, apartado 5, letra c), del Decreto Legislativo núm. 267/2000.

24

Mediante decisión de 30 de diciembre de 2006, el Comune di Ponte Nossa adjudicó directamente a Setco el servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados en su territorio a partir del 1 de enero de 2007, sin procedimiento previo de licitación.

25

El 2 de enero de 2007, Sea interpuso un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia contra las decisiones del Comune di Ponte Nossa de fechas 16 y 30 de diciembre de 2006.

26

En particular, Sea alegó que el Comune di Ponte Nossa, al adjudicar directamente el servicio de que se trata a Setco, infringió el artículo 113, apartado 5, del Decreto Legislativo núm. 267/2000 y los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE, en la medida en que no ejerce sobre Setco un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, que se exige para la adjudicación directa de un servicio a una empresa propiedad de la entidad adjudicadora.

27

El órgano jurisdiccional remitente considera que determinados factores pueden suscitar dudas en cuanto a si el Comune di Ponte Nossa ejerce sobre Setco un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

28

Por un lado, la participación de particulares en el capital de Setco, aunque inexistente en la actualidad, sería potencialmente posible.

El órgano jurisdiccional remitente puntualiza al respecto que, pese a la exclusión expresa de socios privados del capital de Setco establecida en el artículo 1, apartado 4, de sus Estatutos, dicha participación parece posible con arreglo al artículo 6, apartado 4, de esos mismos Estatutos y en virtud del artículo 2355 bis del Código Civil italiano.

29

Por otro lado, en lo referente a las facultades de control de Setco atribuidas efectivamente al Comune di Ponte Nossa, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si existe un control análogo al que ejerce sobre

sus propios servicios desde el momento en que sólo posee una participación minoritaria en dicha sociedad.

30

En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios, con la prohibición de discriminación y con las obligaciones de igualdad de trato, de transparencia y de libre competencia a que se refieren los artículos 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE y 86 CE, la adjudicación directa de un servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados, a una sociedad por acciones con capital enteramente público y cuyos estatutos están configurados, a los efectos del artículo 113 del Decreto legislativo núm. 267/2000, tal como ha quedado expuesto en los fundamentos de Derecho de la presente resolución?»

Sobre la cuestión prejudicial

31

Con carácter preliminar, procede señalar que la adjudicación de un servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos, como el controvertido en el litigio principal, puede estar comprendida, según las características específicas de la contrapartida de dicho servicio, dentro de la definición de contratos públicos de servicios o de la de concesión de servicios públicos en el sentido, respectivamente, del artículo 1, apartado 2, letra d), o apartado 4, de la Directiva 2004/18.

32

De la información que se recoge en la resolución de remisión y que obra en los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente, **el contrato de que se trata en el litigio principal puede constituir un contrato público de servicios**, en particular, debido a que el contrato celebrado entre Setco y el Comune di Ponte Nossa para la prestación de servicios en cuestión establece que este último abonará a Setco la contrapartida de los servicios prestados por ésta.

33

Tal contrato puede estar comprendido en la Directiva 2004/18, como contrato de servicios de eliminación de desperdicios correspondientes a la categoría 16 del anexo II A de dicha Directiva.

34

No obstante, la resolución de remisión no incluye la información necesaria para determinar si se trata de una concesión de servicios o de un contrato público de servicios y, en este último caso, si se reúnen todos los requisitos para aplicar la citada Directiva. En particular, no puntualiza si el importe del contrato de que se trata en el litigio principal supera el umbral de aplicación de aquélla.

35

En cualquier caso, el tema de si el asunto principal se refiere a una concesión de servicios o a un contrato público de servicios y el de si, en este último supuesto, tal contrato de servicios está comprendido o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, no influyen en la respuesta que el Tribunal de Justicia debe dar a la cuestión prejudicial planteada.

36

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una licitación no es obligatoria en caso de contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la autoridad local que es la entidad adjudicadora en el supuesto de que esta entidad territorial ejerza sobre dicha entidad un control, aunque el cocontratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que la entidad territorial, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y de que esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50).

37

Pues bien, esta jurisprudencia resulta pertinente tanto por la interpretación de la Directiva 2004/18 (como por la de los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como por la de los principios generales de los que constituyen su expresión específica (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 62).

38

Es preciso recordar que, pese a que determinados contratos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado CE (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y el auto de 3 de diciembre de 2000, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 20).

39

Por lo que respecta a la adjudicación de los contratos públicos de servicios, las entidades adjudicadoras deben respetar, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad al igual que la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse, en este sentido, las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartados 47 a 49, y de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartados 19 a 21).

40

La aplicación de las normas establecidas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales de los que constituyen su expresión específica, estará excluida, sin embargo, en el supuesto de que, cumulativamente, la entidad territorial que es la entidad adjudicadora ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades a que pertenece (véanse, en este sentido, las sentencias antes citada, Teckal , apartado 50; Parking Brixen, apartado 62, y de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C-480/06, Rec. p. I-0000, apartado 34).

41

La circunstancia de que la entidad adjudicataria adopte la forma de sociedad de capital no excluye en absoluto la aplicación de la excepción admitida por la jurisprudencia recordada en el apartado anterior de la presente sentencia. En la sentencia ANAV, antes citada, el Tribunal de Justicia reconoció la aplicabilidad de esta jurisprudencia en el caso de una sociedad por acciones.

42

El órgano jurisdiccional remitente señala que, pese a que el artículo 1, apartados 3 y 4, de los Estatutos de Setco reserva el acceso al capital de ésta a las entidades públicas, el artículo 6, apartado 4, de dichos Estatutos establece que Setco puede emitir acciones preferentes para favorecer eventualmente el accionariado, en el ámbito local, de los ciudadanos y de los operadores económicos o el accionariado de los empleados.

43

En la vista, el Comune di Ponte Nossa alegó que el referido artículo 6, apartado 4, debía haberse suprimido en el marco de la modificación de los Estatutos de Setco realizada el 23 de diciembre de 2006, pero que siguió figurando por error. Añadió, asimismo, que el artículo 6, apartado 4, fue suprimido ulteriormente. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar la realidad de esta información, que podría llevar a excluir la posibilidad de que el capital de Setco se abra a inversores privados.

44

La resolución de remisión plantea la cuestión de si una entidad adjudicadora puede ejercer sobre una sociedad de la que es accionista, con la que pretende celebrar un contrato, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios en el caso de que exista la posibilidad de que entren inversores privados en el capital de la sociedad en cuestión, aunque no se materialice.

45

Para responder a esta cuestión, es preciso recordar que la circunstancia de que la entidad adjudicadora posea, junto con otras entidades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria

tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal entidad adjudicadora ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 37, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Rec. p. I-0000, apartado 31).

46

En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 49, y Coditel Brabant, apartado 30).

47

En general, la existencia efectiva de una participación privada en el capital de la sociedad adjudicataria debe comprobarse en el momento de la adjudicación del contrato público de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 15 y 52). **Asimismo, puede resultar pertinente tener en cuenta el hecho de que, cuando una entidad adjudicadora adjudica un contrato a una sociedad de la que posee todo el capital, la legislación nacional aplicable establece la apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno** (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartados 67 y 72).

48

Excepcionalmente, circunstancias particulares pueden requerir que se tomen en consideración acontecimientos ocurridos con posterioridad a la fecha de la adjudicación del contrato de que se trate. Así ocurre, en particular, cuando unas participaciones de la sociedad adjudicataria, que pertenecían anteriormente en su totalidad a la entidad adjudicadora, se ceden a una empresa privada poco después de que el contrato de que se trata se haya adjudicado a dicha sociedad en el marco de una construcción artificial destinada a eludir las normas comunitarias en la materia (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 41).

49

Es cierto que no cabe excluir que en cualquier momento se vendan a terceros participaciones de una sociedad. Sin embargo, admitir que esta mera posibilidad pueda tener en suspenso indefinidamente la apreciación del carácter público o no del capital de una sociedad adjudicataria de un contrato público no sería conforme con el principio de seguridad jurídica.

50

Si el capital de una sociedad es propiedad en su totalidad de la entidad adjudicadora, sola o con otras autoridades públicas, en el momento en que se adjudica a dicha sociedad el contrato de que se trate,

la apertura del capital de ésta a inversores privados sólo puede tomarse en consideración si existe, en ese momento, una perspectiva concreta y a corto plazo de tal apertura.

51

De lo anterior se desprende que, en una situación como la del litigio principal, en la que el capital de la sociedad adjudicataria es totalmente público y no hay ningún indicio concreto de una próxima apertura del capital de dicha sociedad a accionistas privados, la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública.

52

Esta conclusión no queda invalidada por las consideraciones que se recogen en el apartado 26 de la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), según las cuales el hecho de que una sociedad como la controvertida en el asunto que dio lugar a dicha sentencia esté abierta a capitales privados impide considerarla una entidad de gestión interna de un servicio público en el ámbito de los municipios que participan en ella. En dicho asunto, se había adjudicado un servicio público a una sociedad cuyo capital no era totalmente público, sino mayoritariamente público y, por tanto, mixto, en el momento de dicha adjudicación (véase la sentencia Coname, antes citada, apartados 5 y 28).

53

No obstante, hay que precisar que, en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público en las condiciones indicadas en el apartado 51 de la presente sentencia, el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.

54

Se plantea entonces la cuestión de si, en el supuesto de que una autoridad pública se convierta en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicar a ésta la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella, para ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios, debe ser ejercido individualmente por cada una de dichas autoridades o puede ser ejercido conjuntamente por éstas.

55

La jurisprudencia no exige que el control ejercido sobre la sociedad adjudicataria en tal supuesto sea individual (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 46).

56

En efecto, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo algunas de sus funciones de servicio público a través de una sociedad que poseen en común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades que tan sólo tenga una participación minoritaria en dicha sociedad ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que tal autoridad tuviera intención de asociarse a una sociedad propiedad de otras autoridades públicas con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 47).

57

Tal resultado no sería acorde con el sistema de normas comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones. **En efecto, nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios** (sentencias, antes citadas, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 48; Coditel Brabant, apartado 48, y Comisión/Alemania, apartado 45).

58

Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de abril de 2007, Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999, apartado 57, y Coditel Brabant, antes citada, apartado 49).

59

Por consiguiente, procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad puede ser ejercido por éstas conjuntamente (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 50).

60

Al tratarse de un órgano colegiado, carece de relevancia el procedimiento empleado para la toma de decisiones, que puede ser la adopción por mayoría (véase la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 51).

61

Esta conclusión tampoco resulta invalidada por la sentencia Coname, antes citada. Es cierto que, en su apartado 24, el Tribunal de Justicia consideró que una participación del 0,97% es tan pequeña que no permite que un municipio controle al concesionario que gestiona un servicio público. Sin embargo, en ese pasaje de la mencionada sentencia, el Tribunal de Justicia no examinaba si dicho control podía ejercerse conjuntamente (véase la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 52).

62

Por lo demás, el Tribunal de Justicia reconoció posteriormente, en la sentencia Asemfo, antes citada (apartados 56 a 61), que, en determinadas circunstancias, el requisito relativo al control ejercido por la autoridad pública adjudicadora podía cumplirse en el caso en que ésta no poseyera más que el 0,25% del capital de una empresa pública (véase la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 53).

63

De lo anterior se deriva que, si una autoridad pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por dichas autoridades.

64

La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente tiene por objeto, además, determinar si estructuras de toma de decisiones como las establecidas en los Estatutos de Setco pueden permitir que los municipios accionistas ejerzan realmente sobre la sociedad que poseen un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

65

Para apreciar si la entidad adjudicadora ejerce sobre la sociedad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de dicha sociedad. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 36, y Coditel Brabant, apartado 28).

66

Entre la información pertinente que se desprende de la resolución de remisión, es preciso examinar, en primer lugar, la legislación aplicable; en segundo lugar, si la sociedad de que se trata tiene vocación de mercado y, por último, los mecanismos de control establecidos en los Estatutos de Setco.

67

Por lo que se refiere a la legislación aplicable, el artículo 113, apartado 5, letra c), del Decreto Legislativo núm. 267/2000 establece que la explotación del servicio puede adjudicarse, de conformidad con la normativa de la Unión Europea, a sociedades de capital enteramente público, a condición de que el ente o los entes públicos titulares del capital social «ejercen sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y de que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes públicos que la controlan».

68

Al adoptar estos términos, el legislador italiano reprodujo literalmente el tenor de los requisitos enunciados en el apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada, y confirmados en varias sentencias posteriores del Tribunal de Justicia. En principio, tal legislación nacional es conforme con el Derecho comunitario, en el bien entendido de que la interpretación de esta legislación también debe ser conforme con las exigencias del Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia ANAV, antes citada, apartado 25).

69

Por otra parte, de la resolución de remisión se desprende que los municipios accionistas de Setco modificaron los Estatutos de esta sociedad, el 23 de diciembre de 2006, con objeto de someterla a un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, de conformidad con el artículo 113, apartado 5, letra c), del Decreto Legislativo núm. 267/2000.

70

El hecho de que la referida modificación de los Estatutos de Setco se dirija a garantizar el respeto de la normativa comunitaria en la materia también resulta del artículo 8 bis, apartado 1, de los referidos Estatutos.

71

Por lo demás, ningún elemento de los autos parece indicar que dichos Estatutos hayan sido modificados con la intención de eludir las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

72

Por último, como se desprende de la resolución de remisión, tanto el marco legislativo como el estatutario pertinentes únicamente autorizan a las entidades locales menores a adjudicar directamente la gestión de los servicios públicos locales de importancia económica a sociedades de capital enteramente público si dichas entidades ejercen sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en el sentido del Derecho comunitario. Sin embargo, según el órgano jurisdiccional nacional, el concepto de «control análogo» no se encuentra allí definido.

73

Por lo que respecta al tema de si la sociedad de que se trata tiene vocación de mercado, que precariza el control por las entidades que son sus accionistas, es preciso examinar el alcance geográfico y material de las actividades de dicha sociedad, así como la posibilidad de que ésta entable relaciones con empresas del sector privado.

74

El artículo 3 de los Estatutos de Setco, titulado «Objeto social», establece que Setco gestiona los servicios públicos locales exclusivamente a las entidades públicas locales que adjudican dichos servicios.

75

Además, el artículo 8 bis, apartado 2, de dichos Estatutos dispone que Setco gestiona los servicios en beneficio exclusivamente de los socios adjudicatadores y dentro de los límites de los territorios en los que dichos socios ejerzan su competencia.

76

Tales disposiciones parecen indicar, por un lado, que el ámbito geográfico de las actividades de la sociedad adjudicataria de que se trata en el litigio principal no se extiende más allá del territorio de los municipios que son sus accionistas y, por otro lado, que dicha sociedad tiene por objeto gestionar los servicios públicos únicamente para tales municipios.

77

Sin embargo, el artículo 3, apartado 3, de los citados Estatutos establece que Setco también puede prestar servicios en favor de personas privadas, cuando no resulte contrario a los objetivos sociales o contribuya a su consecución.

78

En la vista, Setco afirmó que la facultad de que dispone de tratar con empresas del sector privado es un accesorio necesario para la ejecución de sus funciones de servicio público. Como ejemplo, mencionó la separación selectiva de los residuos, que puede requerir la reventa de determinadas categorías de materiales recuperados a entidades especializadas para su reciclaje. Según Setco, se trataría de actividades accesorias a la recogida de residuos, y no de actividades ajenas a la actividad principal.

79

Es preciso considerar que, si bien la facultad reconocida a la sociedad adjudicataria de que se trata en el litigio principal de prestar servicios a operadores económicos privados es meramente accesorio a su actividad esencial, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la existencia de tal facultad no impide que el objetivo principal de dicha sociedad siga siendo la gestión de servicios públicos. Por consiguiente, la existencia de tal facultad no basta para considerar que la citada sociedad tiene vocación de mercado que precariza el control por las entidades que la poseen.

80

Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que la segunda condición impuesta en el apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada, de que la sociedad adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad con las entidades que la controlan, permite que la referida sociedad ejerza una actividad que tenga carácter marginal con otros operadores distintos a dichas entidades (véase, en este sentido, la sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 63). Esta condición carecería de objeto si la primera condición impuesta en el apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada, se interpretara en el sentido de que prohíbe cualquier actividad accesorio, incluso con el sector privado.

81

En lo referente a los mecanismos de control previstos en los Estatutos de Setco, de los autos se desprende que, mediante las modificaciones introducidas en dichos Estatutos el 23 de diciembre de 2006, los socios pretendieron superponer a la Junta General y al Consejo de administración, tal y como se establecen en el Derecho de sociedades italiano, unas estructuras de toma de decisiones no previstas expresamente en este Derecho, destinadas a garantizar un control sobre Setco análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. Se trata, en particular, de garantizar un control reforzado mediante, por un lado, el Comité unitario y, por otro, un Comité técnico para cada área responsable de las distintas actividades de Setco.

82

Como se desprende de los artículos 8 ter y 8 quater de los mencionados Estatutos, el Comité unitario y los Comités técnicos están integrados por representantes de las entidades socias. Cada una de estas entidades tiene voz en el seno de dichos Comités, cualquiera que sea el tamaño de la entidad de que se trate o el número de acciones que posea.

83

Por otra parte, los artículos 8 bis a 8 quater de los Estatutos de Setco confieren al Comité unitario y a los Comités técnicos amplias facultades de control y de decisión.

84

Correlativamente, el artículo 14 de esos Estatutos limita las facultades de la Junta General al obligarla a tener en cuenta las orientaciones e instrucciones adoptadas por los Comités anteriormente mencionados y al exigir un dictamen favorable del Comité unitario antes de que la Junta General pueda autorizar la realización de determinados actos por los administradores de la sociedad.

85

Igualmente, el artículo 16 de dichos Estatutos restringe la autonomía para tomar decisiones del Consejo de administración al obligarle a respetar las facultades reservadas a los referidos Comités y al supeditar sus decisiones al respeto de las instrucciones que éstos emiten.

86

Habida cuenta del alcance de las facultades de control y de decisión que atribuyen a los Comités que establecen y de la circunstancia de que dichos Comités están integrados por delegados de las entidades accionistas, cabe considerar que disposiciones estatutarias como las de la sociedad adjudicataria controvertida en el litigio principal posibilitan que las entidades accionistas ejerzan, mediante dichos Comités, una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

87

No obstante, el órgano jurisdiccional remitente considera que los artículos 8 bis a 8 quater de los Estatutos de Setco, en la medida en que se refieren al Comité unitario y a los Comités técnicos, se asimilan a pactos de accionistas comprendidos en el artículo 2341 bis del Código Civil italiano. De ello deduce que el control análogo al que las entidades accionistas ejercen sobre sus propios servicios, pretendido mediante el mecanismo de dichos Comités, podría resultar inoperante.

88

Se trata de una cuestión de interpretación de las normas nacionales que corresponde zanjar al órgano jurisdiccional remitente.

89

Sin perjuicio de la comprobación por éste de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, de lo anterior resulta que, en circunstancias como las del litigio principal, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas, a través de los órganos estatutarios, sobre la sociedad adjudicataria permite a dichas entidades ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

90

Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la cuestión planteada como sigue:

Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que se deriva de ellos no se oponen a la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan.

Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

– la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y

– a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

Costas

91

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que se deriva de ellos no se oponen a la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan.

Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

- la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y
- a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

**PREVALECE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR
FRENTE AL DERECHO A LA INFORMACIÓN VERAZ, SIEMPRE QUE NO
EXISTA AUTORIZACIÓN PREVIA DE LOS PADRES O DE SUS
REPRESENTANTES LEGALES.**

Entre las múltiples actividades y servicios que los entes locales prestan, es frecuente la de talleres o actividades para menores, especialmente, con determinados grupos de menores que se encuentran en una situación especial, como aquellos que pertenecen a minorías marginadas o a discapacitados.

También es frecuente que en los medios de comunicación del propio Ayuntamiento se informe de tales actividades y se acompañe con fotos de los menores.

Pues bien, el Tribunal Constitucional deniega el amparo a un diario que, en un reportaje divulgativo sobre las actividades de una asociación de niños con deficiencia auditiva, titulado "Discapacitados", ilustró el mismo con una foto en la que de frente aparecen dos menores, y de espaldas una profesora. El pie de la foto dice: "Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde los primeros años de vida".

El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado por el diario, entendiendo que se produce un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la propia imagen, que en el caso de los menores cuenta con una protección especial por la Ley del Menor que exige autorización de los padres o representantes legales de los menores, con independencia de que la información sea veraz, de interés público, y el reportaje tenga interés divulgativo.

Por tanto, los entes locales han de tener especial cuidado en la información y publicidad de sus actividades con menores en la que aparecen imágenes de los mismos que pueden ser identificados.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA PRIMERA.

SENTENCIA 158/2009 DE 29 JUNIO

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 8709-2006, promovido por La Opinión de Murcia, SA (...), contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 2947-2000. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1

Mediante escrito registrado en este Tribunal el 20 de septiembre de 2006, don Carlos Ibáñez de la Cadiniere, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de La Opinión de Murcia, SA, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia a la que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2

Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La demandante de amparo es la sociedad editora del diario «La Opinión de Murcia», que publicó en el número correspondiente al 8 de mayo de 1997 un reportaje divulgativo sobre las actividades de la Asociación de Padres de Niños con Deficiencias Auditivas (Apanda), encabezado con el titular «Discapacitados» e ilustrado con una fotografía en la que se observa a una profesora del centro de Apanda trabajando con dos niños en dicho centro (la profesora de espaldas al objetivo y los niños de frente en primer plano), con el pie de foto «Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida».

b) Los padres de uno de los niños fotografiados solicitaron al diario una rectificación en el sentido de que los menores de la fotografía no eran discapacitados, rectificación a la que accedió el diario, publicándola días después, pero sin el tamaño e importancia del reportaje. Posteriormente, tras un acto de conciliación terminado sin avenencia, los padres de dicho menor formularon demanda contra La Opinión de Murcia, SA, por la vía de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, con reclamación de la suma de 6.010 euros en concepto de indemnización por daño moral, con fundamento en la vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), toda vez que la fotografía del niño ha sido publicada sin el consentimiento de sus padres, y además fue tomada en una clase de logopedia, es decir, en un contexto totalmente ajeno al contenido del reportaje publicado, pues el menor no padece ninguna discapacidad física o psíquica. Los demandantes alegaban su derecho a que la imagen de su hijo no fuese utilizada sin su consentimiento como modelo o reclamo para un reportaje sobre discapacitados, así como el perjuicio moral sufrido por el niño al aparecer como discapacitado en su entorno escolar y social. La Opinión de Murcia, SA, alegó que se trataba de un reportaje social y solidario destinado a llamar la atención sobre las necesidades de los discapacitados y a concienciar a la sociedad sobre el problema, que la fotografía se tomó en un centro de Apanda con el consentimiento de los responsables de dicho

centro, y que el diario rectificó inmediatamente la información en cuanto supo que los menores de la fotografía no eran discapacitados.

c) La demanda de los padres del menor fue parcialmente estimada por Sentencia de 24 de junio de 1999 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia (juicio de menor cuantía núm. 928-1998) que, apreciando la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, condena a La Opinión de Murcia, SA, a abonar a los demandantes, a favor del menor, la suma de 3.005 euros, más intereses legales desde la presentación de la demanda, y costas.

En la Sentencia se recuerda que, conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 de la citada Ley Orgánica 1/1982, así como en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la publicación de imágenes de menores requiere el consentimiento de sus representantes legales, previa información al Ministerio Fiscal. Seguidamente se procede a ponderar el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen, en relación con los menores (cuyo interés prevalente debe protegerse), y se razona en la Sentencia que la fotografía de gran tamaño que ilustra el reportaje identifica al menor como discapacitado, y por ello integrante de un grupo social que presenta connotaciones negativas, por lo que la publicación de la fotografía, que afecta a la consideración social del menor, y sin el consentimiento de sus padres, supone una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, siendo irrelevante que la entidad titular del centro (Apanda) en el que fue tomada la fotografía prestara su autorización para ello, y sin que pueda justificarse la publicación de la fotografía, como pretende La Opinión de Murcia, por el evidente interés social del reportaje sobre los discapacitados (con el que se pretendía concitar la solidaridad y comprensión de sus problemas), pues ello no justifica la inclusión de una fotografía de un menor sin el consentimiento de sus legales representantes, siendo además innecesaria la publicación de dicha fotografía para introducir el tema planteado en el reportaje (que no es, por otra parte, ajeno al interés publicitario y comercial del diario, como lo demuestra la inserción en el mismo de anuncios de asociaciones de atención a discapacitados).

d) Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación La Opinión de Murcia, SA, que fue desestimado por Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia de 15 de abril de 2000 (rollo núm. 460-1999), confirmando íntegramente la apelada e imponiendo la costas en alzada a la apelante.

e) Interpuesto por La Opinión de Murcia, SA, recurso de casación (núm. 2947-2000) fundado en un único motivo (al amparo del núm. 4 del art. 1692 por infracción del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y del art. 20.1 CE), la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 13 de julio de 2006 declarando no haber lugar al recurso de casación, condenando en costas a la sociedad recurrente.

El Tribunal Supremo razona en la Sentencia, tras referirse a su jurisprudencia, así como a la STC 83/2002, de 22 de abril y a lo dispuesto en los arts. 18.1 y 20.1 CE, los arts. 2.2, 3, 7.5 y 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora, de donde resulta que en el asunto enjuiciado concurren los requisitos exigibles para apreciar que el derecho a la propia imagen del hijo menor de los demandantes ha sido lesionado por la publicación de la fotografía controvertida, una

fotografía de gran tamaño (ocupa prácticamente la mitad de la hoja del periódico) obtenida en el centro de Apanda que muestra al menor en primer plano sentado junto al otro menor y a una profesora que aparece de espaldas, encabezando un artículo titulado, en grandes letras, «Discapacitados». Se ha producido así una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la menor, en su aspecto negativo o facultad de exclusión, por cuanto ha sido publicada su fotografía, sin que medie ninguna causa que excluya la protección que le brinda el art. 18.1 CE y la Ley Orgánica 1/1982: esencialmente, porque ni existe consentimiento (arts. 2.2 y 3 la de la Ley Orgánica 1/1982), ni exclusión legal (art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que comprende la accesoriadad).

Rechaza asimismo el Tribunal Supremo expresamente las tres razones alegadas por la recurrente en su motivo único de casación para oponerse a la calificación de intromisión ilegítima y subsiguiente condena a indemnizar el daño moral ocasionado al menor, a saber: la primera, que el reportaje periodístico obedece a una clara intención divulgativa y social, con la finalidad de ilustrar gráficamente el contenido del artículo sobre la discapacidad; la segunda, que la imagen de la menor aparece como meramente accesoria; y la tercera, que se infringe la doctrina desarrollada al respecto del concepto de información veraz, amparada y protegida constitucionalmente. El Tribunal Supremo señala que ninguna de estas razones puede ser aceptada. La primera, porque la finalidad e intención del reportaje en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía; es intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje; el hecho que se enjuicia es la publicación no consentida de la foto del menor, sin que le alcance la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra. La segunda, porque la foto del menor no es accesoria, ya que ocupa media página y resalta más que el propio artículo de texto escrito; además, el rostro de los menores es el centro de la foto, teniendo a la profesora de espaldas; y, por último, porque tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriadad, por la especial protección que le brinda la mencionada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Y la tercera, porque la veracidad se predica de la libertad de información, que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad (no habría honor que proteger), pero no afecta al derecho a la intimidad ni al derecho a la propia imagen, cuya veracidad es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica.

3

La sociedad mercantil demandante de amparo alega que la sentencia dictada en casación ha vulnerado sus derechos a la libertad de expresión y de información consagrados en el art. 20.1 a) y d) CE, por falta de ponderación de los derechos en conflicto. A juicio de la demandante de amparo, de haberse ponderado debidamente en el presente caso el

conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y de información y el derecho a la propia imagen se habría llegado a la conclusión de que el reportaje periodístico en el que fue publicada la fotografía controvertida cumplía todas las exigencias para el legítimo ejercicio del derecho a la libre información, pues se trataba de una información veraz y con una finalidad de buena fe, ilustrada con imágenes del centro educativo para reflejar su actividad en esos momentos y contando para ello con la autorización de los responsables del centro, siendo la fotografía publicada completamente accesorio o accidental, por lo que no se requeriría consentimiento expreso de los fotografiados o de sus representantes legales.

Por todo ello interesa que se le otorgue el amparo, reconociendo sus derechos a la libertad de expresión y de información y declarando la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictada en casación (...).

6

Con fecha 12 de noviembre de 2008 presentó su escrito de alegaciones la representación procesal de La Opinión de Murcia, SA, ratificándose íntegramente en lo expuesto en su demanda de amparo.

7

El Ministerio Fiscal, por escrito registrado en este Tribunal el 24 de noviembre de 2008, presentó sus alegaciones, solicitando que se deniegue el amparo solicitado.

El Fiscal señala que la cuestión controvertida reside en el hecho indiscutible de la publicación, sin el preceptivo consentimiento previo legalmente establecido (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 y art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor), de la fotografía de un menor inserta en el contexto de un reportaje periodístico relativo a una situación social de discapacidad. Así las cosas, resulta legal y constitucionalmente irrelevante el argumento de la recurrente relativo a la autorización de los responsables del centro de Apanda en el que fue tomada la fotografía, pues la disposición del derecho a la propia imagen del menor no le corresponde a Apanda, sino al menor (si sus condiciones de madurez lo permiten) o a sus representantes legales. Las Sentencias recaídas en el proceso han ponderado debidamente, conforme exige la doctrina constitucional (se citan, por todas, las SSTC 105/1990, de 6 de junio y 14/2003, de 28 de enero), los derechos en conflicto, que no son otros que los derechos a la intimidad y la propia imagen (art. 18.1 CE) y los derechos a la libertad de expresión y de información veraz [art. 20.1 a) y d) CE], llegando a la conclusión –que el Fiscal comparte plenamente– de considerar prevalentes en este caso los derechos a la intimidad y a la propia imagen del menor, atendiendo al dato de la publicación no consentida de la fotografía y a la irrelevancia de la veracidad del reportaje, como consecuencia de la desconexión entre la fotografía que muestra el rostro del menor y el sentido del reportaje (...).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2006, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por La Opinión de Murcia, SA, contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia de 15 de abril de 2000, que confirmó, a su vez, la dictada el 24 de junio de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia, por la que la recurrente en amparo fue condenada al pago de una indemnización de 3.005 euros en concepto de daño moral por la publicación en un reportaje periodístico sobre discapacitados de una fotografía de un niño sin el consentimiento de sus padres.

La sociedad mercantil recurrente en amparo imputa a la Sentencia del Tribunal Supremo la vulneración de sus derechos a la libertad de expresión y de información, consagrados en el art. 20.1 a) y d) CE, por falta de ponderación de los derechos en conflicto. No impugna la recurrente las Sentencias de instancia y de apelación, lo que no es óbice para que las consideremos igualmente recurridas, toda vez que «cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de entenderse también recurridas esas precedentes resoluciones judiciales confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa» (por todas, SSTC 97/1999, de 31 de enero, F. 2; 209/2001, de 22 de octubre, F. 1; 13/2002, de 28 de, F. 2; 40/2002, de 14 de febrero, F. 1; 196/2006, de 3 de julio, F. 2; y 40/2009, de 9 de febrero, F. 2).

El Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo, al entender que el Tribunal Supremo ha analizado y ponderado correctamente en su Sentencia los derechos constitucionales en conflicto (al igual que se ha hecho en las Sentencias de primera instancia y de apelación), razonando que en el caso enjuiciado prevalecen los derechos a la intimidad y la propia imagen del menor (art. 18.1 CE) sobre los derechos a la libertad de expresión y de información veraz de la demandante de amparo [art. 20.1 a) y d) CE].

2

Por los propios términos en que se ha planteado **la controversia** que es objeto del presente recurso de amparo es pertinente precisar que la misma **atañe**, en sentido estricto, y así, además, lo han apreciado los órganos judiciales que han entendido de la controversia, **al conflicto entre el derecho a la propia imagen de un menor (no su derecho a la intimidad, pues la fotografía del rostro no afecta al sentimiento de pudor personal con arreglo a las estimaciones arraigadas en nuestra cultura, y no fue captada en un ámbito que pueda considerarse privado a estos efectos), y la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación, pues el reportaje periodístico en el que se publicó la fotografía del menor no constituye propiamente un ejercicio de la expresión de pensamientos, ideas u opiniones (garantizado por el derecho a la libertad de expresión), sino de la comunicación de unos hechos o noticias (garantizado por el derecho a la libertad de información).**

En suma, lo que se plantea ante este Tribunal en el presente caso es una queja respecto a la ponderación que la jurisdicción ordinaria ha llevado a cabo entre

el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) y la libertad también fundamental de información [art. 20.1 d) CE], por lo cual es procedente recordar nuestra doctrina conforme a la cual (entre otras muchas, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, F. 3; 115/2000, de 5 de mayo, F. 2; 139/2001, de 18 de junio, F. 3; 83/2002, de 22 de abril, F. 3; y 300/2006, de 23 de octubre, F. 2) el enjuiciamiento por parte de este Tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre muchas, SSTC 134/1999, de 15 de julio, F. 2; 180/1999, de 11 de octubre, F. 3; 21/2000, de 31 de enero, F. 2; 115/2000, de 5 de mayo, F. 2; 282/2000, de 27 de noviembre, F. 2; 49/2001, de 26 de febrero, F. 3; 204/2001, de 15 de octubre, F. 2; 46/2002, de 25 de febrero, F. 5; 52/2002, de 25 de febrero, F. 4; y 83/2002, de 22 de abril, F. 3).

3

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas referidas a presuntas o efectivas vulneraciones del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en diversas Sentencias, entre las que cabe destacar las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, 300/2006, de 23 de octubre, 72/2007, de 16 de abril, y 77/2009, de 23 de marzo.

En lo que aquí interesa resaltar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (por todas, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, F. 2, y 72/2007, de 16 de abril, F. 3).

Ahora bien, lo que no puede deducirse del art. 18.1 CE es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos, libertades y bienes constitucionales (SSTC 99/1994, de 11 de abril, F. 5; 81/2001, de 26 de marzo, F. 2; 156/2001, de 2 de julio, F. 6; y 14/2003, de 28 de enero, F. 4), entre los que destaca, por lo que al presente caso interesa, la libertad de información [art. 20.1 d) CE].

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta

razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. **De ahí que hayamos sostenido que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél»** (STC 99/1994, de 11 de abril, F. 5).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. **Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen** (SSTC 156/2001, de 2 de julio, F. 6; y 77/2009, de 23 de marzo, F. 2, por todas).

4

Ahora bien, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, además de lo anteriormente señalado, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor, como destacan el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada en amparo (así como las precedentes Sentencias de primera instancia y de apelación que aquella confirma) y el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones.

En efecto, cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las Leyes que lo desarrollan «y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo «ex» art. 10.2 CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la Ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor» (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio).

A su vez, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa seguidamente en su art. 3, en cuanto a los menores de edad (e incapaces) que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

Las previsiones del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» (art. 4.3).

En suma, para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996).

5

La recurrente considera que en la Sentencia impugnada en amparo se ha hecho una incorrecta ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, lo que ha conducido a dar indebidamente prevalencia al derecho a la propia imagen sobre la libertad de información. A juicio de la demandante, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no efectuó correctamente la ponderación constitucionalmente exigible, pues no tuvo en cuenta que el reportaje periodístico en el que fue publicada la fotografía controvertida cumplía todas las exigencias para el legítimo ejercicio del derecho a la libre información, toda vez que se trataba de una información veraz y con una finalidad de buena fe, ilustrada con imágenes del centro educativo para reflejar su actividad en esos momentos y contando para ello con la autorización de los responsables del centro, siendo la fotografía publicada completamente accesoria o accidental, por lo que no se requería consentimiento expreso de los fotografiados ni de sus representantes legales.

Sin embargo, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso y a tenor de la doctrina constitucional expuesta y de lo establecido en los citados arts. 3, 7.5 y 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, debemos **llegar a la conclusión de que la queja de la demandante de**

amparo no puede ser compartida por este Tribunal, por las razones que seguidamente se expresan.

En el presente caso, y según consta en las actuaciones, el periódico «La Opinión de Murcia» publicó en el número correspondiente al 8 de mayo de 1997 un reportaje divulgativo sobre las actividades de la entidad Apanda, encabezado con el titular «Discapacitados» e ilustrado con una fotografía en la que se observa a una profesora del centro de Apanda con dos niños, fotografía de gran tamaño en la que el hijo de los padres cuya demanda ha dado lugar al presente asunto aparece en primer plano, sentado junto a otro niño, y con el rostro perfectamente visible ambos menores (la profesora está situada de espaldas al objetivo); en el pie de foto se puede leer lo siguiente «Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida». Días después, a instancias de los padres demandantes, el periódico publicó una rectificación, pero sin el tamaño e importancia del reportaje, en el sentido de aclarar que los niños de la fotografía en cuestión no son discapacitados.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Murcia, ponderando el conflicto entre el derecho a la información de la recurrente y el derecho a la propia imagen del niño, estimaron la pretensión de los padres del menor, **considerando que se produjo una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen del niño con la publicación de la fotografía que ilustra el reportaje (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), toda vez que dicha fotografía, que identifica al menor como discapacitado, fue captada y difundida sin el consentimiento de los padres del menor** (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, en relación con el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996), siendo por ello irrelevante que la entidad titular del centro (Apanda) en el que fue tomada la imagen prestara su autorización para ello. **Asimismo se razona por los órganos judiciales, en síntesis, que la publicación de la fotografía no puede ampararse en el evidente interés social del reportaje sobre los discapacitados, ni en la buena fe y veracidad del mismo, pues ello no justifica la inclusión de una fotografía de dos menores sin el consentimiento de sus representantes legales, siendo además innecesaria la publicación de dicha fotografía para la presentación del asunto abordado en el reportaje**, por lo que no es de aplicación la exclusión del art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 (accesoriedad de la imagen insertada en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público).

En el mismo sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, confirmando el criterio de las Sentencias de primera instancia y de apelación, ha considerado en la Sentencia impugnada en amparo que el derecho a la propia imagen del menor (art. 18.1 CE) prevalece en este caso sobre el derecho de los periodistas a difundir libremente información veraz [art. 20.1 d) CE], toda vez que ha sido captada y difundida la fotografía del menor sin que medie ninguna causa que excluya la protección que le brinda el art. 18.1 CE y la Ley Orgánica 1/1982: esencialmente, porque ni existe consentimiento (arts. 2.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982), ni exclusión legal (art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que comprende la accesoriedad).

Además, el Tribunal Supremo rechaza expresamente en su Sentencia las razones alegadas por la recurrente en el motivo único de su recurso de casación para sostener que la publicación de la fotografía controvertida no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor. **Y así señala el Tribunal Supremo que la finalidad divulgativa y social del reportaje sobre**

la discapacitación en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía, siendo intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje, pues el hecho que se enjuicia es la publicación no consentida de la foto del menor, lo que convierte en irrelevantes la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra gráficamente dicha fotografía. Además, la imagen del menor no aparece como meramente accesorio (por lo que no es aplicable la excepción del art. 8.2.c de la Ley Orgánica 1/1982), ya que ocupa media página y resalta más que el propio artículo de texto escrito, a lo que se añade que el rostro de los niños es el centro de la foto, teniendo a la profesora de espaldas, y que, tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por último, que es improcedente en este caso la invocación de la doctrina desarrollada al respecto del concepto de información veraz, amparada y protegida constitucionalmente, porque la veracidad se predica de la libertad de información, que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad, pero no afecta al derecho a la intimidad ni al derecho a la propia imagen, cuya veracidad es immanente salvo que se manipule la representación gráfica.

6

De lo expuesto resulta que la captación y publicación en el diario «La Opinión de Murcia» de la controvertida fotografía del menor se produjo sin el consentimiento de sus padres (art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982), debiendo tenerse presente en este sentido que el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 establece como supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen «La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2». Y el art. 8.2 establece, en lo que aquí importa, que el derecho a la propia imagen no impide: «c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo (al igual que las de primera instancia y apelación que confirma) ha explicitado, conforme ha quedado expuesto, las razones por las que la fotografía del menor no tenía el carácter de accesoriedad a que se refiere la excepción del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, razones a las que nada cabe aquí objetar, en particular porque, cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Asimismo es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz. Ni existe un interés público en la captación o difusión de la

fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, F. 6; y 127/2003, de 30 de junio, F. 7).

En definitiva, coincidiendo con la ponderación de los derechos fundamentales en juego llevada a cabo por la Sentencia de 13 de julio de 2006 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recurrida en amparo, debe rechazarse la pretendida vulneración del derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 d) CE] que se alega por la recurrente.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por La Opinión de Murcia, SA

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

APROBADO INICIAL Y PROVISIONALMENTE POR EL AYUNTAMIENTO EL CAMBIO DE PLANEAMIENTO Y REMITIDO EL EXPEDIENTE A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA PARA SU APROBACIÓN DEFINITIVA, EL MERO CAMBIO DE LA CORPORACIÓN MUNICIPAL, TRAS LA CELEBRACIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES ELECCIONES, NO PUEDE DEJAR SIN EFECTO EL PLANEAMIENTO APROBADO POR LA ANTERIOR CORPORACIÓN

Como es sabido, el planeamiento urbanístico es compartido entre el municipio y la Comunidad Autónoma; a aquel le corresponde la formulación de los planes y sus aprobaciones inicial y provisional, y a ésta la definitiva. No toda actuación urbanística de planeamiento es discrecional para el Ayuntamiento, de la misma manera que la competencia de la Comunidad Autónoma en la aprobación provisional se ha de restringir al control del cumplimiento de legalidad, sino que tiene potestad discrecional para verificar el cumplimiento del planeamiento municipal de los intereses supramunicipales, sistemas generales de esta naturaleza, etc.

Aprobado el nuevo planeamiento tanto inicial como provisionalmente, con informes municipales favorables, el mero cambio de la Corporación municipal, tras la celebración de las correspondientes elecciones municipales no es suficiente para que la nueva Corporación inste de la Comunidad Autónoma la denegación de la aprobación definitiva, ni, incluso, el desistimiento del procedimiento del cambio de planeamiento, porque el Ayuntamiento, cuando ejerce la potestad de planeamiento no es titular de un interés particular, sino que a través de la misma gestiona intereses públicos, cuya disponibilidad tiene restringida, por lo que no puede extemporáneamente, y sin sustentarlo en informes solicitar a la Comunidad Autónoma la denegación del planeamiento aprobado inicial y provisionalmente por la anterior Corporación, y ni siquiera su desistimiento, y todo ello a pesar del carácter democrático de la decisión adoptada por la nueva Corporación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 5ª.

SENTENCIA DE 15 DICIEMBRE DE 2009

(Recurso de casación número 4606/2005)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, se ha seguido el recurso número 3095/2003, promovido por D. Desiderio y en el que ha sido parte demandada la DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA y el AYUNTAMIENTO DE MENDARO, sobre aprobación definitiva del Plan Parcial de Intervención Urbanística 35-KUKU de Mendaro

SEGUNDO

Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 24 de mayo de 2005 del tenor literal siguiente: "FALLAMOS.- Que debemos desestimar como desestimamos el presente recurso nº 3095/2003, interpuesto pro el Procurador Don Alfonso José Bartau Rojas en nombre y representación de D. Desiderio contra los Acuerdos de 2 de diciembre de 2003 de la Diputación Foral de Gipuzkoa por los que se deniega la aprobación definitiva del expediente de modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Mendaro relativas al AIU 35 KUKU, así como deniega la aprobación definitiva del expediente del Plan Parcial de Intervención Urbanística 35-KUKU de Mendaro, y finalmente deniega la aprobación definitiva al expediente de revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro. Sin imposición de las costas"(...).

CUARTO

Emplazadas las partes, D. Desiderio compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que en fecha 20 de septiembre de 2005 formuló el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que consideró oportunos solicitó a la Sala se dictara sentencia en virtud de la cual "se acuerde casar la sentencia recurrida, declarando improcedente el pronunciamiento que dicha resolución contiene, sustituyéndola por otra que declare:

1).- La nulidad de los acuerdos del Consejo de Diputados de la Excma. Diputación Foral de Gipuzkoa de fecha 2 de diciembre de 2003 por los que se resuelve no otorgar la aprobación definitiva a los siguientes expedientes urbanísticos:

a).- Al expediente de Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro relativas al Área de Intervención Urbanística (AIU) 35 Kuku, provisionalmente aprobado por acuerdo del Pleno del Iltno. Ayuntamiento de Mendaro de 22 de mayo de 2003.

b).- Al expediente del Plan Parcial del Área de Intervención Urbanística (AIU) 35 Kuku de Mendaro, provisionalmente aprobado por acuerdo del Pleno del Iltno. Ayuntamiento de Mendaro de 22 de mayo de 2003.

2).- Se ordene a la Excma. Diputación Foral de Gipuzkoa a aprobar definitivamente los instrumentos de planeamiento urbanístico sometidos a su consideración.

3).- Subsidiariamente, se obligue a la Excma. Diputación Foral a la realización de cuantos trámites sean necesarios al objeto de aprobar definitivamente los instrumentos de planeamiento referidos y, en particular, a solicitar los informes que sean preceptivos para el correcto análisis del contenido de los expedientes sometidos a su consideración.

Así como, cualquier otro que traiga causa del mismo, con expresa imposición de costas a la Administración demandada, con todo lo demás que en derecho proceda"(...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó en fecha de 24 de mayo de 2005, en su Recurso Contencioso-administrativo 3095/2003, por medio de la cual se desestimó el recurso formulado por D. Desiderio contra los Acuerdos adoptados por el Consejo de Diputados de la DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA, en su sesión de 2 de diciembre de 2003, por los que se acordó no otorgar la aprobación definitiva al (1) expediente de Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro, relativas al AIU 35 KUKU; al (2) expediente del Plan Parcial de Intervención Urbanística 35-KUKU de Mendaro; y al (3) expediente de Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro.

SEGUNDO

En síntesis, la Sala de instancia fundamentó la desestimación que declaraba, por lo que aquí interesa, en los siguientes extremos, que se contienen en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia de instancia:

"Los acuerdos de 2 de diciembre de 2003 que son objeto de impugnación deniegan la aprobación definitiva de tres instrumentos de planeamiento, que en esencia tienen por objeto la reclasificación de una superficie de 34.406 m² clasificada como suelo no urbanizable de uso rural común y uso rural de protección de recursos naturales y del paisaje, desconectados del área urbana de Mendaro, posibilitando la construcción de 178 nuevas viviendas la Modificación puntual de las NNSS y el Plan Parcial- y la reclasificación como suelo urbanizable de todos los suelos intermedios posibilitando la nueva construcción de 840 viviendas sobre las 759 existentes en dicho momento en el municipio de Mendaro con una población de 1.600 habitantes.

La cuestión es que en el momento en que tales instrumentos de planeamiento se hallaban en fase de aprobación definitiva ante la Diputación Foral de Gipuzkoa, tras las elecciones municipales de mayo de 2003 se produce un cambio de la corporación municipal, resultando que la nueva corporación disiente de los objetivos y soluciones propuestas por la anterior, solicitando de la Diputación Foral de Gipuzkoa que no otorgue la aprobación definitiva, a lo cual accede la Diputación Foral en los acuerdos recurridos.

El recurrente viene a sostener que en el procedimiento de elaboración del planeamiento, una vez otorgada la aprobación provisional por la Administración municipal y sometidos los instrumentos de planeamiento a la aprobación definitiva por la Diputación Foral, se produce una pérdida total de competencia por parte del Ayuntamiento que ya no puede volver sobre sus pasos sino a través de los procedimientos de revisión de los actos administrativos.

La Sala no comparte dicho planteamiento. La potestad de ordenación urbanística es concurrente o compartida entre la Administración municipal y, en el ámbito del País Vasco, las Diputaciones Forales, correspondiendo al municipio la competencia de ordenación con las más amplias facultades discrecionales, o de configuración de la ciudad, que caracterizan la potestad de planeamiento en defensa de los intereses municipales, intereses que por su carácter local sólo a él le corresponde encarnar en virtud de la garantía institucional de la autonomía local y de la

legitimidad democrática que le asiste. La Administración Foral ostenta competencia para efectuar un control jurídico sobre el instrumento de planeamiento, sin que le esté dado fiscalizar los aspectos discrecionales, como no sea en defensa de intereses supramunicipales que a ella le compete defender.

Puesto que los instrumentos de planeamiento son disposiciones de carácter general, este régimen de concurrencia competencial se articula mediante un procedimiento bifásico, de tramitación previa en sede municipal con una fase final de aprobación definitiva ante el Ente Foral. Se trata por tanto de un procedimiento de elaboración de disposiciones generales de naturaleza compleja, con intervención de distintas autoridades que se formalizan en actos de trámite de aprobación sucesiva hasta que recae la definitiva que abre paso a su inserción el correspondiente diario oficial adquiriendo así eficacia general.

En el procedimiento de formulación del planeamiento corresponden al Municipio amplísimas facultades discrecionales no sólo para decidir el cuándo, el qué, y el cómo de la ordenación urbanística de la ciudad dentro del margen de actuación que la legalidad le garantiza y procura, sino además para revisar sus propias decisiones modificando las normas de planeamiento en lo que considere oportuno, de acuerdo con su evolutiva comprensión del interés general para adecuarlas al constante proceso de transformación de la vida social.

Si en el seno del procedimiento administrativo ordinario los interesados tienen la facultad de ponerle fin mediante un acto de contrario imperio mediante el desistimiento de la solicitud o la renuncia de derechos, no se ve razón alguna para no aceptar que en el seno del procedimiento especial de elaboración de las disposiciones de planeamiento, quien tiene la competencia para su dictado no pueda, en virtud de un acto de contrario imperio fundado en un cambio de criterio acerca de la oportunidad y acierto de la solución técnica planteada en los instrumentos en fase de elaboración, abortar su nacimiento al mundo del derecho evitando así adversas consecuencias de su entrada en vigor y la necesidad de su revisión en virtud del *ius variandi*.

Otra cosa es la forma en que se articule formalmente la decisión, ya sea mediante el archivo del expediente en fase de aprobación municipal, o mediante el desistimiento del procedimiento en su fase ante el Ente Foral, o como en el presente caso sucedió mediante la solicitud de una resolución denegatoria de la aprobación definitiva.

A juicio de la Sala es contrario a la autonomía local, a la potestad de ordenación urbanística del municipio y al *ius variandi* inherente a su ejercicio, y carece por ello de sentido, defender que, desde que recae la aprobación provisional, opera un desapoderamiento del municipio, de forma y manera que la aprobación definitiva devenga en acto debido y el Ente Foral haya de resolver en el marco de sus propias competencias, ciñéndose al control jurídico y al control de los elementos discrecionales relativos a intereses supramunicipales, ignorando un hecho de tanta relevancia cual es la voluntad de desistimiento del ente municipal o su disentimiento con la ordenación sometida a aprobación definitiva. Puesto que incumbe al ente municipal la ordenación urbanística necesaria en defensa del interés general de ámbito local, toda aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento tiene que tener como premisa necesaria una ordenación que responda al interés general de acuerdo con la comprensión que del mismo tenga la corporación municipal llamada constitucionalmente a encarnarlo.

Ciertamente un supuesto como el de autos en el que se produce un cambio radical en la composición del Ayuntamiento como consecuencia de un nuevo proceso electoral, justifica sobradamente la adopción de un nuevo modelo de ciudad y el desistimiento del procedimiento de elaboración de los correspondientes instrumentos de planeamiento, y aun cuando en el caso de autos no se haya formalizado como tal desistimiento sino interesando de la Diputación Foral de Gipuzkoa la denegación de la aprobación definitiva, es manifiesto que la resolución que así lo acuerda es conforme a derecho y no incide en los vicios denunciados por la parte actora, lo que conduce a la desestimación del recurso".

TERCERO

Contra esa sentencia ha interpuesto el recurrente D. Desiderio recurso de casación en el que esgrime tres motivos de impugnación articulados, todos ellos, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA).

1º. En el primer motivo se denuncia la infracción de los artículos 30, 31, 35, 40, 41 y 70 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (TRL576), que regulan la competencia para la formulación y aprobación de la normativa de planeamiento municipal, general y de desarrollo.

2º. En el segundo de los motivos se denuncia la infracción de los artículos 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) por considerar que el Ayuntamiento cuanta con la potestad de desistimiento disponiendo plenamente del procedimiento.

3º. Por último, en el tercero de los motivos de impugnación se denuncia la infracción por la sentencia de instancia de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución Española, que consagra la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el cual se considera vulnerado por dar prioridad al cambio político surgido en el municipio como consecuencia de unas elecciones locales frente a los aspectos técnico urbanísticos que los expedientes contenían y que, como ya hemos expuesto, ni siquiera fueron analizados.

CUARTO

Hemos de proceder a acoger los motivos planteados, así como a la estimación del recurso de casación formulado por D. Desiderio, y, con base en los fundamentos que expondremos, a la estimación del recurso contencioso-administrativo por el mismo formulado, con la correspondiente anulación de los tres Acuerdos adoptados por el Consejo de Diputados de la DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA , en su sesión de 2 de diciembre de 2003, por los que se acordó no otorgar la aprobación definitiva al (1) Expediente de Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro, relativas al AIU 35 KUKU; al (2) Expediente del Plan Parcial de Intervención Urbanística 35-KUKU de Mendaro; y al (3) Expediente de Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro.

En síntesis, el ámbito de dichos expedientes se extendía a una superficie de 34.406 m², que está clasificada en el planeamiento general vigente como suelo no urbanizable de uso rural común y uso rural de protección de recursos naturales y del paisaje; con la aprobación conjunta de los mencionados Expedientes (Revisión, Modificación y Plan Parcial) se hubieran establecido las determinaciones urbanísticas necesarias para regular el desarrollo del nuevo Sector residencial A.I.U. 35 "Kuku" que,

en resumen, hubiera posibilitado la construcción 178 nuevas viviendas. Como señala la sentencia de instancia, tratándose de unos terrenos desconectados del área urbana de Mendaro, las mencionadas aprobaciones de los instrumentos de planeamiento hubiera implicado, también, la reclasificación como suelo urbanizable de los terrenos intermedios.

Cuando la Diputación Foral adoptó los Acuerdos impugnados, los **Expedientes se encontraban en la fase o momento procedimental de aprobación definitiva, por cuanto los mismos habían sido aprobados inicial y provisionalmente por el Ayuntamiento de Mendaro y remitidos --sin objeción alguna-- a la Diputación Foral competente para su aprobación definitiva.** Efectivamente, en sesiones plenarias del Ayuntamiento de Mendaro de 12 de septiembre de 2001 (la inicial y exclusiva Modificación y la posterior Revisión), y de 25 de marzo de 2003 (el Plan Parcial, en su definitiva versión) fueron inicialmente aprobados por citada la Entidad local; y en la posterior sesión de 22 de mayo de 2003 los mismos resultarían provisionalmente aprobados, siendo remitidos a la Diputación Foral.

En tal situación ---y tras una modificación en la composición del Pleno municipal de Mendaro, consecuencia de la celebración de elecciones municipales--- en sesión plenaria de 23 de julio de 2003 se adoptarían los Acuerdos de formular solicitud a la Diputación Foral de denegación de aprobación definitiva de los tres instrumentos de planeamiento mencionados; Acuerdos que serían ratificados en la posterior sesión plenaria de 31 de octubre de 2003.

(Estos Acuerdos serían recurridos por el mismo recurrente mediante el RCA 3096/2003 de la misma Sala de instancia y, en el que recaería sentencia de fecha 18 de abril de 2005, declarando la inadmisibilidad del mismo por extemporaneidad. Recurrida la misma en casación su deliberación ha sido pospuesta hasta la fecha para su realización conjunta con la del presente recurso).

Consecuencia ---en los términos que veremos--- de aquellos Acuerdos municipales de solicitud de denegación de aprobación de lo inicial y provisionalmente aprobado por la propia Entidad local, fueron los Acuerdos forales impugnados en el recurso contencioso-administrativo del que trae causa el presente de casación.

QUINTO

Resulta imprescindible que analicemos las auténticas razones esgrimidas por la Diputación Foral de Guipúzcoa (similar en los tres Acuerdos) para proceder a tal denegación de aprobación; y en tal sentido debe llegarse a la conclusión ---que confirma la Sala de instancia--- de **que no existían razones de tipo técnico urbanístico o razones de legalidad, fundadas en algún informe, para proceder al rechazo de la aprobación de los instrumentos urbanísticos de referencia**, pues, las razones para ello esgrimidas por la Administración Foral son las que expresamente se contienen en uno de los últimos párrafos de los Acuerdos, en los que se dice:

"Analizado, así, el contenido del documento (que no es otro que el Acuerdo municipal del Ayuntamiento de Mendaro solicitando la desaprobación) por el Servicio de Urbanismo y Ordenación Territorial de esta Diputación Foral, se observa que la propuesta de recalificación de los terrenos para uso residencial contenida en el

expediente tramitado no es conforme a los intereses municipales formulándose desde el propio ámbito competencial serias objeciones alegándose que la misma resulta inadecuada y no justificada desde el interés público local", añadiéndose que por ello la Administración Foral "estima oportuno atender en este caso la decisión que mas satisface al Ayuntamiento entendiendo que la calificación del suelo y su modificación forman parte, en principio, del contenido del ejercicio del ius variandi como aspectos discrecionales o de oportunidad del planeamiento, de índole y competencia municipal".

A la vista del expresado contenido, hemos de proceder ---acogiendo los motivos de casación planteados--- a rechazar las razones esgrimidas por la Sala de instancia para proceder a la estimación del recurso contencioso-administrativo:

1º. El respaldo democrático que los Acuerdos municipales de solicitud de desaprobarción, y de la propia Administración Foral acogiendo tales solicitudes, supone, sin duda, un importante argumento en defensa de los mismos Acuerdos, pues, en suma, tal sistema de elección de los integrantes o componentes de las Entidades locales resulta un mecanismo adecuado para la determinación de cuales sean, en cada momento, los intereses generales de la población; sin embargo, también en un sistema democrático, el respeto al principio de legalidad es un elemento determinante y esencial para el propio funcionamiento del mismo, y ello implica que la determinación de los expresados intereses generales y las decisiones que, en relación con los mismos, se adopten han de encauzarse a través de los correspondientes procedimientos administrativos, ya que solo estos protegen, a su vez, el principio de seguridad jurídica, que es el principio que, entre otras cosas, sirve para distinguir un sistema democrático de un sistema simplemente asambleario. Nadie discute que es el municipio el ámbito del que debe partir la idea o el diseño de la propia ciudad, mas ello ha de canalizarse a través el procedimiento establecido al efecto; procedimiento en el que, desde una perspectiva de legalidad sectorial, han intervenido los diferentes organismos ---de las diversas Administraciones--- que gestionan otros intereses generales que pudieran no coincidir con los del propio municipio.

2º. Sin necesidad de profundizar ahora en el régimen de competencias compartidas y en las características del sistema bifásico de aprobación de los instrumentos de planeamiento ---que la Sala de instancia explica con claridad--- lo cierto es que, producida la aprobación provisional de los mismos, la entidad local proponente carece ---desde el momento de tales acuerdos--- de competencias para la adopción de decisión alguna en relación con el contenido o sentido de los mismos, y, por ello mismo, la Administración Foral, en este caso, carece igualmente de competencia para tomar en consideración decisiones adoptadas al margen del procedimiento legalmente establecido y de carácter procedimentalmente extemporáneas.

En el ejercicio de la potestad de planeamiento estamos, pues, en presencia de una competencia compartida entre los Ayuntamientos y la Diputación Foral, pues, si bien corresponde a los primeros la formulación de los planes y su aprobación

provisional e inicial, a la segunda ---a la que se remite el expediente--- le corresponde la aprobación definitiva. Sin embargo, tal competencia bifásica no implica que exista una separación radical y que las competencias que se ejercitan en el momento de la aprobación definitiva sean exclusivamente de control de la legalidad de la previa actuación aprobatoria municipal, de simple revisión o fiscalización. Por el contrario, cuenta la Diputación Foral con competencias propias (sistemas generales supramunicipales) y con capacidad normativa para la ordenación de las materias de su competencia que, en muchas ocasiones, vienen determinadas por un planeamiento de índole superior cual es el integrado, en el País Vasco, por las Directrices de Ordenación del Territorio (DOT) y los Planes Territoriales tanto Parciales (PTP) como Sectoriales (PTS), y al que, obviamente, debe adaptarse el planeamiento municipal.

3º. Por ello, no es cierto que toda la actuación municipal en el ámbito del planeamiento sea discrecional, ni tampoco que la Administración Foral ---en este caso actuante--- carezca de potestades para el control, desde una perspectiva de legalidad ordinaria, de los expresados elementos discrecionales; e, igualmente es cierto que, en el ámbito de la autonomía local que le es propio, las Entidades locales pueden iniciar procesos de modificación del planeamiento sin limitación alguna; **pero lo que aquí se discute ---y se niega--- es que, concluida la fase procedimental municipal, y encontrándose en la fase de aprobación definitiva del planeamiento, que se sitúa en otro orden competencial y cuenta con una dimensión distinta de la inicial, pueda incidirse, extemporáneamente, en este ámbito de decisión, y además, sin un respaldo técnico y por el solo hecho ---respetable, por supuesto--- de un cambio de composición política en la Entidad local.**

4º. Tampoco nos sirve el argumento de la viabilidad del desistimiento, pues no nos encontramos ante el ejercicio de un auténtico desistimiento por parte del Ayuntamiento, pues lo que en el Acuerdo municipal se solicita es que los expedientes de aprobación de la Modificación y Revisión de las Normas Subsidiarias, así como del Plan Parcial de referencia, concluyan con la denegación de su aprobación, no obstante lo inicialmente y provisionalmente propuesto y aprobado.

Pero es que, incluso, aunque se entendiera ---como parece hacer la Sala de instancia--- que nos encontramos en presencia de un desistimiento tácito o implícito, debemos, igualmente, afirmar que el Ayuntamiento carece ---como hemos expresado ya--- de competencia para ello al no encontrarnos en un procedimiento en el que el quien formula el desistimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la Administración Foral, careciendo, por ello ---desde tal momento--- de la potestad de desistir en relación con la tramitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados que, por su parte, como dispone el artículo 91.2 de la

LRJPA, se encuentran habilitados para solicitar la continuación del procedimiento iniciado, en el término de diez días a contar desde la notificación de la posible adopción del acuerdo de desistimiento. Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad.

5º. **Debe destacarse, por otra parte, la carencia de informes pertinentes legalmente exigidos, de carácter técnico urbanístico --- que hubieran avalado el rechazo de las provisionales propuestas municipales---**-, como se comprueba con el examen del texto de los Acuerdos que antes hemos transcrito, lo cual implica que, la decisión adoptada por la Diputación Foral lo fue sin haberse evaluado técnicamente los instrumentos provisionalmente aprobados y, en consecuencia, basada exclusivamente en la previa solicitud municipal de denegación de aprobación. Ello, sin duda, implica y supone una actuación al margen del procedimiento técnico establecido y, en consecuencia, contraria al principio de seguridad jurídica. Si bien se observa, solo en el expediente correspondiente a la Modificación de las Normas Subsidiarias de Mendaro fue solicitado el preceptivo informe vinculante de la Comisión de Ordenación del Territorio (favorable, por otra parte, a la modificación inicialmente propuesta).

6º. **Y es que, el mencionado cambio político ---con todo lo que ello conlleva desde la perspectiva democrática que toda elección municipal implica --- no puede, sin más, dejar sin efecto todo lo técnico y procedimentalmente desarrollado en el ejercicio de una potestad administrativa siquiera sea discrecional, ya que, si acaso, permite poner en funcionamiento el ejercicio de instrumentos jurídicos para dejar sin efecto lo ya competencialmente aprobado, mas no, desde una perspectiva de seguridad jurídica, y sin el más mínimo aval técnico contradictorio, decidir unilateralmente la no aprobación de lo procedimentalmente concluido. Y lo mismo ocurre con la Administración competente para la aprobación definitiva, la cual no puede ---como ha acontecido--- sin los avaluos técnicos precisos y las motivaciones pertinentes, plegarse, sin más, al cambio de voluntad municipal aun cuando ---como decíamos--- tal decisión venga exclusivamente respaldada por un cambio político tras unas elecciones municipales; y es que la gestión pública y técnica del urbanismo implica el ejercicio de una potestad administrativa discrecional que no conoce de vaivenes políticos, aun democráticamente avalados, y que está sujeta ---como garantía de acierto--- a un predeterminado cauce procedimental que vincula en su actuación a las Administraciones con competencia en la materia.**

Procede, pues, declarar haber lugar al recurso de casación y, por los propios argumentos, estimar el recurso contencioso-administrativo, anulando los Acuerdos forales impugnados.

SEXTO

Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio), ni existe razones que aconsejen hacerla respecto de las causadas en instancia.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

1º

Declaramos haber lugar y, por tanto, estimar el recurso de casación número 4606/2005, interpuesto por D. Desiderio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 24 de mayo de 2.005, en su Recurso Contencioso-administrativo número 3095/2003.

2º

Revocamos dicha sentencia.

3º

Estimamos el citado recurso contencioso administrativo tramitado en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco e interpuesto por D. Desiderio contra los Acuerdos adoptados por el Consejo de Diputados de la DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA, en su sesión de 2 de diciembre de 2003, por los que se acordó no otorgar la aprobación definitiva al (1) Expediente de Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro, relativas al AIU 35 KUKU; al (2) Expediente del Plan Parcial de Intervención Urbanística 35-KUKU de Mendaro; y al (3) Expediente de Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mendaro.

4º

Declaramos los mismos contrarios a derecho, y, en consecuencia, los anulamos por resultar contrarios al Ordenamiento jurídico.

5º

No hacemos condena en costas ni en el presente recurso de casación, ni en las producidas en la instancia.

CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO: FIJACIÓN DEL “DIES A QUO” Y DEL “DIES AD QUEM” EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El Tribunal Supremo aclara que el “dies a quo” del procedimiento sancionador es aquel en el que la Administración acuerda el inicio del procedimiento, y no el día de la notificación de la incoación al interesado; de la misma manera declara que el “dies ad quem” es aquel en el que vence el plazo para resolver y notificar la conclusión del procedimiento al interesado, de acuerdo con la normativa que rija el procedimiento de que se trate, sin que a este plazo puede añadirse ningún otro para evitar la caducidad del procedimiento.

Por otra parte, la resolución del procedimiento sancionador es independiente de aquellas otras medidas que se adopten para el restablecimiento de la realidad física perturbada, si dichas medidas han sido adoptadas en el mismo procedimiento sancionador que ha caducado, han de seguir la misma suerte de la sanción impuesta, y por tanto no ha lugar.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN
5ª.

SENTENCIA DE 3 FEBRERO DE 2010

(Recurso de casación número 4709/2005)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se impugna en este recurso de casación nº 4709/2005 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó en fecha de 20 de octubre de 2003 en el recurso contencioso-administrativo nº 92/1998, por medio de la cual se desestimó el formulado por la entidad "COMERCIALIZADORA DE FINCAS S. A." contra Resolución del Consejo de Gobierno de la JUNTA DE ANDALUCÍA adoptada en su sesión de 25 de noviembre de 1997 por la que, con motivo de la tala de árboles realizadas sin autorización administrativa en las fincas de su propiedad ubicadas en el paraje Los Manantiales, del término municipal de Villanueva de los Castillejos; en el paraje El Cuco, términos municipales de Sanlúcar de Gadiana y de Villanueva de los Castillejos; y en el paraje La Pizarra, términos municipales de Sanlúcar de Gadiana y de El Granada, acordó:

1º Sancionar a Comercializadora de Fincas S.A. (COFISA) CON multa de cincuenta millones de pesetas (50.000.000.- de pesetas).

2º Imponerle, asimismo, la obligación de reparar los daños causados, mediante la restauración y repoblación de los terrenos, eliminando previamente todo cultivo agrícola, que deberá realizarse dentro del primer periodo hábil para la replantación o siembra, a contar desde el día de la notificación de la presente resolución. Dicha repoblación se efectuará de acuerdo con un Plan Técnico que garantice el mantenimiento y conservación de las masas creadas. En dicho plan, que

deberá ser aprobado por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva, previa presentación por la Sociedad sancionada, se establecerán las especies idóneas para la repoblación.

3º. Ordenar que por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva se inicie el procedimiento para la practica de la nota marginal en el Registro de la Propiedad sobre la finca o fincas afectadas por dicha obligación".

SEGUNDO

La parte demandante impugnó dicha Resolución en vía contencioso administrativa, solicitando en su demanda la estimación del recurso "admitiendo la caducidad, acordando la nulidad o inexistencia de infracción, se anule el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 25 de noviembre de 1997, por no ser conforme a derecho, dejándolo sin efecto".

Se basó para ello, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1º. Con carácter preliminar alegó la caducidad del procedimiento, al entender que, aun considerando como plazo máximo para dictar Resolución el de un año previsto en el Decreto andaluz 143/1993, de 7 de septiembre, que en su Anexo II fija tal plazo para resolver los expedientes sancionadores en materia forestal, resulta que cuando el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía dictó la Resolución sancionadora, el 25 de noviembre de 2007, ya había transcurrido dicho plazo, pues el expediente se inició por Resolución del Delegado Provincial en Huelva de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de 4 de noviembre de 1996.

2º. En segundo lugar, adujo que la resolución sancionadora incurrió en nulidad al adoptarse sin tener en cuenta y valorar el escrito de alegaciones que había presentado, lo que le había dejado en situación de indefensión. En efecto, decía la recurrente, había presentado un escrito de alegaciones dentro del plazo de 15 días que se concedió por Acuerdo del Consejo de Gobierno en sesión de 15 de octubre de 1997, en atención a que se había efectuada una segunda propuesta de resolución que agravaba de forma especial la responsabilidad de la recurrente, pues le imputaba una infracción adicional, no recogida en la primera propuesta de resolución y se incluía, también ex novo, la aplicación de varias circunstancias agravantes. La notificación del oficio concediendo plazo de 15 días para alegaciones la recibió el 24 de octubre de 2007 y el escrito de alegaciones se presentó el 12 de noviembre de 2007 en la Delegación de la Consejería de Medio Ambiente. Esa Delegación no remitió el escrito a la Consejería de Medio Ambiente hasta el día 5 de diciembre, lo que explica que en la resolución recurrida se haga referencia, por error, a que no se había presentado escrito de alegaciones y, como consecuencia, no se procediera a su examen.

3º. Invocó asimismo la actora la falta de competencia de la Delegación Provincial para incoar el expediente, pues, a su juicio, en atención a la calificación de los hechos y la propuesta de sanción, la competencia para la iniciación y el nombramiento de Instructor correspondía al Consejo de Gobierno de la Comunidad.

4º. Denunció, por otra parte, la ausencia de motivación justificativa del rechazo de las alegaciones de descargo presentadas durante la tramitación del expediente (al margen de la ausencia de examen de la alegación últimamente presentada, a la que acabamos de referirnos supra), desoyendo incluso los consejos del Sr. Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica, quien había advertido sobre la necesidad de que las alegaciones presentadas fueran "explícitamente rebatidas y contraargumentadas" en aras del principio de contradicción y motivación. Estas

alegaciones versaban, fundamentalmente, sobre la concurrencia de los hechos y su encaje en la infracción descrita en la norma, sobre las que alegó: que las encinas cortadas estaban secas, al resultar afectadas por una epidemia; que faltaba rigor en el conteo del número de árboles talados; que las diligencias de averiguación y comprobación de los hechos imputados se habían efectuado sin su conocimiento y constancia escrita, lo que había sido causa de indefensión; y la inexistencia de infracción por cambio de uso por la plantación de olivos efectuada en sustitución de las encinas, dado que la plantación de olivos se efectuó en los enclaves de uso agrícola existentes en el interior de las fincas que no resultaban afectados por la masa forestal. Por último, alegó la inexistencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad.

TERCERO

La sentencia de instancia, ahora combatida en casación, descartó en primer lugar la caducidad del expediente sancionador, señalando lo siguiente (FFJJ 2º a 4º):

"El primero de los argumentos impugnatorios de la parte actora hace referencia a la caducidad en la que ha incurrido la Administración demandada al tramitar el expediente administrativo sancionador superando los plazos reglamentariamente establecidos al efecto. La Administración demandada en defensa de la legalidad del acto impugnado rechaza las pretensiones anulatorias de la parte actora razonando su oposición. El Decreto Autonómico 143/1993 de 7 de septiembre (BOJA nº 311 de 21 de octubre) dispone: Artículo único. 1. De acuerdo con la disposición adicional tercera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada en el Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto, se establecen los plazos de resolución y los efectos de la falta de resolución expresa de los procedimientos que se relacionan en el Anexo I de este Decreto de conformidad con su contenido.

2. Cuando se trate de procedimientos relacionados en el anexo II de este Decreto iniciados de oficio y no susceptibles de producir efectos favorables para el interesado, se entenderán caducados a solicitud de aquél o de oficio, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo establecido para resolver para cada uno de ellos. Si la paralización fuese por causa imputable al interesado el plazo para resolver quedaría interrumpido.

Y en el Anexo II se establece que el plazo máximo de resolución de los expedientes sancionadores en materia forestal por infracción a lo dispuesto en la Ley 2/1992, Forestal de Andalucía, será de un año y el efecto que se determina es el de la caducidad.

Examinado lo actuado en el expediente administrativo comprobamos que la incoación del expediente sancionador tuvo lugar con fecha 20 de noviembre de 1996 (folio 85 del expte.). Y la notificación de la resolución sancionadora se practicó el 1 de diciembre de 1997 (folio 442).

Así pues, la última notificación se llevó a cabo cuando aún no había transcurrido el plazo de los treinta días hábiles desde la finalización del periodo del año establecido para su tramitación al que se ha hecho referencia. En consecuencia, el argumento anulatorio examinado no puede ser compartido al no concurrir la caducidad alegada".

A continuación, la Sala rechazó las alegaciones de la recurrente sobre el tema de fondo, referido a la procedencia de la sanción impuesta (FFJJ 5º y 6º), y en

el FJ 6º descartó asimismo las alegaciones de carácter formal, diciendo, sucintamente, lo siguiente:

"No resultando admisibles a los fines anulatorios pretendidos la alegación de incompetencia, que ciertamente no concurre en el supuesto que analizamos. Tampoco resultan admisibles las alegaciones relativas a los defectos formales que se indican, pues ninguno de estos produce la finalidad anulatoria pretendida. Quedando de este modo descartadas las alegaciones anulatorias que en este sentido se han pronunciado".

Y acto seguido, la sentencia rechazó las alegaciones de la parte actora en torno al trámite de audiencia, diciendo al respecto, tan sólo, esto (FJ 7º, en el que también se desestimaron diversas alegaciones referidas al tema de fondo):

"La tramitación del procedimiento sancionador se ha realizado sin las irregularidades anulatorias invocadas y con respeto al principio de audiencia al interesado lo que elimina cualquier alegación de posible indefensión. Que descartamos".

CUARTO

Contra esa sentencia la entidad mercantil "TRISASUR, S. A.", ha formulado recurso de casación, en el que articula tres motivos:

Primero.- Al amparo de la letra c) del artículo 88.1 de la LJCA, por incongruencia omisiva y falta de motivación, con infracción de los artículos 67.1 LJCA y 218.1 LEC, al no dar la sentencia respuesta suficiente, en los términos exigidos por el artículo 24.1 de la CE a las irregularidades procedimentales invocadas, y singularmente al no haber dado la Sala respuesta alguna a la alegación concerniente al hecho de que la resolución administrativa sancionadora no tuvo en cuenta el escrito de alegaciones que presentó frente a la segunda Propuesta de Resolución.

Segundo.- Al amparo de la letra c) del artículo 88.1 de la LJCA, también por falta de motivación y de nuevo con infracción de los artículos 67.1 LJCA y 218.1 LEC, que ahora se refiere a los argumentos utilizados por la Sala para no tener en cuenta las conclusiones de los Informes de Investigación, incorporados en la fase de prueba y realizados por profesores de los Departamentos de Agronomía y de Ingeniería Rural de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos y de Montes de la Universidad de Córdoba, informes que fueron ratificados judicialmente, sin que fueran objeto de repreguntas por la Administración demandada, y que confirmaban que las encinas taladas estaban enfermas al resultar afectadas por una plaga. Esta enfermedad, alega la recurrente, tenía importantes consecuencias en cuanto a la incardinación en el tipo del injusto, pues la conducta imputada ya no sería la prevista en el artículo 80.1 como infracción especialmente grave, ni concurrirían las circunstancias agravantes del artículo 83, pues el reproche de la tala de árboles no puede ser el mismo según se trate de árboles enfermos o sanos, y tampoco la obligación de repoblar puede tener el mismo alcance, especialmente cuando la causa de la enfermedad está en el suelo, sin que todo esto haya sido objeto de examen y suficiente motivación en la sentencia, lo que convierte su valoración en arbitraria.

Tercero.- Al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA por caducidad del procedimiento, por vulneración del artículo 43.4 de la Ley 30/1992, aplicable en su redacción primitiva anterior a la reforma operada por Ley 4/1999. Entiende que la fecha de iniciación para el cómputo de la caducidad es la de la última denuncia, producida el 1 de octubre de 1996, y a la fecha de la resolución, 25

de noviembre, había transcurrido más de un año y 30 días previsto como plazo de caducidad.

QUINTO

Con carácter previo al examen de esos motivos de casación, hemos de rechazar las causas de inadmisión planteadas por la Sra. Letrada de la Junta de Andalucía, pues el recurso contiene una crítica de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, desplegada en términos suficientes para dar lugar a su examen y además los motivos están correctamente formulados con arreglo a la técnica casacional, citándose de forma expresa (y coherente con los motivos a que se acogen) las normas jurídicas de Derecho estatal (que no autonómico) que se reputan infringidas en cada motivo.

SEXTO

Entrando ya en el examen del recurso, hemos de decir que no le falta razón a la parte recurrente cuando denuncia la falta de motivación de la sentencia de instancia, por lo que respecta a las alegaciones que se formularon en la demanda acerca de los defectos formales o procedimentales en que incurrió la Administración en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador. **Como hemos visto, la Sala se limitó a rechazar esas alegaciones, o a descartar que las infracciones denunciadas tuvieran virtualidad anulatoria, pero lo hizo de forma apodíctica, sin razonar en modo alguno su conclusión ni, por ende, dar ninguna explicación argumentada sobre las razones por las que esas alegaciones eran desestimadas.**

Obvio es que una respuesta de esta clase no cumple los requisitos de la motivación y la congruencia, e infringe, por ello, el artículo 24.1 de la Constitución Española. Ello no obliga a la estimación del motivo.

SEPTIMO

En consecuencia, la estimación de este primer motivo conduce a que la sentencia deba ser casada y anulada, siendo entonces procedente que entremos a resolver el tema de fondo referido a esas infracciones formales en la tramitación del expediente sancionador, en los términos en que se planteó en la instancia (artículo 95.2.d de la LRJCA).

Ahora bien, ocurre que el tercer motivo de casación, en el que se plantea la caducidad del expediente sancionador, debe ser también estimado, pues, ciertamente, por las razones que apuntaremos a continuación, dicho expediente caducó, por lo que nos centraremos en esta concreta cuestión, con la consiguiente innecesidad de estudiar las demás.

OCTAVO

.A la fecha en que se tramitó el expediente concernido, era de aplicación el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), en su redacción original, que establecía:

"Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días

desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento".

Y en relación a la normativa reguladora del plazo para la tramitación del procedimiento, era aplicable la regulación autonómica prevista en el Decreto 143/1993, de 7 de septiembre, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, relativo a normas sobre procedimientos administrativos de la Consejería de Agricultura y Pesca, que preveía la caducidad de los procedimientos recogidos en el Anexo nº II por el transcurso del plazo máximo para resolver, incluyendo entre los procedimientos de ese Anexo II los expedientes sancionadores en materia forestal al amparo de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, y previendo un plazo máximo de resolución de un año (a la aplicabilidad de este reglamento autonómico nos hemos referido en nuestra sentencia de 2 de marzo de 2009, RC 9845/2004).

NOVENO

Partiendo de lo anterior, y comenzando nuestra respuesta por el estudio de la discrepancia surgida respecto de la fecha de inicio del expediente, debemos indicar que no es acertada la tesis de sentencia, según la cual el "dies a quo" se inicia desde la fecha de la notificación del acuerdo de iniciación, ni la de la parte recurrente, según la cual se inicia a la fecha de la última denuncia, sino que **la fecha de inicio es la del acuerdo de iniciación del procedimiento, como establece el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), al indicar que "Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia". Por tanto, la fecha del inicio es la Resolución del Delegado Provincial de la Consejería de Medio Ambiente en Huelva de 4 de noviembre de 1996.**

No es acertada la tesis de la sentencia porque, como hemos razonado en nuestra sentencia de 27 de abril de 2004, el artículo 57.1 de la LRJPA dispone que "Los actos de las Administraciones Públicas (...) producirán efectos desde la fecha en que se dicten", y aunque en el párrafo siguiente dice que "la eficacia del acto quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación...", ocurre que en los actos de iniciación de un expediente sancionador su contenido no exige la demora de su eficacia, ni está supeditada a la notificación. A este respecto, el artículo 16.2 del RPS, a cuyo tenor "cursada la notificación (de la resolución de iniciación) el Instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias...", no puede ser interpretado en el sentido de que la efectividad de aquél se supedita a su notificación, sino que expresa simplemente un orden formal de actuación. Carecería de sentido, por ejemplo, que el órgano instructor no pudiera adoptar las medidas provisionales a que se refiere el artículo 15, párrafo segundo, del RPS antes de haber sido cursada al interesado la notificación de la iniciación del procedimiento.

Así se deduce por lo demás de la recta inteligencia del artículo 6.2 del RPS que, al establecer como causa de archivo del expediente "el transcurso de dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento sancionador sin haberse practicado la notificación de éste", demuestra que la inactividad en ese periodo corre en perjuicio de la Administración, en un caso como causa de archivo y en otro como causa de caducidad, pues sería ilógico que la inactividad administrativa fuera computable a unos efectos y no a otros; un retraso en la notificación de la iniciación del expediente de menos de dos meses evitará el archivo, pero debe computarse en la duración total del expediente administrativo a efectos de la caducidad.

Consecuencia de cuanto acabamos de decir es que también yerra la parte recurrente cuando sostiene que el dies a quo es la fecha de la última denuncia, que fija en el 1 de octubre de 1996. De todas maneras, apuntemos que las primeras actuaciones que se produjeron en el procedimiento fueron las denuncias realizadas por los Agentes de Medio Ambiente de la Consejería, con fechas 19 y 26 de septiembre y 3 de octubre de 1996, en que fueron registradas en la Delegación Provincial en Huelva. Desde esa fecha hasta el acuerdo de iniciación del procedimiento, el 4 de noviembre, la Administración realizó una serie de actuaciones internas tendentes a la comprobación de los hechos denunciados, su trascendencia, toma de fotografías sobre los terrenos, lo que se tradujo en tres informes valorativos complementarios de fecha 30 de octubre de 1996, suscrito por D. Doroteo. Todas estas actuaciones administrativas que mediaron desde la denuncia hasta el acuerdo de iniciación no formaban parte del procedimiento sancionador propiamente dicho, sino que se incardinaban en las llamadas "actuaciones previas" previstas en el artículo 12 del RPS, y fueron realizadas con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurrían circunstancias que justificasen la iniciación del procedimiento sancionador, orientándose a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

Por lo demás, para acabar con nuestro razonamiento sobre el error en el argumento de la recurrente, diremos que no se puede considerar como iniciación la fecha de la denuncia porque el artículo 13 del RPS fija un contenido mínimo al acto administrativo de iniciación del procedimiento sancionador, en el que incluye además de los hechos y la identificación de las personas presuntamente responsables (contenido propio de la denuncia) otros extremos tales como el nombramiento de Instructor y Secretario, la determinación del órgano competente para la Resolución, posibles medidas de carácter provisional y cautelar a adoptar y la indicación de los derechos de defensa de las personas inculpadas, extremos éstos ausentes en los escritos de los Agentes de Medio Ambiente, que sólo contienen la información propia de un escrito de denuncia.

DÉCIMO

Respecto del plazo de finalización, "dies ad quem", la sentencia incurre en un nuevo error, en la interpretación del artículo 43.4 de la LRJPA, en su primitiva redacción de 1992 ---aplicable por razones cronológicas al recurso--- al sumar, al plazo de un año previsto en la normativa autonómica, un nuevo plazo de 30 días. Respecto de este plazo de 30 días, hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 10 de junio de 2009, RC nº 590/2005, que entender que el citado artículo 43.4 añade, al plazo de tramitación y resolución, otro de 30 días hábiles, y que la fecha

resultante de la suma de ambos sería la determinante de la caducidad, no se ajusta ni a la letra ni al espíritu del precepto en cuestión. Por ministerio de la ley, la caducidad de este tipo de procedimientos (esto es, de los "procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos"), se entenderá producida por el simple transcurso del plazo establecido para resolver ("se entenderán caducados", dice de forma expresiva el precepto). Cuestión distinta es la relativa a la declaración de tal caducidad y el consiguiente, y material, "archivo de las actuaciones" administrativas desarrolladas, ya que, según el mismo precepto continúa señalando, tal declaración se producirá "a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada".

A ello no se opone la redacción dada al artículo 20.6 del RP\$ ya que, cuando en el mismo se hace referencia a que "transcurridos seis meses desde la iniciación, ... se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4", debe entenderse interpretando el precepto reglamentario de conformidad con el legal, que se inicia el plazo de 30 días (por ello se requiere que sean hábiles) para que la Administración materialice la caducidad producida por ministerio de la ley; esto es, para que se proceda a emitir una declaración de caducidad así como a archivar las actuaciones. Interpretación que conecta con el párrafo segundo del citado artículo 20.6 del RP\$, que dispone que "transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones".

Y tampoco se puede oponer a ello, añadimos ahora, la propia redacción del epígrafe 2 del artículo único del Decreto autonómico 143/1997, al señalar " Cuando se trate de procedimientos relacionados en el Anexo II de este Decreto iniciados de oficio y no susceptibles de producir efectos favorables para el interesado, se entenderán caducados a solicitud de aquel o de oficio en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo establecido para resolver cada uno de ellos", pues el alcance de este precepto reglamentario autonómico debe interpretarse en el sentido indicado respecto del Reglamento estatal aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en relación al artículo 43.4 de la LRJPA .

UNDÉCIMO

Corolario de cuanto hemos expuesto es que considerando como fecha de inicio del expediente el 4 de noviembre de 1996, el plazo finalizaba el 4 de noviembre de 1997, por lo que a la fecha de adopción del Acuerdo sancionador por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el 25 de noviembre de 1997, el procedimiento había caducado.

Según lo expuesto, procede estimar este tercer motivo de casación, lo que conlleva la consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo (artículo 95.2.d LRJCA) y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en el proceso.

DUODECIMO

Ahora bien, hemos de hacer, llegados a este punto, una precisión relativa al epígrafe 2º del acto recurrido, que contiene la orden de reposición del arbolado.

Nuestro examen sobre esta concreta cuestión comenzará señalando que dicha medida, que se incardina en la restauración de la situación alterada como consecuencia de la tala arbórea efectuada, es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora, pero compatible con la misma, de conformidad con el artículo 130.2 de la LRJPA que señala a tal fin la compatibilidad de las "responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario ...". Compatibilidad que, a nivel constitucional incluso se expresa en el artículo 45.3 de la Constitución Española que dispone que "Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

Esta compatibilidad está prevista específicamente en la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, que en su artículo 89 dispone que "no tendrá la consideración de sanción", entre otras medidas, "las obligaciones que corresponden a los autores o partícipes de las infracciones o responsables subsidiarios en la reparación e indemnización de los daños como consecuencia de los hechos configurados como infracción en la presente Ley".

Por su parte, en el ámbito forestal, la reposición del arbolado como consecuencia de las talas ha sido una consecuencia normal tanto en el supuesto de talas amparadas por licencia como en las realizadas al margen de ella ---talas clandestinas--- como se preveía el artículo 233 del Reglamento de la Ley de Montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero, al disponer: "Las cortas a hecho o de aclareos intensivos en fincas de particulares llevan aparejada la obligación, por parte del dueño, cualquiera que fuere la forma de propiedad o de las servidumbres establecidas de repoblar de arbolado, en el plazo de dos años, el terreno en que aquéllas se realizaron y la de respetar el vedado al pastoreo de las superficies aprovechadas, por el tiempo que, a juicio del Distrito Forestal, sea preciso para evitar que el ejercicio de aquél pueda causar daño al vuelo creado".

El mismo Reglamento señala en su artículo 432 que "los dueños de montes particulares poblados de especies de crecimiento lento que realizaren ... o ...no dieren cuenta de ..., llevasen a cabo ..., variasen ..., o no dejen transcurrir el plazo ..., o que en cualquier caso y especie no respeten las condiciones que se señalen en las autorizaciones ..., pagarán como multa del tanto al triplo del valor de los productos ilícitamente cortados y vendrán obligados, además, a repoblar los terrenos afectados, siéndoles de aplicación en caso de incumplimiento, lo dispuesto en el artículo 438".

En este sentido, pues, la independencia de la sanción de multa y la orden de repoblación en el ámbito forestal se ha declarado por este Tribunal Supremo en SSTS como la de 22 de abril de 1999 (RC nº 4620/1993). En esta sentencia de modo expreso se niega la consideración de la obligación de repoblar como ejercicio de la potestad sancionadora, señalándose que "entiende esta Sala que si bien la obligación de repoblar el suelo forestal tiene un contenido gravoso para el afectado, no puede equipararse en buena técnica jurídica con la sanción impuesta por haberse cometido una infracción administrativa. Así lo ha interpretado en ocasiones anteriores esta Sala en la Sentencia que alega el recurrente de 24 de enero de 1991 (RJ 1991, 336) y en las mencionadas por ella. En consecuencia, si bien como se ha dicho antes debe apreciarse alguna oscuridad en la redacción literal del precepto aplicable del Reglamento de Montes, oscuridad ésta que no es ajena a ciertos defectos de técnica jurídica en que incurrió el autor del Reglamento, esta Sala viene

obligada a la interpretación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas según prescribe el artículo 3.1 del Código Civil".

De conformidad con ello, se llega a la conclusión de que "cabe apreciar asimismo que se trata solo de una obligación aneja a la sanción principal".

Pero aceptado ---legal, reglamentaria y jurisprudencialmente-- que la imposición de obligación de proceder a la repoblación, aun establecida en una resolución con la que se concluye un procedimiento sancionador, no es consecuencia del ejercicio de tal potestad sancionadora, ello, sin embargo, no quiere decir que tal imposición quede al margen de ---o no le afecte--- la corrección jurídica del expediente o procedimiento en el que la misma ha sido impuesta; en consecuencia, en un supuesto como el de autos, en el que hemos declarado la caducidad del procedimiento en el que la obligación de repoblación forestal fue impuesta, la misma ha perdido su soporte procedimental, y, por tanto, también, su validez y eficacia. Esto es, al margen de que tal potestad no cuente con la naturaleza jurídica de potestad sancionadora, sin embargo, la misma, igual que esta potestad, también se ve afectada por la caducidad del procedimiento decretada, y carece de viabilidad jurídica en un marco procedimental que ha concluido de dicha forma, dada su extemporaneidad.

Otro tanto cabe decir del Epígrafe 3º de la Resolución impugnada, relativo a la iniciación del procedimiento para la inscripción de la obligación de repoblación en el Registro de la Propiedad, pues se trata de una medida complementaria, tendente a reforzar la publicidad ante terceros de la obligación de reposición, y se trata de una medida prevista en el artículo 99.3 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, y que está intrínsecamente unida a tal obligación, por lo que por su propia naturaleza igualmente ha de resultar afectada por la caducidad del expediente sancionador, que despliega sus efectos respecto de todos los ámbitos en el mismo decididos.

En definitiva, tal como ya hemos razonado, la caducidad del procedimiento sancionador determina junto a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, la improcedencia de las todas las órdenes que la Administración imponga para llevar a cabo la restitución de las fincas a su situación forestal originaria, así como la inscripción de tal obligación en el Registro de la Propiedad, extremos estos de la Resolución impugnada que debemos igualmente anular.

DECIMO TERCERO

Procede, por todo lo expuesto, estimar el presente recurso de casación y, consiguientemente estimar el recurso contencioso-administrativo anulando en su integridad la Resolución impugnada en la instancia; y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de la citada instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

1º

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil "TRISASUR S. A." (antes "Comercializadora de Fincas S. A.") contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso contencioso-administrativo número 92/1998, que ahora queda anulada y sin efecto.

2º

Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 92/1998 interpuesto ---entonces--- por la entidad mercantil "COMERCIALIZADORA DE FINCAS S. A." contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la JUNTA DE ANDALUCIA, adoptado en su sesión de 25 de noviembre de 1997, la cual anulamos en su integridad.

3º

No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

PARA LA APROBACIÓN O MODIFICACIÓN DE TASAS MUNICIPALES ES PRECISO CONTAR COMO DOCUMENTOS DISTINTOS EL INFORME TÉCNICO FINANCIERO Y LA MEMORIA ECONÓMICA-FINANCIERA ANTES DE LA APROBACIÓN PROVISIONAL. NULIDAD EN CASO CONTRARIO.

La memoria económica-financiera y el informe técnico financiero son documentos distintos que han de formar parte del expediente de establecimiento o modificación de las Ordenanzas Fiscales municipales de tasas con anterioridad a la aprobación provisional, siendo nulo el acuerdo en otro caso.

Asimismo, el TS declara que no constituye error material, y por tanto no puede ser corregido como tal, la ausencia en el acuerdo plenario o en el propio texto de las Ordenanzas la determinación de su entrada en vigor, por lo que la corrección de esta omisión como error material, constituye una operación jurídica, y por tanto nula de pleno derecho, por no seguirse el verdadero procedimiento para su subsanación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN
2ª

SENTENCIA DE 18 MARZO DE 2010

(Recurso de casación número 2278/2004)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

1.- En el Boletín Oficial de Cáceres de fecha 30 de diciembre de 2000 y en su página 16 se publicó Edicto del Alcalde de Jaraíz de la Vera en el que se decía que "adoptado acuerdo definitivo, por el Pleno de este Ayuntamiento, de creación y modificación de Ordenanzas fiscales para el año 2001, en virtud de lo establecido en el artículo 17.4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, se publica texto íntegro de las Ordenanzas creadas y modificadas, no admitiéndose contra las mismas otro recurso que no sea el contencioso-administrativo, que se podrá interponer a partir de esta publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, en la forma y plazo que establecen las normas reguladoras de dicha jurisdicción (artículo 19.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).

2.- En el Boletín Oficial de Cáceres de 23 de enero de 2001, en su página 14, se publicó Edicto del Alcalde de Jaraíz, de fecha 15 de enero de 2001, en el que se decía que: "advertido error en el edicto publicado en el Boletín Oficial de Cáceres, de fecha 30 de diciembre de 2000, número 293, en el que se publica el acuerdo definitivo de creación y modificación de ordenanzas fiscales para el año 2001, se procede a efectuar la siguiente modificación:

En el apartado de "ODENANZAS MODIFICADAS" se debe incluir en todas y cada una de ellas una disposición final con el siguiente contenido:

DISPOSICIÓN FINAL

La presente ordenanza fiscal, cuya redacción ha sido aprobada por el pleno de la corporación, en sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2000, entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y será de aplicación a partir de 1 de enero de 2001, permaneciendo en vigor hasta su modificación o derogación expresas".

SEGUNDO

Contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Jaraíz mediante el que se aprueba la creación y modificación de Ordenanzas Fiscales para el año 2001, y contra la corrección de errores de dicho acuerdo, la Federación Empresarial Cacereña promovió recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que fue resuelto por sentencia núm. 1692/2003, de 18 de diciembre de 2003, cuyo fallo era del siguiente tenor literal:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^{ña} Maria Victoria Merino Rivero, en nombre y representación de la Federación Empresarial Cacereña, contra el acuerdo del Excelentísimo Ayuntamiento de Jaraíz de la Vera mediante el que se aprueba la creación y modificación de Ordenanzas Fiscales para el año 2001, publicado en el BOP de Cáceres de 30 de diciembre de 2000 y contra la corrección de errores de dicho acuerdo publicada en el BOP de Cáceres el 23 de enero de 2001, por el que se aclaraba que todas las ordenanzas aprobadas entraban en vigor el 1 de enero de 2001, por haber incurrido en nulidad de pleno derecho, dado que no se han observado los trámites procedimentales establecidos para la adopción y publicación de las ordenanzas aprobadas; sin imposición de costas".

TERCERO

Contra la citada sentencia el Ayuntamiento de Jaraíz de la Vera preparó ante el Tribunal "a quo" el presente recurso de casación que, una vez tenido por preparado en Auto de 13 de febrero del 2004, fue interpuesto en plazo ante esta Sala, desarrollándose después, procesalmente, conforme a las prescripciones legales.

Planteada la inadmisión del recurso por carecer manifiestamente de fundamento al no cumplir el escrito de interposición las exigencias prevenidas en el art. 92.1 de la L.J.C.A., la Sección Primera de esta Sala dictó Auto de 9 de febrero de 2006, en el que acuerda declarar la admisión del recurso.

La Sección Primera no apreció la concurrencia de la causa de inadmisión del recurso porque "si bien es cierto que la parte recurrente no cita en el escrito de interposición -tal y como exige el artículo 92.1 de la LJCA - el motivo o motivos en los que ampara las infracciones normativas que denuncia, éstas se corresponden exactamente con las anunciadas en el escrito de preparación respecto de las cuales se realiza una justificación adecuada de su relevancia para el fallo dictado, carga procesal que el artículo 89.2 únicamente exige respecto de los motivos a formalizar al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, lo que unido a la suficiente explicación ofrecida de las infracciones denunciadas en el escrito de interposición, justifica la admisión a trámite del presente recurso".

Remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda, se dio traslado de las actuaciones a la Federación Empresarial Cacereña para que formalizase el escrito de

oposición, tras lo cual se señaló por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 17 de marzo de 2010, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La argumentación que ofrece la sentencia recurrida para declarar la nulidad de pleno derecho de las Ordenanzas aprobadas por el Ayuntamiento de Jaraíz de la Vera es la siguiente:

Comenzando por lo relativo a la rectificación de errores, hay que decir que la propia Administración, en su contestación a la demanda, viene a dar la razón, parcialmente, a la recurrente desde el momento en que reconoce **que no aparece en el texto de las Ordenanzas modificadas ni en el acuerdo plenario la citada vigencia para todas ellas; sí contienen, en cambio, esa vigencia alguna de ellas. Ello significa, que solo podrían entrar en vigor el 1 de enero de 2001 las Ordenanzas que contienen esa previsión expresa; la entrada en vigor de las demás, se producirá a los veinte días de su publicación. Como quiera que la rectificación de errores no es tal, sino una modificación del acuerdo plenario, sin base alguna y obviando totalmente el procedimiento para hacerlo, habremos de concluir que esa rectificación es nula de pleno derecho.**

Por otra parte, y entrando a conocer ya, específicamente, del acuerdo del 30 de diciembre de 2000 hay que indicar, en primer lugar, que se refiere a diversas tasas (por prestación del servicio de vertedero municipal de restos de obras, por documentos que expida o autorice la Administración local, por prestación de servicios urbanísticos, por alcantarillado...) y al Impuesto sobre el valor de los terrenos de naturaleza urbana. Pues bien, le asiste la razón a la recurrente cuando aduce la nulidad radical de lo aprobado el día 30 de diciembre de 2000, y, en consecuencia, de las Ordenanzas aprobadas, toda vez que en la adopción de ese acuerdo se omitieron trámites procedimentales esenciales establecidos legalmente para este tipo de disposiciones generales.

La Ley Reguladora de las Haciendas Locales se refiere específicamente a la aprobación de las Ordenanzas Tributarias Locales en sus arts. 15 y siguientes, estableciendo que las mismas, bien en su aprobación o modificación de las ya vigentes, requieren un preceptivo «acuerdo provisional» del Pleno de la Corporación respectiva en el que, cuando se trate de una modificación, se contenga la «nueva redacción de las normas afectadas y las fechas de su aprobación y del comienzo de su aplicación». Ese acuerdo provisional habrá necesariamente de exponerse en el tablón de anuncios del Ayuntamiento por un plazo mínimo de treinta días, debiendo también publicarse, en el Boletín Oficial de la Provincia, con el fin de que los interesados puedan examinar el expediente y presentar, en su caso, reclamaciones. Una vez transcurrido el citado plazo se procederá a la aprobación definitiva. En el caso de que no hubiera reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario. **Específicamente, por lo que se refiere a las Ordenanzas relativas a las tasas hay que decir que entre los documentos que han de tenerse en**

cuenta, de manera inexcusable, se halla la memoria económico-financiera.

Obra en auto; tal memoria, pero sucede que lleva fecha 21 de diciembre de 2000 (pág. 245 y ss. del expediente), y para entonces ya se había producido la aprobación provisional, y ello no es conforme a derecho; la omisión de ese trámite es esencial y no somos de la opinión de que su elaboración antes de la aprobación definitiva subsane esa omisión, puesto que se ha desvirtuado el trámite legalmente previsto para que el Pleno municipal adopte la decisión más adecuada teniendo a la vista todos los documentos de carácter técnico preceptivamente previstos. La voluntad de la ley es que esa memoria económico-financiera está elaborada antes de la aprobación inicial; téngase en cuenta que la propia Ley Reguladora de las Haciendas Locales prevé que si no hay reclamaciones durante el periodo de exposición pública de los acuerdos provisionales éstos se convierten en definitivos, sin necesidad de un nuevo acuerdo plenario, por lo que bien podría ocurrir que se eleven a definitivos unos acuerdos provisionales adoptados sin tener presente la memoria económico-financiera.

Ante esa eventualidad, interpretamos que es voluntad del legislador que, en todo caso, la memoria económico-financiera esté elaborada antes de que el Pleno apruebe provisionalmente las Ordenanzas. Pero es que además, las Ordenanzas se remitieron para su publicación en el BOP antes del día 30 de diciembre de 2000, es decir, antes de su aprobación de tal manera que el BOP en el que se publican lleva fecha del mismo día en que se reúne - y las aprueba- el Pleno Municipal (Fundamento de Derecho Segundo).

SEGUNDO

Dice el Ayuntamiento recurrente que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 92.1 de la LJCA se expresan a continuación los motivos en que de funda el recurso, citándose las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que se consideran infringidas.

1.- La Sentencia recurrida infringe el artículo 25 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, en virtud del cual en los expedientes administrativos de modificación de ordenanzas fiscales, antes del acuerdo de aprobación provisional, debe obrar un informe técnico-económico (el cual obra en el expediente administrativo antes de la aprobación provisional, folios 17 a 26, bajo esta denominación, así como una "memoria técnico económica", folios 28 a 31), y no, como determina la Sentencia, una "memoria económico-financiera.

2.- La Sentencia, en su fundamento segundo, vulnera el artículo 59.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto parece desconocer la facultad de la Administración de utilizar medios telemáticos en la práctica de notificaciones y por ende, la posibilidad remitir al B.O.P. acuerdos adoptados el mismo día de su recepción.

3.- La Sentencia infringe el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto no ha tenido presente que cabe la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, que puedan existir en el acuerdo definitivo de aprobación del expediente de modificación de Ordenanzas Fiscales, en relación con la

omisión, en algunas Ordenanzas, de la fecha de entrada en vigor. En el mismo sentido se vulnera el artículo 7.4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, que establece regla general de vigencia para toda Ordenanza fiscal, al determinar " que no entran en vigor hasta el día siguiente de terminar la publicación del texto íntegro".

4.- La sentencia infringe, al no tenerlos en cuenta en su aplicación, los artículos 66 y 64 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con la transmisibilidad y conservación de los actos administrativos, que integran el expediente de preparación, instrucción y resolución del de su razón y/o de la consideración como vicio "importante" de un estudio técnico- económico, cuando obra con anterioridad un informe técnico-económico y una memoria técnico-económico, preceptivas.

TERCERO

Por lo que se refiere al primer motivo en que el Ayuntamiento funda su recurso, débese recordar que el artículo 25 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (LHL), en la redacción que le dio el art. 66 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las Tasas estatales y locales y de la reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público (B.O.E., 14 de julio), establecía que "los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se pondrá de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquéllos, respectivamente".

Hay que advertir que el recurrente confunde los "informes técnico-económicos" a que hace referencia el art. 25 de la LHL con la "memoria económica financiera" del art. 20 de la Ley de Tasas y Precios Públicos hasta el punto de considerar que la ausencia de esta memoria determina la nulidad de la tasa aprobada.

Ante esa confusión en que incurre el recurrente vaya por delante que tanto el "informe técnico-económico" como la "memoria económico financiera" son documentos que tienen contenido análogo, que se vienen a exigir como garantía para el administrado ya que a la vista de los mismos es como puede determinarse si el Ayuntamiento ha fijado el importe de las tasas conforme a Derecho.

Y la jurisprudencia de esta Sala, por entender sin duda que el contenido de ambos documentos es idéntico, hace referencia de forma indistinta tanto a la "memoria económico-financiera" como a los "informes técnico-económicos". Así, la sentencia de 10 de febrero de 2003 se refiere a... "los Informes o Memoria Económica-Financiera, que deberán estar a disposición de los vecinos para que puedan justificar sus eventuales reclamaciones...". También la sentencia de 1 de julio de 2003 considera que tanto el estudio "técnico-económico" como la "memoria económico-financiera" deben ser considerados como los "informes técnicos económicos" a que se refiere el art. 25 de la LHL.

En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida se refiere a la "memoria económico-financiera" como uno de los documentos que han de tenerse en cuenta, de manera inexcusable, para poder proceder a la aprobación provisional de las Ordenanzas relativas a las tasas.

Por lo demás, coincidimos con el criterio de la sentencia recurrida de que **para la aprobación o modificación de las Ordenanzas Tributarias Locales hace falta, en primer lugar, un "acuerdo provisional" del Pleno de la Corporación y entre los documentos que han de tenerse en cuenta, de manera inexcusable, para poder aprobar provisionalmente las Ordenanzas relativas a las tasas se halla la memoria económica financiera. No puede adoptarse el acuerdo provisional del Pleno de la Corporación sin tener a la vista todos los documentos de carácter técnico preceptivamente previstos.** El espíritu de la LHL en este punto es que la memoria económico-financiera ha de estar elaborada antes de que el Pleno municipal apruebe, de manera provisional, las Ordenanzas. Téngase en cuenta, como advierte oportunamente la sentencia recurrida, que la LHL prevé que si no hay reclamaciones durante el periodo de exposición pública de los acuerdos provisionales éstos se convierten en definitivos, sin necesidad de un nuevo acuerdo plenario de aprobación definitiva, por lo que bien pudiera suceder que se eleven a definitivos unos acuerdos provisionales adoptados sin haber tenido en cuenta una memoria económico-financiera.

Si en el caso que nos ocupa obra en el expediente memoria económico-financiera de fecha 21 de diciembre de 2000, pero para esa fecha ya se había producido la aprobación provisional de las Ordenanzas relativas a las tasas, es claro que se aprobaron con carácter provisional sin tener presente la memoria económica financiera.

Es de recordar, finalmente, que el artículo 20 de la Ley 8/1989 habla de la "Memoria económico-financiera" y establece que "1.Toda propuesta de establecimiento de una nueva tasa o de modificación específica de las cuantías de una preexistente deberá incluir, entre los antecedentes y estudios previos para su elaboración, una memoria económico-financiera sobre el coste o valor del recurso o actividad de que se trate y sobre la justificación de la cuantía de la tasa propuesta.

La falta de este requisito determinará la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que determinen las cuantías de las tasas".

Por dicho motivo decae el motivo primero del recurso de casación, por cuanto que legalmente viene reconocida la necesidad de incluir en los estudios previos para la elaboración de la Ordenanza Fiscal que desee establecer o modificar una Tasa, una Memoria Económico-Financiera.

CUARTO

En el segundo motivo en que se funda el recurso, el recurrente dice que la sentencia parece desconocer el artículo 59.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que permite a la Administración utilizar medios telemáticos en la práctica de notificaciones y, por ende, la posibilidad de remitir al Boletín Oficial de la Provincia acuerdos adoptados el mismo día de su recepción.

Si se lee el apartado 3 del art. 59 de la Ley 30/1992 (apartado derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos), se advierte que nada tiene que ver el contenido del precepto con el sentido que quiere dar a su argumento el recurrente. En efecto, el art. 59.3 permitía la práctica de la notificación a los interesados en un acto administrativo utilizando medios telemáticos siempre que el interesado hubiera señalado ese medio

como preferente o consentido expresamente su utilización. La notificación se entenderá practicada en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Como bien puede verse por lo que se deja dicho, el precepto alegado por el recurrente nada tiene que ver con el sentido que quiere dársele al argumento para querer explicar lo que no admite explicación: que en el mismo momento de aprobarse en el Pleno municipal las Ordenanzas, ya estuvieran las mismas publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia; y es que, como pone de evidencia la sentencia recurrida, las Ordenanzas se remitieron para su publicación en el B.O.P. antes del día 30 de diciembre de 2000, o sea, antes de su aprobación por el Pleno de la Corporación municipal, de tal manera que el B.O.P. en el que se publican lleva fecha del mismo día en que se reúne -y las aprueba- el Pleno Municipal.

Es más, arguye la parte recurrente en la instancia que el Alcalde del Ayuntamiento de Jaraíz, aun habiendo convocado el pleno extraordinario para la aprobación de las Ordenanzas Fiscales para el día 30 de diciembre de 2000 y estando por tanto aún pendientes de resolver las alegaciones presentadas por la Federación Empresarial Cacereña, envió los acuerdos para su publicación en el BOP con fecha 29 de diciembre de 2000. Es decir, que cuando se estaban debatiendo los acuerdos y examinando las alegaciones, ya se habían publicado las Ordenanzas municipales, violando con ello las fundamentales normas de procedimiento establecidas a estos efectos e incurriendo, en consecuencia, en causa de nulidad de pleno derecho.

QUINTO

En el tercer motivo en que el Ayuntamiento recurrente funda su recurso, se alega infracción del artículo 105.2 de la Ley 30/1992 por no haber tenido presente que cabe la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, que puedan existir en el acuerdo definitivo de aprobación del expediente de modificación de Ordenanzas Fiscales, en relación con la omisión, en algunas Ordenanzas, de la fecha de entrada en vigor.

Hay que empezar por decir que la rectificación de errores remitida por el Ayuntamiento de Jaraíz al BOP el día 17 de enero de 2001, y publicada en el mismo el día 23 de enero, consistente en una rectificación de las ordenanzas que persigue que todas ellas entren en vigor con fecha 1 de enero de 2001, ni fue propuesta, ni debatida, ni aprobada por el Pleno del Ayuntamiento.

Por otra parte, es de señalar que el propio Ayuntamiento de Jaraíz reconoce en su escrito de contestación a la demanda que no aparece en el texto de las Ordenanzas modificadas ni en el acuerdo del Pleno Municipal la vigencia para todas, sino sólo para algunas de ellas, en concreto la Ordenanza 19 (vertedero municipal), 20 (Documentos expedidos por la Corporación local), 21 (servicios urbanísticos) y la de Precio Público por la publicidad en Radio Jaraíz. De ello se deduce, como dice la sentencia recurrida con toda lógica, que sólo podrían entrar en vigor el 1 de enero de 2001 las Ordenanzas que contenían esa previsión expresa; la entrada en vigor de las demás se produciría a los veinte días de su publicación.

Bien se ve que la pretendida rectificación de errores no era tal sino más bien una modificación del acuerdo del Pleno Municipal, obviando el procedimiento para hacerlo, por lo que la rectificación era nula de pleno derecho.

La posibilidad legal de rectificar de plano los errores materiales o de hecho en que haya podido incurrir una decisión administrativa debe

ceñirse a los supuestos en que el propio acto administrativo revele una equivocación evidente por sí misma y manifiesta en el contenido del acto susceptible de rectificación, sin que pueda utilizarse cuando hayan de efectuarse apreciaciones de concepto que impliquen un juicio valorativo; en definitiva, este procedimiento únicamente es admisible para la corrección material de una palpable equivocación padecida pero no para rectificar declaraciones conceptuales de inequívoco carácter jurídico, estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiera a cuestiones de Derecho, apreciación de la trascendencia o alcance de hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones jurídicas que puedan establecerse.

SEXTO

Finalmente, la denuncia por el Ayuntamiento recurrente de que la sentencia infringe, al no tenerlo en cuenta en su aplicación, los artículos 64 (transmisibilidad) y 66 (conservación de actos y trámites) de la Ley 30/1992 no puede ser admitida. Es tal el número y entidad de infracciones al procedimiento establecido para la elaboración o modificación de las Ordenanzas Fiscales que sólo puede hablarse de haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido al efecto (art. 62 e) de la Ley 30/1992), y en consecuencia de la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Ayuntamiento de Jaraíz de la Vera mediante el que se aprobó la creación y modificación de ordenanzas fiscales para el año 2001, publicado en el BOP de Cáceres el 30 de diciembre de 2000, y de la corrección de errores de dicho acuerdo publicada en el BOP de Cáceres el 23 de enero de 2001.

SEPTIMO

Visto lo que antecede, procede desestimar el recurso de casación interpuesto, debiendo imponerse las costas causadas a la parte recurrente, sin que el importe de los honorarios del Letrado de la parte recurrida exceda de los 3.000 euros.

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución;

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Jaraíz de la Vera contra la sentencia de la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictada el 18 de diciembre de 2003 en el recurso núm. 335/2001, con imposición de costas a la parte recurrente sin que los honorarios del Letrado de la parte recurrida excedan del límite indicado en el último de los Fundamentos de Derecho.

**REVERSIÓN DE BIENES EXPROPIADOS.MODIFICACIÓN DEL
ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA, SEGÚN EL CUAL
NO PROCEDERÁ LA REVERSIÓN CUANDO LOS BIENES EXPROPIADOS
HUBIEREN ESTADO DESTINADOS A LA FINALIDAD EXPROPIATORIA
DURANTE DIEZ AÑOS. DERECHO TRANSITORIO.**

La disposición adicional 5ª de la Ley de Ordenación de la edificación modifica el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, según la cual, no procede la reversión cuando los bienes expropiados hubieran estado destinados, como mínimo, diez años a la finalidad que provocó la expropiación.

La disposición transitoria 2ª de la LOE, dispone que "Lo establecido en la Disposición Adicional 5ª no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión."

En el caso resuelto por el TS, los interesados solicitaron, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE la reversión de unos determinados terrenos, solicitud que fue desestimada en sede judicial porque a la fecha de la solicitud, si bien los terrenos habían dejado de ser utilizados para la finalidad que motivó la expropiación, la Administración no había procedido a la desafectación forma. Producida ésta, ya bajo la vigencia de la LOE, vuelven los interesados a solicitar la desafectación, que es desestimada por el TS, en la sentencia que comentamos, porque a tal solicitud ya le era de aplicación la nueva redacción del artículo 54 de la LEF, pues los terrenos habían estado más de diez años destinados a la finalidad expropiatoria.

Sin embargo en la sentencia hay dos votos particulares que disienten de esta interpretación, pues con la primera solicitud ya se produjo la solicitud de la reversión, solicitud que se hizo con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, como se ha dicho, y resulta, según estos magistrados, que la dicción de la disposición adicional 5ª tiene carácter sustantivo, no procedimental, por lo que habría que haber entendido que la solicitud de la reversión de los bienes se produce con dicha solicitud, por lo que no le sería de aplicación la LOE, con lo que habría que haber estado a la dicción anterior a la modificación del artículo 54 de la LEF por la LOE.

**TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN
6ª.**

SENTENCIA DE 23 MARZO DE 2010

(Recurso de casación número 5367/2006)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"FALLAMOS.- Declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Luis Gutiérrez Lozano, en nombre y

representación de DOÑA Teodora y los hermanos DOÑA Candelaria , DON Florián , DOÑA Josefa Y DOÑA Santiago contra la resolución del Ministerio de Defensa mencionada en el primer fundamento; sin hacer expresa condena en cuanto a las costas procesales" (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de doña Teodora y de doña Candelaria , don Florián , doña Josefa y doña Santiago contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 19 de septiembre de 2006.

SEGUNDO

El asunto tiene su origen en 1950, cuando al causante de los recurrentes le fue expropiado un terreno situado en Badajoz para la construcción del Campo de Tiro Sancha Brava. Con fecha 17 de diciembre de 1998, tras observar que dicha instalación estaba siendo abandonada por el Ejército, los recurrentes presentaron solicitud de reversión. Al no recibir respuesta, reiteraron su solicitud el 9 de marzo de 2000. La solicitud de reversión fue denegada por resolución del Director General de Infraestructura de 25 de abril de 2000, confirmada en alzada por resolución del Ministro de Defensa de 4 de agosto de 2000. La razón en que se basó la denegación fue que la solicitud de reversión debía considerarse prematura, por no haberse producido aún la desafectación formal del terreno expropiado. Ya en vía jurisdiccional, la denegación de reversión fue confirmada por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2003. Por lo demás, a esta Sala le consta que dicha sentencia fue objeto de recurso de casación, desestimado por sentencia de 7 de marzo de 2007, que confirmó el carácter prematuro de la solicitud de reversión.

Con fecha 16 de septiembre de 2003 -es decir, poco más de dos meses después de que la denegación de la solicitud de reversión fuera confirmada por el órgano judicial de instancia- formularon los recurrentes una nueva solicitud de reversión. Esta fue denegada por resolución del Director General de Infraestructuras de 12 de noviembre de 2003, confirmada en alzada por resolución del Ministro de Defensa de 1 de marzo de 2004. La razón en que se basó esta denegación fue que, habiéndose producido la desafectación formal el 26 de abril de 2001, el terreno expropiado había estado más de diez años destinado al fin que justificó la expropiación y, por ello, de acuerdo con la nueva redacción dada al art. 54 LEF por la disposición adicional 5ª de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, los recurrentes no tenían derecho a la reversión solicitada. Disconformes con ello, acudieron los recurrentes a la vía jurisdiccional, invocando entre otras cosas, vulneración por la Administración del principio de buena fe proclamado en el art. 3 LRJ-PAC; y ello porque, tras haber denegado la primera solicitud por prematura, la Administración deniega la segunda aplicando una norma legal que no estaba en vigor cuando se iniciaron los trámites necesarios para obtener la reversión del terreno expropiado.

La sentencia ahora impugnada inadmite el recurso contencioso-administrativo por entender que había litispendencia. Afirma que este recurso contencioso-administrativo es idéntico al resuelto por la arriba citada sentencia de la

Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2003, confirmatoria de la denegación de la primera solicitud de reversión, contra la cual se había dirigido un recurso de casación aún no resuelto. Conviene señalar que el Abogado del Estado, en la contestación a la demanda, había pedido la inadmisión por cosa juzgada, no por litispendencia. Los recurrentes observaron que, sin necesidad de examinar si entre el primer proceso y el actual se daban las identidades propias de la cosa juzgada, ésta no podía existir ya que la sentencia de 11 de julio de 2003 no era aún firme. No obstante, el tribunal a quo sostiene que, si no cosa juzgada, en todo caso hay litispendencia, que está prevista como causa de inadmisión en el mismo art. 69.c) LJCA que la cosa juzgada y puede ser apreciada de oficio.

TERCERO

Se basa este recurso de casación en tres motivos. En el motivo primero, formulado al amparo de la letra c) del art. 88.1 LJCA, se alega incongruencia y falta de motivación, sosteniéndose que la litispendencia no fue alegada por el Abogado del Estado. En los motivos segundo y tercero, formulados al amparo de la letra d) del art. 88.1 LJCA, se alega infracción de los arts. 69 LJCA y 222 LEC y de la relativa jurisprudencia, por entender que entre el primer recurso contencioso-administrativo y el actual no existe identidad de objeto y, por consiguiente, no cabe hablar de litispendencia.

CUARTO

No cabe ninguna duda que los tres motivos en que se apoya este recurso de casación deben ser acogidos. La sentencia impugnada peca efectivamente de incongruencia no sólo por apreciar una litispendencia que no había sido alegada en la contestación a la demanda, sino también por tratarse de una cuestión completamente ajena al acto administrativo impugnado. Téngase en cuenta que éste denegó la segunda solicitud de reversión en aplicación de la nueva redacción del art. 54 LEF, no por considerarla idéntica a la primera. Así las cosas, al apreciar litispendencia, el tribunal a quo decide el litigio sobre la base de un argumento ajeno al objeto del debate.

Y es igualmente que entre los dos recursos contencioso-administrativos no hay identidad de objeto: el primero se refiere a la resolución del Ministro de Defensa de 4 de agosto de 2000, que deniega la solicitud de reversión por prematura; y el segundo se refiere a la resolución del Ministro de Defensa de 1 de marzo de 2004, que deniega la solicitud de reversión por transcurso del plazo de diez años previsto en la nueva redacción del art. 54 LEF. Aunque la pretensión de fondo sea la misma, se trata de dos actos administrativos distintos y basados en razones diferentes, por lo que no existe la identidad exigida para poder hablar de litispendencia.

Por todo lo expuesto, procede estimar los tres motivos formulados por los recurrentes y, en consecuencia, casar la sentencia impugnada.

QUINTO

De conformidad con el art. 95 LJCA, la anulación de la sentencia impugnada lleva a deber ahora resolver el fondo del litigio en los términos en que quedó planteado en la instancia. A la vista de todo lo dicho anteriormente, todo el tema de debate estriba en si la Administración, que ya denegó una primera solicitud de reversión porque no se había producido aún la desafectación formal, puede, cuando esta desafectación formal ya se ha producido, denegar una segunda solicitud

de reversión porque entretanto ha habido una reforma del art. 54 LEF que establece un límite temporal al derecho de reversión.

Para afrontar adecuadamente esta cuestión, es preciso tener presente la disposición transitoria 2ª de la Ley de Ordenación de la Edificación: "Lo establecido en la Disposición Adicional 5ª no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión." Esta es la norma de derecho transitorio aplicable a la nueva redacción del art. 54 LEF, según la cual no hay derecho de reversión cuando el bien expropiado haya sido destinado durante más de diez años al fin que justificó la expropiación. Pues bien, la solicitud de reversión cuya denegación da lugar al presente proceso es de 16 de septiembre de 2003, por tanto, posterior a la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 54 LEF. Ello significa que, cuando presentaron dicha solicitud, los recurrentes ya no tenían derecho de reversión, como consecuencia de la reforma de dicho instituto operada por la Ley de Ordenación de la Edificación.

No es ocioso añadir que esta conclusión no se ve enervada por el hecho de que los recurrentes hubieran presentado anteriormente otra solicitud de reversión, que fue denegada por reputarse prematura: se trataba de una solicitud diferente, basada en unas circunstancias distintas -no se había aún acordado la desafectación formal del terreno expropiado- y se trataba, sobre todo, de una solicitud que había dado lugar a un procedimiento administrativo ya concluido mediante resolución del Ministro de Defensa de 4 de agosto de 2000, que fue confirmada por sentencia de la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2003 y después en casación por sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2007, en la que se recogen las apreciaciones de la instancia en el sentido de que a la fecha de aquella solicitud de reversión no se había producido la desafectación en forma expresa ni de manera tácita pues los locales no habían sido abandonados por las tropas, falta de desafectación que se refleja en los propios escritos de la parte, según se recoge en dicha sentencia. Así las cosas, no puede decirse que exista continuidad entre las dos solicitudes de reversión o que una sea prolongación de la otra, a fin de argumentar que los cambios normativos intervenidos entre una y otra no son aplicables, pues aquella solicitud inicial no encuentra amparo en el ordenamiento jurídico y así ha sido declarado por las referidas sentencias, que la consideran ilegal por prematura, es decir, por no darse la condición básica para el nacimiento del derecho cuya efectividad se solicitaba, cual es la desafectación ni siquiera tácita de los terrenos en cuestión al fin que determinó su expropiación, debiendo regirse la solicitud posterior objeto de este recurso por la nueva normativa, que determina la denegación de la reversión por las razones antes señaladas. Y tampoco hay razones para afirmar que la Administración haya actuado de mala fe: ciertamente el establecimiento de un límite temporal al derecho de reversión le ha favorecido, en el sentido de que esta reforma legislativa le ha permitido rechazar la reversión pretendida por los recurrentes; pero no hay prueba de que la Administración haya demorado deliberadamente la adopción del acto de

desafectación expresa del terreno expropiado, con el propósito de ganar tiempo hasta que la Ley de Ordenación de la Edificación fuera aprobada y entrase en vigor.

Por todo ello, procede desestimar este recurso contencioso-administrativo y confirmar las resoluciones del Director General de Infraestructuras de 12 de noviembre de 2003 y del Ministro de Defensa de 1 de marzo de 2004.

SEXTO

Con arreglo al art. 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas de este recurso de casación y, con respecto a las costas de la instancia, no se aprecia temeridad o mala fe que justifiquen una condena al pago de las mismas.

FALLAMOS

PRIMERO

Ha lugar al presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Teodora y de doña Candelaria, don Florián, doña Josefa y doña Santiago contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 19 de septiembre de 2006, que casamos.

SEGUNDO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Teodora y de doña Candelaria, don Florián, doña Josefa y doña Santiago contra las resoluciones del Director General de Infraestructuras de 12 de noviembre de 2003 y del Ministro de Defensa de 1 de marzo de 2004.

TERCERO

No hacemos imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR, QUE AL AMPARO DEL ART. 260 DEL LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, FORMULA EL MAGISTRADO DON Luis Maria Díez-Picazo Giménez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 5367/2006, AL QUE SE ADHIERE D. Jose Manuel Sieira Miguez

Con el máximo respeto hacia el parecer mayoritario, formulo este voto particular de conformidad con lo previsto por el art. 260 LOPJ. Mi discrepancia no se refiere a la estimación de los motivos del recurso de casación, que comparto plenamente, sino que concierne tan sólo a la decisión adoptada sobre el fondo del litigio.

En efecto, a mi juicio, el nuevo límite temporal del derecho de reversión establecido por la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de

noviembre de 1999 no era aplicable a los recurrentes. La disposición transitoria 2ª de ese texto legal dice que la nueva redacción del art. 54 LEF, en virtud de la cual no hay derecho de reversión cuando el bien expropiado ha estado durante más de diez años destinado al fin que justificó la expropiación, "no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión". Obsérvese bien que no habla de expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley, sino significativamente de bienes cuya reversión se hubiera pedido antes de ese momento. Tal vez se trate de una mera licencia estilística y la voluntad del legislador fuera, en todo caso, excluir del nuevo régimen jurídico del derecho de reversión sólo aquellos expedientes administrativos ya iniciados cuando entró en vigor la nueva ley. Pero, sea cual fuere la voluntad del legislador, es indiscutible que literalmente el criterio de derecho transitorio empleado por la Ley de Ordenación de la Edificación no es el de los expedientes o procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, sino el de los bienes cuya reversión estuviera solicitada en ese momento. Este dato es de crucial importancia, por dos razones.

En primer lugar, porque la expresión "bienes sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión" es lo suficientemente amplia como para abarcar casos como el presente, en que dos solicitudes de reversión sobre un mismo bien se solapan en el tiempo: la segunda se presenta inmediatamente después de que la denegación de la primera es confirmada por el órgano judicial de instancia, contra cuya sentencia además se ha interpuesto recurso de casación. No hay solución de continuidad entre una solicitud y otra o, por decirlo con mayor precisión, se está en presencia de una única situación litigiosa -hay unas mismas partes y una misma pretensión- que no estaba definitivamente resuelta cuando intervino la reforma de 1999 del derecho de reversión. Más aún, los recurrentes nunca se aquietaron: habiendo iniciado los trámites necesarios para obtener la reversión con anterioridad a la nueva ley, no dejaron que la denegación de su primera solicitud adquiriera firmeza sin antes presentar una nueva solicitud, a la que ya no cabía reprochar el carácter prematuro determinante de la desestimación de la primera solicitud. En estas circunstancias, y dado además que es buen canon hermenéutico interpretar restrictivamente las normas limitativas de derechos, creo que los recurrentes tenían derecho a la reversión solicitada.

En segundo lugar, en conexión con cuanto se acaba de exponer, no hay que olvidar que el criterio de derecho transitorio adoptado por la Ley de Ordenación de la Edificación no es procedimental, sino sustantivo. No se refiere a los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley, sino a los bienes cuya reversión estuviese solicitada en ese momento. Lo decisivo, así, no es si el procedimiento administrativo a que

dio lugar la primera solicitud de los recurrentes había ya concluido cuando entró en vigor el límite temporal del derecho de reversión, sino si en ese momento había un bien cuya reversión se pretendía. La respuesta a este último interrogante es indudablemente afirmativa, lo que constituye un argumento adicional para considerar que habría debido estimarse la demanda de los recurrentes.

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional

EFFECTOS DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUELO URBANO CONSOLIDADO Y NO CONSOLIDADO POR LA URBANIZACIÓN.

La sentencia que comentamos analiza las posiciones y fluctuaciones jurisprudenciales sobre el alcance de la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado por la urbanización.

La primera corriente jurisprudencial considera que la mera circunstancia de haberse levantado edificaciones sobre unos terrenos no excluye la posibilidad de que sean incluidos en todo o en parte en suelo urbano no consolidado para acometer una nueva operación integral de ordenación urbanística y de urbanización.

Y la segunda considera que aunque se puede actuar sistemáticamente en suelo urbano por unidades de actuación y a cargo de los propietarios, no procede exigir a los que ya cedieron y costearon la urbanización costear mejora y reformas sucesivas a modo de urbanización inacabable. Esta obligación deberá imponerse en este caso a los propietarios de terrenos de suelo urbano consolidado que todavía no cuenten con servicios urbanísticos, y que sólo sean considerados suelo urbano por encontrarse en áreas consolidadas, pero esta obligación no puede imponerse a aquellos propietarios de suelo urbano que cuenten con todos los servicios.

La sentencia se adscribe, en el caso que enjuicia, a la segunda corriente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 5ª.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2010

(Recurso de casación número 1382/2006)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se ha seguido el recurso contencioso administrativo número 5428/2002, interpuesto por la parte ahora recurrida contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo, de 29 de julio de 2002, que aprobó definitivamente la modificación puntual nº 23 del Plan General de Ordenación Urbana, referido al ámbito "Peri IV-01 San Roque".

SEGUNDO

La Sentencia impugnada acuerda en el fallo lo siguiente:

“Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Isidora contra el Acuerdo de 29-7-02 del Ayuntamiento de Vigo por el que se aprobó definitivamente la modificación puntual N^o 23 del PGOU referido al ámbito "Peri IV-01 San Roque", y anulamos dicho acto, por ser contrario a derecho, en cuanto califica como suelo urbano no consolidado el solar N^o X de la CALLE Y, y declaramos que

debe ser calificado como suelo urbano consolidado. No se hace imposición de las costas del recurso" (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La sentencia impugnada en la presente casación estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo, de 29 de julio de 2002, que aprobó definitivamente la modificación puntual nº 23 del Plan General de Ordenación Urbana, referido al ámbito "Peri IV-01 San Roque".

La parte recurrente cuestionaba, en el recurso contencioso administrativo, la legalidad de la calificación como suelo urbano no consolidado de su inmueble sito en la C/ CALLE Y, en Vigo, pues, a su juicio, le correspondía la calificación de suelo urbano consolidado, al reunir todos los requisitos que la Ley 6/1998, 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y la Ley 1/1997, del Suelo de Galicia establecen. Y la Sala de instancia consideró que efectivamente la calificación establecida en la modificación del planeamiento impugnada no resultaba conforme a Derecho, al tratarse de suelo urbano consolidado.

Merece la pena transcribir las razones por las que la sentencia recurrida anula la calificación del terreno de la recurrente como suelo urbano no consolidado. Señala, en el fundamento de derecho cuarto que "Lo primero que hay que decir al respecto es que no cabe invocar una normativa, como la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, que no estaba en vigor cuando se tomó el acuerdo recurrido. La que sí lo estaba definía el suelo urbano no consolidado como aquél que tenía que someterse a un proceso de ejecución integral (artículo 65.2 de la Ley del Suelo de Galicia). En la exposición de Motivos de esta Ley se explica que el suelo urbano consolidado es aquél que en el que se culminó el proceso de conversión en urbano, aunque no se hubiese edificado, que normalmente tendrá la calificación jurídica de solar, aunque no cabe excluir de esa categoría a las parcelas en las que se precise alguna obra parcial de urbanización para alcanzar esa calificación. La finca de la actora da por su frente a la CALLE000, asfaltada y con aceras y por la que discurren todos los servicios urbanísticos (agua, saneamiento, electricidad, etc. En consecuencia la finca de la actora reúne las características de solar según son definidas en el artículo 69 de la Ley del Suelo de Galicia, y está además en parte ocupada por una vivienda unifamiliar, según se reconoce en el documento de la Oficina de Planeamiento y Gestión presentado con la contestación a la demanda. En el PERI litigioso no se modifica ni el trazado ni el ancho de la referida calle, ni se crea ningún vial, zona verde o espacio libre que afecte directamente a la finca de la recurrente. No se prevé, en consecuencia, ninguna operación urbanizadora que vaya a modificar la finca de la actora, que va a quedar como estaba en los que se refiere a viales, espacios libres o zonas verdes inmediatos, y a recibir también por el mismo lugar los servicios con los que contaba"

SEGUNDO

Los motivos sobre los que se sustenta el presente recurso de casación son dos. El primero, por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de la LJCA, denuncia la incongruencia interna en que incurre la sentencia recurrida. Y, el segundo, al amparo

del artículo 88.1.d) de la LJCA, reprocha a la sentencia la lesión al artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

La incongruencia alegada en el primer motivo no puede prosperar, de manera que no podemos entender infringidos los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque la sentencia recurrida no incurre en el quebrantamiento de forma denunciado, pues no carece de la coherencia interna en que se concreta la incongruencia invocada. Así es, tras afirmar, en el fundamento cuarto, que no resulta de aplicación a la modificación del planeamiento impugnada en la instancia la Ley gallega 9/2002, interpreta y aplica el artículo 65.2 de la Ley del Suelo de Galicia de 1997 y llega a la conclusión de que la finca de la parte recurrente reúne las características de solar según el artículo 69 de la citada Ley gallega. Abundando posteriormente en la naturaleza de las obras a realizar en ejecución de la modificación aprobada, lo que no podemos entender que desvirtúa la razón de decidir centrada en que al ostentar el terreno la condición de solar debe ser calificado como suelo urbano consolidado.

No se resiente, por tanto, la coherencia interna de la sentencia, que constituye el tipo de incongruencia alegada, cuando se emplean argumentaciones complementarias, de apoyo o adjuntas a la principal, que es lo acontece en este caso como se infiere de la simple lectura del fundamento cuarto que hemos recogido en nuestro fundamento primero anterior. En este sentido, las razones que se proporcionan no resultan contradictorias ni contrapuestas, pues además de referirse a la condición de solar de la finca del recurrente se hace una referencia no ociosa a la naturaleza y alcance de las modificaciones que en la zona comporta la aprobación del Plan Especial de Reforma Interior, que confieren a la argumentación una visión más completa.

Y, en segundo lugar, porque este tipo de infracciones de normas reguladoras de la sentencia fundadas en la incongruencia, por su falta de coherencia interna, se producen normalmente cuando lo decidido en el fallo no es explicado en los fundamentos que le preceden, y tal defecto no concurre en este caso. Dicho de otra forma, la parte dispositiva de la sentencia no puede resultar sorprendente ni inexplicable, en relación con los fundamentos que le anteceden, ni resultar incompatible o contradictorio con los mismos, pues la congruencia interna impone que la conclusión que se expresa en el fallo ha de sustentarse, de modo armónico y en sintonía, sobre los motivos y razones expuestas en los fundamentos. Que es precisamente lo que acontece en el caso examinado pues, con independencia de la mayor o menor claridad en la redacción y exposición de las razones que confluyen en la estimación del recurso contencioso administrativo, lo cierto es que se expresa la razón de decidir, que establece la aplicación de la Ley gallega 1/1997 y la Ley 6/1998. Siendo, por tanto, irrelevante que luego se aluda al régimen que alumbra la Ley de 9/2002, pues la misma no resulta de aplicación, de modo que tal argumento se anuncia a mayor abundamiento o como complemento del expuesto con carácter principal.

TERCERO

El segundo motivo formulado por el Ayuntamiento recurrente reprocha a la sentencia la lesión al artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, esta vez al amparo del artículo 88.1.d) de nuestra Ley Jurisdiccional.

Se sostiene que los dos tipos de suelo urbano que establece el artículo 14 citado, consolidado y no consolidado, debe atender como criterios mínimos aplicables al suelo urbano no consolidado el de la falta de urbanización consolidada de los terrenos y su inclusión en ámbitos que tengan por objeto la reforma, renovación o mejora urbana (artículo 28 de la expresada Ley 6/1998).

El motivo no puede ser estimado porque la interpretación que realiza la Sala de instancia del artículo 14 de la Ley 6/1998, que cita en el fundamento tercero de la sentencia recurrida, no resulta contrario a los términos del mismo ni a la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala, como veremos en el fundamento quinto siguiente. Previamente nos detendremos, no obstante, en determinar el alcance de la norma cuya infracción se aduce.

Antes de nada, conviene hacer una doble aclaración. De un lado, que el artículo 14 de la Ley 6/1998 contiene una norma básica, ex disposición final única, al haberse dictado esta Ley en virtud de lo previsto en el artículo 149.1. 13ª, 18ª y 23ª de la CE. Si bien no está de más añadir que las normas autonómicas, también de aplicación, precedieron y se adelantaron, por tanto, a la norma básica, es el caso de los artículos 64 y 65 de la Ley 1/1997, del Suelo de Galicia . Y, de otro, que estamos ante el suelo consolidado por la urbanización, y no ante el suelo consolidado por la edificación. Esto es, no estamos ante uno de los criterios para abordar la clasificación reglada del suelo urbano, sino ante la división del suelo urbano atendiendo al grado de consolidación de la urbanización, a los efectos de determinar los derechos y deberes de los propietarios.

CUARTO

Al hilo de la última aclaración realizada interesa tener presente que la norma cuya lesión se invoca, el artículo 14 de la Ley 6/1998, y la subdivisión que establece la misma, se enmarca en los derechos y deberes de los propietarios. **De modo que el régimen jurídico del suelo urbano se bifurca según sea consolidado, o no, a los efectos de asumir, o no, los deberes que establece el apartado 2 del citado artículo 14 para aquellos propietarios de suelo urbano no consolidado (realizar cesiones de diferente naturaleza, proceder a la distribución de beneficios y cargas, costar la urbanización o edificar los solares), pero que no alcanza, por tanto, a los que sean titulares de terrenos que sean suelo urbano consolidado.**

Este diferente régimen jurídico que establece la norma básica no se acompaña de mayores precisiones sobre lo que ha de entenderse por uno y otro tipo de suelo, toda vez que son las normas de procedencia autonómica las que nutren de contenido a estas categorías de suelo urbano. En este sentido, no está de más recordar que sobre esta subdivisión del suelo de carácter urbano, entre consolidado y no consolidado por la urbanización, se pronunció el Tribunal Constitucional en SSTC 164/2001, de 11 de julio y 54/2002, de 27 de febrero, señalando que en todo caso las normas autonómicas deben mantenerse "en los límites de la realidad". Lo que nos da a entender que sólo cuando ésta diferenciación no se desvincula de la realidad, no se abstrae del contexto, ni prescinde de las circunstancias de hecho será constitucional.

Así las cosas, de la referencia a la condición de solar de los terrenos que hace el apartado 1 del artículo 14 podemos inferir que estamos ante suelo urbano consolidado por la urbanización cuando los terrenos ya tienen la condición de solar o deben completar la urbanización para alcanzar tal condición. Lo que concreta y concuerda con lo dispuesto en la Ley gallega 1/1997 que, como hemos señalado, se adelantó en este punto a la norma básica. **De modo que no podemos considerar que cuándo los terrenos ya tienen la consideración de solar, porque se hicieron las cesiones correspondientes y se costeó la urbanización, el suelo urbano pueda ser considerado no consolidado. La solución contraria determinaría que el proceso de urbanización nunca se entendería cerrado ni concluido, estaríamos ante una situación de permanente interinidad, en la que periódicamente, y sin duda para mejorar y adaptar las ciudades a las nuevas demandas y circunstancias cambiantes, se precisarían de reformas o mejoras integrales que someterían a los propietarios, una y otra vez sin atisbar el final, a una sucesión de deberes ya cumplidos pero nuevamente reproducidos al ritmo que marquen este tipo de reformas.**

Cuanto acabamos de señalar no significa, obviamente, que tales operaciones integrales no puedan ser realizadas, que pueden y deben acometerse cuando así lo demande el interés público, significa sólo que concurren los límites expuestos a una aplicación sucesiva e interminable de los deberes establecidos en el artículo 14.2 de la Ley 6/1998.

En el caso examinado ninguna duda existe respecto de la condición de solar de los terrenos, que no niega la recurrente, y que adquirieron ya en la década de los setenta. Es más, existe una construcción en los citados terrenos. Y, no está de más añadir, como complemento a lo anterior, que la variación que el Plan Especial de Reforma Interior introduce en los terrenos de la parte ahora recurrida es un cambio de uso. Así, es cambia la calificación del suelo urbano que pasa de uso residencial a dotacional o de equipamiento sanitario, lo cual no parece guardar conexión con la consolidación o no de la urbanización.

QUINTO

Somos conscientes de las fluctuaciones de nuestra propia jurisprudencia a la hora de determinar el alcance de la distinción entre suelo urbano consolidado o no consolidado por la urbanización, en relación con la interpretación del artículo 14 de la Ley 6/1998, habiendo coexistido dos líneas jurisprudenciales paralelas y diferentes, que seguidamente exponemos. Adelantando que, como obviamente se infiere de lo razonado en los fundamentos precedentes, la presente sentencia se inspira en la segunda línea, mayoritaria y ya única, en la jurisprudencia de esta Sala.

De un lado, están aquellas sentencias que consideraban que la mera circunstancia de haberse levantado edificaciones sobre unos terrenos no excluye la posibilidad de que en todo o en parte sean incluidos en suelo urbano no consolidado, para acometer una nueva ordenación urbanística que suponga una operación integral de urbanización (sentencia de 26 de octubre de 2006 dictada en el recurso de casación nº 3218/2003). En alguna de estas sentencias se añadía que el argumento de que el terreno sea solar por estar dentro del caso urbano no es suficiente para no ser incluido en una zona pendiente de reordenación integral propia de los

suelos no consolidados (sentencia de 31 de enero de 2007 dictada en el recurso de casación nº 5534/2003).

Y, de otro, podemos citar otro grupo de sentencias que consideran que aunque es posible actuar sistemáticamente en suelo urbano por unidades de actuación y a cargo de los propietarios, sin embargo no puede exigirse a estos, que ya cedieron y costearon la urbanización, mejoras y reformas sucesivas y reiteradas, a modo de "urbanización inacabable", es decir, mediante la imposición de actuaciones de mejora de servicios que no responden a nuevas concepciones globales urbanísticas, sino a cambios y mejoras puntuales de los servicios urbanísticos (sentencias 10 de mayo de 2000 todas dictadas en los recursos de casación nº 5289 / 1995, 5290/1995, 5291/1995, 7533/1995). Se añade en estas sentencias que ello no significa que el Ayuntamiento no pueda emprender tales obras ni que los propietarios no hayan de costearlas en la medida en que legalmente corresponda, pero sí que ello no puede hacerse como obligación impuesta por el ordenamiento urbanístico. De aquí se deduce que la obligación de costear la urbanización que se impone a los propietarios de suelo urbano viene referida a las partes de suelo urbano que todavía no cuentan con los servicios urbanísticos y que sólo son suelo urbano por encontrarse en áreas consolidadas, pero no a los propietarios de suelo que cuenta con todos los servicios. La Ley del Suelo de 13 de Abril de 1998 así lo especifica claramente, al imponer la obligación de costear la urbanización sólo a los propietarios de suelo urbano no consolidado, según su artículo 14-2 -e), exigiendo por el contrario a los propietarios de suelo urbano consolidado no costear la urbanización, sino "completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen, si aún no la tuvieran, la condición de solar", según su artículo 14-1. (En el bien entendido de que ese "alcanzar la condición de solar" sólo se produce una vez, y que, a partir de entonces, el suelo es ya para siempre suelo urbano consolidado).

Por lo que se concluye que aunque era de aplicación la Ley 6/98, de 13 de Abril, sus preceptos "expresan una verdad elemental del Derecho Urbanístico, que estaba ya sin duda implícita en el propio Texto Refundido de 1976", así se señala además de en las sentencias antes citadas de 10 de mayo de 2000 en otras de 30 de marzo de 2000 (recurso de casación nº 5427/1994) y de 6 de marzo de 2000 (recurso de casación nº 6475/1994).

Por cuando antecede, procede la desestimación de los motivos invocados, lo que determina que no haya lugar al recurso de casación.

SEXTO

Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso de casación (artículo 139.2 de la LRJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de los honorarios del Letrado de la parte recurrida no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Que desestimando los motivos invocados, declaramos que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Vigo contra la Sentencia de 22 de noviembre de 2004, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso contencioso-administrativo nº 5428/2002. Con imposición de las costas causadas en el recurso a la parte recurrente, con el límite fijado en el último fundamento de esta resolución.

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional

ORDENANZAS MUNICIPALES REGULADORAS DE LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL.

La competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para regular estas instalaciones de acuerdo con sus competencias urbanísticas, entre las que se incluyen los aspectos estéticos, de seguridad y medioambientales de tales instalaciones, por lo que los Ayuntamientos pueden en el planeamiento urbanístico establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y cuyo límite consiste en evitar condiciones de ordenación que en la práctica se traduzcan en restricciones al derecho de establecimiento de los operadores, o en establecer limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª.

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2010

(Recurso de casación número 4450/2007)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en los autos número 3626/2002, dictó sentencia el día veinticinco de junio de dos mil siete, cuyo fallo dice:

"Estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. contra la Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de las Instalaciones de Radiocomunicación en el municipio de Almería, de fecha de 31 de Diciembre de 2.001, declarando la nulidad de los apartados 1 y 3 del art. 4, el punto 1, c), guión tercero del art. 8, los apartados 4 y 5 del art. 10 y los apartados 3, 4 y 5 del art. 11 de la norma; y sin costas" (...).

La sentencia fue objeto de aclaración mediante Auto de 9 de julio de 2007, rectificando la sentencia en el sentido de incluirse en su fallo la anulación del art. 6 de la Ordenanza recurrida, "en el punto correspondiente al establecido del paralepipedo de protección regulado en la Ordenanza impugnada"

CUARTO

Las representaciones procesales del Ayuntamiento de Almería y de "VODAFONE ESPAÑA, S.A.", presentaron sendos escritos de oposición al recurso de casación los días 27 de febrero y 7 de marzo de 2008, respectivamente (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.", la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada mercantil contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almería de veintidós de noviembre de dos mil uno, por el que se aprobó la Ordenanza municipal para la instalación y funcionamiento de instalaciones de Radiocomunicación.

La sentencia de instancia, con cita de nuestra sentencia de 23 de mayo de 2006, parte de la premisa -recogida en su fundamento de derecho segundo- en cuya virtud **"la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con inclusión de los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales, pudiendo establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, así como requisitos o exigencias para preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico y personas en vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión ejecución y disciplina urbanística, protección del medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública", pero, siempre, en el bien entendido de que el ejercicio de dicha competencia municipal, en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento jurídico a los Ayuntamientos, no puede entrar en contradicción de ninguna manera con la legalidad, ni traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o en limitaciones que resultan manifiestamente desproporcionadas"**.

Tras ello, analizó los diferentes artículos impugnados por la parte recurrente. En concreto, y atendiendo al contenido impugnatorio del escrito de interposición y para la mejor comprensión de la litis, interesa dejar constancia de los siguientes fundamentos de derecho de la sentencia impugnada:

"TERCERO.- Ello sentado, y en cuanto a los aspectos concretos de la regulación adoptada se manifiesta por la recurrente **su disconformidad con el contenido del apartado 1 del art. 4 de la Ordenanza, que al regular los límites de exposición en los lugares en que puedan permanecer habitualmente personas, preceptúa unos valores determinados de las inmisiones electromagnéticas de alta frecuencia, no pudiendo establecerse nuevas instalaciones radioeléctricas cuando su funcionamiento pudiera suponer una superación de los límites de exposición citados.**

Este motivo de impugnación debe de ser acogido: las limitaciones así impuestas pueden generar la imposibilidad de poder prestar la

cobertura necesaria de difusión, careciendo, por demás, de justificación alguna, no existiendo datos que permitan su establecimiento por razones urbanísticas, paisajísticas, de imagen de la ciudad o medioambientales; pareciendo, antes bien, responder la instauración de tales medidas limitadoras, al temor a la incidencia de las instalaciones y sus inmisiones en la salud de las personas, bien cuya protección está encomendada al Estado en última instancia, no siendo facultad del Ayuntamiento del caso; y tanto más cuando las limitaciones y restricciones se adoptan sin un claro apoyo objetivo que las avale, pudiendo ser entendidas, en cualquier término, como cautelas puramente voluntaristas (Sent. de la Sala de 2 de Abril de 2.007).

CUARTO.-

Se impugna también en el recurso la prescripción contenida en el apartado 3 del art. 4 anteriormente aludido, en cuanto prevé la instalación de las infraestructuras de radiocomunicación preferentemente en suelo no urbanizable, pudiendo actuarse en suelo urbano tan sólo si se demostrara la imposibilidad de emplazamiento en suelo no urbanizable o si se tratara de una zona de sombra.

A juicio de la Sala la medida en estudio puede reputarse desproporcionada y arbitraria (Sent. de este Tribunal de 24 de julio de 2.006), pues "...aparte de que se ha prescindido de motivar la limitación, al no existir dato alguno que permita justificar que razones urbanísticas, paisajísticas, de imagen de la ciudad o medioambientales se manejaron al respecto..., es lo cierto que lo que parece entreverse como fundamento de la medida es el temor de la incidencia de las instalaciones en la salud humana...", lo que, como se apuntó antes, se muestra como competencia exclusiva del Estado, no siendo posible al Ayuntamiento de Almería establecer la prohibición por razones de sanidad, sin apoyos objetivos que justifiquen la medida.

QUINTO.-

En cuanto a la disposición contenida en el apartado 4 del art. 4 susodicho en cuanto prescribe que no se permitirán las instalaciones de radiocomunicación en edificios o conjuntos protegidos, de acuerdo con el PGOU..., ni en los edificios destinados a colegios, hospitales, geriátricos o similares", debe desestimarse la impugnación pergeñada por la entidad actora, pues las limitaciones estatuidas parecen entrar en la órbita de las competencias del propio ente local respecto de la reducción del impacto visual y la protección medioambiental (Sent. de la Sala de 27 de Noviembre de 2.006), tanto en lo referido a inmuebles integrantes del patrimonio histórico-artístico, como aquellos otros mercedores de especial dedicación -centros educativos, sanitarios,...

SEXTO.-

Respecto de la exigencia -también puesta en entredicho- contenida en el apartado 5 del art. 4 de que las instalaciones de radiocomunicación habrán de utilizar aquella tecnología disponible en el mercado que comporte el menor impacto ambiental y visual", no ha de ser atendido el criterio de la parte impugnante; ya la sentencia de nuestro

Tribunal Supremo de 15 de Diciembre de 2.003 , tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en tal sentido "...dicha exigencia -enseña- responde a supuestos de discrecionalidad impropia o técnica, de los que cabe hacer uso en las normas reglamentarias, ... no incidiéndose con tal regulación en la competencia estatal o autonómica sobre la evaluación de equipos y aparatos, sino que tiene en cuenta tal evaluación como presupuesto, y la previsión de utilización de la mejor tecnología no se efectúa de forma abstracta sino en relación con la consecución de los fines cuya garantía incumbe al Ayuntamiento, con referencia específica a la consecución del mínimo impacto visual, que se configura como prevalente, es decir, en función de los objetivos a los que responde el ejercicio de competencias municipales y por lo tanto dentro de sus atribuciones" (Sent. de la Sala de 24 de julio de 2.006).

SÉPTIMO.-

Por fin, y con respecto de la obligación de compartir emplazamiento," del apartado 6 del repetido art. 4, debe determinarse su adecuación al ordenamiento: la indicada sentencia de esta Sala de 24 de julio de 2.006 ya lo había establecido en tal sentido, argumentando que "...la propia Ley 11/98, de 24 de Abril, General de Telecomunicaciones, impone a los explotadores de redes públicas y prestadores de servicios de Telecomunicaciones una serie de obligaciones denominadas de servicio público", entre las que destaca la exigencia de la utilización compartida de las infraestructuras, al objeto de reducir al mínimo el impacto urbanístico medioambiental derivado del establecimiento incontrolado de redes de comunicaciones..., siendo ese tratamiento el que ha estado presente en la redacción del artículo impugnado, evitando que se dupliquen o tripliquen el número de antenas necesarias para cubrir la red".

OCTAVO.-

Con respecto del art. 6 de la Ordenanza, que regula la instalación de estaciones base en la cubierta de los edificios, la recurrente rechaza la medida que restringe su ubicación en las zonas internas al área Central, mostrando su oposición a la exigencia que la norma impone de la necesidad de un previo informe favorable de la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura, con rechazo también de la zona de protección al público que se establece en el precepto -y consistente en un paralelepipedo de 20 mts. de longitud, 6 mts. de anchura y 4 de altura-, así como de las precisiones que se hacen acerca de la instalación de los contenedores referidos en el artículo.

Con respecto a tan variados temas, no parece, de entrada, que deban anularse las medidas de restricción referidas al área centro -y al aludido informe de la autoridad de cultura- que, por contra, deben mantenerse, por obvias razones urbanísticas, paisajísticas y de ornato público, propias de la competencia municipal.

Debe, no obstante, apreciarse extralimitación del Ayuntamiento, en lo relativo al establecimiento del paralelepipedo de

protección estatuido en el precepto, que buscando aparentemente la preservación de la salud del público expuesto a las inmisiones de la estación, compendia una actividad ajena, como se dijo más arriba, a las competencias y facultades municipales.

De otro lado, la Sala no encuentra motivo que haya de conducir a decretar la nulidad de la normativa referida a la instalación de los contenedores que hayan de vincularse funcionalmente a la estación, en cuanto parece actividad dirigida en esencia -y dentro de las competencias municipales- a velar por la seguridad estructural de los edificios, a facilitar la libre circulación por la cubierta de los mismos o a cuidar de los eventuales impactos visuales generados por su instalación.

NOVENO.-

La entidad recurrente rechaza también el contenido del art. 7 de la Ordenanza, en la medida en que establece la necesidad de un Programa de Implantación del conjunto de la red dentro del término municipal.

En términos generales la Sala ya se planteó el problema en anteriores ocasiones (sentencias de 24 de julio y 27 de noviembre de 2.006), estableciendo al respecto la doctrina de que con tal exigencia "...el Ayuntamiento no se extralimita de sus competencias en materia radioeléctrica, ya que establece criterios genéricos relativos a minimizar el impacto visual, medioambiental y sanitario...", constituyéndose el Plan "...en una herramienta para que el Ayuntamiento pueda controlar, al autorizar la apertura, que se respeten los niveles de emisiones radioeléctricas... pues el hecho de que la instalación de antenas esté vinculada a la aprobación de un plan técnico es medida razonablemente proporcionada para asegurar la eficacia..., a fin de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas, paisajes urbanísticos".

DÉCIMO.-

Con respecto de los arts. 8 y 9 de la Ordenanza, la parte actora discute la oportunidad de la exigencia de las licencias de instalación y funcionamiento que los mismos preconizan; manteniendo que las disposiciones del Decreto 2414/1961, de 30 de Noviembre, de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, han de entenderse sustituidas por las del R.D. 1066/2001, de establecimiento de condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas.

Pero teniéndose en cuenta que es competencia de los Ayuntamientos, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, la de "...la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística..." (Art. 25, 2, d) de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local), y que las instalaciones de que se trata forman parte de una red de telecomunicaciones mediante la cual la empresa ejerce la

actividad propia de operador del mercado de telecomunicación por onda, produciéndose emisiones de ondas electromagnéticas sometidas a límites de emisión fijados en la normativa estatal, no ha de aceptarse la impugnación en estudio, estando el Ayuntamiento facultado, en función de lo dispuesto en los arts. 4 y ss. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955), al establecimiento de las licencias de actividad y de funcionamiento de que se trata, como operativo de control del respeto de los niveles de emisión, distancias, u otras medidas de protección establecidas en la legislación estatal o autonómica.

UNDÉCIMO.-

En el párrafo 2.3 del art. 8 de la Ordenanza, al establecer la documentación requerida para la solicitud de la licencia de instalación, se regula la exigencia de "...póliza de seguro de responsabilidad civil que garantice la indemnización destinada a reparar el daño causado a cualesquiera damnificados... con un capital, al menos, de 6.000.000 de euros y un capital indemnizatorio de, al menos, 400.000 euros por damnificado".

En la medida de que se trata de un requisito no impuesto por el Gobierno, como exige el art. 75 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, ni su exigencia se ampara en las competencias municipales que dan cobertura legal a la Ordenanza, ha de decretarse su improcedencia, con la consiguiente nulidad de la norma, en el sentido preconizado en su demanda por la entidad recurrente.

DUODÉCIMO.-

La recurrente impugna también el contenido del apartado 2.5 del susodicho art. 8, en la medida en que dispone como documento también a acompañar el constituido por... declaración que exprese la conformidad del titular del terreno o finca sobre la que se instalará la instalación".

Pero no ha de atenderse la disconformidad de la recurrente en cuanto a este punto: la Sala entiende tal exigencia como medio razonable de demostrar la voluntad concorde con la instalación de todas las partes implicadas en el proceso, no mereciendo el precepto el reproche de nulidad que se preconiza.

DECIMOTERCERO.-

Por su lado, el apartado 4 del art. 10 de la Ordenanza dispone que "el Ayuntamiento podrá reclamar una fianza en concepto de garantía para asunción por parte de los operadores de los riesgos correspondientes".

Pero esta cuestión excede de la competencia municipal, debiendo adoptarse el mismo criterio establecido respecto de la exigencia de un seguro de responsabilidad civil antes mencionado (Sent. de la Sala de 27 de Noviembre de 2.006).

DECIMOCUARTO.-

En cuanto a la disconformidad manifestada respecto de la obligación que se impone en el art. 10, punto 5 de la Ordenanza, de revisar las instalaciones "...una vez transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la licencia o de la última revisión...", la Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sent. de 24 de julio de 2.006, en el sentido de que "...no se encuentra justificación suficiente para anular el precepto, pues si bien la norma reenvía a conceptos jurídicos indeterminados, no por ello se atenta necesariamente al concepto de seguridad jurídica, siendo de aplicación lo transcrito en sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 15 de Diciembre de 2.003, en orden a que la medida ...como técnica normativa es posible y constitucionalmente lícita, habitual e inevitable, siendo en todo caso en los supuestos concretos y a través de la labor de reducción de los conciertos utilizado en relación con las circunstancias concurrentes, las que determinen la legalidad o no de las obligaciones que se impongan, incluso la clausura de la actividad".

DECIMOQUINTO.-

De otro lado, en el art. 10, apartado 5, segundo párrafo, de la Ordenanza en estudio se contiene el precepto de que "...asimismo, la publicación de nuevos estudios contrastados que exijan la eliminación o el desplazamiento de la instalación por razones de salud pública, supondrán la clausura de las mismas en un plazo de 6 meses"; la entidad recurrente propugna la nulidad de tal disposición.

En este punto -y para estimar la propuesta de la entidad recurrente- ha de resultar enteramente predicable lo que se expresó más arriba respecto de lo establecido en cuanto a niveles de exposición e instalación en suelo no urbanizable: al respecto se dijo -hay que recordar- que tal regulación en cuanto aparentemente dirigida a velar por la salud de las personas quedaba fuera de las competencias propias de la Corporación Local, al ser la salud bien cuya preservación resulta de la competencia exclusiva del Estado.

DECIMOSEXTO.-

En el art. 11 de la Ordenanza se regula un régimen de inspección y disciplina de las instalaciones, de protección de la legalidad y de infracciones y sanciones.

Así, efectivamente, los números 1 y 2 del precepto, se refieren a la inspección y disciplina de las instalaciones, con contemplación, incluso, de las medidas a adoptar en el caso de acciones u omisiones que contravengan la legalidad establecida (restitución del orden vulnerado, imposición de multas, reposición de los bienes afectados al estado anterior a la introducción de la situación ilegal); estableciéndose en los números 3, 4 y 5 del artículo -infracciones y sanciones-, y sin perjuicio de la remisión que se hace en el nº 2 del mismo, a la normativa urbanística vigente, un régimen sancionador propio, con tipificación de conductas y

determinación de las correspondientes sanciones -evaluadas en razón a un determinado porcentaje del valor de las obras, instalaciones o actuaciones-.

Pues bien, en principio, nada ha de objetarse a la función de inspección y control que se irroga la Corporación Local para comprobar el adecuado estado de las instalaciones y la adaptación de las mismas, en su caso, al eventual desarrollo de nuevas tecnologías que hagan posible la reducción del impacto visual y ambiental (STJ de 15-12-2003); ahora bien, en cuanto al sistema de tipificación de conductas y el establecimiento de sanciones de los núms. 3, 4 y 5 del precepto, no parece que la normativa en estudio sea lugar adecuado para su introducción específica, que siempre exige de la correspondiente regulación legal o reglamentaria de desarrollo, de especificación o precisión de aquella, con observancia de su naturaleza y límites, lo que no es el caso; debiendo decretarse la nulidad de los respectivos apartados del artículo.

DECIMOSÉPTIMO.-

Por último, se impugna también el contenido de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda, en cuanto establecen, de un lado, el plazo de un año para que los operadores con licencia anterior a la nueva preceptiva presenten un determinado certificado acreditativo de su conformidad con la misma, y, de otro, y con respecto de aquellas instalaciones sin licencia, el de 6 meses para la presentación del correspondiente Programa de Implantación y de dos meses más para solicitar la licencia una vez aprobado el mismo.

Pero, en realidad, la impugnación no debe prosperar en estos puntos; las normas de la Ordenanza proyectan su eficacia al futuro tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas; ello supone a lo sumo una retroactividad de grado mínimo -sentencia de esta Sala de 24 de julio de 2.006 -, en cuanto se trata de aplicación de la nueva regulación a los efectos derivados de una situación anterior, pero surgida con posterioridad a su entrada en vigor.

Debiendo, pues, estimarse en parte el recurso contencioso-administrativo formulado.

DECIMOCTAVO.-

A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, y no apreciándose la concurrencia de circunstancias concretas de especial relieve, no ha lugar a expresa declaración sobre costas."

Para terminar con el examen de la resolución en esta sede impugnada, hay que recordar que la Sala de instancia, mediante Auto de aclaración de 9 de julio de 2007, acordó rectificar el fallo de la sentencia en el sentido de incorporar al mismo la referencia a la nulidad del art. 6 de la Ordenanza, en la referencia de su apartado primero que, con relación a las antenas sectoriales de telefonía móvil, establecía una zona de protección en los términos siguientes:

"Para las antenas sectoriales de telefonía móvil se establecen unas distancias de protección respecto a cualquier zona en la que se encuentre expuesto el público de forma continuada. Esta zona de protección consiste en un paralelepípedo de 20 metros de longitud, 6 metros de anchura y 4 metros de altura, en torno a las dimensiones de la antena. En el interior de este paralelepípedo no debe haber público expuesto de forma continuada. En cualquier caso la elevación del sistema de emisión será tal que el diagrama de emisión nunca incida sobre el propio edificio, terraza o ático".

SEGUNDO

Esta Sala, previamente al examen del recurso de casación interpuesto a instancia de "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.", tiene que referirse a uno de los escritos de oposición formulados por las partes recurridas, en concreto al presentado por "VODAFONE ESPAÑA, S.A.". En el mismo, la mercantil incorpora una sola y sucinta alegación, que denomina de oposición a la casación, en la que se limita a "manifestar su plena conformidad con los motivos de casación invocados por la parte recurrente así como con los argumentos esgrimidos que sustentan cada uno de los motivos implorados"

A tenor de nuestras leyes de procedimiento, tal comportamiento procesal resulta inaceptable. En efecto, hemos dicho en el Auto de 12 de abril de 2007, recaído en el recurso de casación 4282/2006, que, de un lado, en el recurso de casación sólo cabe personarse como recurrente o recurrido y no cabe la posición procesal de coadyuvante del recurrente (en este sentido, también el Auto de 3-2-2005, rec. 5255/2004), y, de otro, que "la petición de que se case y anule la sentencia de instancia sólo puede efectuarse a través de la interposición del oportuno recurso de casación, para lo que es necesario haber preparado previamente el mismo ante la Sala de instancia y que ésta lo haya tenido por preparado, supuesto este último que no ocurre en el presente caso...". Dándose el caso además, de que, en el supuesto que en la actualidad se nos presenta, la entidad "VODAFONE ESPAÑA, S.A." compareció en la instancia como recurrida, careciendo del más mínimo rigor procesal, comparecer ahora para pretender sustentar una posición contraria a la seguida en la instancia. Razones por las cuales sus alegaciones, sencillamente, se tienen por no presentadas.

TERCERO

Pasando así al examen del recurso de casación, éste se divide en dos motivos, que incluyen a su vez la denuncia de diversas infracciones, planteándose el primero de ellos con base en el art. 88.1 c) de la LJCA por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en su modalidad de infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y el segundo con fundamento en el art. 88.1 .d), por razón de la infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables a la resolución del debate.

Por medio del primero de los motivos enunciados, se pone manifiesto en primer lugar la falta de congruencia interna y contradicción entre los fundamentos de la sentencia, con vulneración de los arts. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución, antagonismo que se daría entre el fundamento de derecho segundo in fine, que señala que el ejercicio de las competencias municipales no puede entrar de ninguna manera en contradicción con la legalidad ni traducirse en restricciones absolutas del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas, y el fundamento de derecho quinto, en cuanto declara la conformidad a derecho del art. 4.4 de la Ordenanza, que contiene una prohibición absoluta de instalación, en concreto en

relación con las instalaciones de radiocomunicación en colegios, hospitales, geriátricos y similares y los edificios o conjuntos protegidos, de acuerdo con el PGOU.

En realidad, esta Sala no entiende que haya una contradicción interna en la sentencia, sino una incorrecta interpretación de lo dicho por la Sala de instancia en la sentencia. En efecto, en la misma se hace referencia, citando doctrina de esta Sala, a que las restricciones establecidas por los Municipios, en el ejercicio de sus competencias normativas manifestado en las Ordenanzas Municipales, no pueden suponer una limitación absoluta del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones; pero la utilización del término absoluta es indicativa de que la Sala de instancia no se manifiesta en contra de prohibiciones relativas, es decir, que limiten el derecho a la instalación de los operadores en determinado momento, circunstancia o lugar, que es lo que precisamente hace el art. 4.4 de la Ordenanza en la instancia impugnada. Razón por la que esta Sala no aprecia la contradicción que, por el contrario, advierte la mercantil recurrente.

En segundo lugar, se invoca en el primer motivo la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con indefensión para la parte, por no exponer la sentencia los motivos por los que considera que la prohibición establecida en la Ordenanza -en relación también con la instalación de antenas en edificios sensibles- es más adecuada que la prevista en la legislación estatal. Sobran en la exposición del motivo, al estar formulado al amparo del art. 88.1 c) de la Ley de Jurisdicción, las referencias a la falta de coincidencia entre lo previsto en la Ordenanza y los arts. 8 del Real Decreto 1066/2001 y 3.1 f) de la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, alegaciones que deberían haber sido sustentadas con base en el art. 88.1 d) de la Ley de Jurisdicción. Y, en cualquier caso, el submotivo debe ser rechazado, **puesto que no correspondía a la Sala de instancia motivar las razones por las que cree más oportuna la restricción establecida en la Ordenanza que la contemplada en la norma reglamentaria de aplicación. Tal juicio de oportunidad correspondía a la entidad que elabora y aprueba la disposición reglamentaria, siendo la función del juzgador, en el caso que se nos plantea, revisora de la legalidad de su ejercicio, en especial -en el caso- del hecho de moverse el Municipio dentro de sus competencias y ejercitarlas de un modo legítimo respetando los límites que vengan dados por la normativa estatal y autonómica de aplicación, pero sin que en ningún caso le corresponda prestar motivación a los actos o disposiciones de la Administración, que es lo que parece demandar la recurrente.**

Y, finalmente, se basa el motivo primero en la incongruencia omisiva y falta de motivación de la sentencia de instancia, en cuanto no se habría manifestado sobre la nulidad del art. 5 de la Ordenanza, en particular en torno a su referencia a la posibilidad de realizar instalaciones situadas sobre mástiles o estructuras soporte apoyadas sobre el terreno, a una distancia superior a 200 metros de suelo urbano, viviendas, colegios, hospitales o espacios públicos como parques u otros.

La alegación así sustentada merece una respuesta particularizada. Y es que, como invoca la recurrente, es cierto que la demanda planteaba la posible nulidad del art. 5 de la Ordenanza impugnada en lo relativo a la prohibición de establecer instalaciones situadas sobre mástiles o estructuras soporte apoyadas sobre el terreno en una distancia inferior a 200 metros de determinadas zonas sensibles,

remitiéndose al efecto a los argumentos utilizados con anterioridad en la propia demanda.

En sentencia de 14 de octubre de 2009, rec. 129/2998, señalábamos que, para apreciar en una sentencia el vicio de incongruencia omisiva, "el silencio judicial debe en todo caso referirse a extremos que de haber sido considerados en la decisión hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado, pues en otro caso la falta de respuesta carecería de relevancia material". En nuestro caso, si bien es cierto que la Sala de instancia se pronunció, al resolver sobre la posible nulidad del art. 4.4 (y no del art. 4.3, como erróneamente señala el escrito de interposición), sobre una disposición que guarda cierta concomitancia con el precepto sobre el que se ha preterido hacer pronunciamiento, al establecer una prohibición generalizada de implantación de instalaciones de radiocomunicación en zonas sensibles, ello sirvió precisamente para anularla, sobre la base, no sólo de la infracción del principio de proporcionalidad, sino también de la falta de competencia del Municipio para estatuir prohibiciones por razones de sanidad, de modo que cabe presuponer que, de haberse pronunciado la Sala de instancia sobre el art. 5, lo hubiera hecho para proceder a su anulación, por la misma razón de carencia de atribuciones por parte del Municipio.

Lo que nos obliga a estimar el recurso de casación por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y, sin necesidad de proceder al examen del motivo articulado al amparo del art. 88.1 d), exige proceder a resolver el fondo del asunto de conformidad con el art. 95.2 c) de la LJCA, esto es, cual refiere el artículo 95, en los términos en que el debate aparece planteado, y a este respecto, como la sentencia recurrida junto con el auto de aclaración posterior, anuló determinados artículos de la Ordenanza impugnada, en concreto los apartados 1 y 3 del artículo 4, el punto 1.c) guión tercero del artículo 6, apartados 4 y 5 del artículo 10 y los apartados 3, 4 y 5 del artículo 11, y como esa declaración no ha sido impugnada por quien podía y debía hacerlo, es claro que en esos extremos, la sentencia recurrida ha devenido en firme y consentida, y esta Sala en casación por tanto ha de partir de esa realidad ya anulada por resolución firme, y limitar por tanto su análisis, a la impugnación realizada por el recurrente respecto a los artículos y extremos que impugnó en la Instancia y que la sentencia aquí recurrida había rechazado.

CUARTO

La petición genérica de nulidad de la Ordenanza es procedente rechazarla, por las mismas razones que ya expresó la sentencia recurrida y que se aceptan por coincidir con la reiterada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, bastando por ello recordar lo que fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, rec. 3127/2001, y de 4 de julio de 2006, rec. 417/2004, en las que aparece entre otras:

"1º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios

(art. 4.1a) LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2a)), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (artículo 25.2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d)), protección del medio ambiente (artículo 25.2f)), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e)) y protección de la salubridad pública (artículo 25.2 f)).

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados."

Dicho lo anterior, es necesario entrar sobre las concretas pretensiones de anulación argüidas en el recurso, lo que se hará en relación con cada uno de los artículos impugnados.

Comenzando por la relativa al art. 5.1 "-precisamente aquél cuya resolución omitió la sentencia de instancia, dando lugar a la estimación del recurso de casación-, que, con respecto a las instalaciones situadas sobre mástiles o estructuras soporte apoyadas sobre el terreno, sólo permite su instalación a una distancia superior a doscientos metros del suelo urbano, viviendas, colegios, hospitales o espacios públicos como parques u otros.

Y procede rechazar la impugnación realizada respecto al artículo 5 citado que se refiere a la protección de lo que se ha venido a denominar como "zonas sensibles" mediante el establecimiento de ciertas distancias a respetar con respecto a la instalación, que enlazan con otra más general, que ya ha sido tratada por esta Sala, entre otras en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007:"El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria

frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuicamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles - colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala."

Sin olvidar a mayor abundamiento que en el caso de autos la prohibición no es absoluta cuando el propio artículo 5 permite en determinados supuestos y previa la oportuna justificación la instalación en zonas distintas.

En cuanto al art. 4.5, incorpora el deber de que en las instalaciones de radiocomunicación se utilice aquella tecnología disponible en el mercado que comporte el menor impacto ambiental y visual. No hemos referido a esta especie de cláusula de progreso en nuestra sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004, relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Por lo tanto, en esta como en aquella ocasión, nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental y la menor afección a la salud de las personas, e insistimos en que tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001.

El 4.6 permite al Ayuntamiento, de manera justificada atendiendo a razones urbanísticas, paisajísticas o medioambientales, y dando audiencia a los interesados, establecer la obligación de compartir emplazamientos por los distintos operadores. En nuestra sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007, hemos declarado que "el uso compartido puede imponerse, según declaramos en nuestras sentencias de veinticuatro de octubre y veintitrés de noviembre de dos mil seis -recursos de casación números 2103/2004 y 3783/2003 - siempre que lo requieran los intereses medioambientales o urbanísticos que las Corporaciones locales deben proteger...". Y precisamente en la Ordenanza impugnada se somete la posibilidad de imponer el uso compartido, a la concurrencia de razones vinculadas con la protección urbanística o medioambiental, por lo que ninguna objeción debe merecer por nuestra parte su art. 4.6, sin perjuicio del control que se pueda hacer de la utilización en cada caso de esta genérica habilitación.

También es objeto de impugnación el art. 6, referido a la instalación de estaciones base situadas en la cubierta de edificios. La recurrente impugna algunas de sus previsiones, en primer lugar en lo referido a la instalación de antenas, en concreto la prohibición de instalación de estaciones bases de telefonía móvil en el área central, la exigencia de un informe favorable de la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura para exceptuar dicha prohibición y la previsión de una distancia de protección en la colocación de antenas con respecto a zonas en que haya público expuesto de forma continuada. También, en lo relativo a la instalación de contenedores vinculados funcionalmente a una determinada estación base de telefonía, situados en la cubierta de edificios o construcciones, impugna la previsión por la Ordenanza de su altura y superficie máxima.

Examinaremos primero los motivos de nulidad invocados con respecto de las previsiones del art. 6 referidas a la instalación de antenas. A nuestro entender, las normas recogidas en el mismo responden a la posibilidad de que el Municipio fije distancias de protección a determinadas zonas, y, en el caso planteado, no se aprecia que ello se haya realizado de un modo arbitrario o desproporcionado. No obstante, debe merecer nuestro reproche la exigencia de un informe favorable de la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura para exceptuar la prohibición establecida con carácter general para la instalación de antenas en el área central. Es evidente el paralelismo de esta previsión con la que conocimos en el recurso de casación 7790/2004, resuelto mediante Sentencia de 16 de julio de 2008.

En aquel caso, se exigía un informe favorable de la Comisión Municipal del Patrimonio Histórico Artístico en orden a la instalación de antenas y redes de comunicaciones. Y decíamos entonces, como **reiteramos hoy, que una disposición semejante debe merecer nuestra reprobación, pero no tanto por una posible carencia de competencia del municipio, sino por exigir que el informe fuera favorable, lo que suponía -y supone- privar al órgano competente para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la autorización del ejercicio de su competencia, para ponerla en manos de un órgano distinto, en nuestro caso de la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura.**

Ese precepto por tanto vulnera los arts. 82 y 83 de la Ley 30/1992, cuando establecen el primero de ellos que "A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos", y el segundo que "En la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita". Y añade el art. 83 que: "Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes".

Y en este caso no puede deducirse del precepto cuestionado que ese informe favorable, siendo como es preceptivo al considerarse preciso, sea vinculante porque la competencia es irrenunciable, y de tener ese valor el informe dejaría en manos de un órgano consultivo la decisión que compete exclusivamente al órgano al que la norma se la concede.

En consecuencia se anula del inciso a) del apartado 1 del art. 6, la palabra "favorable".

El art. 7 de la Ordenanza es impugnado en cuanto que prevé que las instalaciones de radiocomunicación de cada operador, que tenga concedida la autorización habilitante por la Administración competente, estarán sujetas a la aprobación por el Ayuntamiento Pleno de un programa de implantación de toda la red dentro del término municipal. Por programa de implantación se entenderá, a dichos efectos, "el que recoge las instalaciones existentes y las perspectivas de implantación del operador en el ámbito territorial del municipio de Almería". El precepto regula el procedimiento que se habrá de seguir para su aprobación por el Pleno, sometiendo al mismo cualquier modificación sustancial que del mismo pretenda realizarse. Para la operadora recurrente, la previsión de este programa supone incidir en aspectos técnicos que afectan al ejercicio de la actividad de comunicación.

Sobre este aspecto, hay que recordar que, con la finalidad de racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, numerosas ordenanzas exigen a las distintas operadoras la presentación ante el Ayuntamiento de un plan técnico de implantación, cuya aprobación por la Corporación local es un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento.

En las sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cinco, -rec. 2603/2006- y de 17 de enero de 2009 -rec. 5583/2007 -, hemos razonado que **"la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento."**

Ahora bien, en aquellas sentencias tuvimos en cuenta que "la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que **el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente**". En este sentido, valorábamos que "El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia y no puede considerarse ilegal en cuanto establece la indicada exigencia y señala un contenido del plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos. Se trata de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger" -sentencia de quince de diciembre de dos mil tres -."

En el supuesto examinado en dicha sentencia, la Sala valoró, en orden a apreciar la conformidad a Derecho y la proporcionalidad de la previsión de la obligación de presentar y obtener la aprobación del Plan de Implantación, **que la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias había quedado garantizada mediante la exigencia "prevista en la propia Ordenanza" de que el plan técnico se ajustara a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente. Tal cautela suponía, en nuestra opinión, un argumento para concluir la proporcionalidad de la medida.**

En el caso que ahora se nos somete a examen, no existe una previsión similar. Sin embargo, aunque es cierto que falta el argumento de apoyo que consolidó la apreciación de la Sala de que la exigencia del Plan de Implantación, además de acomodarse al campo propio de las competencias municipales en la materia, era proporcionada, **el hecho de que falte en el art. 7 de la Ordenanza de Almería una previsión similar no ha de suponer necesariamente un juicio negativo, bien sobre su legalidad, bien en torno a su proporcionalidad.**

Y es que, como hemos dicho, entre otras, en la Sentencia de 28 de marzo de 2006, rec. 5150/2003, las Ordenanzas Municipales, y en concreto las que regulan la

implantación de instalaciones de telecomunicación en su ámbito territorial, cualquiera que sea el nombre que se les dé, son normas complementarias de la Ley; y por ello, en la medida en que no se opone a la misma, su contenido debe reputarse como válido. De esta forma, al igual que en el caso previsto en aquella sentencia consideramos que, aunque el requisito atinente al informe previo del Ministerio de Fomento no estuviera contemplado expresamente en la Ordenanza, podía entenderse igualmente vigente por mor de la literalidad de la Ley, **pues la Ordenanza no debía entenderse como una norma absoluta en términos de vigencia y aplicación, más bien al contrario su existencia en el ámbito jurídico se orienta en la subordinación al principio de jerarquía normativa.**

En idéntico sentido, consideramos en la actualidad y con respecto al problema en esta sede suscitado, es decir, la falta de mención expresa en la Ordenanza impugnada a la exigencia de que el plan de implantación haya de realizarse conforme a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente, que no puede querer decir en ningún caso que su solicitud haya de presentarse conforme a coordenadas técnicas distintas de las establecidas por la Administración competente, pues en tal caso se estaría produciendo un exceso en el ejercicio de las competencias municipales. **De esta forma, debe darse por válido el contenido del art. 7 de la Ordenanza de constante referencia, pues, para su anulación por razón del matiz a que nos venimos refiriendo, hubiera sido necesario que de su texto emanara una explícita contradicción con el Ordenamiento estatal o autonómico, que no puede entenderse existente en nuestro caso no obstante el silencio advertido en cuanto a las características técnicas de la solicitud, dado el carácter complementario que, en el Ordenamiento Jurídico entendido -como no puede ser de otra forma- en su conjunto, tienen las Ordenanzas municipales.).**

Llegamos así al examen de los arts. 8 y 9 de la Ordenanza, que se pueden tratar conjuntamente al plantear una cuestión común, cual es la de **la sujeción de la actividad de los operadores a licencia municipal, en nuestro caso a licencias de instalación, prevista en el art. 8 de la disposición impugnada, y de funcionamiento, contemplada en su art. 9.** Nótese en cualquier caso que nos encontramos ante una cuestión distinta a la de la exigencia de licencia de actividades clasificadas (abordada, por ejemplo, en nuestra sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007), pues no es la perspectiva ambiental la que, estrictamente, contempla la Ordenanza recurrida a la hora de imponer ambos requisitos, sino la urbanística.

La respuesta que hemos de dar está necesariamente ligada a nuestras disertaciones sobre la competencia del Municipio para establecer una regulación, mediante Ordenanza Municipal, en materia de telecomunicaciones. Y es que si, más atrás, rememorando nuestra sentencia de 23 de mayo de 2006, **hemos afirmado la competencia municipal en materia urbanística, con inclusión de los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales, pudiendo establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, así como requisitos o exigencias para preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos,**

ordenación del tráfico y personas en vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión ejecución y disciplina urbanística, protección del medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública, malamente podrían controlar los Ayuntamientos si la actividad de los operadores se ajusta de hecho a lo previsto en la Ordenanza correspondiente, si no dispusieran del instrumento de sujeción de aquella a licencia municipal.

No obstante, existen dos subapartados del art. 8 que son objeto de particularizada impugnación, más allá del hecho de preverse la licencia de instalación y de funcionamiento. **El primero de ellos es el art. 8.2.3 exige, con vistas a obtener la licencia de instalación, la presentación de una póliza de seguro de responsabilidad civil que garantice la indemnización del daño que se pueda producir, bien directamente por la instalación, bien como consecuencia de su actividad, con el límite mínimo de cantidad que la misma fija.** Ya hemos aludido en otras sentencias, en especial en las de de once de octubre de dos mil seis y de diez de enero de dos mil siete -recs. 2082/2004 y 4051/2004 -, a que **su exigencia excede del campo propio de las competencias municipales, lo que ha de determinar la estimación del recurso en este particular aspecto, anulando el art. 8.2.3 de la Ordenanza de instalaciones de radiocomunicación de Almería.** Sin olvidar que la sentencia recurrida estaba conforme con esas valoraciones aunque luego en el fallo no hizo mención alguna al respecto.

Solicita también la parte la anulación del art. 8.2.5, que, entre la documentación que ha de presentar el operador para la obtención de la licencia de instalación, incluye la documentación que exprese la conformidad del titular del terreno o finca sobre la que se ubicará la instalación.

Y ha de anularse una previsión semejante, en cuanto cercena el derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada. Sobre este asunto, el art. 46, en relación con el 43, de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, aplicable atendida la fecha de dictado de la Ordenanza de Almería (actualmente, la cuestión viene regulada en el art. 27 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones), prevé las condiciones en que los operadores titulares de redes públicas de telecomunicaciones pueden exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada, cuando ello resulte necesario para la instalación de la red, previendo al efecto dos instrumentos jurídicamente hábiles para la ocupación, la expropiación forzosa y la declaración de servidumbre forzosa de paso de la infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones. Teniendo en cuenta dicha previsión legal, exigir a los operadores contar con la conformidad o aquiescencia del titular del terreno, supone tanto como contradecir el carácter imperativo con que -sin perjuicio del adecuado resarcimiento mediante el instituto de la expropiación forzosa- se impone la ocupación al mismo de conformidad con la legislación estatal. En consecuencia, en este punto también ha de producirse la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, son objeto de impugnación las disposiciones transitorias primera y segunda, que prevén, respectivamente, el deber de ajustar, en su caso, las instalaciones radioeléctricas que cuenten con licencia en el momento de entrada en vigor de la Ordenanza a lo dispuesto en la misma, so pretexto de entender no autorizada la actividad si transcurriere el plazo de un año sin haberse presentado un certificado expedido por entidad colaboradora de la Administración que acredite su ajuste a aquélla, y, de otro, la obligación de los titulares de instalaciones que no contaran con licencia en aquel mismo momento de solicitarla conforme al calendario que se fija, debiendo clausurarla de no ser legalizable en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la disposición reglamentaria.

Y procede rechazar la impugnación realizada al respecto de acuerdo con la tesis de la Sala de Instancia que aparece en plena conformidad con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, pues desde una primera sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno -rec. 8603/1994 - hemos declarado la legalidad de las disposiciones transitorias que contemplen un plazo de adecuación de las instalaciones legalizadas a las prescripciones de la nueva ordenación, ya que no existe una prohibición general de retroactividad de las normas sino, más bien, según el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, una prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

De ahí que, frente los tres grados de retroactividad de una norma, nos encontremos ante una retroactividad de grado mínimo, ya que tales disposiciones transitorias sólo tienen efecto para el futuro, respecto de relaciones o situaciones nacidas bajo la vigencia de la normativa anterior, y su razón de ser dimana del interés público que tratan de salvaguardar, garantizando, a su vez, los derechos de los operadores, al concederles un plazo prudencial para que puedan adecuar sus instalaciones al nuevo régimen legal.

QUINTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer ni las costas causadas en la instancia ni las causadas por el recurso de casación interpuesto por la mercantil actora.

FALLAMOS

1) Ha lugar al recurso de casación interpuesto por "TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.", contra la sentencia dictada el día veinticinco de junio de dos mil siete por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, recaída en los autos número 3626/2002.

2) Anulamos y dejamos sin efecto la sentencia citada de 25 de junio de 2007, a salvo en el particular que declaró nulos los siguientes apartados de la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Almería el 31 de diciembre de 2001, 1 y

3 del art. 4, el punto 1, c), guión tercero del art. 6, los apartados 4 y 5 del art. 10 y los apartados 3, 4 y 5 del art. 11 de la citada ordenanza.

3) Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo núm. 3626/2002, interpuesto por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U, y anulamos los siguientes artículos, apartados o expresiones de la Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de las Instalaciones de Radiocomunicación en el municipio de Almería, de fecha de 31 de Diciembre de 2.001; a) la palabra "favorable" del apartado 1 del art. 6; b) el art. 8.2.3, en su totalidad; c) el art. 8.2.5, en su totalidad.

4) No hacemos imposición de las costas causadas en la instancia, ni de las causadas por el recurso de casación.

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional

EL INCUMPLIMIENTO DE LA TOTALIDAD DEL PLAZO DE EXPOSICIÓN AL PÚBLICO DEL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE ORDENANZAS FISCALES DA LUGAR A QUE EL ACUERDO DE APROBACIÓN SEA NULO DE PLENO DERECHO

El incumplimiento de la totalidad del plazo de exposición al público en el procedimiento de aprobación o modificación de las Ordenanzas fiscales da lugar a la nulidad de pleno derecho del acuerdo de aprobación, aunque durante el tiempo que han estado sometidas a información al público se hayan presentado alegaciones, y aunque pueda ser impugnada la Ordenanza por vía indirecta con ocasión de algún acto dictado en su aplicación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 6ª.

SENTENCIA DE 8 ABRIL DE 2010

(Recurso de casación número 4301/2009)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La entidad mercantil "VODAFONE ESPAÑA, S.A." interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura contra la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Aprovechamiento Especial del Dominio Público Local (telefonía móvil) del Ayuntamiento de Puebla de Sancho Pérez (Badajoz), publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz número 8, de 14 de enero de 2.008.

En el escrito de demanda se solicitó la declaración de nulidad de la disposición impugnada o, de manera subsidiaria, la de la cuantificación de la tasa que se hace en su artículo 5.

SEGUNDO

Seguida la tramitación reglamentaria del recurso contencioso-administrativo bajo el número 551/2008, la Sala de instancia dictó sentencia, de fecha 23 de junio de 2009, con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos: Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña María Victoria Merino Rivero, en nombre y representación de "VODAFONE ESPAÑA, S.A." contra la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Puebla de Sancho Pérez (Badajoz) mencionada en el primer fundamento, y declarar nulo de pleno derecho el artículo 5 de la referida disposición general, por no estar ajustado al Ordenamiento Jurídico, sin hacer expresa condena en cuanto a las costas procesales" (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El recurso de casación se articula con base en ocho motivos en los que se alega:

1º) Con invocación del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, infracción de los artículos 33.1. y 67 de la misma Ley y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º) Por el mismo cauce del artículo 88.1 .c), infracción de los artículos 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 y 120 .3 de la Constitución, por falta de motivación en la sentencia.

3º) Ya con invocación del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , infracción del artículo 17.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , en relación con el 48.1 de la Ley 30/1992 , de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4º) Infracción de los artículos 29.2.a) y 31.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 15 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización) y el artículo 9 de la Constitución.

5º) Infracción del artículo 24.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo y la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate.

6º) Infracción del último párrafo del artículo 24.1 .c) del mismo texto legal que acaba de citarse.

7º) Infracción de los artículos 3 de la Ley 58/200, de 17 de diciembre, General Tributaria, 5 y 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y 9.3, 14, 31 103.1 y 133.2 de la Constitución, estimándose infringido el principio de capacidad económica y los conexos de doble imposición, igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

SEGUNDO

En el primer motivo, se alega incongruencia omisiva, en tanto en cuanto se entiende que la Sala de instancia ha dejado de resolver dos cuestiones planteadas en la demanda, mientras que en otra la resuelve en términos que no son los formulados por la parte recurrente. De esta forma, se da lugar a lo que en realidad son tres motivos diferentes.

La primera cuestión de las que entiende la recurrente no se recibió respuesta es la relativa a que en la elaboración de la Ordenanza no se respetó el plazo de 30 días, legalmente exigido por el artículo 17.1 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales en relación con el 48 de la LRJAPyPAC.

La segunda, por el contrario, se refiere a la alegada violación de los artículos 3 y 120 de la Ley General Tributaria , en la medida en que el artículo 8 de la Ordenanza impone como sistema de gestión de la tasa la obligación que recae sobre los operadores de presentar autoliquidaciones trimestrales, medida que se juzga

desproporcionada, especialmente cuando el importe a pagar viene determinado en el propio texto de la Ordenanza y los operadores que soportan el peso de la tasa están perfectamente identificados.

Finalmente, se estima que la sentencia ha incurrido en incongruencia por error al no resolver sobre la violación por la Ordenanza del Derecho Comunitario en los términos en que se planteó en la demanda. A tal efecto se expone que en la instancia se puso de manifiesto que la Ordenanza:

"Vulnera los artículos 12 y 13 de la Directiva de autorización, en la medida en que dichos preceptos no permiten someter a gravamen la utilización por las operadoras de telefonía móvil de redes de titularidad de terceros operadores, aunque tales redes se encuentren instaladas en propiedad pública de titularidad de ayuntamientos, o por encima o por debajo de la misma. Dado que el artículo 3, apartado 3º, de la Ordenanza contempla como sujetos pasivos de la tasa a los operadores que utilicen redes ajenas, ya sea por disponer de derechos de uso, acceso o interconexión, se infringe el mandato contenido en la norma comunitaria.

El artículo 13 de la Directiva de autorizaciones no permite establecer cánones cuya finalidad no responda al LISO óptimo de los recursos, principio que resulta vulnerado en la medida en que la Ordenanza no justifica en modo alguno que su exacción responda a dicho uso óptimo (aspecto que ni tan siquiera se plantea), produciéndose, además, las siguientes vulneraciones:

Se infringe el principio de no discriminación, en tanto que (i) grava a las operadoras de telefonía móvil con iguales criterios que a las operadoras de telefonía fija, cuando el grado de uso del dominio público local realizado por aquéllas es muy inferior al realizado por éstas últimas, (ii) grava a las operadoras de telefonía móvil y no a otros propietarios de redes de telecomunicaciones, cuando éstos incurren también en el hecho imponible de la tasa, y (iii) grava a las operadoras de telefonía móvil que prestan sus servicios en España y no a otras operadoras de telefonía móvil que operan en otros Estados miembros o en países terceros, cuando éstas últimas obtienen también un aprovechamiento especial del dominio público local español en el caso de las llamadas que utilicen las redes allí asentadas.

La tasa impugnada no está justificada objetivamente, al estar basada su cuantificación en el volumen de ingresos de las operadoras de telefonía móvil obtenidos en el municipio.

Infringe el principio de proporcionalidad, en tanto que (i) se exige con independencia del uso real que las operadoras de telefonía móvil realizan del subsuelo, (ii) se exige con independencia del valor normal de mercado de la ocupación efectiva realizada del dominio público local, el cual sirve de límite al importe del canon, (iii) se exige mediante el sistema de declaración que deben presentar las operadoras de telefonía móvil con carácter trimestral en cada municipio, lo que les hace incurrir en unos costes inasumibles para las mismas, mientras que si se instrumentara su pago mediante el sistema de liquidación administrativa, los ayuntamientos no sufrirían carga administrativa alguna.

Infringe el principio de transparencia, al no haber respetado la Ordenanza el mecanismo de publicidad establecido en el artículo 15 de la Directiva, cuya finalidad es la de permitir a los proveedores de servicios, a los consumidores y a otras partes interesadas acceder fácilmente a la información relativa a los cánones establecidos en materia de derechos de instalación de recursos. Dado que la infracción denunciada afecta especialmente a las operadoras de telefonía móvil residentes en

otros Estados miembros, se está permitiendo la exigencia de una tasa que infringirla también desde esta perspectiva el principio de no discriminación y el principio de libertad de establecimiento."

Frente a dicho planteamiento, entiende la parte recurrente que la sentencia, sustancialmente en el Fundamento de Derecho Décimo y también en el Undécimo, en relación con del Decimosegundo y Decimotercero, confirmando la facultad de la Administración local para imponer tasas a los operadores de telefonía móvil por la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local, no responde al planteamiento realizado por la demandante.

Pues bien, para resolver, lo que en realidad, se insiste, son tres motivos distintos, debemos partir de que la congruencia es un requisito de la parte dispositiva de la sentencia que comporta su adecuación a las pretensiones formuladas por las partes y a los motivos por ellas aducidos, mientras que el reverso es la incongruencia o desviación del fallo judicial en relación a los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, vicio que puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal.

De esta forma, para comprobar si se da o no la congruencia, han de compararse los dos términos del binomio: el primero, lo constituyen las pretensiones y motivos contenidos en la demanda y en la contestación, si bien de modo excepcional, el demandante puede solicitar en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones, que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos (artículo 65. 3 de la Ley Jurisdiccional).

El segundo término del juicio comparativo es el fallo o parte dispositiva de la sentencia.

En todo caso, el órgano judicial no ha de quedar sujeto, en el razonamiento jurídico que le sirve de motivación para el fallo, a las alegaciones de las partes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos. Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril de 1996 ya indicó que el respeto al principio de congruencia no alcanza a limitar la libertad de razonamiento jurídico del Tribunal de instancia, ni tampoco le obliga a reconocer el orden de alegaciones de las partes, bastando con que establezca los hechos relevantes para decidir el pleito y aplicar la norma del ordenamiento jurídico que sea procedente. Y en el mismo sentido, la Sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2006, se ha declarado que "El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes siempre que con ello no se sustituya el hecho básico aducido como objeto de la pretensión (SSTS 13 de junio y 18 de octubre de 1991, 25 de junio de 1996, 17 de julio de 2003). Es decir que el principio «iuris novit curia» faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión."

Dicho lo anterior, y con referencia a la primera cuestión planteada por la entidad recurrente, que tiene carácter prioritario, debe señalarse que **la sentencia incurre en un caso claro de incongruencia omisiva, en la medida en que no se pronuncia acerca de la cuestión referente al incumplimiento del plazo**

previsto en el artículo 17.1 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en cuanto a no haberse sometido la Ordenanza municipal al plazo de treinta días de audiencia pública previsto en dicho precepto.

Por ello, el motivo, en cuanto a la primera cuestión planteada por la recurrente, debe ser estimado.

TERCERO

La estimación del primer motivo nos obliga a casar la sentencia y a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2 .d)) de la Ley Jurisdiccional.

A tal efecto, debe señalarse que en el escrito de demanda (Fundamento de Derecho Tercero) se alegaba como motivo de oposición la vulneración del artículo 17.1 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, en relación con el artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que "no consta la acreditación de los días concretos en que los acuerdos provisionales adoptado en relación con la aprobación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa estuvieron expuestos en el tablón, de forma que se pueda constatar el cumplimiento de la obligación en los términos exigidos en esta Ley".

Por su parte, la representación procesal del Ayuntamiento de Puebla de Don Sancho, en los hechos del escrito de contestación a la demanda, se limita a señalar que la Ordenanza se aprobó en la sesión plenaria de 14 de noviembre de 2007, abriéndose un período de 30 días a efectos de que cualquier persona pudiera examinar el expediente y formular alegaciones y que "transcurrido citado período de información pública, la Ordenanza es objeto de aprobación definitiva, siendo objeto de publicación la misma en el BOP de fecha 14 de enero de 2008".

Pues bien, para dar respuesta a la alegación debemos partir de que, según consta en el expediente administrativo, en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz de 22 de noviembre de 2007 se publicó el Edicto del Alcalde del Ayuntamiento de Puebla de Sancho Pérez, por el que se abría el plazo de treinta días para reclamaciones sobre acuerdo del Pleno, de fecha 14 anterior, aprobando provisionalmente la Ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general (telefonía móvil), advirtiendo que el expediente administrativo se encontraba en Secretaría y que en caso de no presentarse reclamaciones se entendería definitivamente aprobada la Ordenanza.

Consta igualmente certificación de la Secretaria-Interventora acreditativa de que el expediente expuesto al público durante el plazo de treinta días mediante inserción en el Tablón de anuncios del Ayuntamiento y en el BOP de 22 de noviembre 2007 (figura igualmente en el expediente administrativo fotocopia de la primera hoja del BOP).

Sin embargo, el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno aprobando definitivamente la Ordenanza, tras resolver la única reclamación formulada, por la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, es de 27 de diciembre de 2007, es decir cuando habían transcurrido treinta días naturales, pero no hábiles, desde el inicio del período de información

pública, siendo de destacar al respecto que en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de 8 de mayo de 2009 (recurso de casación 6637/2005) se ha señalado que "como nos hemos visto obligados a hacer mención en la reciente Sentencia de 5 de febrero de 2009 (rec. cas. núm. 5607/2005), FD Tercero, que el art. 48 de la LRJAP y PAC, señala en su apartado 1 que «siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos» [sobre la aplicación de este precepto, en su redacción original, en el cómputo del plazo establecido en el art. 17.1 de la L.H.L., véase, además de la que acabamos de citar, nuestra Sentencia de 21 de febrero de 2005 (rec. cas. núm. 1043/2000), FJ Quinto]."

Por otra parte, esta Sala tiene un cuerpo de doctrina consolidado en el que se expone que en materia de aprobación de Ordenanzas municipales, como disposiciones generales que son, el quebrantamiento del cauce formal de su elaboración, es decir, la vulneración de una norma de superior jerarquía reguladora del procedimiento a seguir en la creación de la disposición reglamentaria, produce, como regla general, la nulidad de pleno derecho aquellas.

En este sentido, la Sentencia de esta Sala y Sección de 18 de diciembre de 1997 puso de relieve el carácter esencial del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación o modificación de Ordenanzas fiscales, al señalar que:

"Dicho trámite o requisito de la «exposición», por excesivamente formalista que parezca, no es, dentro de ese marco de garantías en favor del administrado que proclama la Constitución, un elemento procedimental de observancia discrecional, sino de cumplimiento legalmente reglado, pues, cuando se trate de disposiciones, como las de los autos, que excedan del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y puedan afectar de forma seria e importante a los intereses de los, en este caso, contribuyentes, en el mecanismo complementario de su comunicación general (junto a la publicación en el Boletín Oficial) habrá de estimarse preceptivo. Imperatividad que se confirma, asimismo, atendiendo a otros dos criterios complementarios: el de que la finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar «la legalidad, el acierto y la oportunidad» de las mismas y, bajo este prisma, la «exposición» cuestionada es un elemento esencial, a la hora de asegurar tales objetivos; y el principio de que la interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución exige, a tenor de su artículo 9.2, la concesión de la posibilidad de la participación ciudadana en la forma y en los supuestos establecidos en el subsiguiente artículo 105, a)."

Más recientemente, en la Sentencia de 27 de junio de 2006, referida a un supuesto en el que la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y el tablón de anuncios del Ayuntamiento se había hecho en forma correcta, pero no así la llevada a cabo en los periódicos de la Provincia, que quedó limitada a los últimos ocho días del mes de diciembre de 1996, se dijo (Fundamento de Derecho Quinto):

"... procede determinar las consecuencias de la infracción, pues frente al criterio de la Sala de instancia que estima que tiene carácter invalidante, al haberse limitado sensiblemente las posibilidades de participación de los ciudadanos afectados por la Ordenanza, que es una disposición general, la parte recurrente entiende que

todo ello no puede llevar consigo una consecuencia tan grave como la anulación íntegra de la Ordenanza, al no haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y no existir indefensión en este caso, pues la Asociación que recurrió tuvo conocimiento del contenido de la Ordenanza durante el período de exposición pública, al haber formulado su Secretario General la oportuna reclamación. También resalta que el carácter no invalidante de una hipotética infracción de los requisitos de publicidad queda igualmente refrendado por la posibilidad de impugnación indirecta de la Ordenanza que tienen los sujetos pasivos con ocasión de los actos de aplicación de la misma.

No procede compartir la defensa que realiza la Administración recurrente, pues el vicio procedimental denunciado es motivo de nulidad de pleno derecho, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992. Así lo reconoció esta Sala, en sus sentencias de 11 de junio de 2001 y 2 de marzo de 2002, rec. de casación 2810 y 8765/1996, y ello es lógico si se tiene en cuenta que el período de información pública representa el trámite de audiencia, considerado esencial en la formación de la voluntad de los órganos de la Administración en este tipo de procedimientos, según pone de relieve el art. 105. a) de la Constitución”.

En fin, el cuerpo de doctrina a que hacemos referencia ha sido expuesto, con indicación de fecha de las distintas Sentencias, en las de 5 de febrero y 9 de mayo de 2009, señalándose siempre que el no cumplimiento del trámite de audiencia previsto para las Ordenanzas municipales en el artículo 17 de la Ley 39/1988, de Haciendas Locales , supone una vulneración de los artículos 9.2 y 105.a) de la Constitución y 51 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La conclusión que se alcanza es la de la necesidad de declarar la nulidad de la Ordenanza municipal, sin que, en consecuencia, sea necesario el estudio de las demás cuestiones planteadas en la demanda.

CUARTO

No ha lugar a la imposición de costas en esta casación y respecto de las de instancia cada parte abonará las suyas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo especial, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de casación número 4301/2009, interpuesto por D^ª María Jesús Gutiérrez Aceves, Procuradora de los Tribunales, en nombre de la sociedad VODAFONE ESPAÑA, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 23 de junio de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 551/2008, sentencia que se casa y anula. Sin costas.

SEGUNDO

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo número 551/2008, seguido a instancia de VODAFONE ESPAÑA, S.A. contra la

Ordenanza fiscal reguladora de la Tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general (telefonía móvil), que se declara nula. Sin costas.

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional

LOS TITULARES DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS QUE SE HAYAN DE MATERIALIZAR EN UNA DETERMINADA UNIDAD DE ACTUACIÓN PUEDEN FORMAR PARTE DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN DE ÉSTA

Pueden formar parte de la Junta de Compensación de una unidad de actuación, y por tanto, han de ser tenidos en cuenta sus derechos para establecer el cómputo del 60 por 100 de titulares de los terrenos mínimo para constituir la Junta de Compensación de un sector que haya de desarrollarse por este sistema, los titulares de terrenos destinados a sistemas generales y a los que la materialización de su aprovechamiento correspondiente se haya de hacer efectivo en la unidad de referencia...

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 5ª.

SENTENCIA DE 26 ABRIL DE 2010

(Recurso de casación número 1898/2006)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2005 (recurso contencioso-administrativo 894/01) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de D. Ceferino contra el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 23 de mayo de 2000 por el que se aprueba expediente expropiatorio de tasación conjunta de los bienes y derechos de los propietarios no incorporados a la Junta de Compensación del Polígono 2, sector 5, Las Torres, e indirectamente el Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas de Gran Canaria de 7 de marzo de 1989 y el Plan Parcial Las Torres de 7 de abril de 1994.

SEGUNDO

La Sala de instancia, después de exponer el objeto de la impugnación y de rechazar la causa de inadmisibilidad que había sido planteada por el Ayuntamiento de las Palmas (fundamentos jurídicos primero a cuarto de la sentencia) pasa a ocuparse de la controversia de fondo haciendo en torno a ella las siguientes consideraciones:

QUINTO.- Constituye pues, objeto del recurso el Acuerdo de aprobación del expediente expropiatorio de tasación conjunta e indirectamente el Plan General de Ordenación de las Palmas de Gran Canaria y el Plan Parcial de Suelo Urbanizable Programado Sector 5 Las Torres.

La argumentación de la actora se sustenta en que: a) la sentencia de la Sala de fecha 26 de febrero de 1998 examinó idéntica cuestión a la que nos ocupa respecto a la finca NUM000 propiedad del Sr. Luis Ángel , sita en la CALLE000

colindante con la NUM001 y separada de la NUM002 por la DIRECCION000 ; b) la situación de las fincas NUM003 , NUM004 , NUM005 , NUM006 , NUM007 y NUM008 pues entre dichas fincas y las fincas NUM001 y NUM002 median tan solo dos manzanas, separadas éstas entre sí por la calle Laurel, calle Madreselva y calle Aluaga; y c) la pericial practicada

SEXTO.- Respecto a la invocación que se hace por la parte de los terrenos Don. Luis Ángel, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Sala con fecha 3 de marzo de 2003 declarando "...que según la parte demandante es propietario de la finca NUM000 sita en la CALLE000 NUM009 colindante con la NUM010 y separada de la NUM002 por la DIRECCION000. A la vista de tales conclusiones es evidente el error sufrido por la sentencia. Efectivamente, si la sentencia ha entendido las conclusiones según se desprende de su tenor literal y pese a ello ha considerado que el suelo es urbano es evidente el error jurídico en el que ha incurrido a la hora de interpretar qué es suelo urbano, cualquiera que sea el parámetro que se considere: concurrencia de servicios urbanísticos, o, alternativamente, consolidación de la edificación. Es sabido que la suficiencia de los servicios para la edificación que se pretenda, no para la existente, es uno de los requisitos a que se supedita la existencia de suelo urbano según el artículo 78 del T.R.L.S. de 1976 , y es patente que en la situación contemplada, según el perito, los servicios eran insuficientes para la edificación pretendida. Si, por el contrario, el parámetro que se considera es el de la edificabilidad el mismo precepto exige que ésta se encuentre consolidada en dos terceras partes, requisito que tampoco reúnen los terrenos controvertidos. Contrariamente, y si se entiende que la Sala ha equivocado el sentido de la prueba es patente que el error sufrido ha recaído sobre la esencia de lo valorado convirtiendo en urbano lo que según el informe no lo era. No se trata de una apreciación relativamente desacertada, sino de un error sustancial que trastoca radicalmente la naturaleza de lo que ha sido objeto de apreciación.

En conclusión, esta Sala no realiza, al corregir al Tribunal de instancia, una nueva valoración de la prueba, que está excluida del recurso de casación, sino que opta por corregir un error patente en la valoración de la prueba que es uno de los supuestos de revisión de la prueba que venimos aceptando en casación. En otro caso, se trataría de corregir la apreciación equivocada sobre la concurrencia de los servicios o el grado de consolidación urbanística llevada a cabo por la Sala de instancia, lo que no es una valoración de prueba sino la apreciación jurídica de cuando un suelo es urbano a la vista de los servicios urbanísticos de que dispone".

SÉPTIMO.- Respecto a las fincas de las fincas NUM003, NUM004, NUM005, NUM006, NUM007 y NUM008 el Tribunal Supremo dijo en sentencia de fecha 16 de febrero de 2002 que "...En efecto, del expediente administrativo y de la prueba practicada resulta probado a esta Sala que las viviendas de los demandantes en la calle Laurel tienen la totalidad de los servicios urbanísticos exigidos en el artículo 78.a) del TRLS y se encuentran en una zona de suelo urbano consolidado. El resultado de la prueba pericial es decisivo ante la afirmación del perito de que las viviendas tienen alumbrado público, alcantarillado, telefonía, abastecimiento de agua y luz, acceso rodado, encintado y pavimentado de acera."

OCTAVO.- Por último, el informe pericial de fecha 9 de diciembre de 2001 contiene lo siguiente: abastecimiento de agua."Se puede apreciar claramente que el suelo próximo a los terrenos de la parcela objeto de informe y en la calle Aluaga, se ve dotado de las correspondientes redes ...acometiendo a las distintas edificaciones preexistentes...siendo la red de la calle Aluaga ... la que se encuentra mas cerca de la misma"; saneamiento "contando todas las calles adyacentes a la zona y en particular

la calle Aluaga"; energía eléctrica: "por el sureste de la parcela pasa la red principal; acceso rodado : el acceso rodado principal es por la calle Aluaga ".

NOVENO.- El artículo 78 del Texto Refundido de 1976 utiliza dos criterios urbanización o consolidación de la edificación- que al articularse en un sistema alternativo determinan la consecuencia de que basta con que resulte aplicable uno solo de ellos para imponer la clasificación urbanística establecida en dicho precepto y en el artículo 21.a) del Reglamento de Planeamiento , exige, además de que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir; requiere también, se decía, y sobre ello es ilustrativo el precitado artículo 21.a) y la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo que tales dotaciones les proporcionen los correspondientes servicios y que el suelo esté inserto en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento de que puedan servirse los terrenos y que estos, por su situación, no estén desligados completamente del entramado urbanístico ya existente (sentencias de esta Sala de 5 de septiembre de 1997 y 20 de febrero de 1998.

DÉCIMO.- El suelo urbano no puede expandirse necesariamente como si fuera una mancha de aceite mediante el simple juego de la colindancia de los terrenos con zonas urbanizadas, como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1999. Por lo tanto, aunque parte de la finca NUM002 linde con la calle Aluaga donde se encuentran las fincas NUM003, NUM004, NUM005, NUM006, NUM007 y NUM008 " que tienen la totalidad de los servicios urbanísticos exigidos en el artículo 78 a) del TRLS y se encuentran en una zona de suelo urbano consolidado" hay que aplicar dicha doctrina al caso. En efecto, la parte se ha apoyado en un informe que se refiere constantemente a la calle Aluaga para justificar la existencia de los servicios urbanísticos y por mas que el mismo perito que lo elaboró en informe posterior de fecha 29 de marzo de 2003 incorporado a las actuaciones, concluya que la parcela tiene todos los servicios lo cierto es que no podemos compartir dichas conclusiones pues sería tanto como confundir el suelo urbano con el suelo limítrofe no urbano (STS 19 de diciembre de 2002). Por lo expuesto se impone la desestimación del recurso (...).

TERCERO

La representación de D. Ceferino preparó recurso de casación contra dicha sentencia y efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 8 de mayo de 2006 en el que formula tres motivos de casación, el primero y el tercero al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el segundo invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El enunciado de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1. Infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiendo causado indefensión. Se citan como infringidos los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución, 128.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber inadmitido la Sala de instancia el escrito de proposición de prueba de la parte actora.

2. Subsidiariamente, para el caso de no ser estimado el motivo primero, infracción del artículo 78.a/ del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y del artículo 21 del Reglamento de Planeamiento de 1978 , en relación con los requisitos requeridos para que los terrenos tengan la consideración de suelo urbano.

3. Subsidiariamente, para el caso de no ser estimado el motivo primero, infracción de las normas reguladoras de la sentencia (artículos 24.1 de la Constitución, 33.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al no haber examinado la sentencia uno de los motivos en que se fundaba la impugnación del acuerdo recurrido.

El escrito termina solicitando que por esta Sala se dicte sentencia en la que se case y anule la recurrida, por el primero de los motivos aducidos, mandando reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la falta, esto es, al momento en que se debió proveer el escrito de proposición de prueba indebidamente inadmitido (artículo 95.2.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); o bien, subsidiariamente, por los motivos segundo y tercero, resolviendo sobre el fondo del asunto dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según lo previsto en el artículo 95.2.c/ de la misma Ley, estimando íntegramente en tal caso el recurso contencioso-administrativo y realizando, por tanto, los siguientes pronunciamientos:

a) Se declare que el impugnado acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 23 de mayo de 2000 es contrario a derecho y, por consiguiente, nulo.

b) De conformidad con el artículo 27.2 de la Ley Jurisdiccional se declare que son contrarios a derecho y nulos el Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas de Gran Canaria de 7 de marzo de 1989 y el Plan Parcial Las Torres de 7 de abril de 1994, que desarrolla el sector 5 del suelo urbanizable programado del Plan General, en lo referente a la clasificación de las fincas NUM001 y NUM002 del polígono NUM011 de dicho sector como suelo urbanizable programado, declarando que tales fincas son suelo urbano.

c) De conformidad con el artículo 107.1 de la Ley Jurisdiccional se ordene la inscripción del fallo, en lo referente a la nulidad del acuerdo expropiatorio de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, en la hoja registral de las citadas fincas obrante en el Registro de la Propiedad de las Palmas de Gran Canaria, a costa de la Administración demandada, así como, de acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo, se ordene su publicación, por lo que se refiere a la nulidad parcial del Plan General y del Plan Parcial, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Canarias.

CUARTO

La representación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria se opuso al recurso de casación mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2007 en el que, tras exponer sus razones frente a los argumentos aducidos en los tres motivos de casación, termina solicitando la desestimación del recurso con imposición de las costas al recurrente.

QUINTO

En el mismo trámite la Comunidad Autónoma de Canarias formalizó su oposición al recurso de casación mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2007 en el que también se opone a los motivos de casación y termina solicitando la desestimación del recurso con expresa imposición de costas al recurrente (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

En las presentes actuaciones se examina el recurso de casación interpuesto en representación de D. Ceferino contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 11 de noviembre de 2005 (recurso 894/01) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el mencionado Sr. Ceferino contra el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 23 de mayo de 2000 por el que se aprueba expediente expropiatorio de tasación conjunta de los bienes y derechos de los propietarios no incorporados a la Junta de Compensación del Polígono 2, sector 5, Las Torres, e, indirectamente, contra el Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas de Gran Canaria de 7 de marzo de 1989 y el Plan Parcial Las Torres de 7 de abril de 1994.

Ya hemos dejado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo (antecedente segundo), así como los motivos de casación que aduce la representación del recurrente (antecedente tercero). Por tanto, procede que entremos ya a examinar esos motivos de casación.

SEGUNDO

En el motivo primero se aduce la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales habiendo causado indefensión. Según vimos, el recurrente invoca los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución, 128.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando que tales preceptos han sido vulnerados por haber inadmitido la Sala de instancia el escrito de proposición de prueba de la parte actora. Seguidamente veremos que el motivo no puede ser acogido.

La parte actora no presentó escrito alguno dentro del plazo conferido para proposición de medios de prueba, por lo que la Sala de instancia, una vez proveído el escrito de proposición de prueba que había presentado la representación del Ayuntamiento de Las Palmas, acordó conferir a la parte actora un plazo de diez días para que formulase sus conclusiones. Esto se acordó mediante providencia de 22 de septiembre de 2004, notificada a la parte actora el día 27 del mismo mes; y si bien la providencia no fue impugnada, lo cierto es que el día siguiente al de su notificación, esto es, el 28 de septiembre de 2004, la parte actora presentó escrito de proposición de prueba que consta de cinco apartados: 1/ y 2/ que se tuviesen por reproducidos los documentos del expediente y los apartados con los escritos de interposición del recurso y de demanda; 3/ documental consistente en traer a las actuaciones documentos aportados al recurso contencioso-administrativo 406/02; 4/ testifical; 5/ pericial aportada con la demanda.

Se dictó entonces providencia de 15 de octubre de 2004 en la que, de un lado, se tiene por decaído el derecho de la parte actora a formular conclusiones -pues no había presentado escrito alguno dentro del plazo señalado- y, de otra parte, se acuerda devolver a la representación de dicha parte su escrito de proposición de pruebas por haber sido presentado éste cuando el período de prueba ya había sido cerrado. Contra esta providencia de 15 de octubre de 2004 la representación de la parte demandante interpuso recurso de súplica que fue desestimado por auto de 13

de diciembre de 2004, si bien, en el mismo auto la Sala de instancia acuerda, para mejor proveer, la práctica de las diligencias solicitadas en los apartados 1, 2 y 5 del escrito de proposición de prueba de la parte demandante.

Vemos así que, con independencia de que la decisión de rechazar el escrito de proposición de prueba fuese o no acertada, la Sala de instancia terminó admitiendo, para mejor proveer, la parte más sustancial de la prueba interesada por la parte actora, y, en particular, la pericial que había sido aportada con la demanda. En cuanto a las otras dos pruebas del escrito de proposición - documental y testifical- que la Sala de instancia no acordó para mejor proveer, ningún dato ha ofrecido la representación del recurrente acerca de la significación y relevancia de tales medios de prueba, ni ha formulado alegación alguna sobre la incidencia que podrían haber tenido en la resolución del litigio.

Debe concluirse por ello que la anomalía procedimental que se denuncia no ha causado indefensión, de ahí que no pueda ser acogido el motivo que se formula al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

TERCERO

En relación con el debate de fondo, en el motivo de casación segundo se alega la infracción del artículo 78.a/ del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y del artículo 21 del Reglamento de Planeamiento de 1978, donde se enumeran los requisitos requeridos para que los terrenos tengan la consideración de suelo urbano.

Para el examen del motivo comenzaremos recordando que, como ha declarado esta Sala en repetidas ocasiones -sirvan de muestra las sentencias de 27 de noviembre de 2003 (casación 984/1999), 30 de abril de 2009 (casación 3986 / 2005) y 10 de julio de 2009 (casación 2243/05), que, a su vez, sintetizan una jurisprudencia plenamente consolidada-, la clase del suelo urbano es un concepto "reglado", limitativo de la potestad discrecional de planeamiento, que parte de la concurrencia sobre el terreno de ciertas condiciones físicas tasadas (artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 21 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, aprobatorio del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones). Dicha clasificación depende, por tanto, de la situación real de los terrenos en el momento de aprobarse el nuevo planeamiento, y no de su destino futuro.

En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia señala que los terrenos a que se refiere el litigio no reúnen los elementos y requisitos necesarios para su consideración como suelo urbano; y según hemos visto, esta conclusión plasmada en la sentencia cuenta con un doble sustento: de un lado, lo resuelto en sentencia firme respecto de diversas parcelas contiguas; de otra parte, valorando el informe pericial en el que la parte demandante pretende fundar su pretensión.

Pues bien, no habiendo sido acreditado, ni alegado siquiera, que la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia haya incurrido en irracionalidad, falta de lógica o infracción de las reglas sobre reparto de la carga probatoria o sobre valoración tasada de la prueba, es claro que no puede ser acogido un motivo de casación en el que el recurrente parte de afirmar que los terrenos tienen los servicios urbanísticos requeridos para su consideración como suelo urbano. Como señalábamos en nuestra sentencia de 27 de junio de 2008 (casación 4080/04), al resolver un caso semejante, la formulación de un motivo de casación en esos

términos es tanto como pedir al Tribunal Supremo que ignore la valoración de la prueba que ha realizado la Sala de Canarias y que, estudiando de nuevo las pruebas que examinó y valoró el órgano judicial de instancia, lleguemos a la conclusión que propugna el recurrente.

CUARTO

En el motivo tercero, que se formula invocando el artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, la representación del recurrente alega la infracción de las normas reguladoras de la sentencia al no haber examinado la sentencia recurrida uno de los motivos en que se fundaba la impugnación del acuerdo recurrido. Pues bien, este último motivo sí debe ser acogido.

Es cierto que en el proceso de instancia la impugnación se dirigía contra el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias por el que se aprobó el expediente expropiatorio de tasación conjunta de los bienes y derechos de los propietarios no incorporados a la Junta de Compensación, y por vía indirecta se impugnaban también el Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas de Gran Canaria de 1989 y el Plan Parcial Las Torres de 1994. Pero esa identificación del objeto de impugnación no puede llevar a ignorar que la parte actora había planteado de forma pormenorizada la cuestión relativa a la constitución de la Junta de Compensación (fundamento jurídico segundo de la demanda), aduciendo la representación del demandante que para la constitución de la Junta no habían comparecido propietarios que representasen el 60% de la superficie del terreno del polígono o unidad de actuación, según lo exigido en el artículo 158.1 del Reglamento de Gestión Urbanística; y que, por ese vicio de origen en la constitución de la Junta de Compensación, la expropiación aprobada a favor de una entidad inexistente debía ser considerada nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1.c/ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Es notorio que la sentencia recurrida no examina ni menciona siquiera este aspecto de la controversia; y no se trata de una simple alegación, ni de un mero argumento de impugnación entre otros que se aducen en la demanda, sino de una cuestión jurídica que encarna uno de los aspectos relevantes del debate entablado en el proceso. Debemos concluir por ello que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva y en falta de motivación, al no examinar este aspecto de la controversia.

QUINTO

Establecido así que la sentencia debe ser casada y anulada, procede que entremos a resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

En lo que se refiere a las características físicas del terreno y a los elementos y servicios urbanísticos con que cuenta, hacemos nuestras las consideraciones que se exponen en los fundamentos quinto a décimo de la sentencia recurrida. Es cierto que, una vez casada dicha sentencia, cabría que este Tribunal Supremo, al resolver la controversia, valorase la prueba de forma diferente a como lo hizo la Sala de instancia en la sentencia que se anula; pero sucede que no apreciamos razones para apartarnos de aquella valoración, y, como hemos dicho, hacemos nuestras las consideraciones que hizo la Sala de instancia en esos apartados de su sentencia.

En cuanto a ese otro aspecto de la controversia que la Sala de instancia dejó sin examinar, y del que ahora pasamos a ocuparnos, el planteamiento del recurrente no puede ser acogido. Sostiene la representación D. Ceferino que para la

constitución de la Junta no comparecieron propietarios que representasen el 60% de la superficie del terreno del polígono o unidad de actuación, según lo exigido en el artículo 158.1 del Reglamento de Gestión Urbanística. Este alegato se acompaña de datos sobre las cuotas de superficie que representaba cada uno de los propietarios que concurrieron a la constitución de la Junta de Compensación; pero la conclusión de que la suma de tales cuotas no alcanza el 60% parte de una consideración que no podemos compartir. Según el recurrente, para determinar si se ha alcanzado o no ese mínimo del 60% sólo puede computarse la aportación superficial de aquellos propietarios cuyas fincas esté comprendidas en el polígono y no en cambio la de aquellos otros cuyos terrenos son externos al polígono pero, por tratarse de terrenos destinados a sistemas generales, deben formar parte de la Junta de Compensación e incorporarse a la ejecución del polígono. Pues bien, esa interpretación que propugna el recurrente es contraria a la jurisprudencia de esta Sala.

La cuestión de cómo debe efectuarse el cómputo de las superficies a que se refieren los artículos 159 y 160 del Reglamento de Gestión Urbanística ha sido abordada por esta Sala en diversas ocasiones, entre otras en nuestra sentencia de 25 de octubre de 1999 (casación 76/1994) de la que extraemos el siguiente párrafo:

“ (...) TERCERO.- La Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (RCL 1976, 1192) (TRL5) arbitró dos procedimientos para la adquisición por los Ayuntamientos de los terrenos destinados a sistemas generales, el de la expropiación forzosa y el de **la cesión por los propietarios, mediante compensación del aprovechamiento urbanístico correspondiente a aquellos por la atribución de un aprovechamiento equivalente en polígonos a los que se hubiera asignado un aprovechamiento superior al medio del suelo urbanizable programado, supuesto en que se exigía el cálculo de este aprovechamiento medio y la determinación, en el momento en que el propietario afectado por la cesión efectuara ésta, del que le correspondía en su virtud y del polígono o unidad de actuación en que hubiera de hacerse efectivo. A este supuesto se refieren los artículos 157.2, 159.2, 161.3 y 163.3 del Reglamento de Gestión Urbanística (RCL 1979, 319) cuando reconoce a los propietarios de esos terrenos el derecho a participar en el polígono o unidad de actuación que se ejecute por el sistema de compensación, el de formar parte de la Junta de compensación y el de que la superficie de sus terrenos se compute a fin de que los propietarios que representen al menos el 60% de la superficie del polígono o unidad de actuación soliciten la aplicación de dicho sistema y presenten el proyecto de estatutos y bases de actuación...”.**

En este mismo sentido puede verse la sentencia de 2 de marzo de 2000 (casación 5558/1994).

En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

SEXTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

FALLAMOS

1

Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de D. Ceferino contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 11 de noviembre de 2005 (recurso contencioso-administrativo 894/01, que ahora queda anulada y sin efecto.

2

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Ceferino contra el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 23 de mayo de 2000 por el que se aprueba expediente expropiatorio de tasación conjunta de los bienes y derechos de los propietarios no incorporados a la Junta de Compensación del Polígono 2, sector 5, Las Torres, e indirectamente el Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas de Gran Canaria de 7 de marzo de 1989 y el Plan Parcial Las Torres de 7 de abril de 1994.

3

No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

OCIO

La Villa de **Frigiliana** está situada en la comarca malagueña de la Axarquía, en el Parque Natural de las Sierras de Almijara, Tejeda y Alhama.

Frigiliana surge, a 300 metros sobre el nivel del mar y con un microclima subtropical, como si de un balcón se tratase, ofreciendo una de las panorámicas más espectaculares y bellas de la Costa del Sol.

Este ha sido un lugar poblado desde muy antiguo. Como muchas otras poblaciones, su origen se remonta a la época romana, pero es durante el período árabe cuando adquiere el carácter su fisonomía urbana.

Su nombre procede de los términos latinos "Frexinius ana", que se traducen por "cortijo de Frexinius", y que derivaría al nombre actual de la localidad. A pocos kilómetros del núcleo urbano, en el cerro conocido como El Fuerte, de 976 metros de altitud, se localiza la llamada Frigiliana la Vieja, donde se han encontrado restos de fortificaciones romanas, viviendas y monedas pertenecientes a la época imperial.

Sin embargo, el origen de la villa como tal hay que buscarlo hacia los siglos IX o X, con la construcción de un castillo (hoy desaparecido) alrededor del cual comienzan a concentrarse diversas viviendas. Este lugar es conocido como Hins Challana en época califal, y como Fixmiana durante la etapa nazarí.

Frigiliana se conoce como la "Villa de las Tres Culturas" por la incidencia que la cultura árabe, judía y cristiana ha tenido en sus calles a lo largo de la historia. Es de reseñar su conocida conquista por los Reyes Católicos sobre los habitantes de la población, historia que se relata someramente en los doce mosaicos de cerámica vidriada que se encuentran en las fachadas de algunas viviendas en diferentes puntos de la zona antigua del pueblo, y donde se cuenta a modo de romances de ciego, la historia de la rebelión de los moriscos en esta villa.

Su Casco Histórico, de calles estrechas, sinuosas y empinadas, forma un singular entramado urbano de pequeñas casas que se encaraman unas sobre otras, que ha hecho



que se califique como el conjunto arquitectónico árabe más puro de la provincia de Málaga. Entre los reconocimientos oficiales otorgados, destaca el 1º Premio Nacional de Embellecimiento de los Pueblos de España.

Durante el último fin de semana de agosto, Frigiliana se engalana de fiesta para ofrecer una actividad lúdico-cultural transformándose en foro de encuentro y convivencia entre las diferentes culturas en las que participan todos los visitantes: **El Festival de las Tres Culturas.**



El Festival promueve la existencia de un lugar de encuentro para las culturas del mundo, que potencie el conocimiento de una región cuya cultura, así como sus tradiciones y gastronomía, merece un acercamiento más profundo.

Se pone especial cuidado en abarcar diversas actividades que ofrecen un completo abanico de opciones para todos sin importar edad o procedencia.

El festival cuenta con actuaciones musicales de alto nivel artístico en un entorno relajado y familiar, conferencias sobre temas relacionados con las tres culturas, exposiciones, jornadas gastronómicas y una muestra de la gastronomía popular en la ya muy exitosa Ruta de la Tapa en diferentes bares del pueblo.



También incluye actividades de animación de calle como: pasacalles con música, juegos malabares, fakir, danza del vientre y actividades infantiles con juegos tradicionales, cuentacuentos, teatro infantil, títeres.... Todo ello con un mercado de las tres culturas en el que se ofrecen originales productos al visitante llenando las calles con un ambiente cosmopolita y festivo.

Más información en:

<http://www.festivalfrigiliana3culturas.net/>

