

Artículos

- Despoblación y nivelación financiera municipal en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local
Depopulation and municipal financial equalisation in the framework of the European Charter of Local Self-Government
VELASCO CABALLERO, FRANCISCO 6-31
- Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos
The contours of administrative self-provision in the management of public services
NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN 32-55
- Lengua y derechos lingüísticos en Arán: régimen jurídico de la oficialidad del aranés
Language and linguistic rights in Aran: legal regime of the official status of the Aranese language
MAGALDI, NURIA 56-76
- La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso?
The strategy to reduce the temporary nature of public employment in Law 20/2021: a cure-all to definitively eradicate long-term temporary employment relationships or a temporary solution to get out of the situation?
GIFREU FONT, JUDITH 77-99
- Zonificación urbanística y viviendas de uso turístico en Madrid
Urban Zoning and Short term rentals in Madrid
HERNANDO RYDINGS, MARÍA 100-118
- Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales
The guarantees of independence of the Administrative Courts of Contractual Appeals
VILALTA REIXACH, MARC 119-136

Estudios breves

- Las retribuciones de las Administraciones públicas españolas. Un estudio de su equidad interna
Salary in Spanish public administrations. A study of their internal equity
ARENILLA SÁEZ, MANUEL / LLORENTE MÁRQUEZ, JESÚS / REDONDO LEBRERO, JUAN CARLOS 137-155
- Alcance de la afectación y desafectación del dominio público y sus efectos sobre el derecho de reversión
Scope of the affectation and disaffectation of the public domain and its effects on the right of reversal
IGLESIAS GONZÁLEZ, FELIPE 156-172
- El sistema político vasco. Cuatro décadas construyendo una cultura de estabilidad en un entorno de fragmentación
The basque political system. Four decades building a culture of stability in an environment of fragmentation
CASAL, DANIEL 173-198
- Una nueva valoración de la no adscripción a la luz del nuevo pacto antitransfuguismo
A new assessment of non-assignment through the new anti-transfuguism pact
GARCÍA-VILLANOVA ZURITA, GUSTAVO 199-214

reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **18**
Nueva época
Octubre, **2022**



FECYT/394/2022
Fondo de Investigación Científica (2019)
Válido hasta 22 de julio de 2023



ISSN: 1989-8975
DOI: <https://doi.org/10.24965/10.24965/reala.18.2022>
<https://inap.es>
<https://reala.inap.es>

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

Director de la Revista: José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

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

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

COMITÉ EDITORIAL

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (INAP) (España)

CONSEJO DE REDACCIÓN

José María Baño León (Director), Universidad Complutense de Madrid (España).

Lucía Alarcón Sotomayor (Secretaria), Universidad de Córdoba (España).

Carmen Martín Fernández (Secretaria-Gestora editorial), Universidad de Córdoba (España).

Vocales

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

Editor técnico: Roberto Tomé Pérez, INAP (España)

CONSEJO CIENTÍFICO CONSULTIVO

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

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



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

Sumario / Table of contents

Artículos

Despoblación y nivelación financiera municipal en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local <i>Depopulation and municipal financial equalisation in the framework of the European Charter of Local Self-Government</i>	
VELASCO CABALLERO, FRANCISCO	6
Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos <i>The contours of administrative self-provision in the management of public services</i>	
NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN	32
Lengua y derechos lingüísticos en Aragón: régimen jurídico de la oficialidad del aranés <i>Language and linguistic rights in Aran: legal regime of the official status of the Aranese language</i>	
MAGALDI, NURIA	56
La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso? <i>The strategy to reduce the temporary nature of public employment in Law 20/2021: a cure-all to definitively eradicate long-term temporary employment relationships or a temporary solution to get out of the situation?</i>	
GIFREU FONT, JUDITH	77
Zonificación urbanística y viviendas de uso turístico en Madrid <i>Urban Zoning and Short term rentals in Madrid</i>	
HERNANDO RYDINGS, MARÍA	100
Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales <i>The guarantees of independence of the Administrative Courts of Contractual Appeals</i>	
VILALTA REIXACH, MARC	119

Estudios breves

Las retribuciones de las Administraciones públicas españolas. Un estudio de su equidad interna <i>Salary in Spanish public administrations. A study of their internal equity</i>	
ARENILLA SÁEZ, MANUEL / LLORENTE MÁRQUEZ, JESÚS / REDONDO LEBRERO, JUAN CARLOS	137
Alcance de la afectación y desafectación del dominio público y sus efectos sobre el derecho de reversión <i>Scope of the affectation and disaffectation of the public domain and its effects on the right of reversal</i>	
IGLESIAS GONZÁLEZ, FELIPE	156

El sistema político vasco. Cuatro décadas construyendo una cultura de estabilidad en un entorno de fragmentación <i>The basque political system. Four decades building a culture of stability in an environment of fragmentation</i>	
CASAL, DANIEL	173
Una nueva valoración de la no adscripción a la luz del nuevo pacto antitransfuguismo <i>A new assessment of non-assignment through the new anti-transfuguism pact</i>	
GARCÍA-VILLANOVA ZURITA, GUSTAVO	199

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

La asistencia y coordinación sociosanitaria en el medio rural en Castilla y León. Aspectos a mejorar tras la pandemia <i>Socio-health assistance and coordination in rural areas in Castilla y León. Aspects to improve after the pandemic</i>	
GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL	215
Una función pública estratégica: el teletrabajo en la Administración Autonómica. Análisis jurídico-administrativo <i>A strategic civil service: teleworking in the «Comunidades Autónomas» public administration. A legal-administrative analysis</i>	
RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ	236
Transparencia y participación en el desarrollo de la organización administrativa de La Graciosa <i>Transparency and participation in the development of the administrative organization of La Graciosa</i>	
ARMAS CASTILLA, NOEL	253



Referencia: Velasco Caballero, F. (2022). Despoblación y nivelación financiera municipal en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 6-31. <https://doi.org/10.24965/reala.11092>

Despoblación y nivelación financiera municipal en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local¹

Depopulation and municipal financial equalisation in the framework of the European Charter of Local Self-Government

Velasco Caballero, Francisco

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

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

francisco.velasco@uam.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo. Director de Investigación del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. Ex Letrado del Tribunal Constitucional. Director del Anuario de Derecho Municipal y del Tratado de Derecho Local (2021). Actualmente, co-director del proyecto de investigación europeo LoGOV (Local Government and the Changing Urban-Rural Interplay: Number 823961) y del proyecto nacional PID2019-105799RB-100 (Políticas y servicios públicos contra la despoblación).

RESUMEN


La lucha contra la despoblación requiere de gobiernos locales fuertes, y esto incluye una financiación municipal adecuada. Sin embargo, tal y como ha declarado el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa en su Recomendación 465 (2021), España carece de un sistema de nivelación financiera intermunicipal que proteja a los municipios con mayor debilidad financiera, tal y como exige el art. 9.5 de la Carta Europea de Autonomía Local. En consecuencia, España debería introducir una corrección de fondo en la Ley de Haciendas Locales. Esa reforma debe responder a las exigencias de la Carta Europea, tal y como la ha interpretado y aplicado el Consejo de Europa.

PALABRAS CLAVE

Despoblación; financiación local; nivelación financiera; autonomía local; Consejo de Europa.

ABSTRACT

The struggle against depopulation requires strong local governments, and this includes adequate municipal financing. However, as stated by the Council of Europe's Congress of Local and Regional Authorities in its Recommendation 465 (2021), Spain lacks a legal system of effective inter-municipal financial equalisation in order to protect the most financially weak municipalities, as required by art. 9.5 of the European Charter of Local Self-Government. Consequently, Spain should introduce a fundamental correction in the Law of

¹ El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional "Proyectos y políticas públicas contra la despoblación" (PID2019-105799RB100), del Ministerio de Ciencia e Innovación. Para la elaboración de este estudio se ha desarrollado una estancia de investigación en el Consejo de Europa que ha contado con financiación del programa de investigación e innovación de la Unión Europea "Horizon 2020" conforme al "Marie Skłodowska-Curie Grant Agreement N.º 823961" . Agradezco a Renate Zikmund así como a su equipo en la secretaría ejecutiva de la cámara de autoridades locales del Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa, su acogida y disponibilidad para la elaboración de este estudio.

Abreviaturas utilizadas: CE: Constitución española; CEAL: Carta Europea de Autonomía Local; CPLR: Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa; PIE: Participación en los ingresos del Estado.

Local Finance. This reform should match the requirements of the European Charter, as interpreted and applied by the Council of Europe.

KEYWORDS

Depopulation; local financing; financial equalization; local self-government; Council of Europe.

SUMARIO

DESPOBLACIÓN, FINANCIACIÓN LOCAL Y CONSEJO DE EUROPA. 1. INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO EUROPEO DE NIVELACIÓN INTERMUNICIPAL. 2. EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES, RECOMENDACIONES Y MEMORANDA DEL CONGRESO DE AUTORIDADES LOCALES Y REGIONALES DEL CONSEJO DE EUROPA. 3. RELEVANCIA EN ESPAÑA DEL INCUMPLIMIENTO DECLARADO POR EL CONSEJO DE PODERES LOCALES Y REGIONALES. 4. MARCO EUROPEO PARA UN NUEVO RÉGIMEN DE NIVELACIÓN INTERMUNICIPAL EN ESPAÑA. 4.1. TIPOLOGÍA DE CRITERIOS APLICATIVOS SOBRE EL ARTÍCULO 9.5 CEAL. 4.2. CRITERIOS DEL COMITÉ DE MINISTROS. 4.3. CRITERIOS GENERALES DEL CONGRESO. 4.4. CRITERIOS INDUCIBLES DE LAS RECOMENDACIONES «AD HOC» DEL CONGRESO. 5. CONCEPTO DE ECUALIZACIÓN O COMPENSACIÓN FINANCIERA. 6. ALCANCE DE LA NIVELACIÓN. 7. FORMAS DE NIVELACIÓN. 8. PROCEDIMIENTOS DE NIVELACIÓN. 9. INDICADORES DE NIVELACIÓN. 10. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

DESPOBLACIÓN, FINANCIACIÓN LOCAL Y CONSEJO DE EUROPA

§1 El fenómeno de la despoblación está presente en buena parte de España e incluso en múltiples áreas de la Europa rural (Foss y Juvkam, 2003, pp. 24 y 41²). Y cuenta ya con serios diagnósticos, análisis y estrategias políticas. Hay un alto nivel de consenso en torno a dos tipos de soluciones prioritarias: la *diversificación económica* en las zonas rurales, más allá de las tradicionales actividades agropecuarias; y la *accesibilidad efectiva a servicios públicos y privados*, en condiciones comparables con las áreas urbanas (Collantes y Píñilla, 2019, pp. 76 y 230³). También hay un cierto consenso, tanto académico como político, en que la lucha contra la despoblación requiere de *gobiernos locales fuertes y sostenibles* (Esparcia, 2021, p. 94). Aunque este enunciado convive *de facto* con estrategias de ordenación territorial de alcance autonómico (y poco protagonismo local) y con múltiples planes y estrategias estatales y autonómicas, donde los municipios y provincias son, básicamente, perceptores y gestores de subvenciones para la ejecución de políticas supra-locales contra la despoblación. Así, las múltiples actuaciones contra la despoblación previstas por el actual Plan estatal de Recuperación, Transformación y Resiliencia se están desarrollando a través de numerosas convocatorias de *subvenciones* (muchas de ellas territorializadas en las comunidades autónomas) para los concretos objetivos o acciones fijados en cada convocatoria. Todas estas medidas sin duda que pueden tener efectos directos y positivos contra la despoblación. Pueden estimular la actividad económica y la prestación de servicios en las áreas rurales. Pero no están promoviendo gobiernos locales robustos y sostenibles que puedan diseñar sus propias estrategias de sostenibilidad.

§2 La *debilidad institucional* de los municipios locales rurales tiene múltiples causas. Una es su escaso tamaño en muchas regiones, como Castilla y León (López Ramón, 2021, pp. 29-51). Otra es la deficiente configuración jurídica del nivel supramunicipal de gobierno local (las provincias), de las entidades de cooperación intermunicipal y de la iniciativa económica local. A esta lista hay que añadir un *sistema de financiación local* que beneficia a los grandes municipios urbanos y perjudica a una buena parte de los municipios rurales, aunque no a todos (Muñoz y Suárez, 2018, p. 19; Cordero et al., 2022, p. 126). En especial, a los municipios rurales medianos que vertebran la actividad económica y los servicios de su espacio comarcal. A este

² Véase en este sentido: Congress of the Local and Regional Authorities of the Council of Europe, Resolution 465 (2021), 2021-2026 Priorities of the Congress of Local and Regional Authorities, 23 March 2021, CG (2021)40-05 23 March 2021, § 71, p. 11. Y véase también la presentación del Vicesecretario General del Consejo de Europa, Bjorn Berge, en la apertura de la sesión ordinaria del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, de 10 de junio de 2022.

³ En la Unión Europea: Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A long-term Vision for the EU's Rural Areas – Towards stronger, connected, resilient and prosperous rural areas by 2040, Brussels, 30-6-2021 COM(2021) 345 final, {SWD(2021) 166 final} – {SWD(2021) 167 final}.

En el Consejo de Europa: Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 458 (2020) and Recommendation 448 (2020), Developing urban-rural interplay, CG-FORUM(2020)02-03final, 7 December 2020.

resultado se llega, fundamentalmente, porque el *régimen de transferencias* regulado en la Ley de Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: LHL) no tiene una función niveladora o equalizadora. Asegura primariamente la sostenibilidad financiera de los muy grandes municipios, y presta una atención secundaria a los municipios medianos y pequeños. De un lado, la cláusula de *status quo* (art. 120.1 LHL) asegura a los municipios muy grandes la financiación más favorable que ya les proporcionaba la LHL de 1988 (Arrieta, 2010, p. 993⁴). De otro lado, los arts. 111 y 122 LHL establecen *dos regímenes* de transferencias separados e incommunicados: uno para los grandes municipios (de más de 75.000 habitantes y capitales de provincia); y otro para el resto de los municipios (lo que incluye a todos los municipios rurales). Entre estos dos grupos de municipios no hay ningún instrumento de nivelación. Solo en el seno del segundo grupo, el de los municipios comunes, hay una cierta nivelación o compensación interna, entre los municipios con mayor y menor capacidad financiera, porque para la distribución de la cantidad total anual destinada por el Estado a este grupo de municipios se tiene en cuenta la capacidad tributaria de cada municipio (art. 124.1 c) LHL) lo que normalmente beneficia a los municipios pequeños y rurales, que cuentan con menores ingresos tributarios propios (porque las bases impositivas de sus tributos son más pequeñas).

§3 Abiertamente se puede considerar que el actual régimen de transferencias estatales, el regulado en la LHL, *no es conforme con la estrategia estatal de reto demográfico*. Porque no favorece la sostenibilidad económica de aquellos municipios rurales que, teniendo unas dimensiones y una capacidad de gestión suficiente, con mejores ingresos podrían desplegar estrategias de iniciativa económica local, ofrecer más y mejores servicios públicos, y coadyuvar a la sostenibilidad de los servicios privados. Podrían, en suma, generar atractivos demográficos competitivos con los de las grandes ciudades. Probablemente, esas dimensiones y capacidades no se encuentran en los municipios muy pequeños (los menores de 500 habitantes) pero sí en umbrales demográficos algo superiores, y desde luego en muchos municipios a partir de los 5.000 habitantes. Hay que tener en cuenta que en función del tipo de servicio o actividad local, la escala eficiente de gestión se puede situar en distintos niveles demográficos. Así, los servicios sociales básicos encuentran su escala económica óptima en los 1.000 habitantes, y el servicio de abastecimiento de aguas en los 5.000 habitantes (Hortas-Rico y Salinas-Peña, 2014, p. 39). Es más, son muchos los servicios municipales que muestran diseconomías de escala a partir de cierto umbral de población. Con frecuencia, los municipios más grandes generan costes adicionales de gestión, derivados de la necesidad de mayor *coordinación* entre las distintas unidades municipales que se ocupan de la prestación (con lo cual, a partir de cierto umbral demográfico los servicios municipales pueden ser menos eficientes, porque se producen con más costes). Únicamente para los servicios administrativos generales se ha identificado en 20.000 habitantes la escala eficiente de gestión. Los estudios de economía aplicada más robustos y con mayor soporte empírico muestran que *cada servicio*, tipo de gasto o actividad municipal tiene *su propia economía de escala*. Y son pocos los servicios públicos municipales que mejoran su rendimiento con la escala (Bel, 2011, p. 13).

§4 El sesgo contra-rural del actual régimen de transferencias estatales multiplica sus efectos negativos si tenemos en cuenta que no encuentra una alternativa viable en la financiación mediante *tributos locales*. En entornos rurales, normalmente con menor actividad económica y menores rentas, las bases impositivas de los tributos locales son lógicamente inferiores. Por ello, para compensar mediante ingresos tributarios (propios) las menores transferencias estatales (de la PIE) los municipios pequeños y medianos tendrían que aumentar notablemente los tipos impositivos propios. Y esto, parece evidente, actuaría como un nuevo factor *promotor de la despoblación*. Lo mismo se puede decir en relación con las tasas por la prestación de servicios: un aumento de su cuantía dirigido a sufragar su mayor coste en las áreas rurales tendría de nuevo un efecto despoblador. Además, es previsible que, en general, el rendimiento de los tributos locales disminuya en el futuro, a favor de los grandes tributos estatales (Bosch et al., 2009, p. 14), lo que a su vez aumentará la dependencia de todos los municipios –y entre ellos los rurales– respecto de las transferencias estatales. En suma, la regresividad de la PIE respecto de los municipios pequeños y medianos, al no tener como alternativa viable una mayor recaudación tributaria propia, es causa de que el sistema de financiación local, en su conjunto, coadyuve al fenómeno despoblador. Como en seguida se verá, este resultado es contrario al art. 9.5 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (CEAL), ratificada por España en 1988, y pudiera no ser compatible con el mandato constitucional de suficiencia financiera del art. 142 CE (*infra* § 22).

⁴ Véase expresamente en este sentido, el análisis y propuesta de reforma de la LHL por la comisión ministerial de expertos constituida en 2017: Ministerio de Hacienda, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, 26 de julio de 2017, p. 143.

1. INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO EUROPEO DE NIVELACIÓN INTERMUNICIPAL

- §5 Como es sabido, el art. 9 CEAL incluye diversas garantías específicas de autonomía financiera local. Está, en primer lugar, la garantía de *disponibilidad* de ingresos propios y suficientes, sobre los que cada gobierno local pueda decidir con discreción (art. 9.1 CEAL). También, el art. 9.2 CEAL exige que el conjunto de los ingresos locales sea *proporcionado* a las tareas o competencias propias de los distintos tipos de gobiernos locales. El art. 9.3 CEAL garantiza que una parte de los ingresos locales provenga de *tributos propios*, sobre los cuales las entidades locales dispongan de un cierto poder para fijar los tipos impositivos. También está garantizada la *diversidad* de fuentes de financiación local, así como su capacidad de adaptación a situaciones económicas cambiantes (art. 9.4 CEAL). El art. 9.5 CEAL, que va a ser objeto central de este estudio, exige que los países signatarios de la Carta cuenten con un sistema de «compensación» financiera (*equalisation* ó *péréquation*, en las versiones auténticas de la CEAL) a favor de los gobiernos locales financieramente más frágiles. El art. 9.6 CEAL dispone que los gobiernos locales serán *consultados* sobre la forma de distribución de los recursos financieros entre los distintos gobiernos locales. En el art. 9.7 CEAL se proscribe, como principio general aunque no absoluto, la financiación condicionada. Por fin, el art. 9.8 CEAL garantiza a los gobiernos locales el *acceso al mercado crediticio nacional* para inversiones de capital.
- §6 Todas estas exigencias y garantías están en parte condicionadas por la propia Carta (implícita o explícitamente) a las necesidades de la economía nacional y a lo que establezcan las leyes nacionales (Velasco, 2009, p. 75). Aunque, lógicamente, las leyes nacionales no pueden vaciar de contenido o restringir desproporcionadamente el propio alcance normativo del art. 9 CEAL.
- §7 Por lo demás, es sabido que todas estas garantías jurídicas de la CEAL, aunque tienen fuerza jurídica vinculante (así lo dice expresamente el art. 12 de la Carta) *no cuentan con órganos judiciales supranacionales* que puedan imponer su cumplimiento (Schaffarzick, 2002, pp. 113-116; Boggero, 2018, p. 49) y en parte por eso el nivel de incumplimiento es elevado⁵, especialmente en lo que se refiere a la existencia de un sistema de nivelación o compensación financiera adecuado para las entidades locales más débiles⁶ (que normalmente son también las más pequeñas y/o rurales).
- §8 En su labor de vigilancia sobre el cumplimiento de la CEAL, el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa –órgano consultivo que integra a representantes locales y regionales de los Estados del Consejo de Europa⁷– ha considerado recientemente, en la Recomendación 465 (2021), que *España no cumple* con el mandato de ecuilización contenida en el art. 9.5 CEAL, porque el sistema de participación en los ingresos del Estado (PIE) que regula la LHL «(...) is insufficient, especially as regard to small municipalities in the depopulated areas, where the cost of services is higher due to the low population density⁸». Esta recomendación del Consejo de Europa conecta con otra anterior, mucho menos incisiva y detallada, en la que se hablaba de la «nécessité d'établir des formules de répartition plus équitables, reposant sur des indicateurs de besoin (population avec pondérations) et de capacité (indice basé sur l'IBI⁹)». Quizá la relevancia secundaria de esta cuestión en el conjunto de la recomendación de 2013 (muy centrada en la cuestión de la estabilidad presupuestaria) explica que el Gobierno español no adoptara ninguna iniciativa legislativa para atender la recomendación del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa (en adelante, el Congreso o CPLR). Ahora, la nueva recomendación de 2021 presta mayor atención a la cuestión de la nivelación intermunicipal, y abiertamente declara el incumplimiento del art. 9.5 CEAL por el Estado español. El memorándum explicativo en el que se apoya la nueva recomendación de 2021 se centra en que la regulación legal de la PIE *apenas si tiene efectos niveladores*, lo que abiertamente contradice la exigencia expresa del art. 9.5 CEAL. En puridad, la falta de nivelación es muy superior que la que detecta

⁵ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 427 (2018), *Coping with the debt burden: local authorities in financial difficulty*.

⁶ Congress of Local and Regional Authorities, Resolution N.º 413 (2017), *Comparative analysis on the implementation of the European Charter of Local Self-Government in 47 member States*, CG32(2017)22final, 20 march 2017, § 66, p. 25; Congress of Local and Regional Authorities, Draft Resolution, *Recurring issues based on assessments resulting from Congress monitoring of the European Charter of Local Self-Government and election observation missions*, CG(2021)40-10prov, 21 January 2021, § 11, p. 23.

⁷ Committee of Ministers, Statutory Resolution (2000) 1 Relating to the Congress of Local and Regional Authorities of Europe, 15 March 2000.

⁸ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 225, p. 37.

⁹ Le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, Recommandation N.º 336 (2013), *La démocratie locale et régionale en Espagne*, CG(24)6FINAL, 20 mars 2013, § 157, p. 30.

el CPLR en su recomendación, pues no tiene en cuenta que la PIE, a la que reprocha sus escasos efectos ecualizadores, sólo rige para los municipios pequeños y medianos, con lo que no hay compensación ninguna, ni suficiente ni insuficiente, entre el grupo de los municipios grandes y todos los demás.

§9 En lo que sigue, primero se va a dar cuenta de los posibles efectos de la declaración de incumplimiento contenida en la Recomendación 465 (2021) del Congreso de Poderes Locales y Regionales (2 y 3); luego se integrará la recomendación referida a España en el conjunto de recomendaciones del Congreso (4). Esta última exposición sistemática servirá tanto para entender la declaración de incumplimiento dirigida a España como para definir un marco de criterios en el que el futuro podría producirse una reforma del sistema de transferencias locales de la LHL, a fin de cumplir con la recomendación del CPLR.

2. EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES, RECOMENDACIONES Y MEMORANDA DEL CONGRESO DE AUTORIDADES LOCALES Y REGIONALES DEL CONSEJO DE EUROPA

§10 Como ya se ha dicho, los mandatos de la CEAL son normativos. Y por tanto vinculantes. Pero no cuentan con una organización jurisdiccional que pueda imponer su cumplimiento (a diferencia de lo que ocurre con el Convenio de Derechos Humanos del propio Consejo de Europa, que sí cuenta con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional de cumplimiento). Las resoluciones y recomendaciones e informes del Congreso evalúan el cumplimiento de la Carta por parte de los Estados signatarios. Pero la CEAL no dispone *ningún efecto vinculante* para estas declaraciones o decisiones, que formalmente ni siquiera se dirigen directamente a los Estados miembros, sino al Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (art. 2.4 de la *Statutory Resolution of the Committee of Ministers* [2020]1).

§11 Los informes de evaluación, supervisión o seguimiento del Congreso valoran el cumplimiento de cada precepto de la CEAL en cada país con una de estas *tres calificaciones*: pleno cumplimiento; cumplimiento parcial; o incumplimiento. En el caso de la Recomendación 465 (2021) sobre España, la calificación es de cumplimiento parcial («not fully respected»). En el conjunto de las recomendaciones del CPLR sobre el art. 9.5 CEAL, la calificación más frecuente es la de *cumplimiento parcial*, aunque esta calificación es en sí poco informativa. Expresa bien la dificultad de valorar *jurídicamente* una concreta realidad nacional (normativa, institucional y práctica) a la luz de parámetros normativos (los preceptos de la Carta) pero sin partes procesales, con información limitada y con un objetivo finalista, más que dirimente o condenatorio: favorecer progresivamente la autonomía local en cada país signatario de la Carta¹⁰.

§12 Las evaluaciones del Congreso *no son propiamente políticas* (por mucho que se redacten por cargos electos y se aprueben por un órgano integrado por autoridades locales de los Estados miembros) pues cotejan una realidad nacional con un parámetro normativo (la Carta). Pero su objetivo sí es político: promover la adopción de iniciativas políticas nacionales para la mejora de la autonomía local (Moreno, 2019, p. 315). Esto explica la frecuencia con la que los informes del Congreso consideran que los sistemas nacionales de ecualización cumplen sólo parcialmente con la Carta. El objetivo de esta conclusión no es tanto censurar una concreta situación nacional como instar a su mejora. De ahí que prácticamente todas las recomendaciones e informes del Congreso incluyan algunas valoraciones positivas, incluso cuando la valoración final del sistema de nivelación fiscal sea negativa. Y de ahí también que bajo la calificación de cumplimiento parcial haya tanto realidades nacionales muy deficientes como otras satisfactorias, pero aún mejorables.

§13 Es claro que, a falta de una previsión expresa en la CEAL, ni las resoluciones ni las recomendaciones del Congreso (y menos aún los memoranda explicativos) vinculan a los Estados miembros. Esto es entendible no sólo por la naturaleza internacional del Congreso, en tanto que estructura orgánica interna del Consejo de Europa, sino también por su legitimidad estrictamente local y regional (Benoit-Rohmer y Klebes, 2005, p. 86) que difícilmente puede dar lugar a decisiones vinculantes para los Estados.

§14 Sólo en relación con las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (y no para las del Congreso de Poderes Locales y Regionales) es obligatorio para los Estados informar al Consejo de Europa sobre las medidas adoptadas en relación con las recomendaciones recibidas (art. 15 b) del Tratado por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949). En el caso de las recomendaciones del Congreso, sólo por medio de una norma organizativa interna (y por tanto con una eficacia externa

¹⁰ Congress of Local and Regional Authorities. Recommendation 79 (2000), *The financial resources of local authorities in relation to their responsibilities: a litmus test for subsidiarity, based on the 4th general report on political monitoring of the implementation of the European Charter of Local Self-Government*, 25 May 2000, p. 1.

muy limitada) se prevé que «del cumplimiento de la recomendación [del Congreso] se *hará seguimiento* por el correspondiente Estado miembro, por el propio Congreso, y por otras entidades intergubernamentales del propio Consejo¹¹». Este mandato de «seguimiento» está lejos de ser una obligación de información sobre las medidas estatales en respuesta a una recomendación europea. Menos aún puede verse ahí un mandato explícito de cumplimiento de la recomendación. Ello no obstante, las recomendaciones e informes del Congreso, como es propio del creciente *soft law* internacional (Guzman y Meyer, 2010, p. 171; Leñero y Darnaculleta, 2021, p. 698) despliegan algunos *efectos directivos*, en el ámbito interno del Congreso y en relación con los Estados miembros del Consejo de Europa.

§15 En primer lugar, en el *ámbito interno* del Congreso sus informes, recomendaciones y resoluciones actúan como precedentes, para posteriores evaluaciones e informes del propio Congreso (Boggero, 2018, p. 59). Esta eficacia interna es, aunque real, limitada. Sólo es claramente visible en las evaluaciones referidas a *un mismo país*, pero no se extrapolan o trasladan criterios de evaluación entre distintos países. Así, por ejemplo, en la Recomendación 465 (2021) dirigida a España se hace referencia expresa a la previa Recomendación 336 (2013), también referida a España. Pero en ninguna recomendación del Congreso hay referencia alguna a argumentos, indicadores o criterios utilizados en las recomendaciones anteriores para otros países. El mandato procedimental de *contextualización* en las evaluaciones, contenido expresamente en la Resolución 307 (2010) del Congreso¹², actúa contra la extrapolación y formulación de criterios transversales. Ello no obstante, en algunas *recomendaciones generales*, no referidas a concretos países sino formuladas con ánimo codificador y comparativo, el Congreso sí induce algunos criterios interpretativos generales a partir de las recomendaciones dirigidas a los países. Estos criterios generales, formulados en abstracto, sí tienen luego reflejo en las recomendaciones e informes referidos a concretos países.

§16 En el *ámbito externo*, y a falta de efectos propiamente vinculantes, las recomendaciones y demás tomas de posición del Congreso pueden desplegar algunos efectos directivos sobre los Estados parte en la CEAL. Se ha dicho, en este sentido, que las distintas declaraciones del Congreso son *soft law* internacional (Benoit-Rohmer y Klebes, 2005, p. 125) que ilustra a los Estados sobre las posibles formas de cumplir con las obligaciones contenidas en la CEAL (Boggero, 2018, p. 66). Ello no obstante, el alcance real de esta eficacia directiva de las declaraciones del Congreso está en función de dos factores: el *contenido* de las propias recomendaciones que pretenden dirigir la actuación de los Estados; y la *estructura constitucional y legal* de cada Estado, que puede ser más o menos receptiva ante las declaraciones internacionales interpretativas o aplicativas de tratados vinculantes.

§17 En primer lugar, en lo que hace al contenido de las recomendaciones del Congreso, lo cierto es que están muy determinadas por la concreta situación del Estado evaluado (*infra* § 33). Están muy apegadas a la *realidad de cada país* y evitan por completo las referencias transversales (a otros informes y recomendaciones de país). Y por lo mismo, sólo son verdaderamente idóneas para dirigir la actividad *del concreto país* evaluado, no para su utilización como precedentes en otros países. En segundo lugar, en lo que se refiere a la estructura y cultura constitucional de cada país, se puede considerar que en general el Derecho español es permeable al Derecho internacional, y de hecho hay múltiples referencias expresas a la CEAL tanto en las leyes como en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. Ello no obstante, estas referencias expresas tienen un valor más argumental e interpretativo que propiamente prescriptivo. Y, en todo caso, no reconocen eficacia directa alguna a las recomendaciones y resoluciones del Congreso. A esto se hace referencia más detallada a continuación.

3. RELEVANCIA EN ESPAÑA DEL INCUMPLIMIENTO DECLARADO POR EL CONSEJO DE PODERES LOCALES Y REGIONALES

§18 Según se ha dicho ya, de acuerdo con el Derecho del Consejo de Europa las recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros y del Congreso (sobre el cumplimiento de la CEAL) no generan obli-

¹¹ Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 307 (2010), Procedures for monitoring the obligations and commitments entered into by the Council of Europe member states in respect of their ratification of the European Charter of Local Self-Government, (ETS N.º 122), 18-20 October 2021, Annex, § 5.4.

¹² Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 307 (2010), Procedures for monitoring the obligations and commitments entered into by the Council of Europe member states in respect of their ratification of the European Charter of Local Self-Government, (ETS N.º 122), 18-20 October 2021, Annex, § 20.

gaciones de cumplimiento para los Estados. Los Estados están vinculados por la Carta, pero no por las declaraciones de cumplimiento de sus órganos. Desde la perspectiva interna, y de acuerdo con el art. 94.1 CE, España está obligada a cumplir la Carta, y por tanto su mandato de nivelación intermunicipal del art. 9.5 CEAL. Pero el Derecho interno español *no prevé efectos vinculantes* para las resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros o del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europea. Cuestión distinta es que las declaraciones y los criterios del Consejo de Europa sobre la CEAL pueden ser relevantes para la interpretación de algunos preceptos de Derecho interno. Empecemos por la Constitución y sigamos con la ley.

§19 El art. 142 CE garantiza la *suficiencia financiera* de los municipios, provincias e islas como un aspecto más de la autonomía local protegida por la Constitución. Hasta ahora, la escasa jurisprudencia constitucional sobre suficiencia financiera ha concedido más importancia a la *autonomía de gasto* que a la suficiencia de ingresos en sentido estricto (SSTTC 109/1998, FJ 10; 48/2004, FJ 11; 180/2016, FJ 8). Y en lo que hace a los ingresos específicamente, ha reconocido un amplísimo *poder de configuración a la ley*. El art. 142 CE expresamente impone que la financiación local debe componerse de –al menos– participaciones en los ingresos estatales y tributos propios. Pero no determina cómo debe ser esa participación en los ingresos estatales (Medina Guerrero, 2018, p. 1081). Según el Tribunal Constitucional «(...) no es el recurso de inconstitucionalidad, en ausencia de preceptos constitucionales que así lo exijan, una vía adecuada para obtener el establecimiento de uno u otro sistema de financiación de las haciendas territoriales» (STC 179/1985, FJ 3). En este punto, por tanto, el art. 9.5 CEAL es mucho más preciso y concreto que la Constitución.

§20 Podría plantearse, en el contexto actual de despoblación, que el canon constitucional de suficiencia financiera incluya contenidos nuevos, hasta ahora no contemplados en la jurisprudencia constitucional. Podría plantearse, en este sentido, que la inexistencia en España de un sistema estatal de nivelación a favor de los municipios con menos recursos, tal y como ha declarado la Recomendación 465 (2021) del Congreso, fuera causa de insuficiencia financiera para algunos municipios, contra lo establecido en el art. 142 CE. Pero este planteamiento, en principio posible, exigiría en todo caso una *situación real* y probada de insuficiencia financiera en esos municipios (STC 104/2000, FJ 5). Y no resulta fácil sostener que esa sea la situación de los municipios pequeños en la España rural. Pues una cosa es que haya un desequilibrio cierto en las transferencias estatales (con infracción directa del art. 9.5 CEAL) y otra que ese desequilibrio sea causa de una insuficiencia financiera que impida el ejercicio de las competencias municipales propias (que es lo prohibido por el art. 142 CE).

§21 También podría plantearse si, a la vista de la Recomendación 465 (2021) del Congreso, el régimen estatal de transferencias regulado en los arts. 111 a 124 LHL resulta arbitrario, y con ello contrario al art. 142 CE puesto en relación con el art. 9.3 CE. Se ha dicho ya en la doctrina que, a la vista del amplio margen de configuración que el art. 142 CE concede a la ley, el verdadero límite constitucional a la legislación sobre financiación local es la *interdicción de la arbitrariedad* que enuncia el art. 9.3 CE (Medina Guerrero, 2018, p. 1083). Esto es, la prohibición de reglas por completo carentes de fundamento, canon este por completo extraordinario y muy escasamente utilizado por el Tribunal Constitucional (como excepción: STC 181/2000, FJ 20). Por eso, y pese a que la doctrina hacendística niega todo fundamento técnico-financiero al actual sistema dual de participaciones y transferencias de la LHL (Cordero et al., 2022, p. 131), resulta difícil argumentar que la falta de nivelación financiera intermunicipal, en sí misma, pueda tacharse de arbitraria en el sentido muy restringido que es propio del art. 9.3 CE. Favorecer a los municipios con más población (que son normalmente los que cuentan con mayores transferencias estatales conforme al régimen dual de la LHL) puede ser una opción política objetable en nuestro tiempo, pero *no es necesariamente una regulación absurda*, por completo irracional, carente de todo fundamento o, en suma, arbitraria.

§22 A mi juicio, la conexión más directa entre la Recomendación del Congreso 465 (2021) y la garantía constitucional de suficiencia financiera se concreta en la referencia expresa del art. 142 CE a que las haciendas locales «(...) se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas». Este mandato constitucional expreso de financiación local mediante tributos propios y participaciones estatales y autonómicas (art. 142 CE) parte de la premisa implícita de que los tributos propios no siempre pueden asegurar la correcta financiación de todos los municipios, a riesgo de provocar efectos de inequidad fiscal. En este sentido, cualquier régimen de transferencias o participaciones estatales debe –al menos– *complementar* la financiación de aquellos municipios con mayores necesidades de gasto o con menor capacidad de financiación mediante tributos propios, por la mayor debilidad de las correspondientes bases imponibles (Arrieta, 2010, p. 980; Cordero et al., 2022, p. 125). Y bien, si este es el significado constitucional mínimo de las transferencias o participaciones estatales conforme al art. 142 CE, una regula-

ción legal que no tenga en cuenta las mayores necesidades financieras (por ejemplo, por el mayor coste de los servicios municipales en algunas clases de municipios) y la menor capacidad de financiación con tributos propios (por la mayor debilidad de las bases imponibles en ciertas clases o grupos de municipios) podría calificarse como directamente contraria al mandato constitucional de suficiencia financiera, que no sólo exige la existencia de medios financieros suficientes, sino también la *complementariedad* de las participaciones (o transferencias) respecto de los ingresos tributarios propios. Es relevante, en este sentido, que la comisión de expertos del Ministerio de Hacienda para la reforma de la LHL haya calificado expresamente a la PIE como un sistema errático y sin ningún componente de equidad¹³. Igualmente relevante es que el mismo Ministerio de Hacienda, en sus informes anuales sobre financiación local, expresamente reconozca que las transferencias estatales decrecen en relación directa al tamaño del municipio¹⁴. Es obvio que la ley, en su amplio margen de configuración, puede optar por diversos modelos de transferencias y/o participaciones, y por tener en cuenta indicadores de gasto y de ingresos tributarios diversos, tanto de los municipios urbanos o grandes como de los pequeños o rurales. También puede la ley nivelar la financiación municipal sólo de forma parcial, no plena. Pero puede considerarse que un régimen de financiación donde las transferencias no cumplen una función niveladora cualificada, tal y como declara para España la Recomendación 465 (2021), contradice directamente la función constitucional de las transferencias estatales, conforme al art. 142 CE. Según lo dicho, la Recomendación del Congreso 465 (2021) puede actuar como un útil instrumento interpretativo del art. 142 CE, en la medida en que muestra que la autonomía financiera municipal consiste *no sólo en la disposición de recursos financieros* para el ejercicio de las competencias propias, sino que también exige *un cierto grado de nivelación intermunicipal* mediante transferencias supralocales.

§23 Se puede plantear también si la Recomendación 465 (2021) puede guiar la *aplicación del régimen legal* de participaciones y cesiones estatales, conforme a los arts. 111 a 125 LHL. A mi juicio, la hipotética eficacia directiva de la recomendación es casi nula, porque la ley regula un sistema financiero preciso, *sin margen para la interpretación*. Los arts. 111 a 125 LHL establecen con precisión a qué municipios se les aplica cada uno de los dos regímenes de transferencias (participaciones y cesiones), cuál es la cuantía de cada cesión o fondo y cuáles son los criterios exactos de distribución de los recursos estatales. En este sentido, la LHL no permite, mediante una interpretación conforme con la Recomendación 465 (2021), introducir elementos de nivelación intermunicipal que, simplemente, no caben dentro del tenor de la ley.

§24 Finalmente, podría plantearse, al menos en hipótesis, que a partir de la declaración de incumplimiento contenida en la Recomendación del Congreso 465 (2021) se produjera un desplazamiento aplicativo del actual régimen de transferencias de la LHL. Obviamente, no porque la recomendación europea así lo imponga, sino por la conclusión interna (por los tribunales contencioso-administrativos españoles) de que la LHL efectivamente es contraria al art. 9.5 CEAL, y que en consecuencia la Carta debe ser de aplicación preferente frente a la LHL. En términos generales se ha sostenido que, dada la eficacia directa de los tratados internacionales en España (art. 94.1 CE), y dada la especial fuerza activa y pasiva de los tratados en el Derecho interno –que conforme al art. 96.1 CE pueden ser denunciados conforme al Derecho internacional, pero no derogados por el propio Estado– la infracción de una norma internacional puede invocarse directamente ante los tribunales. Y una posible contradicción entre una ley interna y un tratado internacional válido y eficaz debe conducir a la aplicación preferente del tratado (Ortega, 1993, p. 484; Requejo, 2003, p. 26; Font, 2019, p. 34). Este es el criterio legal de resolución de conflictos normativos que hoy contiene expresamente el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Con todo, esta solución, aunque asumible en abstracto, no es operativa allí donde el tratado internacional no regula directamente una cuestión, sino que establece una norma principal y remite la regulación a la ley interna. En estos casos, el tratado internacional no es «self-executing» y por ello mismo no puede producir efectos de desplazamiento aplicativo de la ley interna (Velasco, 2009, p. 101; Medina Alcoz, 2019, p. 129). La ley interna puede ser reprochable, por contradecir un tratado internacional, pero no puede ser inaplicada, precisamente porque el tratado ha remitido la regulación a la ley y no contiene otras reglas propiamente alternativas y sustitutivas. Esto es lo que, a mi juicio, ocurre con el art. 9.5 CEAL, que incluso considerando que no se respeta por la LHL, no puede desplazar los preceptos de la LHL, porque la Carta no contiene ninguna norma directamente aplicable que pudiera sustituir a las reglas sobre transferencias y participaciones de la LHL.

¹³ Ministerio de Hacienda, *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación local*, 26 de julio de 2017, pp. 152 y 156.

¹⁴ Ministerio de Hacienda y Función Pública, *La Hacienda local en cifras*, noviembre de 2019, p. 63. Accesible en www.hacienda.gob.es

4. MARCO EUROPEO PARA UN NUEVO RÉGIMEN DE NIVELACIÓN INTERMUNICIPAL EN ESPAÑA

§25 Según se ha dicho hasta aquí, a juicio del Congreso de Poderes Locales y Regionales en su Recomendación 465 (2021) el actual régimen de participación de los municipios en los recursos del Estado, regulado en los arts. 111 a 124 LHL, infringe el art. 9.5 CEAL. Dado que los tratados internacionales vinculan al Estado español, conforme al Derecho internacional y de acuerdo con el Derecho constitucional interno (art. 96.1 CE), es previsible una próxima iniciativa legislativa del Gobierno para introducir en nuestro régimen financiero local un régimen de nivelación o corrección intermunicipal de las diferencias financieras. Para este fin normativo, conviene contar con el mayor nivel de precisión posible sobre cuáles son los criterios interpretativos y aplicativos en torno al art. 9.5 CEAL que, a lo largo de los años, ha ido decantando el Consejo de Europa. Aquí se va a hacer referencia, en especial, a los criterios presentes en varias recomendaciones y resoluciones generales (aprobadas por el Comité de Ministros o por el Congreso) y a las recomendaciones «ad hoc», para países concretos, formuladas por el Congreso entre los años 2019 a 2022, ambos inclusive.

§26 En el conjunto del art. 9 CEAL, su párrafo quinto tiene un contenido singular. Primero, por su especial concreción; y segundo, porque garantiza la autonomía financiera no ya de los gobiernos locales en su conjunto (frente a las autoridades estatales o regionales) sino específicamente de un *grupo o tipo de municipios*, los que se encuentran en una situación financiera «débil». Esta garantía es especial porque puede legitimar leyes y decisiones estatales que, para allegar más recursos a los municipios financieramente «débiles», reduzcan las transferencias a los municipios más ricos, o con mayor capacidad financiera mediante tributos propios, sin con ello infringir la autonomía financiera garantizada en su conjunto por el art. 9 CEAL¹⁵.

4.1. Tipología de criterios aplicativos sobre el art. 9.5 CEAL

§27 A falta de un órgano jurisdiccional propio del Consejo de Europa, y a falta también de todo poder de desarrollo normativo de la Carta por el Comité de Ministros, la formación de criterios aplicativos sobre el alcance del art. 9.5 CEAL tiene lugar por medio de resoluciones declarativas y recomendaciones, de *tres tipos*: resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros; recomendaciones y resoluciones generales del Congreso de Poderes Locales y Regionales; y recomendaciones «ad hoc» de Congreso para cada Estado (derivadas de las visitas sistemáticas de evaluación realizadas por miembros del propio CPLR). En los tres casos, las recomendaciones o resoluciones, aunque carecen de toda eficacia propiamente vinculante, actúan como un marco de referencia asequible para los Estados (*supra* § 14). En puridad, y siguiendo una distinción teórica plausible (Leñero y Darnaculleta, 2021, pp. 697 y 701), las recomendaciones y resoluciones *generales*, tanto del Comité de Ministros como del Congreso, tienen *valor normativo*, porque detallan o precisan los mandatos normativos de la Carta, aunque no son coercibles (como tampoco lo es la propia Carta). En cambio, las recomendaciones «ad hoc» del Congreso actúan sólo como «referentes de cumplimiento normativo», aclarando a cada Estado signatario de la Carta en qué aspectos cumple o no cumple con la Carta, si bien de estos «referentes» –como de todos los precedentes (Díez Sastre, 2008, p. 113)– se pueden extraer, mediante abstracción, algunos criterios generalizables que complementan las recomendaciones y resoluciones abstractas y generales del Comité de Ministros y del Congreso.

§28 En lo que hace a su contenido, aunque las tres fuentes de criterios aplicativos están en estrecha interacción, no son por completo coincidentes. Son coherentes. Pero cada una de ellas tiene su propio perfil: acentúa algún aspecto del art. 9.5 CEAL; expresa la concreta posición institucional del órgano que la emite; o refleja el procedimiento abstracto o casuístico en el que se ha adoptado la correspondiente declaración. Como en seguida se verá, el *Comité de Ministros* ha fijado criterios técnico-financieros muy detallados para un cálculo idóneo de las transferencias niveladoras, poniendo el acento en la primacía de la financiación local mediante tributos (locales) propios. El *Congreso*, en sus recomendaciones o resoluciones *generales*, ha adoptado criterios interpretativos menos precisos, y en general más favorables a la ecualización inter-

¹⁵ Véase no obstante el caso de Luxemburgo, donde con una fundamentación poco clara el Congreso reprocha al Fondo de Financiación Municipal (que se nutre de los rendimientos de un impuesto local, como es el Impuesto sobre Actividades Económicas) que, para mejorar la situación financiera de los municipios más débiles haya empeorado parcialmente la situación de otros municipios (Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 470 (2022), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Luxembourg* CPL(2022)42-03final, 23 March 2022, § 54).

municipal. Y por último, las recomendaciones «ad hoc» del Congreso muestran criterios interpretativos más dispersos, predominando una comprensión funcional del art. 9.5 CEAL (esto es, la exigencia de que, cualquiera que sea el sistema nacional de nivelación, efectivamente sirva a la corrección de las desigualdades) (*infra* § 39).

4.2. Criterios del Comité de Ministros

§29 Los criterios interpretativos del *Comité de Ministros* se encuentran en una recomendación de 2005, dictada al amparo del art. 15 b) del Estatuto del Consejo de Europa¹⁶. En esta recomendación se contienen varios criterios que, en general, tienden a *reducir la importancia cuantitativa* de la equalización intermunicipal. Se insiste, en este sentido, en que las transferencias niveladoras estatales no deben desincentivar el pleno uso de la capacidad fiscal de cada entidad local¹⁷, que deben resultar de un previo cálculo estandarizado sobre los costes de servicios locales (de nuevo, para contener cuantitativamente las transferencias de nivelación¹⁸) y que no deben disuadir de una gestión municipal más eficiente¹⁹.

4.3. Criterios generales del Congreso

§30 En su labor de interpretación abstracta de la Carta, el Congreso ha aprobado algunas *recomendaciones e informes generales* que tratan específicamente la equalización financiera del art. 9.5 CEAL. Una primera recomendación general de 2000²⁰ es parca en criterios aplicativos generales y se centra en el carácter no condicionado de las transferencias de nivelación, la compatibilidad y complementariedad entre la nivelación vertical y horizontal, la estabilidad y previsibilidad de los criterios de nivelación, y la participación de las entidades locales en la definición del sistema. Mucho más elaborado y detallado es el *Comentario general* de 2020²¹, que considera extensamente el mandato de nivelación financiera del art. 9.5 CEAL. Aunque el comentario contiene algunas referencias genéricas a previas recomendaciones «ad hoc», una parte importante del informe es lógico-deductiva. Esto es, no induce criterios generales a partir de lo previamente dicho en los informes y recomendaciones para concretos países, sino que deduce directamente de la Carta criterios lógicos para su correcta aplicación.

§31 En primer lugar, el Comentario general del Congreso define con cierta precisión qué entiende por entidades locales financieramente débiles, vinculando directamente esta condición a sus características demográficas, su situación geográfica (áreas en transición, montañosas e insulares) o, simplemente, su menor tamaño (§ 165). Esta precisión puede ser relevante porque, frente a anteriores informes generales del Congreso, ahora se expresa directamente la *conexión entre ruralidad y debilidad fiscal*, lo que a su vez conecta más estrechamente el mandato del art. 9.5 CEAL con las políticas contra la despoblación en varios países de Europa. En segundo lugar, aunque en el comentario de 2020 se reconoce un amplio margen de opción política para la definición de cada sistema nacional de nivelación intermunicipal, en todo caso se enuncian algunos principios generales que deben respetar todos los sistemas nacionales: *equidad, estabilidad, eficiencia y transparencia* (§ 169). Además, el comentario de 2020 traba algunas conexiones de sentido entre el mandato de equalización y otros preceptos de la Carta, como el art. 3.1 CEAL (que garantiza la «capacidad efectiva» de las entidades locales [§ 170]), el art. 9.2 CEAL (que garantiza la libre disposición de los recursos propios [§ 171]), o el art. 9.6 CEAL (que garantiza la participación de los gobiernos locales en la configuración del sistema financiero local [§ 173]).

¹⁶ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005.

¹⁷ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, §§ 39 y 42, p. 7, § 55, p. 9.

¹⁸ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005 § 46 y 49, p. 8.

¹⁹ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, § 49, p. 8 y 55, p. 9.

²⁰ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 79 (2000), *The financial resources of local authorities in relation to their responsibilities: a litmus test for subsidiarity, based on the 4th general report on political monitoring of the implementation of the European Charter of Local Self-Government*, 25 May 2020.

²¹ Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government*, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, pp. 36-45.

4.4. Criterios inducibles de las recomendaciones «ad hoc» del Congreso

- §32 Por fin, las distintas recomendaciones «ad hoc» del Congreso, que siguen a las visitas de evaluación «in situ», normalmente no enuncian criterios generales propios. A veces mencionan los criterios generales formulados en abstracto por el Comité de Ministros o por el propio Congreso. Pero más allá de estas referencias generales, las recomendaciones «ad hoc» eluden la enunciación de criterios generales. La *diversidad* de sistemas financieros evaluados por el *Monitoring Committee* del Congreso, el enfoque claramente *contextual* de las recomendaciones (tal como prescribe la Resolución 307 (2010) del Congreso) y el carácter *no profesional* de los redactores de los informes de evaluación (recuérdese que son cargos electos locales o regionales de alguno de los países miembros) dificulta la formulación de criterios aplicativos generales en las recomendaciones «ad hoc».
- §33 Por lo dicho, las recomendaciones «ad hoc» sólo son verdaderamente idóneas para dirigir la actividad *del concreto país* evaluado, no para su utilización como precedentes en otros países. Ello no obstante, de las recomendaciones e informes «ad hoc» del Congreso también se pueden *inducir algunos criterios generales* sobre la nivelación intermunicipal que impone el art. 9.5 CEAL. Se trata más de *criterios principales* que de estándares concretos. En este sentido, y frente a lo que se ha sostenido en alguna ocasión (Dvorský y Czudek, 2018, p. 532) las decisiones del Congreso no forman un catálogo de verdaderas *reglas o estándares* de autonomía local. De hecho, el Congreso rechaza explícitamente una hipotética *estandarización* a gran escala²². Sí están presentes en las recomendaciones de país, en cambio, algunas *tendencias generales* o criterios principales (flexibles) para la correcta aplicación de la Carta (y, por tanto, en lo que ahora importa, del mandato de ecualización del art. 9.5 CEAL).
- §34 En lo que se refiere específicamente al mandato de nivelación del art. 9.5 CEAL, las recomendaciones «ad hoc» del Congreso son especialmente imprecisas, pese a que en el cuatrienio analizado en este estudio (2019-2022) las visitas de verificación incluían preguntas concretas sobre la nivelación financiera intermunicipal. Por lo demás, como es fácilmente imaginable, estas recomendaciones presentan *muchas divergencias* entre sí. Con todo, sin perjuicio de las notorias diferencias, que se van a poner de manifiesto seguidamente, también es posible identificar algunas *tendencias o criterios generalmente presentes* en las concretas recomendaciones y memoranda explicativos sobre los distintos países. Estos criterios inducibles de las recomendaciones «ad hoc» complementan o modulan los criterios contenidos en las declaraciones generales del Comité de Ministros o del Congreso.
- §35 Para la inducción de criterios interpretativos sobre art. 9.5 CEAL a partir de las recomendaciones «ad hoc» es preciso tener en cuenta que, en la práctica, no todas las recomendaciones siguen en una misma *metodología evaluadora*. Normalmente, los informes de mayor calidad técnica prestan mucha atención a la *funcionalidad real* del sistema de nivelación intermunicipal de cada país. Esta forma de evaluación es la más coherente con los criterios directivos generales del Comité de Ministros y del propio Congreso. Y precisamente de ahí es de donde se pueden inducir más y mejores criterios aplicativos complementarios. Pero en otras muchas recomendaciones de país aparecen dos orientaciones metodológicas mucho menos precisas, y de las que resulta más difícil extraer criterios generalizables. En algunos casos, la evaluación se limita a una *comprobación formal* sobre si el correspondiente país cuenta con algún sistema de nivelación financiera. En otros casos, las recomendaciones *simplifican* la evaluación del sistema de nivelación, prestando poca atención al concreto modelo de ecualización municipal y fijando toda la atención en si el sistema financiero local, en su conjunto, provee de suficientes medios financieros a los municipios. Veamos.
- §36 Como ya he anunciado, en algunas recomendaciones «ad hoc» del Congreso hay una comprensión puramente *formal* de lo exigido por el art. 9.5 CEAL. De tal manera que, una vez comprobado que el Derecho interno contiene una garantía cualificada de ecualización intermunicipal, los informes y recomendaciones del Congreso no entran en mayores detalles²³. Esa garantía formal cualificada puede consistir en una mención

²² Recommendation 79 (2000), *The financial resources of local authorities in relation to their responsibilities: a litmus test for subsidiarity, based on the 4th general report on political monitoring of the implementation of the European Charter of Local Self-Government*, 25 May 2000, p. 1.

²³ En este sentido: Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 431 (2019) *Local and regional democracy in Poland*, CG36(2019)13final, 2 April 2019, § 238, p. 39; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 469 (2022), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Germany*, CG(2022)42-16final, 22 March 2022, § 84, p. 36. Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 445 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Portugal*, CG-FORUM(2020)01-02final, 28 September 2020, § 100, p. 21; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 451 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Hungary*,

constitucional expresa (como el art. 238.2 de la Constitución portuguesa, que impone directamente la «necesaria corrección de las desigualdades entre las Administraciones locales en el mismo grado²⁴») o en la regulación *legal* de alguna fórmula de equalización que descansa sobre un cálculo objetivo de las necesidades financieras municipales. Cuando esto ocurre, se da por respetada la exigencia de equalización, sin mayores precisiones. Sobre todo, si el sistema financiero en su conjunto no es abiertamente insuficiente para cubrir la actividad local. Aunque el mismo resultado se alcanza también en casos en los que el sistema financiero en su conjunto no merece una valoración favorable (*ex art.* 9.1 y 2 CEAL) porque no allega ingresos suficientes a los municipios. Cabe en este sentido –y se puede considerar una aplicación correcta de la Carta– que un país cuente con un sistema de nivelación intermunicipal conforme con el art. 9.5 CEAL, aunque en su conjunto los recursos financieros del sistema sean insuficientes²⁵.

§37 En esta comprensión formal de la equalización intermunicipal, el Congreso no presta atención detenida al *rendimiento* mismo del sistema nivelador, ni a los concretos criterios de distribución de las transferencias niveladoras. La mera existencia de un sistema de compensación, bajo la presunción implícita de que el sistema no es arbitrario ni irracional, supone el cumplimiento del art. 9.5 CEAL. En esta comprensión formal de la garantía de nivelación pesa mucho, en mi opinión, el mayor o menor número de objeciones que las asociaciones de gobiernos locales dirijan, en el proceso de elaboración de las recomendaciones, al correspondiente instrumento nivelador. En principio, el carácter *horizontal* de la nivelación (esto es, si el sistema legal de nivelación extrae recursos financieros obtenidos por los municipios más ricos para distribuirlos entre los más pobres) es un indicio relevante de correcta equalización (aunque por otros defectos estructurales del sistema financiero no pueda desplegar plenos efectos²⁶). En este punto contrasta el criterio abstracto del Congreso, cauteloso ante la nivelación horizontal, de la que dice que «must remain at a reasonable level²⁷», y la realidad práctica de las recomendaciones de país, más claramente favorables a los instrumentos de equalización horizontal.

§38 Una segunda orientación metodológica para la evaluación de los sistemas nacionales de nivelación financiera local, presente también en algunas recomendaciones «ad hoc», se puede calificar como *simplificadora*. En estos casos, las recomendaciones del Congreso prestan escasa atención al régimen de nivelación intermunicipal de cada país. Ponen en un primer plano si, en su conjunto, el sistema financiero local (incluido el posible régimen de nivelaciones intermunicipales) allega *suficientes* recursos financieros al conjunto de los municipios, y si esos recursos se pueden emplear con autonomía²⁸. Con esta comprensión simplificadora se reduce la relevancia normativa específica del art. 9.5 CEAL, pues su efectivo cumplimiento no depende tanto del sistema de equalización existente (y de su eficacia para reducir la brecha financiera entre los municipios más ricos y los más pobres) como de que el sistema financiero *en su conjunto* (incluidas las transferencias verticales sin elementos de nivelación horizontal) produzcan o no suficiencia financiera en

CG-FORUM(2021)01-03final, 21 March 2021, § 222, p. 34. Un caso extremo es el del informe explicativo y recomendación sobre la financiación local en Rusia, donde ni siquiera se llega a explicar el sistema de nivelación, y simplemente se da por sobreentendida la existencia de un sistema de nivelación financiera intermunicipal (Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 440 (2019), *Local and regional democracy in the Russian Federation* CG37(2019)11final, 30 October 2019, § 193, p. 50).

²⁴ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 445 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Portugal*, CG-FORUM(2020)01-02final, 28 September 2020, § 89, p. 20.

²⁵ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 445 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Portugal*, CG-FORUM(2020)01-02final, 28 September 2020, § 94, p. 20; y § 100, p. 21; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 431 (2019) *Local and regional democracy in Poland*, CG36(2019)13final, 2 April 2019, § 238, p. 39; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 468 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Albania*, CG(2021)41-14final, 22 September 2021, § 198, p. 32; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 466 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in North Macedonia*, CPL(2021)41-02final, 22 September 2021, § 108, p. 19; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 436 (2019), *Local and regional democracy in the Republic of Moldova*, CG36(2019)15final, 4 April 2019, § 119, p. 29 y § 126, p. 31.

²⁶ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 451 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Hungary*, CG-FORUM(2021)01-03final, 21 March 2021, § 206, p. 33; Congress of Local and Regional Authorities Recommendation N.º 456 (2020) *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Armenia*, CPL(2021)40-02final, 12 February 2020 § 218, p. 36.

²⁷ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 79 (2000), *The financial resources of local authorities in relation to their responsibilities: a litmus test for subsidiarity, based on the 4th general report on political monitoring of the implementation of the European Charter of Local Self-Government*, p. 7.

²⁸ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 451 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Hungary*, CG-FORUM(2021)01-03final, 21 March 2021, § 224, p. 35; Congress of Local and Regional Authorities Recommendation N.º 456 (2020) *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Armenia*, CPL(2021)40-02final, 12 February 2020 § 218, p. 36.

los municipios con menos recursos tributarios propios. En suma, la comprensión del art. 9.5 CEAL que aquí califico como *simplificadora* –o incluso banalizadora– no presta atención al elemento de compensación o igualación que a mi juicio es el núcleo del art. 9.5 CEAL, y sí más bien a la suficiencia financiera (incluso de los municipios más «débiles») que es el mandato propio del art. 9.1 CEAL.

§39 Por fin, otro grupo de informes y recomendaciones de país expresan una comprensión *sustantiva y funcional* de la ecualización exigida por el art. 9.5 CEAL. La cuestión central es entonces que el sistema de nivelación en todo caso ha de servir a los municipios financieramente más débiles, y debe tender a *corregir* los efectos de una distribución desequilibrada de los ingresos²⁹. Se parte aquí implícitamente de que la desigualdad necesitada de corrección deriva de la menor capacidad recaudadora de los tributos locales en ciertos municipios (pequeños, insulares, rurales, de montaña). Se asume también implícitamente que la ecualización no puede resultar de la ampliación del poder tributario de los municipios débiles (como la posibilidad de elevar los tipos impositivos, de fijar tasas más altas por servicios o de eliminar los beneficios fiscales de algunos sujetos pasivos) pues ese mayor poder tributario podría ciertamente allegar más recursos económicos pero aumentaría el esfuerzo fiscal de los vecinos en esos municipios, con lo que se generarían nuevos problemas de equidad fiscal y no se produciría el efecto correctivo, compensador o igualador que exige el art. 9.5 CEAL. En consecuencia, aunque un aumento del poder tributario municipal sería plenamente conforme con el art. 9.3 CEAL, no cumpliría la específica función niveladora que exige el art. 9.5 CEAL. Esta aproximación metodológica funcional o sustantiva es la más coherente con los criterios interpretativos generales del Comité de Ministros y del propio Congreso, y por ello va a recibir aquí una mayor atención.

5. CONCEPTO DE ECUALIZACIÓN O COMPENSACIÓN FINANCIERA

§40 Textualmente, el art. 9.5 CEAL habla, en sus versiones auténticas inglesa y francesa, de *equalisation* y *péréquation*. La versión oficial alemana habla de *Finanzausgleich* y la versión oficial española de «compensación». En su recomendación general de 2005, el Comité de Ministros liga el concepto de ecualización al de *equidad fiscal*, que «should allow local authorities to provide their citizens, if they so wish, with broadly comparable levels of services in return for comparable levels of taxation and charges». El Congreso, en su Comentario general de la Carta de 2020, que tiene una función pedagógica y directiva para la elaboración de los informes de país, no precisa el concepto mismo de ecualización que incluye el art. 9.5 CEAL y habla genéricamente de «dotation financière suffisante». Por fin, en las recomendaciones «ad hoc» del Congreso se difumina la idea de equidad fiscal, cuya comprobación requiere una información fiscal muy detallada (normalmente no disponible en las visitas de evaluación del Congreso) y aparece con claridad la idea de *igualación* o *corrección* de desigualdades financieras.

§41 En el marco teórico del *federalismo financiero* se distingue entre las transferencias de *suficiencia* (destinadas a allegar suficientes medios financieros a los distintos niveles de gobierno) y las transferencias de *nivelación*, que buscan una cierta igualdad entre las distintas entidades financiadas (Degron, 2015, pp. 242-245; Cordero et al., 2022, p. 127). Pues bien, aunque los términos de las recomendaciones e informes del Congreso son bien distintos entre sí, y no en todos ellos está igualmente presente la idea de «igualación», lo cierto es que el Congreso, en sus recomendaciones e informes de país, acoge en términos generales un concepto cualificado de *equalisation*, no limitado a la simple búsqueda de la suficiencia financiera, sino exigente también de una cierta aproximación entre los distintos municipios. Esta aproximación o corrección de diferencias entre municipios no alcanza necesariamente al nivel de la plena igualación, pero tampoco se limita a exigir la mera suficiencia de recursos propios de todos los municipios (a lo que en puridad ya se refiere el art. 9.1 CEAL). En este sentido, el término español «compensación» expresa bien la comprensión aplicativa del Congreso. De forma significativa, también el Comité de Ministros utiliza el término «compensation» (y no el de «equalisation») en su recomendación general de 2005³⁰. Esta igualación compensatoria *no tiene por qué ser redistributiva* (Schaffarzik, 2002, p. 522). Esto es, no tiene por qué consistir en que el Estado traslade

²⁹ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 225; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 470 (2022), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Luxembourg*, CPL(2022)42-03final, 23 March 2022, § 180, p. 27; y Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 460 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self Government in Bulgaria*, CG(2021)40-20final, 30 April 2021, § 175, p. 34.

³⁰ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), § 10, p. 6.

ingresos propios de algunos municipios a otros con menos recursos (compensación horizontal), sino que puede consistir en mayores transferencias estatales (de los ingresos propios del Estado) a los municipios con menos recursos (compensación vertical).

§42 Las resoluciones y recomendaciones del Congreso consideran con claridad que sólo las transferencias incondicionadas –y no las subvenciones finalistas– cumplen con el objetivo normativo del art. 9.5 CEAL. A esta conclusión se llega poniendo en relación este precepto con el art. 9.1 CEAL³¹. Esto es, aunque materialmente las subvenciones condicionadas también pueden mejorar la posición financiera de los municipios «débiles», estas transferencias no han de tomarse en cuenta a los efectos del art. 9.5 CEAL (Boggero, 2018, p. 234). Aceptar las transferencias condicionadas como un instrumento de nivelación o compensación incumpliría el propio fin igualador del art. 9.5 CEAL, y contradiría, al tiempo, la prohibición general o principal de financiación condicionada establecida por el art. 9.7 CEAL (Schaffarzik, 2002, p. 544). Algunas dificultades de valoración presentan aquellos sistemas (como el británico) en el que la cantidad global de transferencias estatales es objeto de negociación entre los distintos ministerios, cada uno de los cuales pugna por que se preste mayor atención al gasto local en las materias propias de cada ministerio. De esta forma, un cambio en el peso presupuestario de cada ministerio arrastra también –siquiera de forma indirecta– un mayor o menor gasto municipal en las correspondientes actividades municipales (Bosch et al., 2009, p. 54).

6. ALCANCE DE LA NIVELACIÓN

§43 Dicho ya que el art. 9.5 CEAL exige la corrección de las desigualdades financieras entre municipios, una segunda cuestión sería el alcance mismo de dicha igualación. Se plantea entonces cuál es la eficacia mínima exigible ex art. 9.5 CEAL a un sistema de nivelación intermunicipal, y cuál es el hipotético límite máximo a la igualación.

§44 Tanto las resoluciones y recomendaciones generales del Comité de Ministros y del Congreso como las recomendaciones «ad hoc» de este último permiten *múltiples umbrales* de nivelación intermunicipal. En general, las recomendaciones de país muestran una alta deferencia con aquellos regímenes de transferencias estatales o regionales que, aunque no eliminan las desigualdades de ingresos existentes entre los diversos municipios, si las *corrigen parcialmente*. Esto es, la *reducción* misma de las desigualdades, siempre que sea relevante, y aunque aún subsistan diferencias de peso, se considera conforme (o parcialmente conforme) con el art. 9.5 CEAL³². Así, por ejemplo, en Austria el sistema de nivelación actúa muy favorablemente para los municipios pequeños (sobre todo de montaña) pero no para los medianos (Pichler, 2021), sin que este resultado haya tenido reparos por parte del Congreso.

§45 Queda excluido, en todo caso, que el sistema de transferencias que complementa a los ingresos tributarios municipales *aumente aún más la brecha financiera* existente. Esto es precisamente lo que la Recomendación 465 (2021) reprocha a la PIE española³³. Pues, aunque el *memorándum* explicativo identifica un elemento nivelador en el sistema español (la asignación de un 12,5 % del fondo general conforme a criterios de capacidad tributaria), el resultado del sistema en su conjunto es que mejora la posición financiera de los municipios grandes, que por su propia naturaleza normalmente cuentan con más recursos tributarios propios.

³¹ Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government*, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, § 212, p. 39.

³² Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), § 39, p. 7. En las recomendaciones «ad hoc» para los distintos países: Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 479/2022, *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Turkey*, CG(2022)42-14final, § 198, p. 40; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 445 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Portugal*, CG-FORUM(2020)01-02final, 28 September 2020, § 98, p. 21; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 431 (2019) *Local and regional democracy in Poland*, CG36(2019)13final, 2 April 2019, § 211, p. 39; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 468 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Albania*, CG(2021)41-14final, 22 September 2021, § 191, p. 31; Congress of Local and Regional Authorities Recommendation N.º 456 (2020) *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Armenia*, CPL(2021)40-02final, 12 February 2020 § 218, p. 36; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 466 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in North Macedonia*, CPL(2021)41-02final, 22 September 2021, § 108, p. 19.

³³ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 225, p. 37.

§46 Visto ya que la ecuilización exige una cierta igualación intermunicipal, el *límite máximo* de esa nivelación no está expresamente fijado por el art. 9.5 CEAL, aunque algunos países europeos, como Suiza, sí lo recogen en su legislación interna (Felder, 2021, p. 60). Se ha sostenido en ocasiones que la Carta *prohíbe una igualación total o sobrenivelación* (mediante transferencias supralocales) porque ese nivel de igualación limitaría el autogobierno de los municipios más ricos y desincentivaría el ejercicio de la potestad tributaria propia, por parte de los municipios que se benefician de la ecuilización (Schaffarzik, 2002, p. 522; Boggero, 2018, p. 234). En estos planteamientos está presente la preocupación, enunciada en términos muy generales por el Comité de Ministros y por el Congreso³⁴, sobre los posibles desequilibrios o inequidades en la carga tributaria entre municipios, que sería baja en los municipios con muchas transferencias de nivelación y más alta en los municipios que no recibieran esas transferencias (o incluso que, directamente, las financiaran). Implícitamente se está planteando ahí la posibilidad de que algunos municipios no agoten su capacidad tributaria o fiscal (fijando tipos impositivos o tasas bajas) y mantengan un alto nivel de gasto, pero a costa de transferencias supralocales. Es el conocido fenómeno de la «ilusión fiscal» o el *flypaper effect* (Solé-Ollé y Bosch, 2005, p. 366; Hortas-Rico y Salinas-Peña, 2014, p. 53; Bird y Slack, 2021, p. 13), que en ocasiones ha recibido una respuesta normativa negativa en el orden constitucional interno de algunos países³⁵.

§47 Pero este hipotético resultado, aunque objetable en términos de política financiera (Bosch et al., 2009, p. 21), difícilmente infringiría el art. 9.5 CEAL. A mi juicio, el sentido del art. 9.5 CEAL, en todos sus apartados, consiste en asegurar la autonomía financiera de todos los municipios. De tal manera que una posible igualación financiera plena (mediante transferencias) sería posible siempre que no comportara un sacrificio desproporcionado de los recursos financieros de los municipios originalmente más ricos (en la medida en que este sacrificio pudiera infringir el mandato de suficiencia de recursos propios del art. 9.1 CEAL). En suma, desde la perspectiva normativa de la Carta, el problema hipotético no sería en sí la igualación plena, sino el *nivel de sacrificio financiero* que esa igualación podría suponer para los municipios originalmente más ricos. Por lo que se refiere a España, y centrando la cuestión en la financiación de los municipios rurales y en riesgo de despoblación, la imposibilidad material de aumentar los recursos financieros mediante tributos locales (por falta de capacidad contributiva en esos municipios) exige un alto nivel de transferencias niveladoras del Estado o de las comunidades autónomas. El grado de esa compensación es una opción política (estatal o autonómica) que, en principio, y mientras no se infrinjan los mandatos de los distintos apartados del art. 9 CEAL (suficiencia, autonomía de gasto, conexidad y diversidad) no sería contraria a la Carta.

7. FORMAS DE NIVELACIÓN

§48 Ni la CEAL directamente, ni el Congreso o el Comité de Ministros en aplicación de la Carta, imponen un concreto sistema o método de ecuilización intermunicipal. Simplemente, y conforme a las tres orientaciones metodológicas que he identificado más arriba (*infra* § 35) las recomendaciones del CPLR exigen de forma más o menos alternativa: que ese sistema simplemente *exista* (de acuerdo con la aproximación metodológica que aquí se ha calificado como «formal»); que produzca *efectos efectivamente niveladores* (según la aproximación metodológica que aquí he denominado sustantiva o funcional); o que forme parte de un sistema financiero general calificable como *suficiente* (aproximación aquí calificada como simplificadora).

§49 Las resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros y del Congreso consideran de forma conjunta los sistemas de nivelación *horizontal* (que por definición sirven para corregir los desequilibrios financieros entre municipios) y los sistemas de nivelación *vertical*, cuya función primaria es allegar recursos econó-

³⁴ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Anexo I (Guidelines to central authorities, §§ 39 y 42, p. 7; Congress of Local and Regional Authorities. Recommendation 79 (2000), *The financial resources of local authorities in relation to their responsibilities: a litmus test for subsidiarity, based on the 4th general report on political monitoring of the implementation of the European Charter of Local Self-Government*, 25 May 2000, p. 7.

³⁵ En términos del Tribunal Constitucional del *Land* alemán de Sachsen-Anhalt (sentencia de 13 de junio de 2006, Az.: LVG 7/05): «Una nivelación intermunicipal al amparo del art. 88.2.1 de la Constitución [del *Land*] no puede tener por resultado que el municipio contribuyente pierda su estándar financiero mínimo, o que contribuya de manera tan intensa que sus ingresos finales sean iguales o incluso menores que los obtenidos por otro municipio favorecido por el régimen de nivelación (...)» (la traducción es propia).

micos suficientes desde los Estados y las regiones hacia los municipios. Ambas se consideran, en principio, formas adecuadas de ecualización conforme al art. 9.5 CEAL³⁶.

§50 El *tratamiento conjunto de la nivelación vertical y horizontal* es, en ocasiones, causa de confusiones, haciendo coincidir la idea de nivelación intermunicipal (que exige el art. 9.5 CEAL) con la de suficiencia financiera (que reclama el art. 9.1, en relación con el art. 3.1 CEAL³⁷). Hay que tener en cuenta que un buen sistema de financiación local –desde la perspectiva de la suficiencia y la autonomía que exige el art. 9.1 CEAL– se obtiene mediante un adecuado sistema de transferencias verticales que compense la menor capacidad financiera de los municipios, por comparación con los Estados y las regiones. Pero esto no asegura por sí el mandato de nivelación intermunicipal del art. 9.5 CEAL. Este mandato solo se cumple cuando el sistema financiero, además de suplir la menor disponibilidad de ingresos tributarios propios por los municipios, corrige los *desequilibrios* entre estos. En este sentido, un sistema de nivelación vertical puede estar configurado –o no– de tal modo que no solo garantice la suficiencia financiera municipal, sino también el equilibrio intermunicipal.

§51 En términos generales, el Congreso considera que el mandato de ecualización del art. 9.5 CEAL se puede alcanzar tanto mediante transferencias horizontales como mediante transferencias verticales, siempre estas últimas incorporen elementos de corrección de diferencias intermunicipales (Boggero, 2018, p. 230). Este criterio, presente en varias recomendaciones «ad hoc» del Congreso, es coherente con los criterios generales tanto del Comité de Ministros como del propio Congreso.

§52 En principio, el sistema de nivelación más puro es el *horizontal*, que por definición despliega efectos correctores de las desigualdades intermunicipales³⁸. Sin embargo, en términos relativos también es el sistema menos frecuente. En puridad, sólo son calificables como horizontales aquellos sistemas de nivelación intermunicipales en los que se distribuyen los ingresos recaudados por los municipios a partir de sus propios impuestos. El sistema sigue siendo horizontal incluso cuando quien redistribuye los ingresos locales es el Estado, siempre que lo redistribuido sean *ingresos tributarios locales*. Así ocurre en Luxemburgo, donde el *Communal Financial Grant Fund*, gestionado por el Gobierno central, se nutre del 65 % de la recaudación del impuesto municipal de actividades económicas (*Communal Business Tax*³⁹). En principio, no se pueden calificar como transferencias horizontales las que distribuyen los rendimientos de tributos compartidos, incluso cuando estas transferencias tengan fuertes efectos de nivelación intermunicipal (porque en su distribución incluyan criterios que atienden a la mayor necesidad financiera de algunos municipios).

§53 En sus resoluciones y recomendaciones *generales*, tanto el Comité de Ministros como el Congreso son sólo moderadamente favorables a la ecualización horizontal, por los *posibles conflictos intermunicipales* que puede generar⁴⁰, tal y como de hecho ocurre en la práctica en algunos países del Consejo de Europa, como Polonia (Mirska, 2021, p. 39). El Congreso, en su recomendación general 79 (2000) sugiere que «horizontal equalisation must remain at a reasonable level⁴¹». En cambio, en las recomendaciones «ad hoc» del Congreso la existencia de transferencias horizontales se tiene por un cualificado indicador de cumplimiento del art. 9.5 CEAL.

§54 La nivelación horizontal puede *convivir con un sistema vertical de transferencias* (que incluso puede contener también algún elemento o variable ecualizadora). Así, en el caso de Albania, que cuenta con uno de los sistemas financieros con más elementos de nivelación, el Congreso pone de relieve que los municipios

³⁶ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), §§ 39 y 42, p. 7; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 446 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Austria*, CG-FORUM(2020)01-03final, 28 September 2020, § 165, p. 32.

³⁷ Esta confusión está presente, a mi juicio, en: Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government*, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, § 170, p. 42.

³⁸ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 431 (2019) *Local and regional democracy in Poland*, CG36(2019)13final, 2 April 2019, § 237, p. 38.

³⁹ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 470 (2022), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Luxembourg*, CPL(2022)42-03final, 23 March 2022, § 54.

⁴⁰ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2000)14 of the Committee of Ministers to member States on *local taxation, financial equalization and grants to local authorities*, 25 May 2000.

⁴¹ Congress of Local and Regional Authorities. Recommendation 79 (2000), *The financial resources of local authorities in relation to their responsibilities: a litmus test for subsidiarity, based on the 4th general report on political monitoring of the implementation of the European Charter of Local Self-Government*, 25 May 2000, p. 7. En el mismo sentido: Congress of Local and Regional Authorities. Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government* Congress, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, § 167, p. 42.

cuentan con un doble tipo de transferencias estatales: unas verticales (que para su distribución incluyen criterios con efectos de ecualización intermunicipal, como la densidad demográfica y el número de estudiantes) y otras propiamente horizontales⁴².

§55 A diferencia de los sistemas de nivelación horizontal, los sistemas *verticales* pueden tener –o no– efectos compensadores entre municipios (Vilalta, 2018, p. 109). Esto dependerá de la *concreta fórmula* o conjunto de criterios con los que se distribuyan los fondos supramunicipales (estatales o regionales) entre el conjunto de los municipios destinatarios. En este sentido, podrá haber transferencias verticales que no satisfagan las exigencias del art. 9.5 CEAL (como ocurre en España⁴³) y otras que, por sus efectos correctivos a favor de los municipios financieramente más débiles, sí lo hagan⁴⁴. Será posible que, mediante la simple inclusión de una variable inversa de densidad demográfica, ruralidad o envejecimiento en la fórmula de distribución, el sistema general de transferencias supralocales genere efectos niveladores. La cuestión central será, entonces, el alcance corrector de esa variable.

§56 Según lo dicho, es una posibilidad lícita, en el marco del art. 9.5 CEAL, que la nivelación intermunicipal sea *un elemento* más de un sistema general de financiación multinivel, en el que los tres niveles de gobierno (central, regional y local) comparten los rendimientos –en distinta proporción y con distintos criterios– de uno o varios tributos (como el IVA⁴⁵).

§57 En principio, las transferencias niveladoras pueden ser tanto estatales como *regionales* o de entidades locales de segundo grado. Ello no obstante, los informes «ad hoc» del Congreso no analizan todas, o no todas por igual. Se centran en aquellas más relevantes desde la perspectiva del art. 9.5 CEAL. Ello explica que, en países propiamente federales, como Alemania o Austria, se consideren solo las transferencias de los *Länder*⁴⁶. Y que en otros países más o menos descentralizados se atienda solo a las transferencias más relevantes. Así ocurre, por ejemplo, con España, donde el Congreso solo valora las transferencias estatales de la PIE y no tiene en cuenta las transferencias autonómicas (que tienen una creciente importancia en la financiación municipal global, representando ya en 2016 el 17,9 por 199 del total de ingresos municipales en Cataluña [Vilalta, 2018, p. 106]) ni las de los segundos niveles de gobierno local (como las provincias españolas). Esta simplificación analítica del sistema de transferencias puede llevar a distorsiones valorativas, pues bien puede ocurrir que un efecto nivelador insuficiente de un tipo de transferencias sea compensado con el efecto más propiamente nivelador de otras.

§58 Las transferencias niveladoras presentan dificultades allí donde el sistema de financiación local (y por tanto de ecualización intermunicipal) se define por el gobierno central, estatal o nacional, mientras que las competencias o funciones locales se definen por las regiones o estados federados (Cordero et al., 2022, p. 127). Este puede ser el caso de Austria. De esta desagregación entre el régimen financiero y el régimen competencial pueden resultar *asimetrías de proporcionalidad o conexión* entre competencias y servicios o locales y recursos financieros (con posibles consecuencias sobre el cumplimiento del mandato de conexión del art. 9.2 CEAL). También puede provocar problemas de nivelación financiera intermunicipal, en la medida en que determinadas tareas municipales pueden presentar costes crecientes ante escalas demográficas decrecientes, sin que esta mayor necesidad y «debilidad» financiera pueda ser prevista por el sistema financiero central. En principio, este tipo de dificultades financieras puede superarse mediante subvenciones condicionadas a los municipios más pequeños, pero tal solución no puede evitar una valoración negativa ex art. 9.5 CEAL, pues ya se ha dicho que las subvenciones condicionadas no son –a juicio del Congreso– una forma idónea de nivelación financiera intermunicipal.

§59 En paralelo a la distinción entre nivelación mediante transferencias verticales (con variables de igualación horizontal) y nivelación mediante transferencias propiamente horizontales, también se puede diferenciar, a efec-

⁴² Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 468 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Albania*, CG(2021)41-14final, 22 September 2021, §§ 224 y 225, p. 35 y § 238.

⁴³ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain*, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 225, p. 37.

⁴⁴ Así, para Polonia, Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 431 (2019) *Local and regional democracy in Poland*, CG36(2019)13final, 2 April 2019, § 238, p. 39.

⁴⁵ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 446 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Austria*, CG-FORUM(2020)01-03final, 28 September 2020, § 165, p. 32. Recommendation 464/2020.

⁴⁶ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 469 (2022), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Germany*, CG(2022)42-16final, 22 March 2022, § 183, p. 36, Recommendation 464/2020, Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 446 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Austria*, CG-FORUM(2020)01-03final, 28 September 2020, § 165, p. 32.

tos analíticos, entre nivelación mediante la distribución de *un único fondo* o cantidad global y nivelación mediante *varios fondos*. Cuando se trata de un único fondo, su distribución se basa en una fórmula en la que se tienen en cuenta varios indicadores de posible desigualdad o debilidad financiera. Esos criterios se pueden incluir, además, en el *sistema general* de transferencias intergubernamentales, con lo cual un mismo y único fondo financiero no condicionado despliega efectos de suficiencia vertical general (garantiza la suficiencia financiera del conjunto de entidades locales) y horizontal (corrige parcialmente las diferencias entre municipios⁴⁷).

§60 Pero también es posible que la nivelación intermunicipal se separe de las transferencias verticales generales y se articule a través de *uno o varios fondos* con efectos directamente niveladores. Así ocurre, por ejemplo, con Portugal, que cuenta con un fondo de suficiencia financiera (general y vertical) y un fondo de nivelación intermunicipal, que es también vertical (lo distribuye el Estado) pero cuyo objetivo específico es la nivelación intermunicipal (allega más recursos financieros a los municipios con mayor debilidad financiera⁴⁸). Similar es el caso de Bulgaria, donde conviven un fondo general para la financiación de las actividades delegadas por el Estado y un fondo específico de nivelación intermunicipal (GES) a favor de los municipios con menores ingresos impositivos per cápita (Hristova, 2018, pp. 915-927). Es posible incluso la coexistencia de varios fondos para transferencias verticales, con distintos efectos de nivelación intermunicipal. Así ocurre, por ejemplo, en Hungría, donde el sistema general de transferencias verticales (procedentes del impuesto sobre la renta, que es un tributo compartido) contiene algunos elementos de nivelación intermunicipal, aunque el efecto de ecualización más intenso se articula a través de otro fondo especial, conocido como *Önhiki* (Steiner y Darázs, 2003, p. 45). En otros casos, el fondo específico para la nivelación intermunicipal puede ser propiamente horizontal (transfiere ingresos de un municipio a otros) aunque su gestión sea estatal.

§61 Un ejemplo de pluralidad de fondos verticales con efectos de nivelación intermunicipal lo ofrece *Francia*. Allí, la cantidad global de transferencias estatales a las entidades territoriales (la *dotation globale de fonctionnement*: DGF) se articula a través de varios fondos (o dotaciones) y subfondos. Un primer fondo general (la *dotation forfaitaire*) pretende asegurar la suficiencia financiera de todos los municipios, y sus criterios de distribución de los recursos sólo parcialmente tienen en cuenta la mayor debilidad financiera de algunos municipios. Junto a ese fondo global, el «fondo de distribución» (*Dotation d'aménagement*) se descompone en una pluralidad de subfondos con objetivos de nivelación específicos, como la dotación de solidaridad rural (que a su vez se subdivide en dotaciones más específicas en función de las características rurales de los municipios). Aunque la diversificación de fondos puede ser útil para afinar la corrección de las desigualdades, también hace excesivamente complejo y poco transparente el sistema (Bouvier, 2020, p. 154).

§62 Cualquiera que sea el sistema de nivelación intermunicipal, un aspecto determinante para sus efectos es la *cantidad de dinero* que se destina a esa función ecualizadora. De nuevo aquí los modelos son diversos, y en principio todos ellos son admisibles conforme al art. 9.5 CEAL, siempre que cumplan una función correctora a favor de los municipios financieramente más débiles. Cuando la ecualización se articula a través de variables especiales (tales como la dispersión demográfica o el menor nivel de recursos financieros) dentro de un sistema vertical y general de transferencias, la cantidad base para la redistribución puede coincidir con la masa total destinada a las transferencias generales. Así ocurre cuando la nivelación intermunicipal se alcanza mediante variables específicas de mayor necesidad financiera aplicadas a la cantidad global recaudada por el Estado en virtud de uno o varios concretos tributos. En términos teóricos, esta opción se considera comparativamente más adecuada, por la menor dependencia de las coyunturas políticas (Bird y Slack, 2021, p. 25), Existe en algunos Estados unitarios, como Hungría (Szente, 2012, p. 301) y también en países federales, como Austria o Alemania, donde los tres niveles de gobierno comparten los rendimientos del IVA (Gamper, 2012, p. 37; Schefold, 2012, p. 247). Pero también puede ocurrir que exista una cantidad concreta para transferencias verticales con finalidad únicamente ecualizadora. Así ocurre en Albania, donde se destina el 3% de los rendimientos de los tributos compartidos (recaudados por el Estado) a la nivelación horizontal (Stafa, 2021, p. 24⁴⁹).

§63 Para los objetivos propios del art. 9.5 CEAL, no se puede determinar *a priori* si resulta más eficaz la aplicación de variables niveladoras a una masa general de transferencias o un fondo específico para la ecua-

⁴⁷ Sobre Albania: Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 468 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Albania*, CG(2021)41-14final, 22 September 2021, § 238.

⁴⁸ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 445 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Portugal*, CG-FORUM(2020)01-02final, 28 September 2020, § 100, p. 21.

⁴⁹ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 468 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Albania*, CG(2021)41-14final, 22 September 2021, § 225, p. 35.

lización. Un *fondo general* puede contar con más recursos financieros, pero en su distribución la variable niveladora puede ser modesta (condicionar solo un porcentaje bajo de la masa general de transferencias) y atender a pocos indicadores de «debilidad» financiera, para evitar una complejidad excesiva en la fórmula general de distribución del fondo general. Además, un fondo en el que participan todos los municipios está más sometido a la influencia de los actores políticos más fuertes (en principio, las grandes ciudades: Solé-Ollé y Bosch, 2005, p. 379), lo que puede reducir el peso de los elementos propiamente niveladores, o añadir a estos otros criterios e indicadores que favorezcan los intereses de los municipios con más recursos, neutralizando así la dimensión ecualizadora del fondo único. Por el contrario, un *fondo específico* para la nivelación puede contar con menos recursos totales y puede estar más sometido a las coyunturas políticas, pero puede atender más analíticamente a los distintos factores de debilidad financiera y, con ello, corregir con más precisión (aunque con menos recursos) la situación de desigualdad. En este sentido, la primera opción (variables niveladoras dentro de un sistema general de transferencias) puede ser idóneo desde la perspectiva del art. 9.2 CEAL (porque puede allegar más recursos al conjunto de los municipios) pero menos eficaz desde la perspectiva del art. 9.5 CEAL (porque difícilmente puede descender al detalle en la corrección de las desigualdades horizontales). Posiblemente, el modelo óptimo, desde la perspectiva del art. 9.5 CEAL, consista en la segregación por ley (incluso de mayoría reforzada) de dos fondos diferentes para las transferencias estatales (o regionales): uno destinado sólo a garantizar la *suficiencia financiera* del conjunto de los municipios, en función de las necesidades de gasto estandarizadas, y distribuido con el dato único de la población; y otro, con función de *nivelación intermunicipal*, articulado a través de diversos indicadores de debilidad financiera (como la densidad demográfica, la orografía, índices de renta disponible, etc.).

8. PROCEDIMIENTOS DE NIVELACIÓN

- §64** Cada forma de nivelación, vertical o horizontal, cuenta con sus propios procedimientos, tanto para la definición de las bases del sistema como para su ejecución. Las resoluciones y las recomendaciones del Comité de Ministros y del Congreso contienen distintas pautas procedimentales comunes a cualquiera de las formas de nivelación por las que opten los Estados.
- §65** El Comité de Ministros, fiel a su orientación hacia la equidad fiscal (y a evitar fenómenos de sobrefinanciación mediante transferencias) recomienda un *método concreto* para la configuración y aplicación de las transferencias estatales, basado en un cálculo estandarizado de las *necesidades financieras y las capacidades fiscales* de los distintos municipios⁵⁰. Esta concreta metodología, en cambio, no está presente en las recomendaciones del Congreso: ni en las generales ni en las referidas a concretos países. Prima en estas últimas recomendaciones el objetivo final de igualación, sin referencia a ningún procedimiento concreto para alcanzar ese objetivo.
- §66** Sí están presentes en las distintas recomendaciones –con diverso énfasis– varias exigencias procedimentales básicas: la *participación* de las entidades locales en la definición del sistema de distribución de las transferencias niveladoras⁵¹; la *estabilidad* del sistema (lo que se alcanza con la forma de ley⁵²); la *objetividad* (tanto en la configuración del sistema como en su aplicación⁵³); la *claridad*⁵⁴; y la *transparencia* en todas sus fases⁵⁵.

⁵⁰ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), §§ 49-56, p. 8.

⁵¹ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), § 50, p. 8.

⁵² Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), §§ 42 y 44, pp. 7-8; Congress of Local and Regional Authorities. Recommendation 79 (2000), *The financial resources of local authorities in relation to their responsibilities: a litmus test for subsidiarity, based on the 4th general report on political monitoring of the implementation of the European Charter of Local Self-Government*, 25 May 2000, p. 7; Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government*, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, § 168, p. 42.

⁵³ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), § 48, p. 8.

⁵⁴ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), § 50, p. 8.

⁵⁵ Committee of Ministers, Recommendation Rec(2005)14 of the Committee of Ministers to the member states on the *financial resources of local and regional authorities*, 19 January 2005, Annex I (Guidelines to central authorities), § 41, p. 7.

§67 De todas las exigencias procedimentales sustantivas, el Congreso –tanto en el comentario general⁵⁶ como en sus recomendaciones «ad hoc»– hace hincapié en la participación de las entidades locales y en la transparencia del sistema. En general, la existencia efectiva de consultas a las entidades locales sobre la distribución de las transferencias estatales o regionales se considera no sólo una buena práctica procedimental, sino un buen *indicador* de cumplimiento del mandato de ecualización del art. 9.5 CEAL. Así, el *pacto expreso* con las asociaciones de entidades locales sobre la distribución de las transferencias estatales se tiene por un *indicador directo* de cumplimiento del mandato de nivelación intermunicipal⁵⁷. Se entiende implícitamente que un efectivo sistema de consultas informa convenientemente al Estado y/o a las regiones sobre las necesidades financieras específicas de algunos municipios (los más «débiles»), lo que facilita la definición de variables específicas en las fórmulas generales de ecualización, o la creación de fondos específicos para la nivelación intermunicipal. Esta conclusión, con todo, está muy condicionada por la concreta estructura institucional y procedimental para la participación de las entidades locales en las decisiones financieras supralocales, y de cuál sea el peso de los municipios pequeños y/o rurales en las asociaciones de entidades locales (que normalmente actúan como interlocutores formales e informales del Estado o las regiones). Un peso muy grande de las grandes ciudades en las estructuras participativas (o en las asociaciones de entidades locales) puede ocultar las necesidades financiación de los municipios más débiles, y con ello dificultar el cumplimiento efectivo del art. 9.5 CEAL.

9. INDICADORES DE NIVELACIÓN

§68 En la verificación de los sistemas nacionales de nivelación intermunicipal, los informes y recomendaciones del Congreso prestan atención a concretos aspectos, variables o indicadores de las fórmulas de nivelación, en tanto que determinantes para su conformidad con el art. 9.5 CEAL. Obviamente, estos concretos elementos de nivelación están muy condicionados por la propia comprensión del concepto de nivelación financiera presente en cada recomendación. Así, cuando prima una orientación metodológica *formal* (*supra* § 36), las recomendaciones del Congreso prestan poca atención a los concretos indicadores de necesidad y capacidad financiera utilizados en cada país, bastando con la simple constatación de su existencia. Cuando prima una aproximación metodológica *simplificadora* (*supra* § 38), el objeto de atención no es tanto la concreta fórmula de la ecualización –y por tanto sus variables e indicadores– como la situación financiera global de los municipios pequeños, rurales o, simplemente, «débiles». A tal efecto –y frecuentemente frente a los datos numéricos que ofrecen los correspondientes ministerios de hacienda– se concede mucha importancia a la opinión (no necesariamente objetiva) de las autoridades locales, o de las asociaciones de entidades locales⁵⁸.

§69 Cuando la evaluación es más propiamente *sustantiva y funcional*, los informes del Congreso penetran más en la concreta fórmula de nivelación intermunicipal del país. Esto ocurre tanto en los sistemas de ecualización propiamente horizontal (donde una parte de los recursos propios de los municipios más ricos se transfieren a los municipios financieramente más débiles) como, sobre todo, en los sistemas de nivelación vertical, donde el posible efecto de compensación intermunicipal es sólo complementario respecto del efecto principal de distribuir recursos financieros entre distintos niveles de gobierno. Un indicador de ecualización efectiva, que actúa de una forma indirecta o implícita, se refiere a la *transparencia* de la fórmula de nivelación⁵⁹. En puridad, este no es un indicador directo de incumplimiento del art. 9.5 CEAL, pero sí refuerza la valoración negativa de regímenes de nivelación con otros defectos, o cuya eficacia efectiva está en duda.

§70 En cualquiera de sus modalidades, la evaluación inicial del Congreso sobre cada sistema nacional –realizada de forma normalmente implícita– consiste en comprobar si la *población es la única variable* de-

⁵⁶ Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government*, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, §§ 173-176, p. 43.

⁵⁷ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 460 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Bulgaria*, CG(2021)40-20final, 30 April 2021, § 175, p. 34 and § 182, p. 36.

⁵⁸ Véase en este sentido, por ejemplo: Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 479/2022, *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Turkey*, CG(2022)42-14final, § 183; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 431 (2019) *Local and regional democracy in Poland*, CG36(2019)13final, 2 April 2019, § 238, p. 39; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 445 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Portugal*, CG-FORUM(2020)01-02final, 28 September 2020, § 100, p. 21.

⁵⁹ Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government*, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, § 211, p. 39.

terminante para la distribución de las transferencias niveladoras, pues en ese caso el sistema de nivelación no podría asegurar los efectos de nivelación intermunicipal que exige el art. 9.5 CEAL. A partir de aquí, el Congreso muestra una tendencia muy flexible sobre la adecuación a la Carta de *diversas variables e indicadores* que, de una u otra forma, pueden mostrar la debilidad financiera de algunos municipios⁶⁰. Se aceptan cualesquiera variables, o la combinación de varias de ellas, sin distinguir entre las que apuntan a mayores necesidades de gasto o a menores ingresos por tributos propios, siempre que la atención a esas variables efectivamente permita corregir las desigualdades⁶¹. En la práctica, lo más frecuente es que la nivelación no descansa sobre un único criterio o variable, sino sobre varios que actúan con diversa intensidad. Vale aquí tanto el menor tamaño de algunos municipios (en tanto que presunción legal de mayor necesidad de transferencias niveladoras⁶²), como los menores ingresos por tributos locales⁶³, el mayor esfuerzo fiscal per cápita⁶⁴, la menor densidad demográfica⁶⁵, el número de estudiantes no universitarios⁶⁶, los menores niveles de desarrollo económico⁶⁷, los mayores índices de pobreza⁶⁸, el índice de desempleo⁶⁹ la mayor capacidad tributaria municipal aún no ejercida⁷⁰, o el mayor nivel de gasto⁷¹. El Congreso no expresa ningún límite cuantitativo a los posibles indicadores de debilidad financiera, aunque un catálogo muy abultado de criterios puede hacer ineficiente el sistema de nivelador (Boggero, 2018, p. 233).

§71 Al amparo de la gran flexibilidad con la que el Congreso valora los indicadores de debilidad financiera, se aceptan algunas *presunciones legales generales*. Así, por ejemplo, se acepta como instrumento de nivelación la atribución de un mínimo de 3 millones de dinares a cada municipio de Macedonia del Norte (con independencia de su población). Esta cantidad estandarizada desplegaría efectos ecualizadores porque, siendo en sí misma una cantidad modesta, resulta insignificante para los municipios grandes, pero muy relevante para los pequeños⁷². Por eso, este criterio responde a la presunción de que todos los municipios pequeños tienen mayor debilidad fiscal (lo cual no tiene por qué ser necesariamente cierto, sobre todo respecto de pequeños municipios de segunda residencia o de turismo de élite).

⁶⁰ Este criterio amplio se expresa en el comentario general del Congreso a la CEAL: Congress of Local and Regional Authorities, Resolution 460(2020), *A contemporary commentary by the Congress on the explanatory report to the European Charter of Local Self-Government*, CG-FORUM(2020)02-05final, 7 December 2020, § 168, p. 42.

⁶¹ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 460 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Bulgaria*, CG(2021)40-20final, 30 April 2021, § 178.

⁶² En relación con Austria, Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 446 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Austria*, CG-FORUM(2020)01-03final, 28 September 2020, Recommendation 464/2020, § 185, p. 37.

⁶³ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 436 (2019), *Local and regional democracy in the Republic of Moldova*, CG36(2019)15final, 4 April 2019, § 119, p. 29 y § 126, p. 31.

⁶⁴ Para Bulgaria: Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 460 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Bulgaria*, CG(2021)40-20final, 30 April 2021, § 178.

⁶⁵ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 468 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Albania*, CG(2021)41-14final, 22 September 2021, § 224, p. 35; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 479/2022, *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Turkey*, CG(2022)42-14final, §§ 194-196, p. 40; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 470 (2022), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Luxembourg* CPL(2022)42-03final, 23 March 2022, § 54, p. 11 and § 179, p. 27; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 436 (2019), *Local and regional democracy in the Republic of Moldova*, CG36(2019)15final, 4 April 2019, § 119, p. 29 y § 126, p. 31.

⁶⁶ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 474/2022, *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in the United Kingdom*, CG(2022)42-18final, 24 March 2022, § 211, p. 39; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 468 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Albania*, CG(2021)41-14final, 22 September 2021, § 224, p. 35.

⁶⁷ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 479/2022, *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Turkey*, CG(2022)42-14final, §§ 194-196, p. 40; Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 470 (2022), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Luxembourg* CPL(2022)42-03final, 23 March 2022, § 54, p. 11.

⁶⁸ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 474/2022, *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in the United Kingdom*, CG(2022)42-18final, 24 March 2022, § 211, p. 39.

⁶⁹ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 442 (2019), *Local and regional democracy in Bosnia and Herzegovina*, CG37(2019)18final, 31 October 2019, § 147, p. 29. Bosnia-Herzegovina, § 145, p. 28.

⁷⁰ En relación con Países Bajos, véase: Explanatory Memorandum to the Draft of Recommendation, *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in the Netherlands*, CG(2021)41-05AMDT, 22 September 2021, § 167, p. 31.

⁷¹ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 445 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Portugal*, CG-FORUM(2020)01-02final, 28 September 2020, § 100, p. 21 y § 185, p. 37.

⁷² Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 466 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in North Macedonia*, CPL(2021)41-02final, 22 September 2021, § 126, p. 22.

- §72 Una presunción de mayor necesidad («debilidad» financiera) de los municipios pequeños se contiene en el Derecho austríaco, que para determinar las transferencias a los municipios, provenientes de los tributos compartidos, distingue entre los municipios de hasta 10.000 habitantes, los de 10.000 habitantes a 20.000 habitantes, y los de 20.000 a 50.000 habitantes. Es claro que esta fórmula es escasamente diferenciadora (porque incluye en un mismo grupo –hasta 10.000 habitantes– a municipios de muy diferentes capacidades financieras). Ello no obstante, el Congreso considera que este indicador de debilidad financiera, aunque sea escasamente diferenciador, cumple con el mandato del art. 9.5 CEAL⁷³.
- §73 El indicador de *ingresos tributarios per cápita*, presente en algunos países como Bulgaria, puede presentar algunos problemas. De un lado, detrás de los menores ingresos tributarios (derivados de los impuestos municipales) puede haber un menor esfuerzo fiscal de ciertos municipios. En tal caso, la aportación de más subvenciones estatales a estos municipios puede crear problemas de equidad fiscal. De otro lado, este indicador no responde a circunstancias municipales naturales (como la densidad demográfica, o el número de niños en edad escolar) por lo que requiere una decisión normativa que determine qué municipios cuentan con pocos ingresos tributarios propios. La lógica competición de los municipios por fondos financieros adicionales puede determinar que el estándar de bajos ingresos tributarios se sitúe muy alto, con lo que al final se distorsiona la eficacia equalizadora de este indicador (Hristova, 2018, p. 917). Una posible comprobación sobre los efectos correctivos reales de este indicador puede consistir en contabilizar el número de municipios que no obtienen ningún ingreso por la aplicación de este indicador⁷⁴.
- §74 Cuanto más variables contiene la fórmula de equalización, mejor se puede identificar el nivel de vulnerabilidad fiscal de cada municipio, y puede ser más fácil alcanzar consensos (pues las muy diferentes situaciones financieras de los distintos municipios tienen algún grado de reconocimiento en la fórmula). Pero, al mismo tiempo, el sistema también se torna más complejo y más costoso en su aplicación, pues requiere de un mayor número de datos ponderados. En el caso de la Recomendación 465 (2021) sobre España, la cuestión central no es la ineptitud de la capacidad fiscal per cápita como variable (única) para la nivelación intermunicipal, sino que –a juicio del Congreso– el poco peso relativo de esa variable (12,5%), sumado a que no se acompaña de ninguna otra, hace que el simple dato de la población, determinante del 75% de la PIE repartida entre los municipios pequeños y medianos, carece de una eficacia igualadora suficiente.

10. CONCLUSIONES

I. El Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa ha considerado recientemente, en la Recomendación 465 (2021), que España no cumple con el mandato de equalización contenida en el art. 9.5 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL), porque el sistema de participación en los ingresos del Estado (PIE) que regula la LHL «(...) is insufficient, especially as regard to small municipalities in the depopulated areas, where the cost of services is higher due to the low population density».

II. El incumplimiento declarado por el Congreso de Autoridades Locales y Regionales resulta muy relevante desde la perspectiva de la despoblación. Pues indica que España no cuenta con un sistema legal que compense la debilidad financiera de los municipios pequeños o de «depopulated areas». En este sentido, desde la perspectiva del Consejo de Europa, el actual régimen de transferencias estatales regulado en la Ley de Haciendas Locales no es conforme con la estrategia estatal de reto demográfico.

III. El sesgo contra-rural del actual régimen de transferencias estatales multiplica sus efectos negativos si tenemos en cuenta que no encuentra una alternativa viable en la financiación mediante tributos locales. En entornos rurales, normalmente con menor actividad económica y menores rentas, las bases imponibles de los tributos locales son lógicamente inferiores. Por ello, para compensar mediante ingresos tributarios (propios) las menores transferencias estatales (de la PIE) los municipios pequeños y medianos tendrían que aumentar notablemente los tipos impositivos propios. Y esto actuaría como un nuevo factor promotor de la despoblación.

⁷³ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 446 (2020), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Austria*, CG-FORUM(2020)01-03final, 28 September 2020, § 85, p. 37.

⁷⁴ Esta comprobación se encuentra en el informe sobre Bulgaria: Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation N.º 460 (2021), *Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Bulgaria*, CG(2021)40-20final, 30 April 2021, § 177, p. 35.

IV. En suma, la regresividad de la PIE respecto de los municipios pequeños y medianos, al no tener como alternativa viable una mayor recaudación tributaria propia, es causa de que el sistema de financiación local, en su conjunto, coadyuve al fenómeno despoblador.

V. Es *communis opinio* que la CEAL no dispone ningún efecto vinculante para las recomendaciones del Congreso de Autoridades Locales y Regionales. Ello no obstante, estas recomendaciones si integran el llamado soft law internacional, adecuado para guiar la interpretación de las normas nacionales y para sugerir reformas legales que aseguren el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas a través de la CEAL.

VI. En lo que se refiere a la interpretación del Derecho constitucional español, podría plantearse que el canon constitucional de suficiencia financiera incluya contenidos hasta ahora no declarados expresamente –aunque tampoco negados– en la jurisprudencia constitucional. Podría sostenerse, en este sentido, que el art. 142 CE no sólo impone la «suficiencia financiera» local, sino también la complementariedad de las transferencias estatales, respecto de los ingresos tributarios propios. Esto llevaría a identificar en el art. 142 CE la exigencia de que todo régimen legal de transferencias o participaciones locales en los ingresos estatales complemente la financiación de aquellos municipios con mayores necesidades de gasto o con menor capacidad de financiación mediante tributos propios, por la mayor debilidad de las correspondientes bases imponibles.

VII. Aunque en principio la CEAL cuenta con eficacia directa en España (art. 94.1 CE), y puede desplazar la aplicación de cualquier ley interna, este efecto no es operativo allí donde la propia CEAL no regula directamente una cuestión, sino que establece una norma principal y remite la regulación a la ley interna. Esto es lo que ocurre con el art. 9.5 CEAL, que no puede desplazar los preceptos de la LHL porque la Carta no contiene ninguna norma suficientemente precisa que pudiera sustituir a las reglas sobre transferencias y participaciones de la LHL.

VIII. Dado que la CEAL no puede impedir directamente la aplicación del régimen de transferencias de la PIE, y no existiendo por ahora una declaración formal de inconstitucionalidad de la LHL, por su posible contradicción con el art. 142 CE, es necesaria una reforma de la LHL que la haga conforme con la obligación internacional asumida por España a través del art. 9.5 CEAL. En esta labor legislativa pueden ser útiles los criterios extraíbles de las diversas recomendaciones dictadas hasta ahora por el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa. A continuación se enuncian los criterios hasta ahora más relevantes.

IX. En primer lugar, la nivelación financiera que exige el art. 9.5 CEAL no se puede limitar a la simple búsqueda de la suficiencia financiera de los municipios más débiles, sino que debe incluir una cierta aproximación en los recursos financieros entre los distintos municipios. Esta aproximación o corrección de diferencias entre municipios no alcanza necesariamente al nivel de la plena igualdad. En general, las recomendaciones del Congreso de Autoridades Locales y Regionales muestran una alta deferencia con aquellos regímenes de transferencias estatales o regionales que, aunque no eliminan las desigualdades de ingresos existentes entre los diversos municipios, si las corrigen parcialmente. Esto es, la reducción misma de las desigualdades, siempre que sea relevante, y aunque aún subsistan diferencias de peso, se considera conforme (o parcialmente conforme) con el art. 9.5 CEAL. Queda excluido, en todo caso, que el sistema de transferencias que complementa a los ingresos tributarios municipales aumente aún más la brecha financiera existente. Esto es precisamente lo que la Recomendación 465 (2021) reprocha a la PIE española.

X. El límite máximo de la nivelación no está expresamente fijado por el art. 9.5 CEAL. Una posible igualdad financiera plena (mediante transferencias) sería posible siempre que no comportara un sacrificio desproporcionado de los recursos financieros de los municipios originalmente más ricos (en la medida en que este sacrificio pudiera infringir el mandato de suficiencia de recursos propios del art. 9.1 CEAL). En suma, desde la perspectiva normativa de la Carta, el problema hipotético no sería en sí la igualdad plena, sino el nivel de sacrificio financiero que esa igualdad podría suponer para los municipios originalmente más ricos. Por lo que se refiere a España, y centrando la cuestión en la financiación de los municipios rurales y en riesgo de despoblación, la imposibilidad material de aumentar sus recursos financieros mediante tributos locales (por falta de capacidad contributiva en esos municipios) exige un alto nivel de transferencias niveladoras del Estado o de las comunidades autónomas.

XI. Las resoluciones y recomendaciones del Congreso consideran con claridad que sólo las transferencias incondicionadas –y no las subvenciones finalistas– cumplen con el objetivo normativo del art. 9.5 CEAL. Esto es, aunque materialmente las subvenciones condicionadas también pueden mejorar la posición financiera de los municipios «débiles», estas transferencias no han de tomarse en cuenta a los efectos del art. 9.5 CEAL.

XII. Ni la CEAL directamente, ni el Congreso o el Comité de Ministros en aplicación de la Carta, imponen un concreto sistema o método de equalización intermunicipal. La nivelación no tiene que ser necesariamente horizontal (esto es, no tiene por qué consistir en que el Estado traslade ingresos propios de algunos municipios a otros con menos recursos), sino que puede consistir en mayores transferencias estatales (de los ingresos propios del Estado) a los municipios con menos recursos (compensación vertical). En términos generales, el Congreso considera que el mandato de equalización del art. 9.5 CEAL se puede alcanzar mediante transferencias verticales siempre que estas últimas incorporen elementos de corrección de diferencias intermunicipales.

XIII. Es una posibilidad lícita, en el marco del art. 9.5 CEAL, que la nivelación intermunicipal sea un elemento más de un sistema general de financiación multinivel, en el que los tres niveles de gobierno (central, regional y local) compartan los rendimientos –en distinta proporción y con distintos criterios– de uno o varios tributos (como el IVA). También es posible que la nivelación intermunicipal se separe de las transferencias verticales generales y se articule a través de uno o varios fondos con efectos directamente niveladores.

XIV. Cualquiera que sea el sistema de nivelación intermunicipal, un aspecto determinante para sus efectos es la cantidad de dinero que se destina a esa función equalizadora. Los modelos nacionales pueden ser muy diversos, y en principio todos ellos son admisibles conforme al art. 9.5 CEAL siempre que cumplan una función correctora a favor de los municipios financieramente más débiles. Cuando la equalización se articula a través de variables especiales (tales como la dispersión demográfica o el menor nivel de recursos financieros) dentro de un sistema vertical y general de transferencias, la cantidad base para la redistribución puede coincidir con la masa total destinada a las transferencias generales. Así ocurre cuando la nivelación intermunicipal se alcanza mediante variables específicas de mayor necesidad financiera aplicadas a la cantidad global recaudada por el Estado en virtud de uno o varios concretos tributos.

XV. Posiblemente, el modelo óptimo, desde la perspectiva del art. 9.5 CEAL, consista en la segregación por ley (incluso de mayoría reforzada) de dos fondos diferentes para las transferencias estatales (o regionales): uno destinado sólo a garantizar la suficiencia financiera del conjunto de los municipios, en función de las necesidades de gasto estandarizadas, y distribuido con el dato único de la población; y otro, con función de nivelación intermunicipal, articulado a través de diversos indicadores de debilidad financiera (como la densidad demográfica, la orografía, índices de renta disponible, etc.).

XVI. El Congreso de Autoridades Locales y Regionales muestra mucha flexibilidad sobre la adecuación a la CEAL de diversas variables e indicadores que pueden mostrar la debilidad financiera de algunos municipios. Se aceptan cualesquiera variables, o la combinación de varias de ellas, sin distinguir entre las que apuntan a mayores necesidades de gasto o a menores ingresos por tributos propios, siempre que la atención a esas variables efectivamente permita corregir las desigualdades. Sí es determinante que la población no sea la única variable para la distribución de las transferencias, pues en ese caso el sistema de nivelación no podría asegurar los efectos de nivelación intermunicipal que exige el art. 9.5 CEAL.

XVII. Como variables de nivelación admisibles se consideran, entre otras: el menor tamaño de los municipios (en tanto que presunción legal de mayor necesidad de transferencias niveladoras); los menores ingresos por tributos locales; el mayor esfuerzo fiscal per cápita; la menor densidad demográfica; el número de estudiantes no universitarios; los menores niveles de desarrollo económico; los mayores índices de pobreza; el índice de desempleo; la mayor capacidad tributaria municipal aún no ejercida; o el mayor nivel de gasto. El Congreso no expresa ningún límite cuantitativo a los posibles indicadores de debilidad financiera, aunque un catálogo muy abultado de indicadores requiere una gestión administrativa compleja y puede ocultar las necesidades financieras más agudas.

XVIII. Cualquiera que sea el sistema nacional de nivelación financiera intermunicipal, habrá de respetar algunas exigencias procedimentales mínimas: la participación de las entidades locales en la definición del sistema de distribución de las transferencias niveladoras; la estabilidad del sistema (lo que se alcanza con la forma de ley); la objetividad (tanto en la configuración del sistema como en su aplicación); la claridad y la transparencia en todas sus fases.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arrieta Martínez de Pisón, J. (2010). La participación en los tributos del Estado. En D. Marín-Barnuevo Fabo (coord.), *Los tributos locales* (2.ª ed., pp. 977-1009). Civitas.

- Bel, G. (2011). Servicios locales: tamaño, escala y gobernanza. En *Informe IEB sobre federalismo fiscal en España* (pp. 12-20). Institut d'Economia de Barcelona. <https://ieb.uib.edu/publication/informe-ieb-sobre-federalismo-fiscal-en-espana-2011/>
- Benoît-Rohmer, F. y Klebes, H. (2005). *Le droit du Conseil de l'Europe*. Conseil de l'Europe.
- Bird, R. M. y Slack, E. (2021). Provincial-Local Equalization in Canada: Time for a Change? *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, 57. University of Toronto. https://munkschool.utoronto.ca/imfg/research/doc/?doc_id=575
- Boggero, G. (2018). *Constitutional principles of local self-government in Europe* [serie: Studies in Territorial and Cultural Diversity Governance, 9]. Brill.
- Bosch, N., Espasa, M. y Costas, E. (2009). *Las subvenciones de nivelación fiscal de los gobiernos locales en Europa*. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Bouvier, M. (2020). *Les finances locales* (18.ª ed.). LGDJ.
- Collantes, F. y Pinilla, V. (2019). *¿Lugares que no importan? La despoblación de la España rural desde 1900 hasta el presente*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Cordero, J. M., Pedraja, F. y Galindo, F. (2022). La necesaria reforma del sistema de transferencias a los municipios: elementos clave y simulación de resultados. *Hacienda Pública Española – Review of Public Economics*, 240(1), 125-149. <https://dx.doi.org/10.7866/HPE-RPE.22.1.5>
- Degron, R. (2015). Les relations financières entre l'État et les collectivités territoriales. En J.-M. Monnier (aut.), *Finances publiques* [colección: Les notices] (4.ª ed., pp. 242-245). La documentation française.
- Díez Sastre, S. (2008). *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Marcial Pons.
- Dvorský, V. y Czudek, D. (2018). The European Charter of Local Self-Government and its Application in Germany. En P. Mrkvyka, J. Gliniecka, E. Tomásková, E. Juchniewicz, T. Sowinski y M. Radvan (eds.), *The challenges of local government financing in the light of European Union regional policy* (pp. 523-535) [Conferences proceedings, 1.ª ed.]. Masaryk University. <https://doi.org/10.5817/CZ.MUNI.P210-9087-2018>
- Esparcia, J. (2021). La despoblación: emergencia y despliegue de políticas públicas en Europa y en España. En AGE – Grupo de Trabajo de Geografía Rural (ed.), *Espacios rurales y retos demográficos: una mirada desde los territorios de la despoblación* (pp. 75-149). Asociación Española de Geografía. https://www.age-geografia.es/site/wp-content/uploads/2021/11/ColoRural-2020_PONENCIAS.pdf
- Felder, F. (2021). The Intercommunal Equalization System in the Canton of Fribourg. En E. M. Belser, F. Felder, E. Schläppi y K. Bishop (eds.), *Local Government in Switzerland. Responses to Urban-Rural Challenges* (pp. 33-37). LoGov-project EU y Eurac. Disponible en <https://doi.org/10.5281/zenodo.5734506>
- Font i Llovet, T. (2019). El significado de la Carta Europea de Autonomía Local y sus retos actuales. En T. Font i Llovet (dir.) y M. Vilalta i Reixach (coord.), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas* (pp. 19-42). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Gamper, A. (2012). Local Government in Austria. En A. M. Moreno (ed.), *Local Government in the member States of the European Union: A comparative legal perspective* (pp. 23-44). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Guzman, A. T. y Meyer, T. L. (2010). International Soft Law. *Journal of Legal Analysis*, 2(1), 171-225. <https://doi.org/10.1093/jla/2.1.171>
- Hristova Stefanova, M. (2018). Challenges of the Implementation of the European Charter of Local Self-Government in Bulgarian Legislation. *Lex Localis – Journal of Local Self-Government*, 16(4), 915-927. [https://doi.org/10.4335/16.4.915-927\(2018\)](https://doi.org/10.4335/16.4.915-927(2018))
- Hortas-Rico, M. y Salinas-Peña, P. (2014). Determinación de la escala mínima eficiente en la provisión de bienes públicos locales. *Revista de Economía Aplicada*, 22(66), 35-65. http://revicap.com/revista/numeros/66/horta_salinas.html
- Foss, O. y Juvkam, D. (2003). *Depopulation in Europe. Some preliminary results* [Working Paper 2003:120]. Norwegian Institute for Urban and Regional Research (NIBR). <https://hdl.handle.net/20.500.12199/2290>
- Leñero Bohórquez, R. y Darnaculleta Gardella, M. (2021). Derecho administrativo y Derecho internacional. En J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (coords.), *Tratado de Derecho Administrativo Volumen I* (pp. 645-720). Marcial Pons.
- López Ramón, F. (2021). La lucha contra la despoblación rural. En D. Santiago, L. Míguez y A. J. Ferreira (dirs.) y A. de Nuccio y B. Agra Costa (coords.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural* (pp. 29-51). Aranzadi.
- Medina Alcoz, L. (2019). El valor de la Carta Europea de Autonomía Local en los procesos constitucionales. En T. Font i Llovet (dir.) y M. Vilalta i Reixach (coord.), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas* (pp. 113-142). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Medina Guerrero, M. (2018). Comentario al artículo 142 de la Constitución. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dir.), *Comentarios a la Constitución Española* (tomo II, pp. 1072-1084). BOE, Ministerio de Justicia y Fundación Wolters Kluwer.
- Mirska, A. (2021). Local Financial Arrangements in Poland: An introduction. En A. Mirska (ed.), *Local Government in Poland. Responses to Urban-Rural Challenges* (pp. 32-41). LoGov-project EU y Eurac. Disponible en <https://doi.org/10.5281/zenodo.5556065>

- Moreno Molina, A. M. (2019). El seguimiento, por el Consejo de Europa, de la aplicación de la Carta Europea de Autonomía Local en sus Estados miembros. En T. Font i Llovet (dir.) y M. Vilalta i Reixach (coord.), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas* (pp. 309-353). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Muñoz Merino, A. y Suárez Pandiello, J. (2018). Reformando la financiación local. ¿Un viaje o una excursión? *Presupuesto y Gasto Público*, 92, 19-37. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/92_01.pdf
- Ortega Álvarez, L. (1993). La carta europea de la autonomía local y el ordenamiento local español. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 259, 475-497. <https://doi.org/10.24965/reala.vi259.8788>
- Pichler, D. (2021). Effects of the Intragovernmental Transfer System on Financial Strength. En A. Schantl, D. Pichler y T. Prorok (eds.), *Local Government in Austria. Responses to Urban-Rural Challenges* (pp. 38-42). LoGov-project EU y Eurac. Disponible en <https://doi.org/10.5281/zenodo.5711140>
- Requejo Pagés, J. L. (2003). El valor de la Carta Europea de la Autonomía local en el ordenamiento español. En F. Caamaño Domínguez (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo* (pp. 15-38). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Schaffarzik, B. (2002). *Handbuch der Europäischen Charta der Kommunalen Selbstverwaltung*. Boorberg.
- Schefold, D. (2012). Local Government in Germany. En A. M. Moreno (ed.), *Local Government in the member States of the European Union: A comparative legal perspective* (pp. 233-256). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Szente, Z. (2012). Local Government in Hungary. En A. M. Moreno (ed.), *Local Government in the member States of the European Union: A comparative legal perspective* (pp. 283-308). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Solé-Ollé, A. y Bosch, N. (2005). On the relationship between authority size and the costs of providing local services: lessons for the design of intergovernmental transfers in Spain. *Public Finance Review*, 33(3), 343-384. <https://doi.org/10.1177%2F1091142104272708>
- Stafa, E. (2021). The Allocation of the General-Purpose Unconditional Grant and Fiscal Equalization. En E. Stafa (ed.), *Local Government in Albania. Responses to Urban-Rural Challenges* (pp. 19-24). LoGov-project EU y Eurac. Disponible en <https://doi.org/10.5281/zenodo.5707200>
- Steiner, E. y Darázs, I. (2003). *The characteristics of the Hungarian local authority system and the municipal economic*. ÖnkörPress Publishing. <http://xn--tosz-5qa.hu/uploads/dokumentumok-kiadvanyok/thecharacteristics.pdf>
- Velasco Caballero, F. (2009). *Derecho local. Sistema de fuentes*. Marcial Pons.
- Vilalta, M. (2018). La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes. *Revista catalana de dret públic*, 57, 97-112. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i57.2018.3236>



Referencia: Noguera de la Muela, B. (2022). Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 32-55. <https://doi.org/10.24965/reala.11119>

Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos

The contours of administrative self-provision in the management of public services

Noguera de la Muela, Belén
Universidad de Barcelona (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1028-5885>
bnoguera@ub.edu

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. Su actividad investigadora se centra en las siguientes líneas: contratación pública, dominio público, urbanismo, comercio, ordenación del territorio y del litoral.

RESUMEN

A caballo entre la potestad de autoorganización que ostentan las Administraciones Públicas y el principio de concurrencia en la adjudicación de los contratos, se sitúan los encargos a medios propios personificados, denominados también, fórmulas de cooperación vertical que, junto con la cooperación horizontal (convenios interadministrativos) aparecen exceptuados de la aplicación de las directivas de contratación pública de 2014. Estas técnicas de autoprovisión administrativa (en las que no se incluye la transferencia de competencias) son objeto de estudio en este trabajo a la vista de la regulación contenida en la LCSP de 2017 y en la LRJSP, partiendo de lo previsto en la normativa comunitaria de contratación pública y la reciente y clave jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*ISE-Colonia*, *Remondis 2*, *Porin Linjat*, *IREN Spa*), con el propósito de fijar sus contornos. Mereciendo especial atención la mecánica de estas fórmulas en el ámbito local, al entroncar, asimismo, con el debate en torno a la forma de gestión más idónea de los servicios públicos locales y a su nivel óptimo de prestación. Resultando también de especial atención el recurso a la «gestión directa asociativa mediante contratación *in house*» analizada en la relevante Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 36661/2020, de 21 de septiembre (caso Ayuntamiento de Collbató-CONGIAC-GIACSA).

PALABRAS CLAVE

Cooperación público-público; encargo a medio propio personificado; cooperación horizontal; transferencia de competencias.

ABSTRACT

Straddling the line between the power of self-organisation held by public administrations and the principle of competition in the awarding of contracts, are the in house providing contracts, also known as vertical cooperation formulas, which, together with horizontal cooperation (inter-administrative agreements), are exempted from the application of the 2014 public procurement directives. These techniques of administrative self-provision (which do not include the transfer of competences) are the object of study in this work in view of the regulation contained in the LCSP of 2017 and in the LRJSP, based on the provisions of EU public procurement regulations and the recent and key case law of the Court of Justice of the European

Union (ISE-Cologne, Remondis 2, Porin Linjat, IREN Spa), with the aim of establishing their contours. The mechanics of these formulas in the local sphere deserve special attention, as they are also linked to the debate on the most suitable form of management of local public services and their optimum level of provision. Also worthy of special attention is the use of «direct associative management through in house contracting» analysed in the relevant ruling of the Administrative Chamber of the High Court of Justice of Catalonia no. 36661/2020, of 21 September (Collbató-CONGIAC-GIACSA City Council case).

KEYWORDS

Public-public cooperation; in house providing contracts; horizontal cooperation; transfer of competences.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LAS BASES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA. LA EXCLUSIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS. 2. LA COOPERACIÓN VERTICAL (ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS). 2.1. LOS REQUISITOS DE CARÁCTER ACUMULATIVO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL FIJADOS POR EL TJUE Y RECOGIDOS POR LA NORMATIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2.1.1. El criterio del control análogo. El control conjunto. El caso Porin y el caso IREN Spa. 2.1.2. El criterio del «vínculo de destino» del ente instrumental. 2.1.3. La no participación de capital privado en el medio propio: revisión. 2.2. LA REGULACIÓN ESTATAL DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS: BREVES REFLEXIONES. 3. LA DELIMITACIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL (CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS). 3.1. REQUISITOS DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL FIJADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: CASO ISE-COLONIA Y CASO REMONDIS. 3.1.1. Requisito subjetivo: celebrado exclusivamente por poderes adjudicadores. 3.1.2. Requisito objetivo: «misión de servicio público común». 3.1.3. Requisitos teleológicos: objetivo de interés público. Actividad de mercado marginal. 3.2. LOS CONVENIOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LOS ARTS. 47 LRJSP Y 6.1 LCSP017. 4. LA GESTIÓN DIRECTA ASOCIATIVA: CASO AYUNTAMIENTO DE COLLBATÓ-CONGIAC-GIACSA (SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA NÚM. 3661/2020, DE 21 DE SEPTIEMBRE). REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El fundamento de las denominadas fórmulas de autoprovisión administrativa o también llamadas, en terminología europea, sistemas de cooperación público-público¹ (encargos a medios propios personificados o in house providing, y convenios interadministrativos) no está en la existencia de un vínculo contractual sino que se encuentra en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones públicas, tal como resaltó Sosa Wagner².

A este respecto, la Comisión Europea, desde 1998, viene insistiendo en la búsqueda de la determinación de las líneas que separan el Derecho de la organización y el Derecho de la contratación pública³ que, en definitiva, marcan cuál es el ámbito de aplicación de la normativa europea de contratos. Así, en su Comunicación “La contratación pública en la Unión Europea” [COM (98) 143] remarcó la necesidad de aclarar la regulación de las dos grandes modalidades de cooperación: la *vertical o institucionalizada* y la *horizontal o no institucionalizada*. A ellas se refirió también, de una parte, el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea de 27 de enero de 2011 (COM 2011, 15 final), dedicando un apartado específico a la cooperación dentro del sector público, donde reflexiona

¹ Documento SEC (2011) 1169 final de 4 de octubre de 2011, documento de trabajo de la Comisión sobre aplicación de la normativa de contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores.

² Sosa Wagner (2003).

³ Véase Comunicación de la Comisión “La contratación pública en la Unión Europea”, de 11 de marzo de 1998, COM (98) 143, en la que se enuncian ya los principales enfoques del futuro paquete de directivas de 2004. Enfoques generales (simplificación, adaptación a la evolución del mercado, lucha contra la corrupción, desarrollo de un entorno favorable a las pymes, sinergia con otras políticas, contratación electrónica eficaz...) que son coincidentes con los incluidos en las directivas de 2014, conforme a ese mecanismo de desarrollo de las políticas públicas comunitarias que es la *rolling agenda*. En la página 11, la Comisión anunciaba que se proponía aclarar, a través de un documento interpretativo, «los contratos “in house”, es decir, los que se adjudican en el seno de la Administración pública; por ejemplo, entre Administración central y local o entre una Administración y una sociedad que es íntegramente propiedad de ésta».

«cómo debe trazarse una línea divisoria entre los acuerdos entre los poderes adjudicadores para llevar a cabo sus tareas amparados por su derecho a la organización autónoma, por un lado, y las actividades de contratación, que deben beneficiarse de una competencia abierta entre los operadores económicos por otro», y de otra, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público) de 2011 que se refiere asimismo a las *transferencias de competencias*, pero como algo en este caso perteneciente a la organización interna de cada Estado miembro sobre el que no se proyecta la normativa europea de contratos públicos. Distinciones que, de alguna forma, han abordado la relevante jurisprudencia del TJUE, y han recogido el paquete de directivas de cuarta generación, de contratación pública (arts. 12 de la Directiva 2014/24/UE, 17 de la Directiva 2014/23/UE y 28 a 30 de la Directiva 2014/25/UE), donde, sin embargo, se evidencia el desliz del legislador comunitario cuando bajo el título «Contratos públicos entre entidades del sector público» (art. 12) califica en varias ocasiones de contrato al vínculo jurídico que se establece, por ejemplo, entre el poder adjudicador que realiza el encargo y el medio propio personificado que ha de ejecutarlo, cuando carece de la nota de bilateralidad de todo contrato⁴.

Estas técnicas de gestión administrativa (encargos in house y convenios interadministrativos), excepcionadas del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratación pública, si cumplen determinados requisitos, entroncan también con uno de los debates más complejos existentes en relación con los servicios públicos en el ámbito local, como es el relativo a su forma de gestión más idónea y a su nivel óptimo de prestación, condicionándose la elección del modo de gestión, esto es directa e indirecta (art. 85.2 de la LBRL tras la LRSAL), a los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria.

En todo caso, cabe remarcar que desde el Derecho de la Unión Europea se reconoce total libertad a los Estados miembros «para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios (...)» (art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE), pudiendo «optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos» (art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE). Luego, se hace necesaria una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre desde la óptica del Estado garante de servicios públicos de calidad⁵, debiéndose atender en la justificación, de la decisión sobre cómo gestionar un servicio público a criterios de buena administración (Gimeno Feliu⁶), poniendo la atención en la prestación regular, continua, neutral, de calidad, y no tanto en quién lo presta.

En las páginas siguientes vamos, por tanto, a abordar cuál es el tratamiento que reciben los encargos *in house providing* y los convenios interadministrativos en la LCSP de 2017, teniendo presente las últimas reformas legislativas (arts. 32 y 33 de la LCSP, modificados por la Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para 2021; el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019; el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero (que se refiere a contratación en sectores excluidos), y todo ello bajo el prisma de las directivas comunitarias de contratación pública de 2014, que han codificado el derecho pretoriano existente plasmado en la rica y relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (casos ISE-Colonia, Remondis 2, Porin Linjat, IREN Spa, por citar la más reciente).

También, para conformar el régimen jurídico de estos sistemas de autoprovisión administrativa, debemos atender a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), entre otras normas estatales y autonómicas (leyes de transparencia estatal y autonómicas o, por ejemplo, el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de contratación del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco), que muestran un complejo panorama normativo. De ahí, la demanda de una legislación básica específica sobre la autoprovisión administrativa en el conjunto del sector público.

⁴ Gallego Córcoles (2014, pp. 111-140); Amoedo-Souto (2018a, p. 84), donde propone superar la actual visión de las técnicas de autoprovisión como algo excepcional, debiendo ser vistas como una opción normal, e incluso preferente y más racional en términos de eficiencia.

⁵ Esteve Pardo (2015, pp. 11-39).

⁶ Gimeno Feliu (2020a, pp. 94-95).

1. LAS BASES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA. LA EXCLUSIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

Efectivamente, por vez primera las directivas de contratación pública de cuarta generación han abordado la regulación de las fórmulas de autoprovisión administrativa (encargos in house, convenios interadministrativos) (arts. 12 de la Directiva 2014/24/UE, 17 de la Directiva 2014/23/UE y 28 a 30 de la Directiva 2014/25/UE), convirtiendo en prosa legal la jurisprudencia comunitaria recaída en esta materia. Estos últimos años ha vuelto a incidir el Tribunal de Luxemburgo con ocasión de la Sentencia de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18), caso ISE-Colonia; la de 4 de junio de 2020 (asunto C-429/19), caso Remondis 2 [para distinguirla del asunto C-51/17 (Remondis 1)]; la de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19), caso Porin Linjat, que se refiere incluso a fórmulas mixtas de autoprovisión administrativa, así como la más reciente, de 12 de mayo de 2022 (asunto C-719/20), caso IREN Spa. Pues bien, bajo el prisma de toda la jurisprudencia de la Unión Europea que versa sobre esta cuestión, vamos a tratar estas fórmulas excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratos, mereciendo especial atención la mecánica de éstas en el ámbito local.

Podemos afirmar, por tanto, en términos generales, tal como hemos señalado supra, que, de forma expresa se reconoce en las directivas de contratos el régimen de autoprovisión administrativa (art. 2 de la Directiva 2014/23/UE) al plasmar el principio de libertad de los Estados miembros para optar si prestan los servicios de su competencia con recursos propios o en colaboración con otras autoridades (autoprovisión) o bien a través de empresas privadas. Y, asimismo, también las propias directivas, concretamente los arts. 1.6 de la Directiva 2014/24/UE y 1.4 de la Directiva 2014/23/UE excluyen la aplicación de las mismas a las relaciones (transferencia) competenciales entre Administraciones, al señalar que «los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución del contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en este sentido, **en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva**». Redacción, por tanto, que resulta concluyente⁷.

Estamos, por consiguiente, en la transferencia de competencias ante un supuesto no concernido por las directivas de contratación, situándola extramuros. Tal y como subrayó la Comisión Europea en su Documento de trabajo de 2011 (más atrás mencionado), forma parte de la configuración de la organización interna de cada Estado miembro, es ajeno a las competencias de la Unión Europea, y las tareas públicas se consideran desempeñadas mediante recursos externos a la entidad inicialmente competente, añadiéndose que lo que caracteriza la cesión de competencias entre organismos públicos es que tal cesión ha de ser plena, el organismo cedente no conserva responsabilidad alguna, y el beneficiario de la competencia cedida debe ejercer las competencias de forma independiente y bajo su responsabilidad, lo que no excluye que el cedente pueda ejercer alguna influencia sobre cómo organizar el desempeño de tal tarea pública. Asimismo, el abogado general M. Campos Sánchez-Bordona, en sus conclusiones presentadas en el asunto *ISE-Colonia*, afirmó que «también quedan fuera de la Directiva 2014/24/UE, aunque no lo mencione de forma expresa su articulado, otro tipo de relaciones interadministrativas, como son las derivadas de una *transferencia* o *delegación de competencias*, incluso con la creación de un consorcio de entidades con personalidad jurídica de Derecho público». Estas situaciones se reputan por principio «ajenas al Derecho en materia de contratación pública».

Por tanto, estimo que a diferencia de los sistemas de cooperación vertical donde las directivas de contratación los regulan desde la perspectiva de los contratos o concesiones, al considerar que sí se cumplen determinados requisitos, entonces se excluyen de la aplicación de tales directivas, en las transferencias de competencias no se contiene una prestación contractual, de ahí que no se vean afectadas por las directivas de contratos.

En línea con ello, en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis 1*, cuyo objeto era una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el proceso entablado entre la sociedad Remondis y la región de Hannover, se aborda la legalidad o no de una transferencia efectuada por esta última de las funciones de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio de entidades para la gestión de residuos de la región de Hannover, constituida por ésta y la ciudad del mismo nombre. Y se subrayó que, para estar ante un supuesto de transferencia de competencias deben reunirse ciertos requisitos que podemos resumir, de una parte, en la asunción de responsabilidades y autonomía decisoria y, de

⁷ Arimany Lamoglia (2020, pp. 70); Vilalta Reixach (2018a, pp. 261-295).

otra, en ausencia de retribución y autonomía financiera, pudiéndose ejercer por parte del ente cedente de la competencia ciertas influencias, que excluye toda injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida, pero que admite ejercerla a través de un órgano, como una junta general, compuesta por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes.

Las consideraciones formuladas en la Sentencia Remondis 1 se vuelven a traer a colación en la STJUE de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19⁸), caso *Porin Linjat* –sobre la que volveremos más adelante al analizar los requisitos de los encargos *in house providing*– donde, en esta ocasión, el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia en relación a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia, en relación con la adjudicación directa realizada por el municipio de Pori del servicio de transporte de personas con discapacidad a la sociedad anónima de capital íntegramente público de la referida ciudad, *Porin Linjat Oy*. Adjudicación que tuvo lugar en el marco de dos convenios de colaboración, uno referido al transporte público, que vinculaba a una serie de municipios, y otro en materia de servicios sanitarios, también entre varios municipios. En ambos convenios aparece la ciudad de Pori como «municipio responsable» de la prestación del servicio, de acuerdo con las Leyes de régimen local finlandesas de 1955 y 2015, al cual, mediante convenio de colaboración entre distintos municipios (Pori y otros entes locales) acordaron transferir la responsabilidad de la organización de tales servicios, sirviéndose a su vez para ello de *Porin Linjat Oy*, que se trata de un medio propio, un operador interno de la que es propietaria. Constituyendo, además, la ciudad de Pori un organismo común en el que los demás entes locales participantes en los convenios mencionados pueden elegir parte de sus miembros.

El Tribunal remitente se pregunta dos cuestiones: si el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios puede no estar sometido, por su naturaleza, al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, debido a que materializa una *transferencia de competencias* a efectos del art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea o, una *colaboración entre entidades pertenecientes al sector público* (cooperación horizontal) no sometida a obligación de licitación, según se estime que el modelo de «municipio responsable» comporte uno u otro⁹. Y además plantea que se dilucide también si el «municipio responsable» es el poder adjudicador, y si en base al convenio de colaboración está facultado para confiar, sin licitación previa, a una entidad *in house* la prestación de servicios que no solo satisface sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios parte en dicho convenio.

Esta forma de actuar a través de convenio es considerada por el TJUE un acto de organización interna que implica una *transferencia de competencias entre autoridades públicas*, tal y como se interpretó en el caso *Remondis*, y como tal, excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, sin entrar ya a examinar si podría constituir una cooperación entre poderes adjudicadores excluidos de licitación, lo cual hubiera sido bueno analizar. Así afirma «la autoridad inicialmente competente no puede conservar la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, ni reservarse el control financiero de estas ni aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió. *Por tanto, una transferencia de competencias presupone que la autoridad pública que resulta ahora competente ejerza dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad* (véase, en este sentido, la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis 1, C-51/15, apartados 49 y 51)» (la cursiva es nuestra) (párrafo 48).

Sin embargo, continua el TJUE en su párrafo 49, «la autonomía de actuación de la autoridad pública a la que se atribuye una competencia no implica que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia de cualquier otra entidad pública. En efecto, *una entidad que transfiere una competencia puede conservar cierta facultad de supervisión de las funciones relacionadas con el servicio público así transferido*. No obstante, tal influencia, que puede ejercerse a través de un órgano, como una junta general, compuesta por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes, excluye, en principio, toda injerencia en la forma concreta de cumplimiento de las funciones comprendidas en la competencia transferida» (véase, en este sentido, la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis 1, C-51/15, apartado 52 (la cursiva es nuestra).

En el caso de autos, a través del convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios los municipios parte en ese acuerdo transfirieron en favor de la ciudad de Pori la responsabilidad de la organización de los servicios sociales y sanitarios de dichos municipios. Transferencia voluntaria de competencias cuyo

⁸ Hernández González (2020, in totum); Noguera de la Muela (2020, pp. 269-273); Gallego Córcoles (2021, pp. 453-466); Sosa Wagner (2020, in totum).

⁹ Sobre la cooperación interadministrativa horizontal ver, entre otros: Bernal Blay (2011, pp. 367-374); Santiago Iglesias (2018b, pp. 107-109; 2018a, pp. 639-642); Fernández Acevedo (2018, pp. 294-306); Vilalta Reixach (2018b, pp. 325-368).

origen estaba en la Ley 169/2007, de tal manera que, en tal caso, el municipio responsable adopta las decisiones relativas al modo de prestación de los servicios, a la disponibilidad, accesibilidad y calidad de dichos servicios, y a su control y seguimiento.

Además, a diferencia del caso *Remondis* donde la responsabilidad pertenece primordialmente a la entidad cesionaria de las competencias, en este caso, la responsabilidad de la organización de los servicios sociales y sanitarios comprendidos en el área de colaboración *se confía, en la práctica, a un organismo común: la comisión de garantía de los derechos sociales fundamentales de la ciudad de Pori* [...] (la cursiva es nuestra), y es el Pleno municipal de la ciudad de Pori quien aprueba el estatuto de esa comisión y determina su ámbito de actuación y sus funciones (párrafos 52 y 53).

De otra parte, el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios establece que la gestión económica de los servicios sociales y sanitarios se basa en un presupuesto, un plan financiero y un plan de servicios sociales y sanitarios elaborados conjuntamente por los municipios parte en el convenio y en un seguimiento de los gastos y de la utilización de dichos servicios. Y los costes de los servicios sociales y sanitarios se distribuyen en función de la utilización de dichos servicios, de modo que cada municipio abona el coste real de los servicios sociales y sanitarios utilizados por su propia población y por los residentes de los que es responsable (párrafos 54 y 55).

Así pues, concluye el TJUE que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente, *parecen cumplirse los requisitos de una transferencia de competencias*, a efectos del art. 4 TUE, apartado 2, de modo que el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios no parece que sea un «contrato público» en el sentido del art. 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18. Por tanto, ese convenio de colaboración ha de excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 (la cursiva es nuestra).

A raíz de esa transferencia, el TJUE estima que «el municipio responsable» se subroga, en cierto modo, en las facultades y obligaciones de las otras partes contractuales en cuanto a la prestación de los servicios objeto de un convenio de colaboración basado en el modelo denominado del «municipio responsable» (párrafo 62).

Y continúa: «63. De ello resulta que, en el caso de autos, corresponde al beneficiario de la transferencia de competencias –el *municipio responsable*– *satisfacer las necesidades de los demás municipios parte en el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios* y, por tanto, prestar los servicios sociales y sanitarios controvertidos en el litigio principal en todo el territorio al que se aplica dicho convenio, *si bien cada municipio sigue adeudando el coste real de los servicios utilizados por su propia población y por los residentes de que es responsable*» (la cursiva es nuestra).

«64. Por tanto, para no privar de efecto útil a una transferencia de competencias, a efectos del art. 4 TUE, apartado 2, tal como ha sido interpretado en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Remondis* (C-51/15,), en la adjudicación de un servicio, *la autoridad a la que se ha transferido la función, debe ser considerada forzosamente el poder adjudicador* respecto a esa función, y debe serlo en todo el territorio de los municipios parte en el convenio mediante el que se transfieren competencias» (la cursiva es nuestra).

2. LA COOPERACIÓN VERTICAL (ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS)

2.1. Los requisitos de carácter acumulativo de la cooperación vertical fijados por el TJUE y recogidos por la normativa europea de contratación pública

2.1.1. *El criterio del control análogo. El control conjunto. El caso Porin y el caso IREN Spa*

El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella, pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio.

Así, el criterio del «control análogo al ejercido sobre sus propios servicios» no existe en función del porcentaje de participación en el capital social, sino en el hecho de que el ente instrumental carezca, efectivamente, desde el punto de vista decisorio, de autonomía respecto del ente que realiza el encargo. No existiendo, en estos casos, verdadera autonomía contractual (SSTJUE de 19 de abril de 2007, *Asemfo*, y de 21 de julio de 2005, *Padania Acque*).

Eso explica que **varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio**, tal como declaró el TJUE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-325/07, *Coditel Brabant*, afirmando que lo esencial es que el control ejercido sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual, pudiéndose ejercer de *forma conjunta*. El control análogo es, por consiguiente, de carácter *funcional* y no formal, que obliga a acreditar que, efectivamente, existe ese poder de «influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad», según SSTJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*, y de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl Comune di Ponte Nossa*, puntualizando esta última sentencia que: «El control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejerce sobre sus propios servicios [...] cuando:

- la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de ésta.
- cuando, 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».

La posibilidad de un *control análogo colectivo* sobre el medio propio es la mayor novedad¹⁰. Y en la STJUE de 29 de noviembre de 2013 (asuntos C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), concluye: «Cuando varias Administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una Administración pública se adhiere a la mencionada entidad», el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el control análogo conjunto, «se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

Dando un paso más en la mecánica de los *in house providing*, se plantea por el TJUE en la Sentencia de 18 de junio de 2020, caso *Porin Linjat* (asunto C-328/19), si el municipio de Pori (poder adjudicador) puede recurrir a una entidad *in house* (*Porin Linjat Oy*, de exclusiva propiedad de Pori) no solo para satisfacer sus propias necesidades, sino también las de los municipios que le han transferido competencias.

Al respecto, entiende que «el primer requisito relativo al control de la autoridad pública, se considera cumplido según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando el poder adjudicador sea titular, solo o junto con otros poderes públicos, de la totalidad del capital de la sociedad adjudicataria. [...] (Sentencias de 19 de abril de 2007, *Asemfo*, C-295/05, apartado 57, y de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, apartado 30)». Y añade, en el caso *Porin*, que no cabe deducir que un poder adjudicador –en el caso de autos el municipio responsable– no pueda optar por una adjudicación *in house* para satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores con los que celebró un convenio basado en dicho modelo, únicamente porque los demás municipios parte en dicho convenio no posean participación alguna en el capital de la entidad *in house*. En efecto, *el criterio de ser titular de parte del capital no puede ser el único medio de alcanzar dicho objetivo, ya que el control análogo al que ejercen los poderes adjudicadores sobre sus propios servicios puede manifestarse de un modo distinto a un enfoque capitalista*» (la cursiva es nuestra).

Luego, el modelo del «municipio responsable» «ofrece a los municipios parte en un convenio, a pesar de que no posean participación alguna en el capital de la entidad *in house* la posibilidad de ejercer, al igual que el municipio responsable, una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre

¹⁰ Por contra, no existe control conjunto en el supuesto analizado en la STJUE de 8 de mayo de 2014, caso *Hamburgo*, (asunto C-15/13), que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (Alemania). Se analiza la regularidad de la adjudicación de un contrato atribuido directamente por la Universidad de Hamburgo a *Hochschul-Informationssystem GmbH* (es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *länder* alemanes, correspondiendo a la ciudad de Hamburgo un 4,16 por 100 de dicho capital) sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18. Se alega que la adjudicación directa del contrato por la Universidad a HIS, según estas partes contratantes, está justificada por el hecho de que, aunque entre estas dos entidades no existe ninguna relación de control, el requisito de «control análogo» establecido por la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia se cumple, a su entender, porque ambas entidades se encuentran bajo el control de la ciudad de Hamburgo.

Así, el Tribunal comprueba cómo no se cumplen los requisitos que amparan esta potestad de autoorganización y declara que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición, y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstos en la Directiva 2004/18.

las decisiones importantes del adjudicatario y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre éste» (párrafo 70) (la cursiva es nuestra). Por tanto, el tribunal flexibiliza el requisito del control análogo, matizando la jurisprudencia existente sobre el mismo al reconocer la existencia de un control de este tipo por parte de determinados municipios que no poseen participación alguna en el capital de la entidad, resultando forzada y distorsionadora, favoreciendo combinatorias múltiples.

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo confirma en esta Sentencia la validez de esos convenios de cooperación interadministrativos (que constituyen una transferencia de competencias) seguidos de una adjudicación *in house*, y concluye que el art. 12.a) de la entonces Directiva 2004/18/UE debe interpretarse en el sentido de que un convenio de colaboración a tenor del cual los municipios parte en él transfieren a uno de ellos la responsabilidad de la organización de servicios en favor de estos municipios, permite considerar, con ocasión de adjudicaciones posteriores a dicha transferencia, que dicho municipio es el poder adjudicador y lo faculta para confiar, sin licitación previa, a una entidad *in house* la prestación de servicios que no solo satisfacen sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios parte en dicho convenio, aun cuando sin esa transferencia de competencias, los citados municipios hubieran debido satisfacer ellos mismos sus propias necesidades.

Recientemente, el TJUE se ha vuelto a pronunciar sobre las adjudicaciones *in house* en el caso *IREN Spa*, Sentencia de 12 de mayo de 2022 (asunto C-719/20), donde hace una nueva matización en relación al requisito del control análogo conjunto, precisando la pérdida de las condiciones de tal control análogo a raíz de una concentración de empresas.

Mediante cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o práctica nacional en virtud de la cual un contrato público adjudicado inicialmente, sin convocar una licitación a una entidad *in house* (en este caso, el municipio de Lerici adjudicó a ACAM la gestión del ciclo integrado de residuos en dicho municipio hasta 2028, que luego ella confió a su filial ACAM ambiente), que es una sociedad anónima cuyo accionariado se repartía exclusivamente entre varios municipios, entre los que se encontraba el de Lerici, y sobre la que el poder adjudicador (Lerici) ejercía, de manera conjunta, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siga siendo ejecutado automáticamente por el operador económico que ha adquirido a esa entidad (IREN adquirió la totalidad de acciones de ACAM) a raíz de un procedimiento de licitación, cuando ese poder adjudicador (Lerici) no dispone de tal control sobre ese operador (IREN Spa), y no tiene ninguna participación en su capital. Pues bien, el TJUE es concluyente y considera que ello no ha lugar.

2.1.2. El criterio del «vínculo de destino» del ente instrumental

El alcance de este requisito: que el medio propio realice la *parte esencial de su actividad con el ente o entes que lo controlan*¹¹, quedó establecido en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo*, al afirmarse: «Solo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal [...]». Añadiéndose: «Cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto».

Asimismo, «si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad» (la cursiva es nuestra).

No siendo posible tal exención en el caso de que el ente instrumental provea, además, a otros sujetos públicos y privados como cualquier otra empresa del mercado, tal y como se recoge en la actualidad en el art. 12.1.b) de la Directiva 2014/24 aunque concreta este requisito en un porcentaje: que más del 80 por

¹¹ Entre otros, Arimany Lamoglia (2005, p. 57); Montoya Martín (2009, pp. 96-100); Razquín Lizarraga (2009, pp. 51-52); Pemas García (2008, pp.154-173).

100 de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.

Ahora bien, para determinar el porcentaje de actividades, la Directiva 2014/24/UE, en su art. 12.5, señala que se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

2.1.3. La no participación de capital privado en el medio propio: revisión

Ya en los casos *Teckal* y *Arge* se afirmó que la participación privada en un ente público, por mínima que sea, rompía el criterio del control análogo, y en modo alguno estas empresas con participación privada podían ser medio propio. Este requisito se corroboró en la STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03 *Stadt Halle*¹², y se continuó esta línea jurisprudencial en sentencias posteriores: STJUE de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04, *Comisión vs. República de Austria*, también la STJUE de 19 de abril de 2007 (asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*) y SSTJUE de 8 de abril de 2008, *Comisión vs. República italiana*, y de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-573/07, *Sea Srl Comune di Ponte Nossa*), donde el Tribunal afirmó que: «En el supuesto que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, *deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva*».

Pero también la Directiva 2014/24/UE abre la posibilidad de participación de capital privado, al recoger que cabe siempre que esté impuesta «por las disposiciones legales nacionales de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada» [art. 12.1.c)]. Excepción que se hace también extensiva en tal directiva a los supuestos de encargos invertidos (de la entidad controlada al poder adjudicador encomendante) (art. 12.2), y a los encargos en favor de personificaciones de derecho público o privado controladas *conjuntamente* por varios poderes adjudicadores (art. 12.3). Se está, por tanto, rectificando de alguna forma el contenido de las SSTJUE, casos *Stadt Halle* y *Such*.

De otra parte y en relación con esta exigencia, el considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE señala que «es preciso aclarar que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada». Por consiguiente, una participación indirecta no afecta a la técnica del medio propio. En personificaciones jurídico-públicas, donde no existe accionariado, la participación de un privado no excluye la consideración de medio propio¹³.

En definitiva, criterios todos ellos, que deben darse de forma acumulativa para encontrarnos ante un medio propio. Resultando que la consideración de medio propio debe ser examinada y aplicada desde una perspectiva restrictiva [STJUE de 11 de mayo de 2006 (*Carbotermo*)] y la carga de la prueba de que existen esas circunstancias especiales que justifican la excepción de aplicación de la normativa de contratos incumbe a quien pretende beneficiarse de ella (STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, y STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*), y no se debe afectar al principio de libre competencia.

¹² Al respecto, el TJUE llega a la conclusión *supra* referida a: en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios, se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado de una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apdo. 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados...ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa con una ventaja en relación con sus competidores (apdo. 51).

¹³ Gimeno Feliu (2020b, p. 28); Noguera de la Muela (2020, p. 242).

2.2. La regulación estatal de los encargos a medios propios personificados tras las últimas reformas: breves reflexiones¹⁴

Tal y como ha advertido Amoedo Souto¹⁵, los encargos a medios propios personificados constituyen una de las técnicas de gestión administrativa que más controversia ha generado en nuestro derecho público durante los últimos quince años. Su origen se encuentra en la dialéctica existente entre, de una parte, la interpretación que el TJUE hace de las directivas de contratos y, de otra, las prácticas internas. De manera que, la historia de la autoprovisión administrativa es el reflejo de la tensión europea entre el mantenimiento de la autoorganización interna y, el proceso de liberalización de los servicios, promoción de la competencia y armonización de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos¹⁶.

Es cierto que en la actualidad se ha impuesto una regulación más estricta de los encargos *in house providing* (y de las fórmulas de autoprovisión administrativa en general), tanto a la vista de la regulación comunitaria de la contratación pública (cuarto paquete de directivas de contratos), como de la jurisprudencia del TJUE recaída sobre el tema, y se ha convertido a la Ley de contratos del sector público de 2017 en norma de cabecera del conjunto normativo sobre las formas de gestión directa e indirecta, poniéndose freno al recurso a tales técnicas, por propiciar una huida del Derecho administrativo, o por alterar la libre competencia.

Si bien, cabe poner de relieve también –pese a la mejora regulatoria existente en esta materia–, las deficiencias existentes en la publicación de los encargos a medios propios (Informe anual de la OIReScon de 2020 sobre supervisión de la contratación), así como la necesidad de su planificación; regular de forma expresa la modificación de los mismos; su operativa en situaciones de emergencia; y fortalecer el sistema de control interno entre otros (Informe de 2020 de la IGAE relativo a los resultados de control en materia de contratación pública según el art. 332.11 LCSP al centrarse en tales encargos).

Considero, además, que la Ley de Bases de Régimen Local, concretamente en la gestión directa mediante personificación interpuesta, debe aplicarse coordinadamente con las previsiones de la LCSP sobre los encargos *in house providing*, los cuales se sitúan a caballo entre la potestad de autoorganización que ostentan las Administraciones Públicas y el principio de concurrencia en la adjudicación de los contratos.

Así, de la regulación sustantiva prevista en la LCSP017 (arts. 32 y 33) sobre los encargos a medios propios personificados (que se completa con las previsiones de la LRJSP de 2015), y cuya interpretación debe ser acorde con el derecho europeo, podemos extraer las siguientes consideraciones:

1. El régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados que establece la LCSP017 considera a éstos una **técnica autoorganizativa**, y no un negocio excluido. El propio art. 32.1, párrafo 2.º LCSP017 señala: «El encargo que cumplen dichos requisitos, no tendrán la consideración de contrato».

2. La consideración de medio propio personificado se extiende a «personas jurídicas de Derecho público o Derecho privado» (arts. 32 y 33), y cualquier ente considerado medio propio –por cumplir con los requisitos para ser tal– será, en todo caso, poder adjudicador [al respecto, TRAGSA y TRAGSATEC son considerados poderes adjudicadores (disposición adicional 24.8 LCSP017)], no pudiendo, mediante subterfugios formales, huir de las reglas de la contratación pública, a las que deberá sujetarse en las contrataciones que realice (Acuerdo del TARC de Aragón 104/2015, y Resolución del OARC del País Vasco 13/2015).

3. El **objeto del encargo** debe estar dentro de los fines y funciones del medio propio y debe fijarse en sus estatutos. Puede ser objeto de encargo *in house* todo tipo de contratos, incluidas las concesiones (art. 32.1) y para todos los umbrales.

4. Partiendo del marco comunitario que hemos detallado en páginas precedentes sobre los requisitos materiales para ser medio propio personificado, la LCSP lo ha hecho suyo, añadiendo, si bien algunas otras previsiones que de forma somera pasamos a señalar, no sin antes destacar que se contempla una uniformidad en la exigencia de los requisitos materiales a cumplir para tener la condición de medio propio (arts. 32.2 y 33.2), siendo indiferente que sea o no poder adjudicador el ente encomendante por mor de la modificación operada por el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, del art. 33 de la LCSP:

¹⁴ Pueden verse en este sentido, entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, los trabajos de Rebollo Puig (2003, pp. 359-393); Amoedo Souto (2004; 2108b, pp. 369-410); Gimeno Feliu (2006, pp. 127-151); Sosa Wagner y Fuertes López (2007); González García (2007); Bernal Blay (2008, pp. 115-138); Noguera De La Muela (2010, pp. 149-190; 2018, pp. 665-709); Fuertes López (2008, pp. 95-98); Gimeno Feliu (2018, pp. 24-32); Alemany Garcías (2017); Díez Sastre y Marco Peñas (2019, pp. 75-112).

¹⁵ Amoedo Souto (2018b, pp. 370-372).

¹⁶ Amoedo Souto (2018a, p. 87).

- Se prevé tanto el **control análogo individual** como **conjunto** (art. 32.2 y 32.4, respectivamente). Ahora bien, será *individual* cuando esa única entidad del sector público-poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre los «objetivos estratégicos y decisiones significativas» de la persona jurídica controlada (por ejemplo, sobre la aprobación del Plan de Negocios; decisiones sobre modificaciones estructurales; nombramiento de los miembros del Consejo de Administración), añadiéndose una circunstancia determinante de la existencia de tal control análogo: que los encargos sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que realiza el encargo [art. 32.2.a), párrafo segundo LCSP017].
- Cuando el medio propio personificado lo sea respecto de dos o más poderes adjudicadores, interdependientes entre sí, el control análogo es *conjunto*. Entendiendo que existirá cuando se cumplan las siguientes consideraciones [art. 32.4.a)]:
 - 1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.
 - 2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.
 - 3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

Requisitos que adolecen de falta de desarrollo (Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público IPN/CNMC/010/15), existiendo una indefinición y ausencia de medios efectivos de control para garantizar que el medio propio no persiga intereses contrarios a los de los entes que le hacen el encargo.
- El criterio del **vínculo de destino**: que la parte esencial de la actividad del medio propio se realice con el ente o entes que lo controlan se concreta en un 80 por 100, lo que supone que el medio propio solo podrá realizar hasta un 20 por 100 de sus actividades con operadores privados (art. 32.2.b).
Para el cálculo de este requisito, se tomarán los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo; y se tendrán en cuenta determinados indicadores como el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable. En el caso de que debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o de reorganización del poder adjudicador, estos indicadores no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio. Criterio éste, que se considera excesivamente vago y fácilmente moldeable, tal como ha puesto de manifiesto la CNMC en el informe *supra* citado, y por ello, se completaba con la previsión de un sistema de control anual *ex post*, debiendo quedar su resultado reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del medio propio, y ser verificado *ex post* por el auditor de cuentas (tal como se contenía en la Circular conjunta de 22 de mayo de 2019 de la Abogacía General del Estado – la Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado¹⁷). Pero en la actualidad ha desaparecido de la letra de la LCSP, lo cual resulta criticable al incumplirse con la obligación de transparencia.
- La **titularidad pública de su capital o patrimonio** [art. 32.2.c) LCSP017], es legalmente exigible cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada según dispone la LCSP017 [art. 32.2.c)], con lo que no se incorpora expresamente la posibilidad prevista en la Directiva 2014/24 de que las disposiciones nacionales prevean una participación de capital privado de acuerdo con determinadas condiciones que enuncia el art. 12.1.c).

¹⁷ La Circular recordaba que, a los efectos del cálculo de los requisitos del 80 por ciento, las entidades que sean consideradas medio propio personificado han de informar en la Memoria de cuentas anuales sobre el cumplimiento efectivo de este requisito y el auditor ha de verificarlo en el trabajo de auditoría de las cuentas. Y recuerda que las cuentas anuales elaboradas sobre el ejercicio 2018 serán las primeras en las que existe la obligatoriedad de revelar información en la Memoria respecto al cumplimiento del requisito de actividad y, por ende, las primeras cuentas anuales sobre las que el auditor deberá verificar la misma. El objetivo de la Circular es establecer unas pautas u orientaciones al objeto de cubrir un vacío normativo fruto de la ausencia de un desarrollo reglamentario de la LCSP, en relación a los parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad.

Si bien la redacción del art. 32.2 no impide la participación privada en los consorcios, personas jurídico-públicas, donde no existe accionariado, y la participación de un privado no excluye la consideración de medio propio. Incluso podría extrapolarse a las fundaciones públicas, previstas en el Libro III del Código Civil de Cataluña, donde en su art. 331-1.1 y 331-2.1 prevé que, cuando las fundaciones se constituyen por personas jurídico-públicas, se exige que conjuntamente lo haga con una persona jurídico-privada. Solo así es posible tal constitución.

5. Para el supuesto de **encargos realizados por entidades pertenecientes al sector público no poderes adjudicadores** (art. 33 de la LCSP), hemos de tener presente también la nueva redacción del art. 33.3. Contamos con una norma especial para las «entidades del sector público estatal» (no entidades del sector público «en general», como dice el art. 33.2) que, sin embargo, podrá ser utilizada por las Comunidades autónomas y ciudades autónomas dentro de cada uno de sus respectivos sectores públicos, donde se refiere al régimen aplicable a las operaciones *in house* horizontales. Esto es, se refiere a casos en que una entidad del sector público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que «la entidad que realice el encargo y la que lo reciba, estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad de dicho sector y, además, **la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública**» (la negrita es nuestra). Ya no se dice «siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra, o participe directa o indirectamente en el capital social». Por tanto, las posibilidades se multiplican.

Además, para el cálculo del requisito del 80 por ciento, ya no se contempla que se ha de tener en cuenta el conjunto de todas las actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados, requisito cuyo cumplimiento debía acreditarse a través de su reflejo en la memoria integrante de las cuentas anuales del medio propio, y verificarse *ex post* por el auditor de cuentas en la auditoría de las cuentas anuales del ente.

6. Se impone que la **compensación** se establecerá **por referencia a tarifas**, directamente ajustadas al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo, obligando a ajustar esas tarifas a precios de mercado. Tratándose así de evitar el uso abusivo de los encargos a medios propios, buscando la obtención de un margen de beneficio que podría ser visto como una ayuda de Estado al medio propio¹⁸.

7. No basta con cumplir los requisitos materiales previstos en la LCSP017 para poder ser medio propio, se exige también **acreditar de forma inexcusable la existencia de «medios suficientes e idóneos»** para la realización de las prestaciones encomendadas en el sector de actividad que se corresponde con el objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación (art. 86 LRJSP). Pudiéndose así, con tal previsión, evitar incurrir en situaciones de fraude de la regulación de contratos, ya que tal como ha evidenciado el Tribunal de Cuentas en 2016, se ha recurrido en exceso por parte de los entes instrumentales a la subcontratación.

Para recurrir al medio propio el sector público estatal deberá, además, justificar que resulta más eficiente, sostenible y eficaz –aplicando criterios de rentabilidad económica– que la contratación pública, o que resulta necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio (art. 86.2 LRJSP).

Y todo ello se somete a un doble control. De una parte, un control de carácter previo, de manera que a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el art. 86.2 LRJSP, y deberá ser informada ahora solo en el supuesto de creación de un nuevo medio propio por la Intervención General de la Administración del Estado (art. 86.3 LRJSP tras su modificación por Ley 11/2020, de 30 de diciembre. Y de otra, un control permanente, puesto que la comprobación de la concurrencia de los requisitos más atrás señalados formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos.

Exigencias del art. 86 LRJSP, que por el juego combinado de las Disposiciones finales 4.ª y 1a), devienen básicas y aplicables a todas las Administraciones públicas, a todo el sector público (DF 1.ª y 2.ª LCSP017).

8. Sobre la **subcontratación**, se señala en el art. 32.7 LCSP017, que a los negocios jurídicos que celebren los medios propios en ejecución del encargo recibido, se les aplicarán las reglas siguientes:

- 1.º Se les aplicará la LCSP de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador

¹⁸ Amoedo Souto (2018b, pp. 391-392).

se le aplicará las reglas contenidas para los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (PANAPS) (Título I del Libro III).

2.º Se limita el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros al 50 por 100 de la cuantía del encargo. Pero dicho límite no se aplicará a:

- «a) Los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión de obras o de servicios.
- b) En los supuestos en los que la gestión de los servicios públicos se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a tal fin.
- c) Ni aquellos en que se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública».

Las letras *b)* y *c)*, a nuestro juicio, hacen referencia a una gestión de servicios públicos descentralizada que se debe canalizar a través de un encargo a medio propio, excepto en el concreto aspecto del porcentaje del encargo que el medio propio de que se trate pueda contratar con terceros. Y si así no fuera, estaríamos abriendo la puerta a la huida del derecho de la contratación del sector público en esta materia, ofreciendo a los entes locales una vía para eludir el derecho de la contratación pública mediante el simple expediente de crear un ente interpuesto (por ejemplo, una sociedad mercantil de titularidad pública) al cual asignar la prestación directa de sus servicios.

9. Exigencia de **publicidad**¹⁹ del medio propio personificado en la Plataforma de Contratación, así como también del encargo formalizado en un documento que se recoge en el art. 32.6 LCSP017, y que resulta de gran importancia a efectos de control de la actividad pública, que es complementaria de lo previsto en el art. 8.1.b) Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

Así, el medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

El *encargo* deberá ser objeto de *formalización en un documento* que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del art. 63.6, que se refiere a que la formalización de encargos a medios propios por importe superior a 50.000€ (excluido IVA) se publicará en el «perfil de contratante».

Además, la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000€ se deberá publicar al menos trimestralmente. Y la información que se deberá publicar será, *al menos*: su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio [art. 63.6 párrafo 2.º LCSP]. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

Y para el supuesto de *los órganos de las entidades del sector público estatal que sean poder adjudicador, y el importe del encargo sea superior o igual a doce millones de euros*, se necesitará autorización del Consejo de Ministros, que deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida tal autorización, los órganos competentes deberán proceder a la aprobación del gasto y suscripción del encargo. Pues bien, esta exigencia queda suprimida siempre que el encargo se financie con cargo a los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (art. 55 del Real Decreto-ley 36/2020 para la ejecución del referido Plan).

10. Cabe **recurso especial en materia de contratos** en relación con la formalización de encargos a medios propios cuando éstos no cumplan los requisitos legales [art. 44.2.e) LCSP017], y siempre que el ente encomendante sea un poder adjudicador- Administración pública.

En el caso de que fuese un poder adjudicador no Administración pública, los actos que se dicten en los procedimientos de actuación serán susceptibles de los recursos administrativos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015 (art. 44.6 LCSP017), y también si se trata de encomiendas que no superen los 100.000 euros (contratos de servicios).

A mayor abundamiento, resulta criticable la desaparición de lo previsto en el art. 32.5 por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021, que contemplaba que el incumplimiento sobrevenido de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4 (medio propio de una única entidad o de dos o más poderes

¹⁹ Gimeno Feliu (2018, pp. 50-51); Noguera De La Muela (2016, pp. 937-957; 2022b, pp. 206-208); Araguás Galcerá (2017).

adjudicadores) comportaba la pérdida de la condición de medio propio y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuándole encargos, sin perjuicio de la conclusión de los que estén en fase de ejecución. A nuestro juicio, resulta evidente, de acuerdo con las exigencias del derecho europeo de la contratación pública, que si no se cumplen los requisitos para ser medio propio personificado cuando se realiza el encargo, no cabe tal consideración y, por tanto, tal orden de realización del encargo que podríamos considerar como una adjudicación, deviene contraria a derecho, ilegal y, por consiguiente, su formalización de acuerdo con el art. 44.2.e) es susceptible del recurso especial de materia de contratos. Esto es, una vía de control rápida y eficaz de los encargos a medios propios personificados que en fraude de ley constituyan auténticas adjudicaciones directas de contratos con la consiguiente vulneración del principio de concurrencia y las normas de competencia de la Unión Europea²⁰.

Asimismo, destacar también la posibilidad de dotar de eficacia suspensiva a la interposición del recurso especial en materia de contratos contra ese acto de creación del ente destinatario del encargo que sea ilegal por no cumplir los requisitos para ser medio propio personificado, al hacer equivaler tal acto a una adjudicación ilegal, habida cuenta que solo al acto de adjudicación, la literalidad de la LCSP vincula el efecto suspensivo derivado de la interposición del recurso especial. Produciéndose, en consecuencia, con tal ficción, la suspensión automática de tales encargos a medios propios personificados no acordes a Derecho²¹.

11. Un supuesto especial de encargo a medio propio en el ámbito local, lo constituye, a nuestro juicio, la previsión del art. 85.2 de la LBRL, donde la gestión directa mediante la personificación interpuesta o ente instrumental (ya sea EPEL o sociedad mercantil local) debe ajustarse a aquel régimen, tanto porque no contamos con un precepto como el art. 8.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos de 2011, que desviaba la gestión directa mediante ente instrumental desde la Ley de contratos hacia la concepción organizativa de la LBRL, como a la vista de lo que recoge el art. 32.7 de la LCSP⁰¹⁷ al introducir una excepción a los límites de la subcontratación impuestos por el art. 32 a los medios propios cuando se trata de gestión directa instrumental, añadiendo una especialidad a la disciplina del medio propio en estos supuestos, que son, en suma, casos de medio propio²². De lo contrario, estaríamos abriendo la puerta a los entes locales a que pudiesen eludir la aplicación de la normativa de contratación pública mediante la creación de un ente interpuesto al que asignar la prestación directa de sus servicios, como hemos señalado más atrás.

Además, de acuerdo con diversa normativa local (arts. 85 de la LBRL, 189.2, 211 y 229 del ROAS, y 127.1 del RSCL) el ente gestor directo instrumental del servicio público local no recibe la autoridad oficial ni actúa con autonomía decisoria y financiera, conservando el municipio titular de la competencia, las potestades de dirección y fiscalización, no cumpliéndose con las exigencias perfiladas por el TJUE en su jurisprudencia sobre la transferencia de competencias.

3. LA DELIMITACIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL (CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS)

El recurso al convenio para la gestión conjunta de competencias municipales tiene una serie de límites previstos en la normativa de contratos, y desde la normativa local aparece como la fórmula idónea para la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y la del Estado y de las Comunidades autónomas.

Así, la «cooperación horizontal» es otra de las fórmulas de autoprovisión excepcionada de la aplicación de las directivas de contratación pública, que comporta que el convenio de colaboración quede efectivamente excluido, incluso si su objeto es una prestación propia de un contrato²³.

²⁰ Gimeno Feliu (2021, in totum); Hernáez Salguero (2018, p. 659); Franco-García (2018, p. 14); Ezquerro Huerva (2018, p. 7). La posibilidad del recurso especial en este supuesto de encargo a medios propios ya se había aplicado, invocando el efecto directo de las directivas en su relación con los recursos, en el Acuerdo 75/2015 del TACPA.

²¹ Ezquerro Huerva (2018, p. 7); Franco-García (2018, p. 14).

²² En este sentido, Ezquerro Huerva (2018, in totum); Amoedo Souto y Cutrín Domínguez (2020, pp. 159-160); Noguera de la Muela (2020, p. 255). En contra, Vilalta Reixach (2018a, pp. 277), y algunos pronunciamientos como Resolución del TARC catalán 113/2018, de 20 de junio y la Instrucción relativa a la descentralización funcional y a los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona (Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018).

²³ Así, tal como acertadamente señala Huergo Lora (2017, p. 14), en la Directiva 2014/24/UE «se regula conjuntamente en su art. 12 los encargos a medios propios y los convenios de colaboración y en ninguno de los dos casos exige que su objeto no esté compren-

Paralelo a la figura de los encargos *in house providing* ha corrido la admisión de la cooperación horizontal, produciéndose en ella una flexibilización de los criterios de utilización de los medios propios que incorpora la jurisprudencia Hamburgo. Superándose, por tanto, el enfoque restrictivo, y admitiéndose también lo que el considerando 33 de la Directiva 2014/24 denomina «contratos para la prestación conjunta de servicios públicos²⁴».

El art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (y 17.4 de la Directiva 2014/23/UE) regula la cooperación horizontal, y dispone:

«4. Un **contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:**

- a) *que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*
- b) *que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y*
- c) *que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación».*

Por tanto, a la vista de la jurisprudencia del TJUE, en especial la Sentencia de 13 de enero de 2005 (As. C-84/03, Comisión vs Reino de España), y las Sentencias de 9 de junio de 2009 (As. C-480/06, caso «Hamburgo») y posteriores, que perfilan el concepto de convenio de colaboración, a saber: las de 19 de diciembre de 2012 (As. C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce); 13 de junio de 2013 (As. C-386/11, Piepenbrock); y 21 de diciembre de 2016 (As. C-51/15, Remondis 1), (y no tanto en lo recogido en la Directiva 2014/14/UE), en el art. 6.1 LCSP017, (que complementa al art. 47 de la Ley 40/2015), se regula los convenios, al establecer que «quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) *Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.*
- b) *Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.*
- c) *Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público». Sobre lo aquí previsto nos detendremos más adelante.*

3.1. Requisitos de la cooperación horizontal fijados por la jurisprudencia del TJUE: caso *ISE-Colonia* y caso *Remondis*

Igual que sucede con los encargos a medios propios, es necesario la concurrencia de una serie de requisitos apuntados tanto por el Parlamento europeo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

dido en el de los contratos regulados en ella. Implícitamente se reconoce lo contrario, puesto que si su objeto no estuviera comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva no tendría sentido que en ésta se dispusiera que los encargos o convenios no están sometidos a ella cuando cumplan ciertos requisitos, puesto que no lo estarían en ningún caso».

²⁴ Amoedo Souto (2018a, p. 85); Villar Rojas (2017, pp. 5-18).

para que no se apliquen las normas de contratación, requisitos que podemos agrupar en función de su naturaleza subjetiva, objetiva, así como teleológicos²⁵.

3.1.1. Requisito subjetivo: celebrado exclusivamente por poderes adjudicadores

En el supuesto de la cooperación horizontal, (a diferencia de lo que se venía recogiendo en la primera jurisprudencia del TJUE, en las Directivas, y concretamente en el considerando 46 de la Directiva 2014/23/UE) no se requiere que la composición de las entidades participantes sea exclusivamente pública, cuando expresamente se declara: «*También debe aclararse que los poderes o entidades adjudicadores tales como los organismos de Derecho público que puedan tener una participación de capital privado deben estar en condiciones de hacer uso de la excepción de cooperación horizontal*». Por tanto, lo importante es que **se trate de poderes adjudicadores**, resultando **indiferente que se dé participación de capital privado en los mismos**²⁶, aunque debe quedar acreditado que ese partícipe privado, no obtiene ningún beneficio derivado de esa cooperación, como podría ser obtener mayores dividendos (pensemos, por ejemplo, en sociedades mercantiles de economía mixta con una participación minoritaria privada).

Asimismo, cabe hacer también una matización que, aunque no recogida de forma expresa en la Directiva 2014/24/UE (art. 12.4), sí de alguna manera está prevista en su considerando 33, y en la jurisprudencia previa al caso *ISE-Colonia*. En la sentencia sobre este caso, se señala que ellos de forma clara e inequívoca, establecen que no es suficiente con que en el negocio jurídico participen únicamente poderes adjudicadores, sino que **existe una prohibición de favorecer a una empresa privada respecto de sus competidores**. Por tanto, tal requisito debe ser también aplicado.

En este sentido, en *ISE-Colonia* se resalta como el Land de Berlín cedió gratuitamente y de forma permanente al Ayuntamiento de Colonia, el software «IGNIS Plus» para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos en las actividades de extinción de incendios, salvamento de urgencia y protección civil, y asistencia técnica. Las partes se obligaron, además, a cederse mutuamente y de forma gratuita, los futuros desarrollos del software. Pues bien, el mencionado software lo había adquirido el Land de Berlín de una empresa privada, y los contratos para la adaptación futura del software estaban reservados a esa misma empresa. A la vista de ello, el TJUE considera que no estamos ante una cooperación horizontal legítima, por cuanto ese negocio jurídico entre poderes adjudicadores beneficiaría a una empresa privada.

3.1.2. Requisito objetivo: «misión de servicio público común»

A este respecto se establece que los poderes adjudicadores participantes en la cooperación, desarrollen la misma con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten con miras a **alcanzar los objetivos que tienen en común** [art. 12.4.a) Directiva 2014/24/UE y 17.4.a) Directiva 2014/23/UE]. Este es un aspecto clave, lo decisivo es la voluntad de colaborar en el funcionamiento conjunto de un asunto público, las prestaciones y compensaciones que se asuman por cada una de las partes intervinientes quedan en un segundo plano.

Es esencial, por tanto, identificar la «**misión de servicio público común a las mismas**» (STJUE de 9 de junio de 2009, caso Hamburgo) (los poderes adjudicadores que cooperan, deben definir «en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse» y tener «estrategia común para los socios de dicha cooperación», *Remondis 2*), y el TJUE así lo ha declarado, identificando como tal a la eliminación de residuos, la gestión de redes y los servicios de teledistribución locales (SSTJUE de 13 de noviembre de 2008 y de 9 de junio de 2009²⁷). La actividad a desarrollar «puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regiona-

²⁵ A este respecto, Bernal Blay (2011, pp. 367-374); Santiago Iglesias (2018b, pp. 107-109; 2018a, pp. 639-642); Fernández Acevedo (2018, pp. 294-306); Vilalta Reixach (2018b, pp. 325-368); Navarro Manich (2022, pp. 119-130).

²⁶ Villar Rojas (2017, pp. 9 y 13); Santiago Iglesias (2018b, p. 107).

²⁷ Villar Rojas (2017, p. 10), donde señala que hay muchas más, resultando patente en un Estado descentralizado y se refiere expresamente a «las competencias en materia de recogida, traslado, tratamiento y valorización de residuos, de la concurrencia entre los distintos transportes públicos regulares de viajeros o de la estructura de red de suministro de agua desde su producción en alta pasando por su transporte, hasta el abastecimiento domiciliario de agua potable, por mencionar clásicos servicios públicos en los que la intervención local es patente».

les o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes **no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios**» (considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE). Así, en iguales términos se recoge en la Directiva 2014/23/UE en cuyo considerando 47 se dice que, «mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales». Luego hay que definir cuál es la contribución que realizará cada poder adjudicador, pero no es necesario contribuir exactamente igual.

Sobre ello, se pronunció nuevamente el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 28 de mayo de 2020 (As. C-796/18, ISE-Colonia) en la que se planteaba la cuestión del ámbito de la cooperación horizontal, donde considera que el mencionado art. 12.4 debe interpretarse en el sentido de que «una cooperación entre poderes adjudicadores puede quedar excluida del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública previstas en la Directiva 2014/24/UE cuando tal cooperación recaiga sobre actividades de apoyo a los servicios públicos que han de prestar, incluso de forma individual, cada uno de los socios de esta cooperación, siempre y cuando tales actividades de apoyo contribuyan a la realización efectiva de los referidos servicios públicos» (párrafo 62). Autorizando, además, el referido precepto indistintamente a los poderes adjudicadores participantes a realizar bien sea conjuntamente o bien individualmente cada uno de ellos, una misión de servicio público, siempre que su cooperación permita alcanzar los objetivos que tienen en común (párrafo 58).

Posteriormente, en la Sentencia de 4 de junio de 2020, As. C-429/19, caso *Remondis 2*, el TJUE da un paso más en este camino de la distinción entre el concepto de «cooperación» y un contrato público ordinario, al afirmar que en la cooperación horizontal, «la preparación de un acuerdo de cooperación presupone que las entidades del sector público que se proponen celebrar tal acuerdo **definan en común** sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse. En cambio, tal fase de evaluación y de definición de las necesidades es, por regla general, **unilateral** en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario. En este último supuesto, el poder adjudicador se limita, en efecto, a convocar una licitación en la que se mencionan las especificaciones que él mismo ha adoptado» (párrafo 33). Así, «la existencia de una cooperación (...) se basa en una estrategia común para los socios de dicha cooperación, y requiere que los poderes adjudicadores unan sus esfuerzos para prestar servicios públicos» (párrafo 34).

Además, el TJUE añade que «la participación conjunta de todas las partes del acuerdo de cooperación es indispensable para garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan y que este requisito no puede considerarse cumplido cuando la única contribución de algunos cocontratantes se limita a un simple reembolso de gastos (...)» (párrafo 29). Si así fuera, no podría establecerse «ninguna diferenciación entre la “cooperación” y un “contrato público” que no esté cubierto por la exclusión prevista en el art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (párrafo 30)».

3.1.3. **Requisitos teleológicos: objetivo de interés público. Actividad de mercado marginal**

Desde el punto de vista teleológico, se viene exigiendo por jurisprudencia reiterada del TJUE (SSTJUE de 8 de junio de 2005, caso *Hamburgo*; de 13 de junio de 2013, caso *Piepenbrock*; de 19 de diciembre de 2012, caso *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*; de 21 de diciembre de 2016, caso *Remondis 1*; y ya recientemente la STJUE de 28 de mayo de 2020, As. C-796/18 caso *ISE-Colonia*; y STJUE de 4 de junio de 2020, As. C-429/19, caso *Remondis 2* que la cooperación «**se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público**» [arts. 12.4.b) de la Directiva 2014/24/UE y 17.4.b) de la Directiva 2014/23/UE]. Exigencia, que enlaza con lo anteriormente apuntado sobre esa voluntad de cooperar en el funcionamiento de un asunto público del que son responsables los participantes y en el que confluyen con unos objetivos en común. Ese objetivo de interés público debe, además, guiar a todos y cada uno de los poderes adjudicadores participantes en la cooperación.

Asimismo, para que la cooperación interadministrativa horizontal pueda quedar excluida del ámbito de aplicación de las directivas de contratos debe proyectarse sobre actuaciones «fuera de mercado», esto es, **que su objetivo principal no puede ser de naturaleza mercantil**²⁸. Y, efectivamente, pasa a tener tal consideración, quedando, por tanto, sujeto a las normas de contratación pública, cuando se da una condición

²⁸ Bernal Blay (2011, pp. 370-371), destacaba la importancia de no confundir «fuera de mercado» con otro concepto de alcance distinto, como es el de ausencia de «vocación de mercado». Y afirma que «podría decirse que una actuación tiene “vocación de mercado” cuando la prestación en que consiste está disponible en el mercado, ofertada por operaciones privadas que compiten en el mismo

complementaria prevista en las directivas de contratos [art. 12.4.c) de la Directiva 2014/24/UE, y 17.4.c) de la Directiva 2014/23/UE, a *sensu contrario*]: que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto más del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.

Sobre el cálculo de la regla del 20 % se emplean iguales parámetros que para los encargos *in house*. Se tendrá en cuenta el volumen de negocio total u otro indicador alternativo (como los gastos soportados por el ente público en relación con los servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato) de cada poder adjudicador relacionado con la actividad de que se trate. Por tanto, la actividad de mercado debe ser marginal, y la cooperación horizontal carecer de vocación de mercado.

Finalmente, otra cuestión a considerar en relación con el criterio de interés público que debe guiar la cooperación, es si caben transferencias financieras entre las partes, que el TJUE ha admitido cuando puedan constituir la compensación o reembolso de los gastos generados por las tareas asumidas²⁹, y que el considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE parece admitir, al afirmar: «la cooperación debe estar basada en un *concepto cooperador*. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas “todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes”, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público».

3.2. Los convenios de cooperación horizontal en el ordenamiento jurídico español: los arts. 47 LRJSP y 6.1 LCSP017

La celebración de convenios entre entidades del sector público, es una manifestación de la capacidad para realizar acuerdos como resultado de la cooperación intersubjetiva, cuyo ejercicio la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 47 a 53) ha sometido a una serie de reglas con el propósito de llenar de contenido ciertas lagunas detectadas (Dictamen Tribunal de Cuentas n.º 878, 30 de noviembre 2010).

Resulta de interés en esta ocasión, la referencia contenida en el art. 47.1 LRJSP *in fine* cuando dispone «los convenios **no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos** (la negrita es nuestra). En tal caso, su naturaleza y régimen se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público», que enlaza con el *objeto* de la relación convencional entre entes del sector público recogido en el art. 6.1 de la LCSP017.

Disponiéndose expresamente en el art. 6.1, la exclusión de la LCSP017 de aquellos convenios cuyo «*contenido* no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales», y además concurren tres condiciones: a) que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 % de las actividades objeto de colaboración (cuyo cálculo se detalla en el mismo precepto); b) que el convenio desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; y c) que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

De la lectura del mencionado precepto, se deduce que el legislador español ha optado por la interpretación más restrictiva de las posibles a la luz de las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, al emplear el criterio del objeto del negocio jurídico para determinar su inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa de contratos del sector público. Limitación a la posibilidad de celebrar convenios de colaboración entre entes públicos por razón del objeto contenida en la LCSP017, que salvo en la STJUE de 13 de enero de 2005 (As. C-84/03 Comisión vs Reino de España) no se recoge en ningún otro pronunciamiento del TJUE (caso Hamburgo, caso Azienda Sanitaria Locale di Lecce, caso Piepenbrock, caso ISE-Colonia, caso Remondis 1 y Remondis 2) ni en las Directivas de contratación (Directiva 2104/24/UE y Directiva 2014/23/UE), de cuya letra no se deduce que queden excluidos de su aplicación los convenios cuyo contenido coincide con los contratos del sector público, pero a los que sí se les exige cumplan con los requisitos del art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (art. 17.4 de la Directiva 2014/23/UE) en aras de que se produzca una verdadera

al perseguir objetivos comerciales iguales o parecidos y utilizando los mismos instrumentos. La cooperación exenta de la aplicación de las normas de contratación no debe incluir este tipo de actuaciones».

²⁹ Sobre ello, Huergo Lora (2020) considera que a la vista de la letra del considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE, donde recoge un concepto amplio de cooperación horizontal, «parece deducirse que es admisible un convenio en el que una de las partes realice una prestación, y la otra realice una transferencia financiera (...); Quintana López (2018, p. 1706).

cooperación y a los que ya nos hemos referido. Diría más, en ningún caso, ni para los encargos a medios propios ni para los convenios de colaboración el art. 12 exige que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva 2014/24/UE³⁰.

Luego, la cooperación horizontal prevista en el Derecho comunitario, no ha sido transpuesta efectivamente a nuestro ordenamiento jurídico a la vista de la letra del art. 6.1 LCSP017.

Ante ello hay quien aboga por interpretar el art. 6.1 con arreglo a la Directiva 2014/24, y aplicarla en sus términos, de manera que se pueda excluir la aplicación de la normativa de contratación pública a convenios que tengan por objeto prestaciones contractuales reguladas en la LCSP³¹. Y otros, entienden que habría que modificar el art. 6.1 para adaptarlo a la letra de la Directiva 2014/2, aunque debería admitirse la cooperación horizontal cuyo objeto sea el propio de un contrato público, puesto que, en caso contrario, ningún sentido tendría que las directivas de contratación se ocupasen de ella³².

En suma, parece ser que, para la determinación de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico será necesario atender a la *causa* del mismo, haciendo especial hincapié en la relevancia del cumplimiento de una «misión de servicio público común a las partes», en expresión del TJUE, debiéndose, al formalizar el convenio, concretar expresamente los objetivos de interés público compartidos que se persiguen con su suscripción, según se desprende del art. 50.1 LRJSP que prevé que «será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad³³.

4. LA GESTIÓN DIRECTA ASOCIATIVA: CASO AYUNTAMIENTO DE COLLBATÓ-CONGIAC-GIACSA (SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA NÚM. 3661/2020, DE 21 DE SEPTIEMBRE)

Con esta fórmula se está aludiendo a la atribución de la prestación de servicios públicos locales a entes asociativos, ya sea en forma privada (sociedades participadas íntegramente por varios entes locales) o pública (mancomunidades o consorcios), de manera que se ven implicados varios entes territoriales competentes y, por ello, ámbitos territoriales diversos. Llegándose incluso a la denominada «gestión directa asociativa mediante contratación *in house*», tal y como se ha hecho referencia en la importante Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5.ª) núm. 3661/2020, de 21 de septiembre³⁴, que ha devenido firme al inadmitirse por el Tribunal Supremo, sendos recursos de casación interpuestos contra ella mediante Providencia de 7 de octubre de 2021.

Es éste uno de los más relevantes pronunciamientos en materia de cooperación horizontal dictados en nuestro país³⁵ donde este modo de gestión directa asociativa se articula en dos fases sucesivas: la de coo-

³⁰ Huelgo Lora (2017, p. 14), considera que cuando el convenio cumple los requisitos recogidos en el art. 12.4, los poderes adjudicadores podrán celebrarlo (orillando así la legislación de contratos, que les obligaría a licitar un contrato abierto a la participación de terceros), aunque su objeto esté comprendido en el de los contratos regulados por la Directiva (es decir, los contratos típicos). Esto, aunque no lo dice la Sentencia, resulta evidente si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a la propia razón de ser de la norma. Si el objeto de un convenio no se corresponde con el de ningún contrato sujeto a la Directiva, ésta no se aplica, sencillamente, y por lo tanto, el convenio se puede celebrar sin que se le pueda poner cortapisa alguna (por ejemplo, la del 20%). Si el TJ ha tenido que pronunciarse (con el resultado de crear esta figura ahora recogida en la Directiva) es porque los convenios en cuestión tenían el mismo objeto que contratos sujetos a la Directiva, lo que planteaba la duda de si eran válidos o si, por el contrario, no podían celebrarse porque con ello se eludía la aplicación de los procedimientos de licitación de la Directiva. Por lo tanto, es «de esencia» a la figura del convenio recogida en la Directiva y ahora también en el art. 6 del Proyecto de Ley, que su objeto pueda corresponderse con el de algún contrato regulado en la Directiva y en la Ley española que la transpone. De hecho, el contrato que dio lugar a la Sentencia de 9 de junio de 2009 recogía una cooperación horizontal relativamente compleja entre Administraciones locales de distinto ámbito en el sector de la gestión de residuos, pero de la que puede afirmarse que, si no hubieran podido celebrar el convenio, todas o algunas de esas Administraciones habrían tenido que licitar contratos sujetos a la Directiva para solucionar el problema de gestión de residuos». En el mismo sentido, Vilalta Reixach (2016, p. 109); Quintana López (2018, p. 1712); Santiago Iglesias (2018a, pp. 656-657).

³¹ Villar Rojas (2017, pp. 9-13).

³² Huelgo Lora (2020, in totum).

³³ Gimeno Feliu (2020b, p. 34); Santiago Iglesias (2018b, p. 111); Quintana López (2018, p. 1712); Amoedo Souto (2018a, pp. 114-115), donde afirma que «*lo decisivo para distinguir el convenio del contrato es no por el objeto –tarea ardua, sino imposible en muchos casos–, sino por su causa no onerosa...*»; Villar Rojas (2017, p. 9); Huelgo Lora (2017, p. 18).

³⁴ A ello se han referido Arimany Lamoglia (2022, p. 112); Noguera de la Muela (2022a, pp. 56-59); Navarro Manich (2022, pp. 139-143); Grau i Arnau (2022, pp. 185-193). Con anterioridad a la Sentencia citada supra resulta de interés el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya n.º 29/2020, de 30 de enero (caso Calaf-Aigués de Manresa, SA).

³⁵ En relación con este sistema CONGIAC-GIACSA, se ha dictado también la Sentencia núm. 1774/2021, de 22 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5.ª). Asimismo, resulta de interés, la Sentencia 114/2020, de 4 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección 1.ª).

peración horizontal, a través de la incorporación del Ayuntamiento de Collbató a un consorcio, Consorci per a la Gestió Integral de l'Aigua de Catalunya (CONGIAC³⁶), y la de cooperación vertical, mediante la gestión del servicio por un medio propio del CONGIAC, que es la sociedad anónima de capital público, Gestió Integral d'Aigües de Catalunya, SA (GIACSA), que no contaba con medios suficientes para la ejecución del encargo, recurriendo a la subcontratación sistemática.

Así, el CONGIAC promovía que los ayuntamientos catalanes se adhiriesen al consorcio y, además, encargasen a GIACSA la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua sin licitación pública y, por tanto, de forma directa. Así operó el Ayuntamiento de Collbató.

Ante la falta de medios personales y materiales por parte de GIACSA para llevar a cabo la gestión del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Collbató, se encargó la gestión de este servicio a uno de sus accionistas: Aigües de Vilafranca, SA. Ahora bien, el Ayuntamiento de Collbató no tenía relación ninguna con Aigües de Vilafranca, SA.

A la vista de lo antedicho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó que no se trataba de un supuesto de cooperación horizontal genuina. Para ello, parte de un dato fundamental, que evidencia que el CONGIAC estaba formado por una tipología distinta de entes consorciados. De una parte, los municipios que tienen más de 20.000 habitantes (Manresa, Mataró, Vilafranca del Penedès, Reus y Prat del Llobregat), que no gestionaban sus respectivos servicios de abastecimiento de agua mediante el CONGIAC y GIACSA, sino a través de sus propias sociedades municipales (a su vez, miembros del CONGIAC y accionistas de GIACSA). Y, de otra, municipios (entre los que estaba Collbató), de menos de 20.000 habitantes, que acuden al sistema CONGIAC-GIACSA para la gestión de sus servicios municipales de abastecimiento.

Luego, tal como señala el Tribunal, los fines perseguidos por los dos grupos de entidades locales no son los mismos. Por ello, «los municipios de más población, con sociedades de aguas propias, carecen de interés alguno en la prestación de este servicio; el único interés que se puede identificar en este caso, sería el de mercado, o participación en la gestión del ciclo integral del agua de los municipios menores por medio de sus sociedades municipales, siquiera sea indirectamente a través de la empresa GIACSA, de la que son accionistas».

Por esta razón, el Tribunal concluye en la Sentencia que, todos los participantes en la cooperación no están persiguiendo un fin común. Y considera que la fórmula asociativa utilizada en el caso, no concuerda con la definida en el art. 269 de la Ley Municipal y Régimen Local de Cataluña, y arts. 312 y ss. del ROAS como instrumento de cooperación horizontal interadministrativa, puesto que no se constituye para la gestión en común de los servicios de suministro de agua de todos los consorciados sino únicamente de una parte de ellos (los ayuntamientos «menores» sin sociedad propia) que son prestados por una empresa mercantil pública (GIACSA), donde las sociedades mercantiles de los municipios «mayores» consorciados son mayoritarias en su accionariado.

Por tanto, no hay una cooperación horizontal en los términos establecidos legalmente, pues no hay gestión compartida de los servicios de los consorciados, sino que hay un convenio entre municipios con sociedades prestadoras del servicio y municipios receptores que se instrumentaliza por medio de la sociedad GIACSA, como adjudicataria directa de los servicios que, a su vez, instrumentaliza su prestación a través de las propias empresas que componen su accionariado a quienes subcontrata o encomienda los servicios.

En este sentido, ésta no es la fórmula de gestión compartida por medio de consorcios a que se refiere el art. 26.2 de la LBRL para municipios de menos de 20.000 habitantes. Ello no implica negar que la fórmula utilizada pudiera tener encaje en el precepto, dado su carácter abierto, pero es indudable que lo que no puede justificar es la excepción a la licitación derivada de la utilización de un medio propio instrumental de esta entidad asociativa, que realmente no tiene esa naturaleza.

En definitiva, no hay misión de servicio público común, ya que el sistema de gestión directa asociativa CONGIAC-GIACSA no es una cooperación para gestionar conjuntamente los servicios de todos los municipios, y al no concurrir los requisitos de la cooperación horizontal, se quiebra el principio de competencia. Resultando además, destacable, que GIACSA y sociedades municipales participantes en su accionariado

³⁶ Este Consorcio fue promovido por los ayuntamientos de Manresa, Mataró, Vilafranca del Penedès, Reus y el Prat de Llobregat, y las respectivas sociedades públicas municipales de esos ayuntamientos para la gestión del servicio de abastecimiento de agua (Aigües de Manresa, SA, Aigües de Mataró, SA, Aigües de Vilafranca, SA, Aigües de Reus, SA, y Aigües del Prat de Llobregat, SA). Todos ellos son miembros del CONGIAC, que constituyó una sociedad mercantil para que fuese su medio propio: Gestió Integral d'Aigües de Catalunya, SA (GIACSA). La titularidad del capital social de GIACSA se distribuye entre el CONGIAC (41,529 por 100 de las acciones), y las mencionadas sociedades municipales (11,694 por 100 de las acciones, cada una de ellas).

tienen vocación de mercado, y existía una voluntad de expandir el sistema CONGIAC-GIACSA, y así el ámbito de actividad de las sociedades municipales sin tener que competir.

Así, el tribunal concluye que el acuerdo impugnado es contrario a Derecho y afecta al principio de libre competencia, al adoptar un sistema de gestión directa asociativa que no cumple los requisitos para la utilización de medios propios.

La gestión asociativa quiebra desde el momento en que CONGIAC no satisface ninguna necesidad de gestión del servicio a los ayuntamientos de mayor dimensión, que cuentan con sus propias empresas municipales de aguas. Por tanto, no es una fórmula de gestión compartida a través de consorcios a la que se refiere el art. 26.2 de la LBRL, sino que se presenta como un servicio que se presta de forma mancomunada por los municipios de mayor dimensión a los «menores» (que tienen menos de 20.000 habitantes).

En cuanto a la cooperación vertical a través de la sociedad GIACSA, medio propio de CONGIAC, el Tribunal analiza si GIACSA pudiera tener tal condición de medio propio respecto del Ayuntamiento de Collbató. Y descarta tal posibilidad, puesto que éste no tiene participación alguna en el accionariado de GIACSA, de manera que el control análogo debía tenerlo por medio del Consorcio del que forma parte, y pese a las últimas matizaciones del TJUE en el caso *Porin* en relación al control análogo conjunto, más atrás señaladas, tampoco cumple el mismo por cuanto no ejerce una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre el medio propio; esto es, GIACSA, que, por otra parte, no cuenta con medios suficientes para la ejecución del encargo y que recurre a la subcontratación sistemática, tal como hemos indicado más atrás, y realiza lo esencial de su actividad solo con algunos de los entes territoriales consorciados, los de menor dimensión.

Además, se aprecia la vocación de mercado tanto en la onerosidad de la relación, como también en el carácter abierto de CONGIAC en el ámbito geográfico y material. En este caso, GIACSA se presenta con vocación de mercado, y no cumple los requisitos de control análogo y actividad necesarios para ser considerada medio propio del Ayuntamiento de Collbató, tal como se establece en el art. 24.6 TRLCSP.

La transferencia de competencias entre autoridades públicas está excluida de la Directiva de contratos, siempre y cuando esa transferencia voluntaria de competencias tenga su origen en la Ley, como se dijo en el caso *Porin Linjat*, pero en este caso, no se ajusta a los requisitos exigidos en el art. 26.2 LBRL, ni a los del art. 269 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, de 28 de abril de 2003 (TRLMLRC) en cuanto a la naturaleza asociativa de los consorcios.

En suma, hemos visto distintas técnicas de autoprovisión administrativa, comportan una restricción del mercado de la contratación pública en el ámbito de los servicios públicos locales que únicamente puede darse en el marco de una adecuada aplicación del derecho rector de la contratación pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alemany Garcías, J. (2017). *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*. Atelier.
- Amoedo Souto, C. A. (2004). *TRAGSA: medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*. Atelier.
- Amoedo Souto, C. A. (2018a). En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (205), 81-129. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.03>
- Amoedo Souto, C. A. (2018b). Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo? En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 369-410). Aranzadi Thomson Reuters.
- Amoedo Souto, C. A. y Cutrín Domínguez, M. (2019). El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de los servicios públicos locales a través de medios propios. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (210), 393-432. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14>
- Araguàs Galcerà, I. (2017). Los límites al acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en la legislación autonómica de transparencia. En VV.AA., *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 21-36). INAP.
- Arimany Lamoglia, E. (2005). Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto c-458/03, Parking Brixen GmbH). *Cuadernos de derecho local (QDL)*, (9), 48-64. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/235/qdl09_07_est04_arimany.pdf?sequence=3&isAllowed=y

- Arimany Lamoglia, E. (2020). Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (213), 141-178. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.07>
- Arimany Lamoglia, E. (2022). Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias. En B. Noguera de la Muela, E. Arimany Lamoglia, S. Grau; J. A. Navarro (auts.), *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 69-112). Marcial Pons.
- Bernal Blay, M. A. (2011). La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos. En J. M. Gimeno Feliu (coord.), *La organización local: nuevos modelos* (pp. 361-376). Thomson Civitas.
- Bernal Blay, M. A. (2008). Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones «in house». Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, (137), 115-138.
- Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E. (2019). La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria. *Revista CEFLegal*, (223-224), 75-112.
- Esteve Pardo, J. (2015). La Administración garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (197), 11-39. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.197.01>
- Ezquerria Huerva, A. (2018, 30 de septiembre). La gestión directa de los servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/opiniones/la-gestion-directa-de-servicios-locales-mediante-personificacion-interpuesta-una-potestad>
- Fernández Acevedo, R. (2018). Negocios y contratos excluidos. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* (pp. 281-323). Aranzadi Thomson Reuters.
- Franco-García, M. A. (2018). Propósitos y despropósitos sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios instrumentales en la Ley de contratos del sector público. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* (Sección Reflexiones), (154), 6-18.
- Fuertes López, M. (2008). Tragsa es de casa (Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007). *Noticias de la Unión Europea*, (287), 95-98.
- Gallego Córcoles, I. (2014). Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. En M. Almeida e I. Martín (coords.), *La nueva contratación pública. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (pp. 111-136). Campus na nube. https://obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_La-nueva-contratacion-publica_e813ae7b.pdf
- Gallego Córcoles, I. (2021). Transferencia de competencias y fórmulas de cooperación horizontal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del año 2020. En J. M. Gimeno Feliu (dir.) y C. Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020* (pp. 449-476). Aranzadi Thomson Reuters.
- Gimeno Feliu, J. M. (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma* (pp. 127-151). Civitas.
- Gimeno Feliu, J. M. (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente. En VV.AA, *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 47-132). Aranzadi Thomson Reuters.
- Gimeno Feliu, J. M. (2020a). La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía Industrial (EI)* (ejemplar dedicado a la contratación pública), (415), 89-97. <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/GIMENO%20FELIU.pdf>
- Gimeno Feliu, J. M. (2020b). Las fronteras del contrato público. Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, (205), 19-60.
- Gimeno Feliu, J. M. (2021, 4 de enero). *Novedades en materia de contratos del sector público*. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://obcp.es/noticias/novedades-en-materia-de-contratos-del-sector-publico>
- González García, J. (2007). Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (173), 217-237. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-173-mayoagosto-2007/medios-propios-de-la-administracion-colaboracion-interadministrativa-y-sometimiento-la-normativa-2>
- Grau i Arnau, S. (2022). Decisiones de las Administraciones públicas relativas a la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de política de competencia. En B. Noguera de la Muela, E. Arimany Lamoglia, S. Grau; J. A. Navarro (auts.), *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 147-205). Marcial Pons.
- Hernández Salguero, E. (2018). El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 639-666). Aranzadi Thomson Reuters.
- Hernández González, F. L. (2020, 25 de junio). Comentario de la STJUE 18/06/2020, Porin Kaupunki C-328/19: Convenio de colaboración (Transferencia de competencias) para la prestación de servicios de transporte y posterior adjudicación del servicio a una «entidad vinculada» (adjudicación in house). *Observatorio de*

- Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/index.php/opiniones/comentario-de-la-stjue-18062020-porin-kaupunki-c-32819-eclieuc2020483-convenio-de>
- Huergo Lora, A. (2017). Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos. *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época (REALA)*, (8), 5-26. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10457>
- Huergo Lora, A. (2020, 12 de junio). La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-cooperacion-horizontal-mediante-convenios-despues-de-las-sentencias-ise-y-remondis-2>
- Navarro Manich, J. A. (2022). La cooperación horizontal entre poderes adjudicadores como negocio excluido de la Ley de contratos del sector público. En B. Noguera de la Muela, E. Arimany Lamoglia, S. Grau; J. A. Navarro (auts.), *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 113-146). Marcial Pons.
- Montoya Martín, E. (2009). *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales* (Serie Claves del Gobierno Local, 9). Fundación Democracia y Gobierno Local. <https://www.gobiernolocal.org/los-medios-propios-o-servicios-tecnicos-en-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-su-incidencia-en-la-gestion-de-los-servicios-publicos-locales/>
- Noguera de la Muela, B. (2010). Los encargos «in house» en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (182), 159-190. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-182-mayoagosto-2010/los-encargos-house-en-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-lcsp-especial-referencia-los-mismos-en-3>
- Noguera de la Muela, B. (2016). La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español. En M. Rebollo Puig, M. López Benítez, y E. Carbonell Porras (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Prof. Luis Cosculluela* (pp. 937-958). Iustel.
- Noguera de la Muela, B. (2018). Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dir.), *Tratado de Contratos del sector público* (pp. 665-709). Tirant lo Blanch.
- Noguera de la Muela, B. (2020). Fórmulas cooperativas de gestión conjunta de los servicios públicos excluidas de la Ley de contratos del sector público: los encargos a medios propios personificados y los convenios interadministrativos. En J. M. Gimeno Feliu, (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019* (pp. 225-258). Aranzadi Thomson Reuters.
- Noguera de la Muela, B. (2022a). *Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa, en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública. La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 21-67). Marcial Pons.
- Noguera de la Muela, B. (2022b). Por una contratación pública transparente y abierta en el marco de los Fondos Next Generation (NG EU): Algunas manifestaciones. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2021* (pp. 183-227). Thomson Reuters Aranzadi.
- Pernas García, J. (2008). *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Iustel.
- Quintana López, T. (2018). Sobre los límites objetivos a los convenios de colaboración entre entes del sector público. En especial en la Ley de Contratos del Sector Público. En M. Vaquer Caballería, A. M. Moreno Molina, A. Descalzo González y L. J. Parejo Alfonso (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (pp. 1697-1715). Tirant lo Blanch.
- Razquín Lizárraga, J. A. (2009). Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal. *Revista Jurídica de Navarra*, (47), 39-86. https://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_47_I_2.pdf
- Rebollo Puig, M. (2003). Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (161), 359-393. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-161-mayoagosto-2003/los-entes-institucionales-de-la-junta-de-andalucia-y-su-utilizacion-como-medio-propio-2>
- Santiago Iglesias, D. (2018a). Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de contratos del sector público* (pp. 618-664). Tirant lo Blanch.
- Santiago Iglesias, D. (2018b). Fórmulas para la gestión conjunta de los servicios públicos locales. En L. Mellado Ruiz y A. Fornieles Gil (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local* (pp. 87-132). Tirant lo Blanch.
- Sosa Wagner, F. (2003). El empleo de «los recursos propios» por las administraciones locales. En L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (pp. 1309-1342). Civitas.
- Sosa Wagner, F. (2020, 26 de junio). El «in house» que no cesa. *esPublicoBlog*. <https://www.administracionpublica.com/el-in-house-que-no-cesa/>
- Sosa Wagner, F. y Fuertes López, M. (2007). ¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house). *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (3), 1669-1680.

- Vilalta Reixach, M. (2016). Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (15), 83-114. <https://doi.org/10.18601/21452946n15.06>
- Vilalta Reixach, M. (2018a). De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas. *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, (56), 261-294. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/1237>
- Vilalta Reixach, M. (2018b). Los convenios interadministrativos a la luz de la nueva Ley de contratos del sector público. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 325-367). Aranzadi Thomson Reuters.
- Villar Rojas, F. (2017). Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales. *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época (REALA)*, (7), 5-18. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10420>



Referencia: Magaldi, N. (2022). Lengua y derechos lingüísticos en Arán: régimen jurídico de la oficialidad del aranés. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 56-76. <https://doi.org/10.24965/reala.11111>

Lengua y derechos lingüísticos en Arán: régimen jurídico de la oficialidad del aranés¹

Language and linguistic rights in Aran: legal regime of the official status of the Aranese language

Magaldi, Nuria

Universidad de Córdoba (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2329-8965>

nmagaldi@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Sus principales líneas de investigación son los servicios públicos locales y los procesos de municipalización de servicios, los derechos lingüísticos, especialmente en el ámbito de las relaciones privadas, y la garantía del Estado de Derecho y la independencia judicial en la Unión Europea.

RESUMEN

El presente estudio analiza de forma sistemática y detallada el régimen jurídico de la oficialidad del aranés en Arán y en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Para ello, expone, en primer lugar, cuál ha sido la evolución normativa hasta llegar a la declaración de oficialidad en el Estatuto Autónomo de Cataluña de 2006. Seguidamente, se estudia cómo se ha desarrollado este mandato estatutario de oficialidad del aranés, tanto en el ámbito territorial de Arán como en el resto del territorio de Cataluña. Finalmente, se analiza también la regulación establecida en relación con el uso preferente del aranés en el ámbito institucional y público y su encaje en el modelo lingüístico constitucional.

PALABRAS CLAVE

Aranés; lengua oficial; lengua de uso preferente; derechos lingüísticos; obligaciones lingüísticas; deber de disponibilidad lingüística.

ABSTRACT

This work deals with the legal framework of the official status of Aranese language within the territory of Aran and in the rest of Catalonia. For that purpose, the author explains, firstly, which has been the path followed until the full recognition of the said language as an official language, which took place with the adoption of the Statute of Autonomy of Catalonia in 2006. Secondly, the author analyses how the ordinary Catalan legislator has developed the statutory provisions regarding the official status of the Aranese language. In that regard, it has made a clear distinction between the effects of such declaration in the territory of Aran and in the rest of Catalonia, but outside Aran. Finally, the paper also deals with the preferential use of Aranese language, established in the Catalan Law on Aranese language, and questions its conformity with the Spanish Constitution.

KEYWORDS

Aranese language; official language; language of preferential use; linguistic rights; language obligations; language availability obligation.

¹ Proyecto de investigación "Seguridad pública, actividad administrativa de limitación y derecho sancionador", PGC2018-093760-B-00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA OFICIALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 3. LA OFICIALIDAD DEL ARANÉS. 3.1. DEL ARANÉS COMO «HABLA» AL PLENO RECONOCIMIENTO DE SU OFICIALIDAD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 2006. 3.1.1. El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 y su desarrollo legislativo. 3.1.2. La declaración de oficialidad en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. 3.2. EL DESARROLLO ESTADÍSTICO DE LA OFICIALIDAD DEL ARANÉS. 3.2.1. La plena oficialidad del aranés en Aragón. 3.2.2. La oficialidad limitada del aranés en Cataluña. 4. EL ARANÉS COMO LENGUA PROPIA DE USO NORMAL Y PREFERENTE. 5. CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que más literatura científica ha producido en las (ya más de) cuatro décadas que han transcurrido desde la promulgación de la Constitución española ha sido, probablemente, la regulación que nuestro ordenamiento jurídico hace de la materia lingüística. Este dato no puede extrañar, dada la realidad plurilingüe de nuestro país. La plasmación, en la Constitución y en los correspondientes Estatutos de Autonomía (así como en la normativa de desarrollo de una y otros) de esta realidad plurilingüe genera, como no puede ser de otro modo en el ámbito del derecho, dudas interpretativas, contradicciones normativas o vacíos que hay colmar. A ello hay que sumar, además, que en el debate jurídico en torno a las cuestiones lingüísticas se ocultan, con excesiva frecuencia, los programas políticos e identitarios de quienes siguen sosteniendo la idea romántica e iliberal que identifica nación y lengua.

La producción científica en materia lingüística fue, como es lógico, especialmente abundante –pero no solo²– durante los primeros años de desarrollo del Estado autonómico³ y, aunque nunca decayó completamente, vivió un resurgir importantísimo, en relación con la lengua catalana, coincidiendo con el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, primero, y con el proceso secesionista catalán, después⁴.

La doctrina, sin embargo, no ha abordado por igual todas las cuestiones lingüísticas que se plantean en nuestro ordenamiento jurídico. Son mayoría, desde un primer momento, los trabajos centrados, en sentido amplio, en el régimen de la doble oficialidad existente en aquellas Comunidades Autónomas con una segunda lengua cooficial, además del castellano. Así, por ejemplo, existen numerosos estudios sobre la regulación del idioma en el que deben y/o pueden dirigirse las Administraciones públicas a los particulares (o viceversa) o sobre el conocimiento de una lengua oficial como requisito de capacidad o mérito para el acceso al empleo público⁵; también en relación con el idioma de la enseñanza, esto es, la regulación de cuál (o cuáles) debe ser la «lengua vehicular y de aprendizaje» en un determinado sistema educativo⁶.

En cambio, son significativamente muchos menos los estudios jurídicos que han abordado la intervención lingüística de los poderes públicos en ámbitos propios de las relaciones o actividades de naturaleza privada. Tal es el caso paradigmático del denominado «mundo socioeconómico», que hace referencia a las relaciones comerciales entre particulares, incluyendo los derechos de los consumidores y usuarios en

² La ya clásica revista jurídica especializada en cuestiones lingüísticas *Revista de Llengua i Dret* atestigua el interés constante de la doctrina (no solo española) en esta materia (su primer número fue publicado en el año 1983). Pueden consultarse todos los números de la revista de forma online en el siguiente enlace (última consulta 13 de agosto de 2022): <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld>

³ Véanse, entre otros y a mero título de bibliografía seleccionada, además de los trabajos específicamente citados en este estudio, las siguientes obras que siguen siendo de obligada referencia: Milian i Massana (1981, pp. 317-337); Puig Salellas (1983, pp. 53-68); Prieto de Pedro (1990, pp. 5-26) y, ya algunos años más tarde, Solozábal Echevarría (1999, pp. 11-41).

⁴ Basta echar un vistazo, por ejemplo, a las publicaciones del Institut d'Estudis Autònoms de Catalunya (que, a partir del año 2016, cambió significativamente su nombre a Institut d'Estudis de l'Autogovern) para darse cuenta de la importancia que las cuestiones lingüísticas han suscitado en una parte del mundo académico, especialmente en Cataluña, con un claro sesgo en favor de un concreto modelo lingüístico y una innegable concepción de la lengua como elemento definidor de una pretendida nación catalana. Cfr. su página web (última consulta 13 de agosto de 2022): https://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/desenvolupament_autogovern/institut-destudis-autogovern/publicacions/cataleg-de-publicacions/index.html

⁵ Cfr. a título meramente ejemplificativo, los trabajos de Nogueira López (2014, pp. 85-115); Milian i Massana (2013b); Rivero Ortega (2000, pp. 343-358) o de la Huerga Hidalgo (2001, pp. 323-364).

⁶ En el ámbito concreto de la educación, cfr. el reciente y omnicompreensivo trabajo de Pla Boix (2021). Además, y de nuevo a título meramente ejemplificativo, cfr. Milian i Massana (2013a, pp. 11-57); Pons y Vernet (2009, pp. 144-191); Fernández Farreres (2007, pp. 297-348); Albertí Rovira (1995, pp. 247-261); Puig Salellas (1995, pp. 23-40); Milian i Massana (1992).

relación con los productos y servicios ofrecidos por establecimientos privados abiertos al público (paisaje lingüístico, etiquetado, rotulación y cartelería, deber de atención oral o escrita al usuario-cliente, etc.).

El hecho de que la doctrina se haya concentrado, preferentemente, en el estudio de la lengua en el ámbito jurídico-público se explica, seguramente, por la creencia de que es en dicha esfera (la esfera pública) donde primero deben hacerse efectivas las consecuencias de la implantación real de la doble oficialidad. Solo en un segundo momento, cuando los resultados en la esfera pública pueden considerarse alcanzados o, como mínimo, avanzados, surgiría el interés y el estímulo por extender las consecuencias del plurilingüismo al ámbito de las relaciones entre particulares. Siendo esto cierto, también parece haber influido en ello el hecho de que las medidas en este ámbito, especialmente las constrictivas o limitativas de derechos (como sería el caso, por ejemplo, de imponer el etiquetado «como mínimo en catalán»), descansan sobre fundamentos jurídicos menos evidentes y más controvertidos que las medidas lingüísticas en las actividades o relaciones de naturaleza pública o institucional⁷.

Lo que, en ningún caso y de forma un tanto sorprendente, ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina especializada en materia lingüística ha sido la regulación jurídica del aranés. El aranés es el nombre que recibe la variante del occitano hablada por los habitantes del Valle de Arán (Vall d'Aran, en catalán; Val d'Aran en aranés), un pequeño territorio situado en la vertiente norte de los Pirineos, ubicado en la Comunidad Autónoma de Cataluña y conformando una comarca con el mismo nombre. El aranés es, por su parte, el resultado de la particular evolución de la lengua latina en aquel territorio después de su proceso de romanización, perteneciendo, en términos dialectológicos, a la rama pirenaica de los dialectos gascones, junto con los dialectos de las zonas limítrofes de Comenges, Coserans y Bigorra (González i Planas, 2001, p. 76).

A pesar de la peculiaridad que supone que en una parte de una Comunidad Autónoma con dos lenguas cooficiales como es Cataluña exista, además, una tercera lengua, distinta de las anteriores y fruto de una evolución histórica de siglos, lo cierto es que, al menos desde la perspectiva jurídica, esta cuestión no ha recibido apenas atención por parte de la doctrina. Esa misma doctrina que, sin embargo, y según hemos señalado *supra*, ha parecido volcarse en el estudio del plurilingüismo en España. Esta negligencia casi total por estudiar el régimen jurídico del aranés pone en duda esa pretendida vocación plurilingüe, pudiendo explicarse, tal vez, por el sesgo de una comunidad epistémica que parece realizar un esfuerzo constante e intencionado por construir una identidad nacional catalana sobre la base y la hegemonía de dicha lengua sobre cualquier otra.

El presente estudio aspira, por todo ello, a realizar una primera aproximación al régimen jurídico-público del aranés como objeto de estudio individualizado y autónomo; es decir, no subordinado al estudio del régimen jurídico del catalán como objeto principal de análisis. A tal efecto, se expondrá, en primer lugar y de forma sintética, cuál es el modelo lingüístico establecido en la Constitución española y, en particular, cuáles son las consecuencias que, según esta, se derivan de la declaración de una lengua como «lengua oficial» (2). Seguidamente, se procederá a un estudio sistemático y detallado de la declaración de oficialidad del aranés. Para ello, se explicará cuál ha sido la evolución normativa de dicho reconocimiento, solo alcanzado con la promulgación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (3.1), y cómo se ha desarrollado el mandato estatutario de oficialidad del aranés a partir de 2006 (3.2) y el principio de uso preferente del aranés en el ámbito institucional y público (4).

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA OFICIALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como es bien conocido, la piedra angular del modelo plurilingüe español es el artículo 3 de la Constitución. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional ya desde sus primeras sentencias, afirmando, por ejemplo, que aquel precepto es «el marco de la regulación del uso de las lenguas», y que establece «las líneas maestras del modelo lingüístico de la Constitución española»⁸.

⁷ Dado que esta cuestión no va a ser objeto de tratamiento detallado en el presente trabajo, me permito remitirse a Magaldi (2013, pp. 151-184) y Magaldi (2014, pp. 1-34), a los que habría que añadir el posterior estudio monográfico, muy detallado, de Urrutia Badiola (2016).

⁸ STC 82/1986, de 4 de julio, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra la Ley de normalización del euskera.

Este modelo plurilingüe español se asienta, a su vez, sobre el concepto de «oficialidad». Oficialidad, por un lado, de la lengua castellana en todo el territorio español, referido este al conjunto de los poderes públicos españoles, con inclusión de los autonómicos y locales. Y, por otro lado, oficialidad también de las demás lenguas españolas en las respectivas Comunidades Autónomas, con respecto a todos los poderes públicos radicados en su territorio (sin exclusión, por lo tanto, de la Administración estatal y demás instituciones estatales en sentido estricto) y de acuerdo con lo que determinen sus Estatutos. Así lo expresa el mencionado artículo 3, cuyo tenor literal es el siguiente⁹:

- «1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y derecho a usarla.
2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.
3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección».

Sin embargo, más allá de estas declaraciones sobre la oficialidad, lo cierto es que la Constitución no ofrece una definición constitucional de lo que debe entenderse por «lengua oficial» (ni tampoco de las consecuencias que se derivan de tal condición), lo que ha llevado a que haya sido el Tribunal Constitucional el encargado de proporcionarla¹⁰. En este sentido, el Tribunal Constitucional ya señaló, tempranamente, que una lengua oficial es aquella lengua que «independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos, sin perjuicio de que en ámbitos específicos, como el procesal, y a efectos concretos, como evitar la indefensión, las leyes y los tratados internacionales permitan también la utilización de lenguas no oficiales por los que desconozcan las oficiales»¹¹.

De esta definición de oficialidad el Tribunal Constitucional dedujo, a su vez, varias consecuencias (Fosas Espadaler, 2008, pp. 66-68). En primer lugar, el Tribunal dejó claro que la oficialidad de una lengua no estaba vinculada a su uso social, del que es totalmente independiente. La oficialidad, en este sentido, significa, ni más ni menos, que el reconocimiento de la lengua oficial como lengua de, entre y con los poderes públicos, así como la plena validez jurídica de su uso frente a ellos, *independientemente de su realidad y peso como fenómeno social*.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional afirmó, también, que de la oficialidad de una lengua se desprende el deber de los poderes públicos de asegurar su conocimiento a los ciudadanos, por lo que las lenguas oficiales «tienen que ser enseñadas en los centros escolares de la Comunidad con la intensidad que permita alcanzar este objetivo, y es de observar en este mismo sentido que tal deber no deriva solo del Estatuto sino de la misma Constitución»¹².

Finalmente, el Tribunal entendió que deriva del concepto de oficialidad el derecho a usar una lengua oficial pero no, en cambio, su deber de conocimiento. Basándose en la redacción del artículo 3.1 CE, que primero declara la oficialidad del castellano y, después, establece el deber de conocerlo y el derecho a usarlo, el Tribunal Constitucional determinó, desde sus primeros pronunciamientos, que de la oficialidad de

⁹ Para una exposición sobre las distintas modificaciones que sufrió el texto del artículo 3 hasta su aprobación definitiva y redacción actual puede consultarse el trabajo de Entrena Cuesta (2001, pp. 61-75).

¹⁰ Que el texto constitucional no defina el contenido y alcance de la noción de oficialidad no es algo único en los países de nuestro entorno, sino todo lo contrario. Lo cierto es que, como ha señalado la doctrina, la mayoría de textos constitucionales se limita a proclamar la oficialidad de una lengua, sin añadir mayores referencias sobre los efectos concretos de esa declaración ni sobre los derechos o deberes lingüísticos que se derivarían de tal calificación. De ahí que suela ser el legislador o el Tribunal Constitucional, en su caso, el encargado de definir el contenido, naturaleza, ámbito de aplicación, efectos y garantías de las libertades lingüísticas. Así lo entienden, por ejemplo, Pla Boix (2005, p. 30), Vernet i Llobet (2007, p. 29), Rodríguez (2011, p. 16) y Pérez Fernández (2006, p. 37), quien señala que «lo cierto es que no existe, en el derecho comparado, una conceptualización muy clara del término oficialidad, si bien parece insistirse en la idea del reconocimiento de la lengua en cuestión como instrumento válido y eficaz de comunicación tanto en relaciones jurídico-públicas como jurídico-privadas».

¹¹ *Cfr.*, entre otras, las SSTC 82/1986, FJ 2 (en relación con la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, del Parlamento vasco, básica de normalización del uso del euskera); 123/1988, FJ 5 (en relación con la Ley 3/1986, de 29 de abril, de normalización lingüística de las Islas Baleares) y 46/1991, FJ 2 (sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad).

¹² En este sentido, por ejemplo, la STC 88/1983, FJ 4, que resolvía un conflicto de competencias promovido por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 3087/1982, de 12 de noviembre, sobre fijación de enseñanzas mínimas en el ciclo superior de EGB.

una lengua no se deriva necesariamente la obligación de su conocimiento por parte de los ciudadanos¹³. Tal deber solo viene establecido en la Constitución y solo para el castellano, de forma expresa y separada de la oficialidad, por lo que no es predicable del resto de lenguas oficiales ni puede, tampoco, establecerse en otra norma distinta, sea cual sea su naturaleza (ordinaria o estatutaria).

En relación con esta última cuestión, ya en los años ochenta el Tribunal Constitucional había dejado meridianamente claro que el deber de conocimiento de una lengua cooficial (en este caso, el gallego), no podía, en ningún caso, imponerse mediante ley autonómica¹⁴. Aunque el Tribunal admitía, ciertamente, que el legislador autonómico ordinario era competente, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto de Autonomía, para completar el modelo lingüístico y el régimen de oficialidad de dicha lengua oficial, su potestad legislativa tenía como límite, constitucionalmente establecido, la imposibilidad de imponer tal deber¹⁵. Más abierta parecía, en cambio, la posibilidad de que un deber de este tipo pudiera establecerse directamente en una norma de rango estatutario. De hecho, no fueron pocos los autores que se manifestaron a favor de entender que un deber de conocimiento de la lengua cooficial, en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma y en relación con los ciudadanos residentes en la misma, sí sería admisible en el modelo lingüístico constitucional, siempre y cuando se estableciera en un Estatuto de Autonomía (Milian i Massana, 2007, p. 320; Pla Boix, 2006, p. 271)¹⁶.

En todo caso, la cuestión quedó definitivamente zanjada por el Tribunal Constitucional al resolver el recurso contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (en adelante, EAC 2006), cuyo artículo 6.2 imponía a los ciudadanos el deber de conocer el catalán. En efecto, en la STC 31/2010, de 28 de junio, el Tribunal rechazó rotundamente que, sobre la base de lo establecido en un Estatuto, pudiera aceptarse la existencia un deber de conocimiento de cualquiera de las lenguas cooficiales¹⁷.

Por el contrario, sí es predicable respecto de las demás lenguas oficiales el derecho de uso que tienen los ciudadanos, es decir, el derecho a elegir la lengua oficial de su preferencia ante las Administraciones

¹³ Así, el TC ha afirmado que, «en directa conexión con el carácter del castellano como lengua oficial común del Estado español en su conjunto, está la obligación que tienen todos los españoles de conocerlo, que lo distingue de las otras lenguas españolas que con él son cooficiales en las respectivas CC.AA, pero respecto a las cuales no se prescribe constitucionalmente tal obligación. Ello quiere decir que solo del castellano se establece constitucionalmente un deber individualizado de conocimiento, y con él, la presunción de que todos los españoles lo conocen» (STC 82/1986, FJ 3), si bien tal presunción puede ser destruida cuando afecta al ejercicio de un derecho fundamental como el de defensa (STC 74/1987, FJ 3). En el mismo sentido la STC 84/1986, FJ 2, afirmaba que «el art. 3.1 de la Constitución establece un deber general de conocimiento del castellano como lengua oficial del Estado; deber que resulta concordante con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común a todos los españoles, y cuyo conocimiento puede presumirse, en cualquier caso, independientemente de factores de residencia o vecindad. No ocurre, sin embargo, lo mismo con las otras lenguas españolas cooficiales en los ámbitos de las respectivas Comunidades Autónomas, pues el citado artículo no establece para ellas ese deber». Idea que el TC confirmó en la STC 31/2010, de 28 de junio, que resolvía el recurso interpuesto por 99 diputados del grupo parlamentario popular contra el Estatuto de Cataluña de 2006, reiterando que no es posible «presumir en estos [los ciudadanos residentes en Cataluña] su conocimiento [del catalán] y formalizar esa presunción como un deber de los ciudadanos catalanes» (FJ 14 b).

¹⁴ Como, de hecho, establecía entonces el artículo 1 de la Ley 3/1983, de 15 de junio de normalización lingüística de Galicia, que después de declarar el gallego lengua propia del territorio, imponía a todos los gallegos el deber de conocerla y el derecho de usarla.

¹⁵ Cfr. al respecto la STC 84/1986, de 26 de junio, sobre la ya mencionada Ley de normalización lingüística de Galicia.

¹⁶ Por ejemplo, Vernet i Llobet consideraba que «los Estatutos de Autonomía en esta materia son materialmente constitucionales, aunque por supuesto subordinados a la Constitución. En este caso, el EAC [Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006] no contradice el deber de conocimiento del castellano, sino que lo complementa, añadiendo un nuevo deber que equipara todas las lenguas oficiales en un determinado territorio». Cfr. Vernet i Llobet (2007, pp. 31 y 32). En el mismo sentido también Vernet i Llobet y Pla i Boix (2004, pp. 162 y 170) y Muro Bas (2010, p. 140). Ya en los primeros años ochenta Milian i Massana sostenía que, aunque de forma dubitativa, el Estatuto de Cataluña de 1979 incorporaba un deber de conocimiento del catalán; sin embargo, este no podía desplegar efectos inmediatos, sino que estaba en cierto modo condicionado a que la Generalidad adoptara las medidas necesarias para garantizar su uso normal y oficial y asegurar su conocimiento (Milian i Massana, 1983, pp. 86 y 87).

¹⁷ En efecto, en dicho pronunciamiento el Tribunal rechazó expresamente que un Estatuto de Autonomía (y, menos aún, una ley autonómica ordinaria) pudiera imponer un deber equivalente al deber de conocimiento del castellano que establece el artículo 3 de la Constitución (como de hecho, hacía, el artículo 6.2 del Estatuto). En este sentido, para el TC dicho deber constitucional debe ser entendido como «una facultad del poder público (...) para que sus actos de *imperium* (...) desplieguen de manera regular sus efectos jurídicos», es decir, que el poder público cuente con la seguridad de que, cuando necesite dirigirse a sus ciudadanos, estos estén obligados a darse por enterados y no puedan alegar el desconocimiento del castellano en sus necesarias relaciones con los poderes públicos. Se trata, por lo tanto, de una limitación a la libertad individual de los ciudadanos, pero que se estima razonable y objetiva, en atención a los legítimos objetivos perseguidos (garantizar la necesaria comunicación con el poder público). Por el contrario, la eventual imposición de un nuevo y distinto deber de conocer un segundo idioma sería una limitación desproporcionada y, además, inadecuada, pues no serviría al objetivo constitucionalmente legítimo: «la obligación constitucional de conocer el castellano [lo que] garantiza la comunicación con el poder público sin necesidad de exigir el conocimiento de una segunda lengua» (FJ 14 b). Cfr. una exposición más detallada de esta interpretación en Magaldi (2013, pp. 160-161).

públicas. Derecho de uso que, para el Tribunal Constitucional, está estrechamente ligado al carácter de lengua oficial y que deriva directamente de la propia Constitución y del respectivo Estatuto de Autonomía¹⁸. Para el Tribunal, tanto el «derecho a usar la lengua oficial de su elección» como el «derecho a ser atendido en dicha lengua por los poderes públicos» ocupan un lugar destacado en el modelo lingüístico establecido por nuestra Constitución¹⁹.

Cabe afirmar pues, a partir de lo que se acaba de exponer, que en el ordenamiento jurídico español la oficialidad lingüística no implica un deber de conocimiento de la lengua cooficial por parte de los ciudadanos, pero sí un derecho de uso de aquella, por parte de estos, frente a los poderes públicos (frente a todos los poderes públicos) que radiquen en el territorio de su Comunidad Autónoma. A estos poderes públicos corresponde, correlativamente, un «deber de disponibilidad lingüística» frente a aquellos ciudadanos que ejerzan su derecho de uso. La oficialidad comporta, en definitiva, un deber de conocimiento para la Administración pública, puesto que esta debe atender al ciudadano, y debe hacerlo respetando su «derecho de opción lingüística», que sí deriva, según se ha visto, de la oficialidad de la lengua (Vernet i Llobet, 2007, p. 33).

De cuanto se ha dicho se desprende, con claridad, que el ámbito propio y natural de la «oficialidad», aquel en el que esta aparece dotada de contenido jurídico, es el ámbito jurídico-público: las relaciones intra-administrativas (la lengua interna o de trabajo dentro de una Administración), las relaciones inter-administrativas (la lengua en que se relaciona una Administración con otras Administraciones públicas) y las relaciones *ad extra* de la Administración con los ciudadanos (la lengua de servicio). Es, por demás, en este contexto en el que se utilizan y entienden, en todo su alcance, los mencionados conceptos de «derecho de opción lingüística» (del ciudadano en relación con los poderes públicos de una Comunidad Autónoma con varias lenguas oficiales) y de «deber de disponibilidad lingüística» (de las Administraciones públicas respecto de los ciudadanos en aquellas Comunidades con más de una lengua oficial).

El modelo plurilingüe español es, además, un modelo incompleto o abierto, por cuanto remite parcialmente la regulación de la oficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano a las normas estatutarias (y legales) de cada Comunidad Autónoma. Ello se desprende, con claridad, del artículo 3.2 de la Constitución, cuando afirma que «las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas *de acuerdo con sus Estatutos*». Este precepto evidencia el relevante papel que deben desarrollar los Estatutos en relación con las otras lenguas españolas, pues a ellos incumbe la modulación de la cooficialidad. Esta modulación, sin embargo, no puede, en ningún caso, tener tal intensidad que, de hecho, la desnaturalice, puesto que, si así fuera, se vulneraría la Constitución (Milian i Massana, 1990, p. 183). En este sentido, algunos autores han puesto de relieve que la oficialidad de las demás lenguas españolas ya está, de hecho, reconocida en la Constitución, que lo que hace es demorar su efectividad hasta la promulgación y entrada en vigor de los Estatutos correspondientes, los cuales, en consecuencia, contendrían un mandato preceptivo y no una posibilidad de elección (Milian i Massana, 1990, p. 182; Pla Boix, 2005, p. 48)²⁰.

La Constitución española, por lo tanto, no otorga el mismo trato a la oficialidad del castellano que a la oficialidad de las demás lenguas españolas, en el sentido de que son las Comunidades Autónomas quienes deben determinar el alcance de la cooficialidad de acuerdo con sus normas estatutarias y leyes autonómicas. De este modo, la declaración de oficialidad de las lenguas distintas del castellano no comporta siempre y necesariamente los mismos efectos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre con la oficialidad del castellano declarada en la Constitución (Fossas Espadaler, 2008, p. 68; Vernet i Llobet, 2007, pp. 33-35). Esta idea es esencial para comprender adecuadamente el régimen de la oficialidad del aranés, tal y como veremos en el siguiente epígrafe.

¹⁸ Afirmando, en este sentido, que «es inherente a la cooficialidad el que, en los territorios donde exista, la utilización de una u otra lengua por cualquiera de los poderes públicos en ellos radicados tenga en principio la misma validez jurídica, la posibilidad de usar solo una de ellas en vez de ambas a la vez, y de usarlas indistintamente (...). En los territorios dotados de un estatuto de cooficialidad lingüística, el uso por los particulares de cualquier lengua oficial tiene efectivamente plena validez jurídica en las relaciones que mantengan con cualquier poder público radicado en dicho territorio, siendo el derecho de las personas al uso de una lengua oficial un derecho fundado en la CE y en el respectivo Estatuto de Autonomía» (STC 82/1986, FJ 3).

¹⁹ Por ejemplo, en la STC 74/1989, FJ 3, que resolvía un conflicto de competencias promovido por el Gobierno de la Nación en relación con el Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 125/1984, de 17 de abril, por el que se regulaba el uso de la lengua catalana en las escrituras públicas.

²⁰ Para Milian i Massana esta idea se reforzaba con el estudio de los debates parlamentarios y, sobre todo, con el análisis del artículo 3.2 de la Constitución, que afirmaba que las demás lenguas españolas «serán» también oficiales (y no «podrán ser» también oficiales), lo que indicaba precisamente ese mandato imperativo y no meramente potestativo. En la misma línea también Vernet i Llobet (2011, p. 22).

3. LA OFICIALIDAD DEL ARANÉS

3.1. Del aranés como «habla» al pleno reconocimiento de su oficialidad en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006

3.1.1. *El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 y su desarrollo legislativo*

El artículo 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 (en adelante, EAC 1979), en ejercicio de la habilitación constitucional para regular el alcance de la cooficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano, declaró oficial el catalán en el territorio de aquella Comunidad Autónoma (apartado 2). Respecto del aranés, en cambio, únicamente señaló que «el habla aranesa será objeto de enseñanza y de especial respeto y protección» (apartado 4)²¹. Mención que, además, ni siquiera aparecía en la versión inicial del texto que presentó la «Comisión de los Veinte de Sau», sino que fue añadida posteriormente, figurando, ya sí, en la versión definitivamente aprobada del anteproyecto de Estatuto (Vernet i Llobet y Pla i Boix, 2004, p. 171).

Con semejante redacción el aranés quedaba, en consecuencia, encuadrado en el apartado 3 del artículo 3 de la Constitución española; esto es, como una modalidad lingüística objeto de especial respeto y protección²². No había rastro alguno de su posible carácter de lengua oficial, lo que fue criticado por algunos autores (Lamuella, 1984, p. 62; Font i Ribes y Mirambell i Abancó, 1986, p. 128; Milian i Massana, 1990, p. 203; Pallarol i Sánchez, 1991, p. 140-141²³). Es más, ni siquiera recibía la denominación de «lengua», sino una mucho más modesta, la de «habla»²⁴.

Esta cuestión enlazaba, a su vez, con el debate sobre la existencia, o no, de un hipotético carácter potestativo de la declaración de oficialidad de las demás lenguas españolas. Así, según Milian i Massana, aunque la Constitución no enumere cuáles son «las otras lenguas españolas», de su tenor literal («las demás lenguas españolas») parece desprenderse con claridad la voluntad del constituyente de que todas las lenguas españolas sean oficiales en sus Comunidades Autónomas (Milian i Massana, 1984, pp. 136-137). Recuérdese, en este sentido, que dicho autor entendía que la declaración de oficialidad «de las demás lenguas españolas» estaba ya reconocida en la Constitución, demorando simplemente su efectividad hasta que se produjera la declaración estatutaria. Desde esta posición, pues, todas las «demás lenguas españolas» deben ser declaradas oficiales por los correspondientes Estatutos, sin que quepa margen de apreciación alguno para el legislador estatutario a este respecto. Ello incluiría, según este autor, «el catalán en la franja este de Aragón, el bable, de ser una lengua distinta del castellano y no un dialecto, y el mismo aranés (sub-dialecto del dialecto gascón del occitano)» (Milian i Massana, 1984, p. 136).

Sea como fuere, no debe pasar desapercibido el hecho de que esta ausencia de reconocimiento de la oficialidad del aranés debía entenderse como querida y buscada por el legislador estatutario, puesto que las diversas enmiendas presentadas para introducir la oficialidad del aranés fueron rechazadas sin excepción (Lamuella, 1984, p. 62; Pla Boix, 2006, p. 274²⁵).

²¹ Por lo demás, el apartado 1 de este artículo establecía que «la lengua propia de Cataluña es el catalán», mientras que en el apartado 3 se añadía que la Generalidad garantizaría «el uso normal y oficial de los dos idiomas» (se refiere al castellano y al catalán), adoptando a tal efecto las medidas necesarias para asegurar su conocimiento y creando las condiciones que permitieran alcanzar su plena igualdad en lo que se refiere a los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña.

²² Así, se señaló, en su momento, que el artículo 3 EAC 1979 estaba redactado, en realidad, a imagen y semejanza del artículo 3 de la Constitución española, lo que se valoraba, a su vez, de forma especialmente negativa. Por ejemplo, Pallarol i Sánchez (1991, p. 139) afirmaba que «después de la imposición del castellano por la Constitución española a todo el mundo, el EAC 1979 reproduce en un segundo plano una imposición del catalán a los araneses». Y, en la misma línea, Lamuella (1984, p. 61) objetaba que «igual que el catalán es una lengua subordinada al español, el aranés es una lengua subordinada al catalán». En realidad, lo cierto es que la única norma que ha utilizado la expresión «habla», en lugar de lengua, para referirse a una lengua propia de un territorio del Estado español ha sido, precisamente, el EAC 1979.

²³ Presentándose, en su opinión, una relación más o menos conflictiva entre comunidades lingüísticas, o sea, entre la minoría (occitanófonos), la mayoría-minoría (catalanófonos) y la mayoría (hispanófonos).

²⁴ Arzo Santisteban (2009, pp. 65 y 66) ha señalado que la expresión «modalidades lingüísticas» del artículo 3.3. de la Constitución buscaba probablemente incorporar diversas variedades lingüísticas conocidas popularmente pero cuyo estatus lingüístico (lengua, dialecto, habla) era controvertido o no estaba *a priori* claro desde una perspectiva científica. Así, la Constitución se habría aprobado en un contexto –afirma– de fuerte presión homogeneizadora del castellano sobre las demás lenguas del Estado, lo que a su vez habría impulsado la dialectalización de las lenguas románicas distintas del castellano. Asumiendo, a los meros efectos dialécticos, esta posición, lo cierto es que, en el caso del aranés, habría sido el propio legislador autonómico estatutario quien habría asumido –y reforzado– esa presión homogeneizadora del castellano.

²⁵ En particular, esta autora destaca dos enmiendas al respecto. La primera, presentada por el senador Solé Sabarís y que proponía el siguiente texto: «El habla aranesa, en su dominio lingüístico del Valle de Aragón, tendrá las mismas consideraciones de ofi-

La primera ley catalana en materia lingüística, la Ley de 18 de abril de 1983, de normalización lingüística (en adelante, LNL), dejó de referirse al aranés como «habla», declarándola «lengua propia del Valle de Aragón» y reconociendo, en su artículo 28.1, el derecho de los araneses de «conocerlo y expresarse en aranés en las relaciones y los actos públicos dentro de este territorio»²⁶. Esta regulación, que iba mucho más allá que el Estatuto (Font i Ribes y Mirambell i Abancó, 1986, p. 128) se consideró un cierto avance hacia el reconocimiento de la oficialidad del aranés en Aragón (Pallarol i Sánchez, 1991, p. 141; Moral Ajado, 2017, p. 417), si bien tampoco estuvo exenta de críticas²⁷. Milian i Massana afirmaba, por ejemplo, que aquella ley había mitigado los efectos de la deficiencia estatutaria, atribuyendo al aranés un estatus prácticamente equiparable al de las lenguas oficiales, aunque sin calificarla expresamente como tal (Milian i Massana, 1990, p. 203), por las razones que más adelante se explicitarán.

En el año 1990 se aprobó la Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre el régimen especial del Valle de Aragón, con el objetivo de reconocer y actualizar «las peculiaridades históricas de la organización administrativa interna del Valle de Aragón» (Disposición Adicional primera del EAC 1979). A pesar de que no se había producido modificación alguna del marco estatutario, su artículo 2.1 sí declaraba que «el aranés, variedad de la lengua occitana y propia de Aragón» era oficial en el Valle de Aragón, junto con «el catalán y el castellano, de acuerdo con el artículo 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña». Además, el apartado segundo de este precepto indicaba que el aranés debía ser objeto de enseñanza y de especial respeto y protección, debiendo garantizarse su uso tanto en el sistema educativo como en la actividad de la Administración de la Generalidad y de los medios dependiente de la Corporación Catalana de Radio y Televisión en el territorio del Valle de Aragón²⁸.

Este reconocimiento de la oficialidad por parte del legislador autonómico ordinario planteaba serias dudas jurídico-constitucionales, teniendo en cuenta que, como se señaló más arriba, el legislador estatutario no había previsto la oficialidad del aranés en el EAC 1979. Recuérdese, en este sentido, que el artículo 3.2 de la Constitución española declara la oficialidad de las demás lenguas españolas «de acuerdo con sus Estatutos», lo que parece traducirse en una clara reserva estatutaria en relación con la declaración y alcance de la cooficialidad de las demás lenguas españolas. Coincidimos, en este sentido, con lo que afirmara, en su momento, Milian i Massana, para quien el constituyente habría querido que la modulación y efectividad de la oficialidad de las otras lenguas españolas correspondiera fijarla solo a los Estatutos (Milian i Massana, 1990, pp. 183 y 203)²⁹. Por tal motivo, pensamos que, si se hubiera impugnado ante el Tribunal Constitucional tal declaración de oficialidad del aranés, establecida en una mera ley autonómica ordinaria, esta habría sido muy probablemente declarada inconstitucional³⁰.

cialidad que el Estatuto otorgue a la lengua catalana». Por su parte, el senador Xirinacs propuso una segunda enmienda, según la cual «la lengua occitana, en su variante aranesa, será la cooficial junto con el castellano en el Valle de Aragón». Ninguna de ellas prosperó, según se ha ya dicho en texto.

²⁶ El resto del precepto establecía:

«2. La Generalidad, junto con las instituciones aranesas, debe tomar las medidas necesarias para garantizar el conocimiento y el uso normal del aranés en el Valle de Aragón y para impulsar su normalización.

3. Los topónimos del Valle de Aragón tienen como forma oficial la aranesa.

4. El Consejo Ejecutivo debe proporcionar los medios que garanticen la enseñanza y el uso del aranés en los centros escolares del Valle de Aragón.

5. El Consejo Ejecutivo debe tomar las medidas necesarias para que el aranés sea utilizado en los medios de comunicación social en el Valle de Aragón.

6. Cualquier reglamentación sobre uso lingüístico consiguiente a esta ley debe tener en cuenta el uso del aranés en el Valle de Aragón».

²⁷ Lamuela (1984, pp. 61-62), por ejemplo, la calificaba como una norma «minorizante» (del aranés), en la misma línea que el EAC 1979, relativizando los «presuntos» derechos lingüísticos reconocidos en el mencionado artículo 28 porque no tenían, como contrapartida, un conjunto de deberes, «perpetuando la relación asimétrica que existe entre el español y las otras lenguas».

²⁸ El resto del precepto establecía que:

«3. La Generalidad y las instituciones de Aragón deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar el conocimiento y el uso normal del aranés y para impulsar su normalización.

4. La Generalidad y las instituciones de Aragón deberán velar por la conservación, promoción y difusión de la cultura aranesa».

²⁹ En el mismo sentido también Pla Boix (2005, pp. 67-68 y 115).

³⁰ También planteaban una posible inconstitucionalidad de los preceptos que declaraban la oficialidad extraestatutaria del aranés Pallarol i Sánchez (1991, pp. 144-146) y, años después, Pla Boix (2006, p. 274), refiriéndose expresamente a un «vicio de inconstitucionalidad» que quedaría sanado con una declaración estatutaria de la oficialidad del aranés, como de hecho ocurrió con el Estatuto de Autonomía de 2006.

Esta posición se ha visto expresamente confirmada por la reciente STC 75/2021, de 18 de marzo, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad presentado por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario de Vox en el Congreso contra el artículo 3.bis del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, en la redacción resultante de la reforma de 1 de julio de 2020: «1. En el marco de lo dispuesto por el Estatuto de Autonomía y, en su caso, por la legislación que lo desarrolle, tanto los Diputados en el ejercicio

Quizás por este motivo, la Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística (en adelante, LPL), aprobada en 1998, fue mucho más cauta en su redacción, declarando simplemente, que su objeto era «el desarrollo del artículo 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, a fin de amparar, fomentar y normalizar el uso de la lengua catalana en todos los ámbitos, y el uso del aranés en el Valle de Arán, y garantizar el uso normal y oficial del catalán y del castellano».

3.1.2. La declaración de oficialidad en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006

Así las cosas, fue preciso esperar a la aprobación de un nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña para que el aranés obtuviera el reconocimiento como lengua oficial en Arán, dando satisfacción a una «reivindicación existente desde hacía tiempo en el debate político y doctrinal» (Pla Boix, 2006, p. 273). Así lo estableció, ahora sí, el legislador estatutario en el artículo 6, dedicado a “La lengua propia y las lenguas oficiales”. Un precepto en el que, después de afirmar el carácter del catalán como lengua oficial y propia de Cataluña –derivando de ello su uso normal y preferente por parte de las Administraciones públicas y los medios de comunicación públicos–, declaró también la «propiedad» del aranés en el territorio de Arán y su oficialidad en dicho territorio y en toda Cataluña. En este sentido, su apartado 5 señala que «la lengua occitana, denominada aranés en Arán, es la lengua propia de este territorio y es oficial en Cataluña, de acuerdo con lo establecido por el presente Estatuto y las leyes de normalización lingüística».

Obsérvese cómo el legislador estatutario, en ejercicio de las competencias que tiene constitucionalmente atribuidas, establece una oficialidad del aranés modulada o imperfecta, haciéndola depender de lo que se determine en el mismo Estatuto y en las leyes de desarrollo que correspondan. Así, el artículo 36 EAC 2006, ubicado en el capítulo III (Derechos y deberes lingüísticos) del Título I (Derechos, deberes y principios rectores) establece, precisamente, una primera regulación del alcance de la oficialidad del aranés. Dicho precepto declara la oficialidad plena del aranés en el territorio de Arán (obligando a todas las Administraciones radicadas en dicho territorio³¹) y la oficialidad limitada fuera de Arán, pero dentro de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por cuanto obliga, únicamente, a la Administración de la Generalidad³².

de sus funciones parlamentarias como los miembros del Consejo de Gobierno, los cargos y empleados públicos y cualquier persona que comparezca ante la Cámara podrán utilizar el bable/asturiano». Los recurrentes alegaban que el precepto mencionado era contrario a la Constitución y al Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, puesto que atribuía al bable (que no goza de reconocimiento estatutario de oficialidad) las características propias de una lengua oficial, esto es, la plena validez y eficacia jurídica de las actuaciones producidas precisamente ante el máximo órgano representativo del Principado de Asturias. En un razonamiento discutible que deriva en un fallo peligroso, el Tribunal Constitucional desestima el recurso porque el artículo 3.bis del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias «no tiene como resultado la atribución de los efectos propios de la oficialidad a una lengua propia, pues no reconoce al bable/asturiano como “medio normal de comunicación” ante todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sino únicamente reconoce determinados efectos en el seno de la institución parlamentaria autonómica. Es claro que el precepto impugnado no regula dicha cooficialidad. (...) En efecto, el precepto reglamentario impugnado no se refiere, ni podría hacerlo, ni a la administración autonómica, ni a los entes locales, ni a los órganos dependientes de la administración central. Lo dispuesto en el art. 3 bis del Reglamento de la Junta General tiene un ámbito de aplicación limitado, pues los efectos del reconocimiento que en el mismo se realiza solo se producen en el ámbito de la propia Cámara autonómica, quedando por tanto extramuros de ese ámbito de aplicación el resto de los poderes públicos existentes en el territorio autonómico» (FJ 2). Dicho en otras palabras: si la norma autonómica se hubiera referido al conjunto de los poderes públicos, habría sido declarada inconstitucional; se salva, únicamente, porque tenía sus efectos limitados a un poder público concreto (el Parlamento asturiano).

Dicho esto, lo cierto es que, como señalábamos más arriba, el resultado al que conduce el fallo de la sentencia es peligroso y podría conducir a la situación de que, mediante diversas leyes parciales, en el sentido de limitadas a ámbitos concretos (el Parlamento, el procedimiento administrativo, los entes locales, etc.) se acabara estableciendo de facto un régimen de oficialidad del bable por el legislador autonómico ordinario y no, como prescribe la Constitución, por el legislador estatutario. Debemos coincidir, por todo ello, con el voto particular formulado por la magistrada Encarnación Roca Trías, para quien «el art. 3 bis del Reglamento ha convertido el bable/asturiano en lengua cooficial “en” el Parlamento asturiano, al otorgarle una cualidad o efecto no reconocido previamente en su Estatuto, y, por tanto, sin competencia para ello. Solo el Estatuto puede convertir una lengua propia en medio normal de comunicación “en” y “entre” los poderes públicos. Y si no lo hace, el legislador no puede, a mi juicio, conferir, aunque sea de forma parcial o limitada, dicha cualidad», y ello porque «si en su día no se declaró por el Estatuto del Principado de Asturias la cooficialidad del bable, solo a través de su reforma puede revertirse esta decisión. No hacerlo así, sino a través de diferentes normas que, aunque de forma limitada o parcial, regulen aspectos propios de la cooficialidad, puede acabar convirtiendo una lengua propia en plenamente oficial por una vía distinta a la prevista constitucionalmente» (FJ 4 y 5 del voto particular).

³¹ Así lo expresa el artículo 36.1 EAC 2006: «En Arán todas las personas tienen el derecho a conocer y utilizar el aranés y a ser atendidas oralmente y por escrito en aranés en sus relaciones con las Administraciones públicas y con las entidades públicas y privadas que dependen de las mismas».

³² De conformidad con lo que establece el artículo 36.2 EAC 2006: «Los ciudadanos de Arán tienen el derecho a utilizar el aranés en sus relaciones con la Generalidad».

Esta declaración estatutaria de oficialidad del aranés no generó discusión ni conflictividad constitucional a pesar de que, como es conocido, la regulación lingüística del EAC 2006 fue objeto de una amplia impugnación ante el Tribunal Constitucional, quien se pronunció mediante la ya mencionada STC 31/2010. Es verdad que el recurso presentado por los 99 diputados del grupo parlamentario popular cuestionaba de forma genérica la declaración estatutaria de oficialidad para el aranés, pues aludía a todo el artículo 6 EAC 2006. Ahora bien, dado que no incluyó argumentos de inconstitucionalidad específicos en relación con el apartado 5 del artículo 6 EAC (que es el que declara la oficialidad del aranés), el Tribunal Constitucional no se pronunció al respecto³³. Debe, pues, reputarse tal declaración de oficialidad como plenamente constitucional, sin que quepa argumento alguno que permita sostener lo contrario. A mayor abundamiento, cabe destacar que el Tribunal Constitucional también desestimó el recurso en relación con el artículo 36.1 EAC 2006, que los recurrentes estimaban inconstitucional si la redacción del precepto implicaba la vinculación de administraciones públicas distintas de la catalana. El TC consideró, por remisión a lo afirmado respecto del catalán, que la oficialidad obliga a todas las administraciones radicadas en el territorio, rechazando lo alegado por los recurrentes³⁴.

De este modo, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional ha aceptado implícitamente la constitucionalidad de la declaración estatutaria de oficialidad del aranés, respecto de la que, por demás, no se han planteado ni parecen existir dudas doctrinales o reproches jurídicos fundados de inconstitucionalidad. Tampoco ha sido objeto de impugnación, en este punto, ninguna de las dos leyes autonómicas que han desarrollado dicha declaración de oficialidad; a diferencia de ciertos aspectos de la regulación lingüística del aranés, que sí se han cuestionado ante el Tribunal Constitucional, como veremos más adelante.

Una de las consecuencias más importantes que trajo consigo la declaración estatutaria de la oficialidad del aranés en el año 2006 es que esta lengua se incorporó al catálogo de lenguas regionales o minoritarias amparadas por la Carta Europea de las Lenguas regionales o minoritarias (en adelante, CELRM)³⁵. En efecto, la fórmula utilizada por España en el correspondiente Instrumento de ratificación, a los efectos de identificar las lenguas regionales o minoritarias respecto de las que se asumen los compromisos de la Carta, es una fórmula de tipo abierta. Según dicha fórmula, se consideran «lenguas regionales o minoritarias», a los efectos de obtener la máxima protección otorgada por la CELRM, a aquellas «lenguas reconocidas como oficiales en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Illes Balears, Galicia, Valenciana y Navarra»³⁶.

En un segundo nivel de protección se situarían aquellas otras lenguas «que los Estatutos de Autonomía protegen y amparan en los territorios donde tradicionalmente se hablan», pero que –se deduce– no cuentan con la declaración estatutaria de oficialidad. Para este segundo grupo, que el Instrumento de ratificación considera igualmente como «lenguas regionales o minoritarias», se prevé la aplicación de «todas aquellas disposiciones de la parte III de la Carta que puedan razonablemente aplicarse en consonancia con los objetivos y principios establecidos en el artículo 7». Un nivel de protección menor y, sobre todo, respecto del que se otorga mayor margen de apreciación a los Estados.

Pues bien, a la vista de cuanto se acaba de decir, parece evidente que el aranés, mientras no contó con el reconocimiento estatutario de oficialidad, no pudo, tampoco, verse amparado plenamente por la protección que ofrece este convenio internacional suscrito por España. No deja de ser paradójico que, durante

³³ En este sentido, el FJ 14 de la STC 31/2010 afirma que «como han coincidido en observar el Abogado del Estado y el Parlamento y la Generalidad de Cataluña, la ausencia de una fundamentación impugnatoria expresa respecto de los apartados 3 y 5 del artículo 6 EAC ha de excusar cualquier pronunciamiento sobre ellos de nuestra parte».

³⁴ Cfr. el FJ 25 de la STC 31/2010, de 28 de junio.

³⁵ Aprobada por el Consejo de Europa el 5 de noviembre de 1992.

³⁶ A estas lenguas, señala el Instrumento de Ratificación, se aplicarán una serie de disposiciones de la parte III de la Carta, coincidentes, siempre, con el máximo nivel de protección que la Carta prevé. Obsérvese, a mero título de ejemplo, las previsiones de la Carta en materia de educación preescolar, establecidas en el artículo 8.1.a:

«Artículo 8. Enseñanza. 1. En materia de enseñanza y, por lo que se refiere al territorio en que se hablan dichas lenguas y según sea la situación de cada una de ellas, sin perjuicio de la enseñanza de la(s) lengua(s) oficial(es) del Estado, las Partes se comprometen a:

a) i. prever una educación preescolar garantizada en las lenguas regionales o minoritarias correspondientes; o ii. prever que una parte substancial de la educación preescolar se haga en las lenguas regionales o minoritarias correspondientes; o iii. aplicar una de las medidas a que se refieren los puntos i y ii anteriores, al menos, para los alumnos cuyas familias lo deseen y cuyo número se considere suficiente; o iv. si los poderes públicos no tienen competencia directa en materia de educación preescolar, favorecer y/o fomentar la aplicación de las medidas a que se refieren los puntos i a iii anteriores».

Según determina el Instrumento de ratificación del Reino de España, a aquellas lenguas reconocidas en los correspondientes Estatutos de Autonomía se les aplicará, en el artículo 8, parágrafo 1, «el apartado a.i».

años, el legislador autonómico catalán (estatutario) haya hurtado al aranés el máximo nivel de protección que el ordenamiento jurídico internacional y español ofrecen a las lenguas regionales o minoritarias³⁷.

3.2. El desarrollo estatutario de la oficialidad del aranés

Como es lógico, esta regulación estatutaria de la oficialidad del aranés exigía un adecuado desarrollo por parte del legislador autonómico ordinario y, en la medida de sus competencias, por el Consejo General de Aragón, de acuerdo con el artículo 143.2 EAC 2006³⁸. Así lo establece, de hecho, el propio EAC 2006 cuando remite la regulación de los demás derechos y deberes lingüísticos en relación con el aranés a su futura determinación por ley (artículo 36.1). Una remisión que, en un primer momento, lo fue a la LPL para, después, entenderse hecha, fundamentalmente, a la Ley 35/2010, de 1 de octubre, del occitano, aranés en Aragón, y a la Ley 1/2015, de 5 de febrero, de régimen especial de Aragón, que van a centrar nuestra atención en el presente epígrafe.

En efecto, el desarrollo estatutario en materia lingüística, por lo que se refiere a la oficialidad del aranés, se ha realizado, fundamentalmente, a través de estas dos leyes del Parlamento de Cataluña. Ambas son, en realidad, expresión de un concreto mandato estatutario contenido en el artículo 11.2 EAC 2006, según el cual «los ciudadanos de Cataluña y sus instituciones políticas reconocen a Aragón como una *realidad occitana dotada de identidad cultural, histórica, geográfica y lingüística*, defendida por los araneses a lo largo de los siglos» (la cursiva es nuestra) y «objeto de una particular protección por medio de un régimen jurídico especial». En este sentido, la Disposición Adicional quinta del EAC 2006 establecía un calendario para la revisión del régimen especial de Aragón, dando un plazo de cuatro años a partir de la entrada en vigor del Estatuto para que se revisara y modificara el régimen de Aragón, adaptándolo, si fuera necesario, al nuevo marco estatutario.

Un primer paso en la adaptación del régimen especial de Aragón se produjo mediante la aprobación de la Ley 35/2010, de 1 de octubre, del occitano, aranés en Aragón, cuya Disposición Adicional primera afirma que «tiene el carácter de ley de desarrollo básico del Estatuto y se integra, en lo relativo a Aragón, en el régimen especial de este territorio a que se refieren los artículos 11 y 94 del Estatuto»³⁹. Esta primera actualización se circunscribía específicamente al ámbito lingüístico y a la regulación del aranés.

La Ley 35/2010 consta de un total de 25 artículos, más algunas disposiciones adicionales y finales. Su articulado se distribuye en siete capítulos, que regulan los principios generales (capítulo I), el uso institucional (capítulo II), la onomástica (capítulo III), la enseñanza (capítulo IV), los títulos y certificados (capítulo V), los medios de radiodifusión y televisión (capítulo VI) y el fomento y difusión de la lengua (capítulo VII). Se trata, en este sentido, y según apunta la propia Exposición de Motivos, de la estructura típica propia de las leyes lingüísticas catalanes precedentes; y, ciertamente, se asemeja notablemente a la estructura de la LPL de 1998.

Algunos años más tarde, el desarrollo estatutario relativo al territorio de Aragón se completó con la aprobación de la Ley 1/2015, de 5 de febrero, del régimen especial de Aragón. Este texto legislativo establece una regulación general sobre la organización y el funcionamiento del territorio de Aragón e incluye, como no podía

³⁷ La doctrina, sin embargo, centra su atención, no sin un punto implícito de crítica, en la singularidad de la fórmula adoptada en el Instrumento de ratificación por el Reino de España. Según Pla Boix (2011, pp. 55 y 56), se trata de una fórmula inédita, pues los demás Estados, en sus respectivos instrumentos de ratificación del Convenio, identifican explícitamente la lista de lenguas regionales o minoritarias amparadas por la Carta en su territorio, a diferencia de lo que hace el Instrumento de ratificación del Reino de España, que no las enumera, sino que remite a la decisión adoptada en los correspondientes Estatutos de Autonomía. En mi opinión, se trata de una fórmula coherente y mucho más respetuosa con el modelo plurilingüe español, que, como ya se ha analizado, se caracteriza por ser incompleto o abierto. En este mismo sentido, Arzo Santisteban (2009, p. 107) ha señalado que España ha ajustado sus obligaciones internacionales derivadas de la Carta a los niveles de protección alcanzados internamente en el marco del Estado autonómico desarrollado a partir de 1978, proyectando el nivel de protección interno al ámbito internacional. Sin embargo, considera que de esta forma se ha consagrado un doble nivel básico de protección respecto del que se muestra muy crítico, calificándolo como «arbitrario desde el punto de vista constitucional e incompatible con el espíritu de la Carta».

³⁸ Según el cual «corresponde a la Generalidad y también al Consejo General de Aragón la competencia sobre la normalización lingüística del occitano, denominado aranés en Aragón». Sobre la competencia en materia de lengua propia en el EAC 2006, cfr. el trabajo de Cabellos Espiérrez (2008, p. 74), si bien, una vez más, el estudio se centra exclusivamente en el catalán, señalando expresamente el autor que «en estas páginas nos ceñiremos a la competencia de la Generalidad sobre lengua propia. No nos referiremos, por lo tanto, a la competencia sobre normalización lingüística del aranés que contiene el artículo 143.2 EAC».

³⁹ El capítulo VII del Título II (De las instituciones) del EAC 2006 lleva por título «Organización institucional propia de Aragón» y se compone de un único artículo, el 94, que establece los fundamentos del régimen jurídico de dicho territorio. Su apartado 1 establece que «Aragón dispone de un régimen jurídico especial establecido por ley del Parlamento. Mediante este régimen se reconoce la especificidad de la organización institucional y administrativa de Aragón y se garantiza la autonomía para ordenar y gestionar los asuntos públicos de su territorio».

ser de otro modo, la regulación de determinados aspectos lingüísticos (fundamentalmente, sus artículos 8 y 9, dedicados a «la lengua propia» y a «los derechos lingüísticos»), complementando así lo ya regulado en la Ley 35/2010.

Por lo que a nosotros interesa, hay que señalar que el artículo 8.3 de la Ley 1/2015, de 5 de febrero, recoge la declaración de oficialidad garantizada en el EAC 2006, al declarar que el aranés «es oficial en Cataluña y debe ser objeto de protección en todos los ámbitos y sectores, de acuerdo con la normativa aplicable». Asimismo, dispone también que «los poderes públicos deben fomentar su utilización, promoción, difusión, conocimiento y su uso oficial, que son regulados por ley del Parlamento de Cataluña».

De igual modo, la Ley 35/2010, de 1 de octubre, establece como uno de sus objetivos «la regulación del uso oficial del aranés» (artículo 1.1.) que, en tanto que «lengua oficial en Cataluña», podrá «ser utilizada por las personas físicas o jurídicas en actividades públicas y privadas sin que puedan sufrir discriminación», teniendo los actos jurídicos hechos en esta lengua «plena validez y eficacia» (artículo 2.4). A partir de estas declaraciones básicas, la Ley despliega ampliamente el EAC 2006 en relación con la declaración de oficialidad que aquel prevé, proyectándola en los distintos ámbitos jurídico-públicos: en el uso institucional, tanto en Arán (artículo 5) como en el resto de Cataluña (artículo 6); en la elaboración y publicación de leyes del Parlamento catalán y de disposiciones, resoluciones o acuerdos de la Generalidad y su sistema institucional que «afectan específicamente a Arán» (artículo 7); en el otorgamiento y redacción de documentos públicos y privados (artículo 8); en los asentamientos de los registros públicos (artículo 10); en la toponimia y antroponimia (artículos 11 y 12); así como en el ámbito judicial (artículo 9) y educativo (artículos 13 y 14).

En cumplimiento del mandato estatutario, la Ley 35/2010 también recoge y desarrolla la doble oficialidad del aranés establecida en el EAC 2006. En este sentido, recuérdese que el aranés goza de un estatus de plena oficialidad en el territorio de Arán, obligando a todas las Administraciones radicadas en dicho territorio (artículo 36.1 EAC 2006) y de una oficialidad limitada en el resto de Cataluña, obligando en tal caso únicamente a la Administración de la Generalidad (artículo 36.2 EAC 2006).

3.2.1. La plena oficialidad del aranés en Arán

Nos son ya conocidas cuáles son las consecuencias de otorgar a una lengua el estatus de plena oficialidad, atendiendo a la asentada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, descrita en páginas precedentes. Lógicamente, las mismas consecuencias deberán predicarse de la declaración de plena oficialidad del aranés en el territorio de Arán.

Así, la oficialidad del aranés implica, en primer lugar, que el aranés, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, es reconocido por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. A ello se refiere, expresamente, el artículo 9.1 de la Ley 1/2015, cuando señala que «los actos administrativos y las disposiciones generales, así como los instrumentos de fe pública, dictados en aranés, producen plenos efectos jurídicos» y el artículo 2.4 *in fine* de la Ley 35/2010, que declara que «los actos jurídicos en esta lengua tienen plena validez y eficacia, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos con relación a las demás lenguas oficiales». Este reconocimiento se instrumenta en la Ley 35/2010 con previsiones más concretas, tales como la oficialidad de la versión aranesa de las leyes del Parlamento catalán (artículo 7.1), la validez de los documentos públicos otorgados en aranés (artículo 8.1) y de los documentos privados de cualquier naturaleza redactados en aranés (artículo 8.4), la validez, sin necesidad de traducción, de las actuaciones judiciales orales y escritas realizadas en Arán en aranés (artículo 9.1) o la validez de los asentamientos registrales realizados en aranés (artículo 10.1).

En segundo lugar, de la oficialidad del aranés debe desprenderse, también, que los poderes públicos han de asegurar su conocimiento a los ciudadanos, mediante su enseñanza en los centros escolares, al igual que ocurre con el resto de lenguas cooficiales en sus respectivas Comunidades Autónomas. Ciertamente, ya el EAC 1979, que no reconocía la oficialidad del aranés, imponía un mandato estatutario de enseñanza del habla aranesa⁴⁰. El reconocimiento estatutario del aranés en 2006 ha proyectado este deber

⁴⁰ En desarrollo de este mandato estatutario, la LNL en su artículo 28.4 establecía que el Consejo Ejecutivo de la Generalidad debía proporcionar los medios que garantizaran la enseñanza y en uso del aranés en los centros escolares del Valle de Arán. Este precepto, a su vez, fue objeto de desarrollo normativo a través de diversas órdenes y decretos. Para una explicación más detallada en relación con esta embrionaria política de normalización lingüística del aranés durante los años ochenta y noventa del siglo pasado cfr. Pla Boix (2021, pp. 164-172).

público a otra dimensión de protección, mucho más intensa. Recuérdese, además, que desde la aprobación del EAC 2006 el aranés está amparado por el máximo nivel de protección de la CELRM, lo que implica que, en las Comunidades con lengua oficial propia, deben preverse centros docentes en número suficiente para garantizar, a todos los que lo deseen, la posibilidad de recibir la totalidad de la enseñanza de los distintos niveles y etapas educativas no universitarias en aranés (Milian i Massana, 2013a, pp. 16 y 17)⁴¹.

El capítulo IV de la Ley 35/2010, dedicado a la “Enseñanza”, desarrolla este mandato estatutario (y constitucional), destacando especialmente los artículos 13 y 14, que declaran el aranés como lengua vehicular y de aprendizaje habitual en los centros educativos de Aragón (tanto en la enseñanza infantil como en la educación primaria y secundaria), de acuerdo con lo establecido en la normativa general de educación. Asimismo, el artículo 8.1 letra c) de la Ley 1/2015 declara también que el aranés es «la lengua normalmente utilizada como lengua vehicular y de aprendizaje en los centros educativos de Aragón». En plena consonancia con estos preceptos, el artículo 17 de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/2009, de 10 de julio, de Educación, determina que «el occitano, denominado aranés en Aragón, es la lengua propia de este territorio, de acuerdo con el artículo 6.5 del Estatuto, y es como tal la lengua vehicular y de aprendizaje habitual en los centros educativos de Aragón»⁴².

Sin embargo, el recurso de inconstitucionalidad presentado por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario popular contra la Ley catalana de Educación incluía, entre los preceptos combatidos, el mencionado artículo 17. Entre otras cuestiones, los recurrentes alegaron, con escaso acierto, que dicho precepto vulneraba «el reparto de competencias porque no depende del Parlamento de Cataluña el reconocimiento del occitano o aranés como lengua oficial»⁴³. Tal recurso fue finalmente resuelto mediante la STC 51/2019, de 11 de abril, que afirmó con rotundidad que la «invasión competencial que se imputa a este precepto no puede prosperar, pues es evidente que el estatuto de oficialidad del aranés ha sido fijado por una norma estatutaria, tal como prevé el art. 3.2 CE, y ese reconocimiento tiene proyección sobre el uso de dicha lengua en el sistema educativo en el territorio en que la misma tiene carácter cooficial» (FJ 5). En este sentido, pues, el artículo 17 de la Ley 12/2009 es desarrollo legítimo del mandato estatutario por lo que respecta a la educación en el territorio de Aragón.

Lo que sí precisa el Tribunal Constitucional en su sentencia es que cuando el precepto se refiere al aranés como lengua vehicular y de aprendizaje habitual en los centros educativos de Aragón, no lo hace como la única lengua que debe ser utilizada en la enseñanza en este territorio, siguiendo en este punto lo establecido, respecto de la enseñanza del catalán, en la STC 31/2010⁴⁴. De este modo, el Tribunal declara el precepto conforme a la Constitución, siempre y cuando se interprete que, con la mención del aranés, no se priva ni al castellano ni al catalán de la condición de lenguas vehiculares y de aprendizaje en la enseñanza.

Por último, de la declaración de oficialidad del aranés se desprende un derecho de uso de dicha lengua oficial para los ciudadanos del territorio aranés respecto de todas las Administraciones en él radicadas. Ello incluye, por lo tanto, no solo a la Administración local y autonómica, sino también a la Administración estatal, en los exactos mismos términos que para el caso de la oficialidad del catalán en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Se trata, en definitiva, de que cualquier ciudadano tiene derecho a expresarse y ser atendido en aranés en sus relaciones, orales y escritas, con cualquier administración o institución pública

⁴¹ La previsión de la CELRM no alcanza a todos los centros de enseñanza ni al conjunto de todos los alumnos; la Carta no impone un modelo o sistema homogéneo para todos, sino que obliga únicamente a garantizar la enseñanza en la lengua regional o minoritaria (en catalán en Cataluña, en aranés en Aragón) a quien así lo quiera (Milian i Massana, 2013a, p. 18).

⁴² Recientemente se ha aprobado la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2022, de 9 de junio, sobre el uso y el aprendizaje de las lenguas oficiales en la enseñanza no universitaria, que afirma, respecto del uso y aprendizaje del aranés en Aragón (Disposición adicional) que «en los centros educativos de Aragón, los proyectos lingüísticos deben garantizar el aprendizaje y el uso curricular y educativo habitual del aranés, lengua propia de este territorio, de conformidad con lo establecido por la normativa aplicable». Como se observa a primera vista, el aranés no recibe la denominación de lengua vehicular, como sí el catalán (tampoco la recibe el castellano) que, como lengua propia de Cataluña, «es la lengua normalmente utilizada como lengua vehicular y de aprendizaje del sistema educativo». Ciertamente, habrá que estudiar con detalle cuál es el encaje de esta nueva y controvertida Ley del Parlamento catalán en el conjunto del ordenamiento jurídico y si puede acomodarse, o no, a la normativa ya existente y, particularmente, a las previsiones estatutarias y constitucionales. En cualquier caso, ya ha desatado una tormenta política en Aragón, cuyo Consejo General ha aprobado una declaración institucional de rechazo (<https://www.conselharan.org/es/declaracion-institucionau-presentada-peth-govern-deth-conselh-generau-enta-exigir-ara-generalitat-de-catalunya-e-ath-parlament-de-catalunya-era-modificacion-dera-lei-8-2022-2-2/>, última consulta 15 de agosto de 2022). Asimismo, la Síndica de Aragón ha solicitado una reunión con el Presidente de la Generalidad sobre esa cuestión (<https://www.conselharan.org/es/era-sindica-daran-sollicite-ua-amassada-damb-eth-president-dera-generalitat-de-catalunya/>, última consulta 15 de agosto de 2022).

⁴³ Cfr. STC 51/2019, Antecedente 2.

⁴⁴ Cfr. STC 51/2019, FJ 24.

radicada en el territorio de Arán. En esta línea se inscriben los derechos lingüísticos que prevén, en términos muy similares, tanto el artículo 3 de la Ley 35/2010, como el artículo 9 de la Ley 1/2015: derecho conocer y utilizar el aranés; derecho a ser atendido oralmente y por escrito en aranés en las relaciones con todas las administraciones públicas en Arán, incluida la administración electoral, y con las entidades públicas y privadas que de ellas dependen; derecho a utilizar el aranés en las relaciones con la justicia, el notariado y los registros públicos, y a recibir documentación en dicho idioma si los ciudadanos así lo solicitan, sin que ello suponga coste adicional.

Lógicamente, el correlato de tales derechos lingüísticos es el deber de disponibilidad lingüística del personal al servicio de las Administraciones públicas radicadas en el territorio. A tal efecto, existen diversas previsiones en la Ley 35/2010 que buscan hacer efectivo aquellos derechos, mediante el aseguramiento de un adecuado conocimiento del aranés de los empleados públicos que prestan servicios en territorio aranés. Así, el artículo 5.5 de la Ley 35/2010 establece que «en los procesos de selección de los funcionarios y del personal laboral del Consejo General de Arán, de los entes locales de Arán y de los organismos que dependen de ellos, debe acreditarse el conocimiento del aranés, en el grado adecuado a las funciones propias de las plazas correspondientes, de acuerdo con la normativa vigente», mientras el artículo 14.4 exige acreditar la competencia oral y escrita en aranés en la provisión de puestos de trabajo de profesores de los centros educativos públicos de Arán.

Previsiones similares se establecen también para ámbitos concretos, si bien el conocimiento del aranés deja de constituir un requisito para pasar a ser un simple mérito. Así aparece, por ejemplo, en el artículo 8 («en la provisión de las notarías en Arán, el conocimiento del aranés se valora como mérito») y en el artículo 9 («el conocimiento del aranés se valora como mérito, en la forma que establezcan las leyes, para la provisión de plazas de personal judicial y de personal al servicio de la Administración de justicia en Arán»), mientras la redacción del artículo 10 es excesivamente vaga en este sentido, afirmando simplemente que «las oficinas de los registros de Arán deben estar en condiciones de atender a las personas que se expresen en aranés».

Por último, debemos recordar que, en ningún caso es posible derivar, de la declaración de oficialidad del aranés, la existencia de un deber de conocimiento para los ciudadanos residentes en el territorio de Arán. En efecto, y tal y como ya señalamos en relación con el catalán, el deber de conocimiento para los ciudadanos únicamente viene establecido en la Constitución para el castellano, sin que ninguna otra norma, ni siquiera estatutaria, pueda imponer tal deber de conocimiento para otro idioma oficial distinto. El legislador estatutario catalán, en cualquier caso, no previó expresamente un deber de conocimiento del aranés (a diferencia de lo que sí hizo, de manera inconstitucional, para el catalán), por lo que no se plantean dudas de constitucionalidad en este punto.

3.2.2. La oficialidad limitada del aranés en Cataluña

Junto con esta oficialidad plena del aranés en el territorio de Arán, el EAC 2006 introduce, como novedad destacable, la oficialidad limitada del aranés fuera de dicho territorio, pero dentro de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Así lo establece, con claridad, el artículo 36.2 EAC 2006, cuando afirma que «los ciudadanos de Arán tienen derecho a utilizar el aranés en sus relaciones con la Generalidad». Se proyecta, de este modo, la oficialidad del aranés más allá del territorio de Arán; fuera, por lo tanto, de su dominio lingüístico (Pla Boix, 2006, pp. 272 y 273), lo que ha sido calificado como «hito histórico» (Pla Boix, 2021, p. 182). Puede hablarse, así, de una suerte de oficialidad extraterritorial del aranés, si bien limitada únicamente a las relaciones de los ciudadanos de Arán con la Generalidad. En relación con esto último, cabe entender que se refiere, como mínimo, a la Administración de la Generalidad y el sector público que de ella dependa (Moral Ajado, 2017, p. 424), si bien algún autor lo extiende a los poderes públicos con carácter general, incluyendo –erróneamente a nuestro entender– también el Parlamento de Cataluña y al Poder Judicial (a «los órganos judiciales generales» *sic*) (Marí, 2015, p. 246).

Lo cierto, sin embargo, es que el desarrollo legislativo del precepto estatutario en este punto parece haber sido mucho más cicatero de lo que originariamente se pretendía y, desde luego, mucho más reducido de lo que la doctrina ha querido admitir.

Es verdad que el artículo 6 de la Ley 35/2010, dedicado al uso institucional del aranés en Cataluña (fuera de Arán), comienza con toda una declaración de intenciones, al establecer que las actuaciones administrativas orales y escritas de la Generalidad, los entes locales catalanes y la Administración del Estado, realizadas en Cataluña en aranés serán válidas, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos con

relación a las demás lenguas oficiales. Sin embargo, cuando seguidamente pasa a delimitar los derechos lingüísticos de los ciudadanos, observamos cómo el derecho de opción lingüística se configura en términos muy limitados, circunscrito estrictamente a sus «relaciones escritas con la Administración de la Generalidad y los organismos y empresas que dependen de ella en cualquier parte de Cataluña» (apartado 2)⁴⁵. Ello se completaría, a lo sumo, con la previsión del apartado 4, que impone a la Generalidad (y a su organización institucional, se entiende) la obligación de poner a disposición de los ciudadanos en aranés los impresos, formulario y textos administrativos de uso frecuente. Por lo que se refiere a la dimensión oral del derecho de opción lingüística, esta sería aún más reducida, pues quedaría limitada al «servicio unificado de información y consulta ciudadana de la Generalidad» (apartado 2)⁴⁶.

De lo que parece tratarse, por lo tanto, es de que se permita al ciudadano que presente documentación escrita en aranés sin que se le pueda exigir ningún tipo de traducción. Quedarían fuera de ese derecho de opción lingüística las relaciones escritas de los ciudadanos de Aragón con el resto de Administraciones e instituciones públicas radicadas en Cataluña.

Por último, debemos señalar la extrañeza que causa el apartado 4 del artículo 6 Ley 35/2010, que indica que «las instituciones de la Generalidad y los entes locales que ejerzan competencias en Aragón deben poner a disposición de los ciudadanos en aranés los impresos, formularios y textos administrativos de uso frecuente. En las relaciones con estas instituciones y estos entes, los ciudadanos tienen el derecho de recibir en aranés las notificaciones y comunicaciones escritas, sin perjuicio de la oficialidad del catalán y el castellano». Por una parte, no se entiende muy bien a qué entes locales que ejerzan competencias en Aragón (pero radicados fuera de Aragón, puesto que estamos en el artículo 6 Ley 35/2010) se refiere el precepto. Téngase en cuenta, en este sentido, que el artículo 5 de la Ley 1/2015 señala que «Aragón, por su carácter singular, no puede ser incluido dentro de ninguna división territorial ni administrativa de Cataluña que no sea él mismo». De ello se desprende, por ejemplo, que en la división comarcal Aragón debe constituir en sí misma una comarca entera, como de hecho ocurre. De este modo, los entes locales que, radicados fuera de Aragón, ejercen competencias en Aragón quedarían limitados fundamentalmente a la Provincia (de Lérida, en la que se encuadra el territorio de Aragón) y, en su caso, si se constituyeran, a mancomunidades y comunidades de municipios.

Por otra parte, el precepto llama la atención también porque no encaja plenamente con lo que se establece en el apartado 2 del mismo artículo 6 Ley 35/2010. Según este último precepto, el derecho de opción lingüística de los ciudadanos fuera de Aragón está limitado a las relaciones escritas con la Generalidad y su sistema institucional, quedando fuera, por lo tanto, los entes locales no radicados en Aragón (ejercen o no competencias en Aragón). Sin embargo, en el apartado 4 del mismo artículo 6 Ley 35/2010 se indica que los ciudadanos sí tienen derecho, cuando se relacionen con entes locales que ejercen competencias en Aragón, a recibir en aranés notificaciones y comunicaciones escritas. Una interpretación literal de estos preceptos parece dar a entender que los ciudadanos no pueden presentar documentación en aranés a los entes locales que ejercen competencias en Aragón (apartado 2, a sensu contrario) pero sí pueden, en cambio, exigir que estos entes se comuniquen con ellos y les hagan notificaciones en aranés. Quizás lo más razonable sería extender el ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 6 Ley 35/2010, incorporando al mismo las relaciones escritas con «los entes locales que ejerzan competencias en Aragón».

4. EL ARANÉS COMO LENGUA PROPIA DE USO NORMAL Y PREFERENTE

De lo analizado hasta ahora cabe concluir que la declaración de oficialidad del aranés, efectuada por el artículo 6.5 EAC 2006 y desarrollada por el legislador autonómico ordinario, no plantea problemas jurídico-constitucionales. Por el contrario, su desarrollo legislativo sí merece un juicio más crítico, según hemos visto; sobre todo, por su extensión, extraordinariamente reducida.

⁴⁵ Por su parte, el artículo 6.4 Ley 35/2010 *in fine* añade que los ciudadanos tienen derecho, en sus relaciones con las instituciones de la Generalidad, a «recibir en aranés las notificaciones y comunicaciones escritas, sin perjuicio de la oficialidad del catalán y el castellano», lo que en realidad no es sino una reiteración del principio general previsto en el apartado 2.

⁴⁶ Este ámbito tan reducido del derecho de opción lingüística explica y justifica que el correlativo deber de disponibilidad lingüística se haya regulado de forma muy débil. Así, el artículo 6.6 de la Ley 35/2010 señala que «en el proceso de selección para la provisión de puestos de trabajo de la Administración de la Generalidad y de los entes locales de Cataluña, el conocimiento de la lengua regulada por la presente ley puede ser valorada como un mérito, en los términos que se determinen por reglamento. El conocimiento oral y escrito de la lengua propia de Aragón puede ser también un requisito para la provisión de puestos de trabajo de la Generalidad fuera de Aragón si, de acuerdo con la relación de puestos de trabajo, les corresponden funciones que lo justifiquen, especialmente las relacionadas con la atención oral o escrita a la ciudadanía, la enseñanza, las relaciones institucionales, las de asesoramiento lingüístico o las de proyección exterior y fomento del uso».

Cuestión distinta es, en cambio, la discusión suscitada en torno al uso preferente del aranés, que aparece previsto de forma reiterada en ambas leyes. En efecto, además de desarrollar la declaración estatutaria de la oficialidad del aranés, tanto la Ley 35/2010 como la Ley 1/2015 incorporaron a su articulado el principio del aranés como lengua propia de Aragón. Así lo establece el artículo 2.1 de la Ley 35/2010, al afirmar que «el aranés, nombre que recibe la lengua occitana en Aragón, es la lengua propia de este territorio». Una redacción muy similar presenta el artículo 8.1 de la Ley 1/2015.

De esta declaración de «lengua propia»⁴⁷, el legislador autonómico deduce, acto seguido, dos importantes características: la preferencia y la normalidad de uso del aranés. Ambos principios aparecen de forma clara y expresa tanto en la Ley 35/2010 como en la posterior Ley 1/2015, si bien están mucho más desarrollados, como es lógico, en la primera.

En primer lugar, de la «propiedad» del aranés en el territorio de Aragón el legislador autonómico deriva la preferencia de uso del aranés en todas las instituciones de Aragón, especialmente en «el Consejo General de Aragón, la Administración local y las entidades que dependen de ellos, los medios de comunicación públicos, la enseñanza y la toponimia» (artículo 2.3.a de la Ley 35/2010 y 8.1 de la Ley 1/2015).

Esta preferencia se reitera, de forma más detallada, en dos preceptos de la Ley 35/2010, ubicados en el capítulo relativo al «Uso institucional». El primero de ellos regula este uso institucional por lo que refiere a las instituciones y Administraciones públicas en Aragón (artículo 5), mientras el segundo lo hace respecto de las instituciones y Administraciones públicas en el resto de Cataluña, pero fuera del territorio de Aragón (artículo 6). Se trata, de nuevo, de una regulación diferenciada atendiendo a la ya mencionada modulación del principio de oficialidad que se ha establecido en el ordenamiento jurídico catalán.

Así, el apartado 4 del artículo 5 Ley 35/2010 determina que «en los impresos, formularios y textos administrativos de uso frecuente al alcance del público en Aragón, la Generalidad, sin perjuicio de lo establecido por la legislación respecto a las demás lenguas oficiales, debe utilizar el aranés y debe otorgarle una *posición preferente*». Por su parte, el apartado 7 impone a la Administración General del Estado el uso preferente del aranés, como lengua propia del territorio, si bien matiza que «en los términos que esta [la Administración General del Estado] determine». Finalmente, el artículo 6.5 establece que las instituciones de la Generalidad y los entes locales que ejercen competencias en Aragón «deben utilizar *preferentemente* el aranés en sus relaciones institucionales en Aragón». No así los demás entes locales, que también podrán utilizarlo, pero sobre los que no se impone ese uso preferente.

En segundo lugar, de la «propiedad» del aranés en el territorio de Aragón el legislador autonómico deriva, también, que el aranés es la lengua «normalmente utilizada por las Administraciones catalanas en sus relaciones con Aragón, en la forma determinada por la presente ley» (artículo 2.3.b de la Ley 35/2010 y artículo 8.1.a de la Ley 1/2015)⁴⁸.

Todos estos preceptos fueron objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional por parte del Presidente del Gobierno en lo referente, precisamente, al aranés como lengua de uso preferente⁴⁹. Recurso que fue resuelto por unanimidad en la STC 11/2018, de 11 febrero. Sintéticamente, los recurrentes entendían que la imposición de un uso preferente del aranés vulneraba el artículo 3 de la Constitución y el artículo 6 del EAC 2006, por cuanto rompía el necesario equilibrio de las lenguas oficiales y, con ello, quebraba el modelo plurilingüe establecido en el bloque de la constitucionalidad. Por el contrario, la Generalidad alegaba que se trataba de una medida de protección y fomento, proporcionada y razonable, adoptada por el legislador autonómico en ejercicio legítimo de su competencia de normalización lingüística.

Para resolver adecuadamente la controversia suscitada, lo primero que hizo el Tribunal Constitucional fue tratar de determinar qué es lo que pretendía regular el legislador catalán al adoptar aquella normativa sobre el uso de la lengua aranesa; es decir, cuál era su finalidad. Así, según el Tribunal Constitucional, la re-

⁴⁷ Tradicionalmente, tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina han definido la «lengua propia» como aquella lengua característica, histórica, privativa de un determinado territorio, por contraste con la común a todas las Comunidades Autónomas. Cfr. por ejemplo la STC 31/2010, FJ 14.a). En esta concepción de «lengua propia» encaja de forma natural y sin discusión el aranés.

⁴⁸ Entendiendo por «lengua normal» aquella que se usa normal y habitualmente en todos los órdenes de la vida social. Esta «normalidad» es lo que determinará que la lengua normal sea declarada oficial, con las consecuencias que de dicha declaración se desprenden. Así lo afirmó el TC en la STC 31/2010, FJ 14. a).

⁴⁹ El recurso incluía también el artículo 2.3.b) Ley 35/2010, que establecía el aranés como lengua normal de uso porque, según los recurrentes, de dicho uso normal se desprendía una preferencia implícita. Sin embargo, el TC rechazó tales alegaciones, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con el uso preferente (tal y como analizaremos en texto), la declaración de uso normal del aranés no rompe la igualdad entre lenguas oficiales, ni implica exclusión o preferencia del aranés sobre las otras dos lenguas también oficiales, ni las priva de su cualidad de lenguas de uso normal en Aragón. Cfr. STC 11/2018 FJ 5 *in fine*.

gulación de uso de una lengua puede estar relacionada con el estatus de oficialidad de esa lengua (régimen de cooficialidad) o bien con medidas dirigidas a fomentar su uso (normalización lingüística)⁵⁰. Lógicamente, la regulación del estatus de oficialidad solo puede hacerse en relación con lenguas declaradas oficiales, mientras que las medidas de protección y fomento de una lengua pueden ir dirigidas, en principio, a cualquier lengua (incluida la oficial) o modalidad lingüística. Pero es importante destacar, como hace el Tribunal Constitucional, que la Generalidad de Cataluña tiene competencias para la regulación de ambos aspectos, sobre la base de disposiciones constitucionales (artículos 3.2 y 3 y 148.17 CE) y estatutarias (artículos 6.5, 36, 50.1 y 143.2 EAC 2006).

En el caso de los preceptos impugnados de la Ley 35/2010, el Tribunal Constitucional concluyó que «su objeto no es el fomento, difusión y normalización del aranés», sino su «régimen de cooficialidad», pues su finalidad no es otra que «el desarrollo de su estatuto jurídico en cuanto lengua reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos». La ubicación sistemática de los preceptos cuestionados confirmaría esta hipótesis, pues varios de ellos se integran en el capítulo II, dedicado al «uso institucional» (artículos 5 y 6), mientras en el articulado se incorpora un capítulo específico, el VII, dedicado al «fomento y difusión del occitano, aranés en Aragón», que comprende los artículos 21 a 25 y no fueron cuestionados en el recurso planteado⁵¹.

A la vista de todo ello, el Tribunal Constitucional concluyó que el análisis de los preceptos impugnados debía hacerse desde la doctrina constitucional en materia de cooficialidad lingüística. Lo cierto es que este encuadramiento, como veremos seguidamente, facilitó notablemente su tarea, al permitirle recurrir, de forma prácticamente mimética, a los argumentos que ya había utilizado, respecto de la preferencia del catalán, en la STC 31/2010. Recuérdese, en este sentido, que en dicho pronunciamiento se rechazó la posibilidad de que la regulación de la cooficialidad lingüística pudiera incluir la primacía, en el territorio de Cataluña, de una de las lenguas oficiales (el catalán) respecto de la otra (el castellano), ni la postergación o menoscabo de aquel frente a este⁵².

Estas mismas ideas son trasladables, sin especiales esfuerzos interpretativos, a los preceptos impugnados de la Ley 35/2010: igual que no puede atribuirse al catalán la preferencia de uso frente al castellano (lenguas cooficiales en el territorio de Cataluña), no puede atribuirse tampoco una preferencia de uso al aranés frente al catalán y al castellano (los tres cooficiales en Aragón). Y esta traslación la hizo el Tribunal Constitucional en la mencionada STC 11/2018, afirmando con contundencia que la cooficialidad debe sujetarse a «un patrón de equilibrio o igualdad entre las lenguas cooficiales, de forma que en ningún caso ha de otorgarse prevalencia o preponderancia a una frente a otra» (FJ 4). Sobre esta base, declaró inconstitucional y nula la imposición de la preferencia de uso del aranés sobre el catalán y el castellano en los ámbitos a que se refiere el artículo 2.3 letra a) Ley 35/2010.

Una declaración de inconstitucionalidad que el Tribunal basó, sencillamente, en que esta prescripción de uso prioritario guarda un «evidente paralelismo» con el artículo 6.1 EAC 2006, ya declarado inconstitucional y nulo en la STC 31/2010⁵³: «lo que la STC 31/2010 razona respecto a la pretensión del legislador estatutario de atribuir el carácter preferente a una lengua cooficial frente a otra es tanto más aplicable a la posición que pretende atribuir al aranés el legislador autonómico en detrimento de las otras dos lenguas cooficiales en Aragón, por territorialmente limitada que esa primacía haya sido establecida»⁵⁴. A la vista de la STC 31/2010 y del tenor literal de los preceptos impugnados de la Ley 35/2010, cabe preguntarse, aunque sea de forma retórica, por qué el legislador catalán no procedió a modificarlos antes de su entrada en vigor (la ley se aprobó en octubre de 2010, mientras que la STC 31/2010 se dictó el 28 de junio del mismo año) y evitar, así, la irremediable declaración de inconstitucionalidad.

Por los mismos motivos, el Tribunal Constitucional declaró también inconstitucional y nulo el apartado 4 del artículo 5 Ley 35/2010, en la medida en que otorgaba una posición preferente al aranés en determinados

⁵⁰ STC 11/2018, FJ 3.

⁵¹ STC 11/2018, FJ 3.

⁵² El TC afirmaba, en el FJ 14.a) de la STC 31/2010, que la «definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede suponer un desequilibrio del régimen constitucional de la cooficialidad de ambas lenguas en perjuicio del castellano», pues «toda lengua oficial es lengua de uso normal por y ante el poder público», el cual «no puede tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales». Esta idea la reiteró, después, en la STC 165/2013, de 26 de septiembre (en relación con una Ley modificativa de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears), FJ 11 y en la STC 87/2017, de 4 de julio (sobre la Ley de Cataluña 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña) FJ 11.a).

⁵³ Este fue, también, el punto de partida del Abogado del Estado (cfr. Antecedente 2 de la STC 11/2018).

⁵⁴ STC 11/2018, FJ 5.

impresos, formularios y textos administrativos al alcance del público en Aragón⁵⁵. El Tribunal entendió, de nuevo, que una imposición como esta vulneraba el principio de equilibrio e igualdad de trato de cualquiera de las lenguas oficiales, que prohíbe establecer preferencia respecto de ninguna de ellas.

Por otra parte, el apartado 7 del artículo 5 Ley 25/2010 impone a la Administración General del Estado la obligación de usar preferentemente el aranés, si bien con la matización de que dicha obligación lo será «en los términos que esta determine». Ciertamente, y el Tribunal es consciente de ello, la cooficialidad del aranés en Aragón implica, necesariamente, que todas las Administraciones radicadas en ese territorio estén en disposición de atender a los ciudadanos en la lengua oficial que estos elijan. Ahora bien, la imposición del uso preferente del aranés, y además a la Administración General del Estado, vulnera doblemente la Constitución. Por un lado, según se ha dicho más arriba, porque rompe el inexcusable equilibrio entre las (tres) lenguas cooficiales en el territorio. Pero, además, es inconstitucional por cuanto invade la competencia estatal para establecer la regulación concreta del uso del aranés por la propia Administración del Estado⁵⁶, sin que la cláusula «en los términos que esta determine» pueda salvar tal inconstitucionalidad⁵⁷.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nula la palabra «preferentemente» en dicho precepto, así como también, por idénticos motivos, el mismo término en el artículo 6.5 Ley 35/2010. Recuérdese que dicho precepto imponía el uso preferente del aranés a las instituciones de la Generalidad fuera de Aragón, así como a los entes locales que ejercen competencias en Aragón. Lógicamente, si no cabe imponer esa preferencia a los entes públicos radicados en el territorio de Aragón, menos aún cabrá hacerlo respecto de quienes estén radicados en Cataluña, pero fuera de Aragón, por más que puedan, en su caso, ejercer competencias en el territorio aranés.

Una lectura detallada de la STC 11/2018 pone de relieve el importante esfuerzo argumentativo realizado tanto por los Abogados de la Generalidad como por los letrados del Parlamento catalán, para tratar de centrar la discusión jurídico-constitucional en unos términos distintos a los planteados por el Abogado del Estado (y que fueron los que, finalmente, acogió el Tribunal). Así, buena parte de las alegaciones presentadas estaba destinada a justificar que la regulación sobre la preferencia del aranés no pretendía desarrollar la cooficialidad del aranés ni fijar su alcance, sino regular medidas de normalización lingüística. Es decir, medidas encaminadas a destacar y resaltar el uso del aranés, lengua históricamente desfavorecida y en declive, a fin de garantizar su uso por los poderes públicos, y alcanzar la igualdad real con las restantes lenguas oficiales del territorio, pero sin excluirlas.

De este modo, trataban de evitar la aplicación de la doctrina constitucional sobre la preferencia de uso de una lengua oficial sobre otra u otras lenguas oficiales. Aceptar que los preceptos impugnados se movían en el ámbito de la regulación de la cooficialidad suponía admitir la aplicación *quasi* automática de lo señalado en la STC 31/2010 respecto de la preferencia del catalán sobre el castellano, como finalmente ocurrió. Trasladar el debate jurídico, en cambio, al ámbito de las medidas de protección y fomento de la lengua propia, esto es, de la normalización lingüística, podía ofrecerles, quizás, mayores opciones. De ahí los denodados esfuerzos por justificar la diferencia donde, en realidad, no la había⁵⁸.

Es cierto, y así ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional en ocasiones anteriores, que el legislador autonómico es competente para adoptar medidas de política lingüística tendentes a corregir situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, en caso de existir⁵⁹. Se trataría,

⁵⁵ STC 11/2018, FJ 5.

⁵⁶ Pues, si bien la regulación y el alcance de la cooficialidad de la lengua propia es competencia del legislador autonómico, este no puede ejercerla de tal modo que altere el marco constitucional y estatutario y hurte al legislador y a la administración estatal la competencia sobre «la ordenación concreta de la puesta en práctica de aquella regulación legal en cuanto afecte a órganos propios». Cfr. STC 11/2018, FJ 6.b), remitiendo a su vez a la muy anterior STC 82/1986.

⁵⁷ Puesto que, con independencia de los términos que, en su caso, decidiera establecer el legislador estatal, este quedaría vinculado por la obligación de «preservar la efectividad del mandato legal de dar preferencia al aranés», rompiendo el necesario equilibrio entre las lenguas oficiales (STC 11/2018, FJ 5).

⁵⁸ Cfr. STC 11/2018, Antecedente 6.c), donde se argumentaba que no cabía aplicar por analogía la decisión adoptada por el TC respecto del artículo 6 EAC pues, aunque en ambos cuerpos normativos se use la expresión «preferente», su sentido y significado es distinto. Así, según la Letrada del Parlamento catalán, la expresión «preferente» utilizada en una ley ordinaria de normalización lingüística con el propósito de implementar políticas lingüísticas tendentes a conseguir una igualdad real entre una lengua que se encuentra en situación socio-lingüística de extrema precariedad y otras lenguas igualmente oficiales en el mismo territorio pero que no sufren dicha situación no significa, en modo alguno, primacía o prevalencia de una lengua oficial sobre otra también oficial (que es lo que la STC 31/2010 declaró inconstitucional). Significaría, simplemente, dignificar su uso, darle visibilidad pública para destacar que no se está ante una lengua «de mero uso doméstico o informal», sino ante una lengua con pleno reconocimiento oficial.

⁵⁹ STC 31/2010 FJ 14.a) y STC 165/2013, FJ 5.

en este sentido, de medidas de discriminación positiva adoptadas en el marco de la normalización lingüística, con el objetivo de favorecer a la lengua en declive y en una situación desfavorecida.

La posibilidad de adoptar tales medidas no es, sin embargo, enteramente disponible para el legislador autonómico. Según el Tribunal Constitucional, la potestad legislativa tiene, en esta materia, como límite «la necesaria preservación de la garantía de uso normal de las lenguas cooficiales y la prohibición de medidas excluyentes, peyorativas o desproporcionadas que impliquen un desequilibrio para alguna de las lenguas oficiales»⁶⁰. Dicho en otras palabras: no es posible adoptar una medida destinada a garantizar el respeto y la protección de una lengua cooficial que suponga un uso prioritario de esta en detrimento de la otra lengua cooficial (u otras lenguas cooficiales), por más que aquella lengua cooficial que se busque fomentar sea la lengua «propia» del territorio. Una regulación de este tipo está constitucionalmente vedada, por afectar a la esencia de la ordenación del plurilingüismo garantizado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y, en particular, el principio de equilibrio e igualdad entre todas las lenguas oficiales⁶¹. En consecuencia, incluso si la regulación adoptada por el legislador catalán en la Ley 35/2010 hubiera podido encuadrarse en el marco de la normalización lingüística, el juicio de constitucionalidad al respecto habría sido negativo.

Un último apunte en relación con la Ley 1/2015, cuyo artículo 8.1, según hemos señalado *supra*, establece también el uso preferente del aranés en las Administraciones públicas en Aragón. Ciertamente, la ley no ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, pero parece evidente que, en el caso de que algún juez o tribunal se viera en la tesitura de aplicar dicho precepto, este tendría que plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuyo resultado, presumiblemente, sería el mismo que el recurso contra los preceptos declarados inconstitucionales por la STC 11/2018.

5. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar en este estudio, el idioma aranés ha debido recorrer un largo camino hasta su consagración como lengua oficial en aquella parte del territorio español donde es lengua propia (el Valle de Aragón). En efecto, a pesar de que era competencia y responsabilidad del legislador estatutario proceder, en su caso, a su declaración de oficialidad, lo cierto es que el EAC 1979 únicamente le otorgó la consideración de «habla» objeto de enseñanza y especial respeto y protección. Los motivos de esta ausencia no están claros, pero sí lo está que fue querida y buscada, puesto que ninguna de las enmiendas solicitando la inclusión del aranés como lengua oficial en el EAC 1979 fue aceptada.

Para paliar esta situación, el legislador catalán ordinario declaró el aranés oficial en Aragón mediante la Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre el régimen especial del Valle de Aragón. Algunos autores dudaron en ese momento sobre la constitucionalidad de tal declaración, puesto que no era el legislador estatutario quien la realizaba, sino el ordinario. Tales dudas estaban, en nuestra opinión, plenamente fundadas, por cuanto se trataba de una clara vulneración de la reserva estatutaria del artículo 3.2 de la Constitución; algo que se ha visto confirmado recientemente por el Tribunal Constitucional, si bien respecto del bable en el territorio de la Comunidad Autónoma asturiana.

El EAC 2006 sí incorporó una expresa y clara declaración de oficialidad del aranés en su artículo 6.5. Dos son las cuestiones que deben destacarse de dicha declaración, según hemos analizado en páginas anteriores. Por un lado, es importante señalar que la declaración estatutaria del aranés como lengua oficial supone su plena incorporación al ámbito de protección de la CERLRM, en el sentido de que, ahora sí, goza del máximo nivel de protección ofrecido por este convenio internacional. Vale la pena recordar que el instrumento de ratificación utilizado por España deja en manos de los correspondientes Estatutos de Autonomía la determinación de las lenguas regionales o minoritarias españolas que gozan de la máxima protección de la Carta. Fue, por lo tanto, el legislador estatutario quien privó al aranés de esa máxima protección hasta el año 2006.

Por otro lado, debe destacarse la innovación que supone la declaración de oficialidad del aranés en el EAC 2006. Y es que, como ya hemos analizado, se trata de una declaración de oficialidad con una doble dimensión. En primer lugar, es una declaración de oficialidad plena del aranés en el territorio de Aragón, con las consecuencias ineludibles que tal declaración tiene en el ámbito jurídico-público, en relación con los derechos que otorga a los ciudadanos frente a los poderes públicos radicados en dicho territorio y los deberes

⁶⁰ STC 165/2013, FJ 5.

⁶¹ STC 11/2018, FJ 4.

que, consecuentemente, genera en esos mismos poderes públicos. Pero es, también, una declaración de oficialidad extraterritorial, es decir, más allá del dominio lingüístico del aranés. Recuérdese que, tal y como determina el EAC 2006, el aranés es también oficial en todo el territorio de Cataluña, si bien dicha oficialidad quedó sujeta al posterior desarrollo legislativo que, según hemos indicado, ha sido, hasta ahora, más bien modesto y restrictivo.

Por último, la reciente doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la preferencia del aranés, establecida por el legislador catalán en la Ley 35/2010 (y, también, en la posterior Ley 1/2015, aunque la constitucionalidad de esta última no ha sido cuestionada) ha confirmado lo que ya señalara, con anterioridad, en la STC 31/2010: que nuestro modelo lingüístico se basa en el equilibrio o igualdad entre las lenguas cooficiales, sin que pueda otorgarse prevalencia o preponderancia a una frente a otra u otras. Lo cierto es que imponer la preferencia de una determinada lengua oficial, lejos de mejorar o perfeccionar nuestro modelo plurilingüe, parece, más bien, una medida orientada a conseguir la hegemonía de aquella lengua preferente sobre cualquier otra.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albertí Rovira, E. (1995). El régimen lingüístico de la enseñanza (Comentario 337/1994, de 23 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 44, 247-261. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-44-mayoagosto-1995/el-regimen-linguistico-de-la-ensenanza-comentario-la-stc-33-711994-de-23-de-diciembre-2>
- Arzoz Santisteban, X. (2009). Lengua y modalidades lingüísticas en la Constitución española: ¿dos regímenes jurídicos diferenciados? En A. Milian i Massana (coord.), *El plurilingüisme a la Constitució española* (pp. 61-123). Institut d'Estudis Autònoms.
- Cabellos Espiérrez, M. A. (2008). La competencia en materia de lengua propia en el nou Estatut. *Revista de Llengua i Dret*, 49, 69-96. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/888>
- De la Huerza Hidalgo, G. (2001). Las lenguas oficiales en las Administraciones Públicas. *Revista de Administración Pública*, 154, 323-364. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-154-eneroabril-2001/las-lenguas-oficiales-en-las-administraciones-publicas-2>
- Entrena Cuesta, R. (2001). Artículo 3. En F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución* (3.ª edición ampliada, pp. 61-75). Civitas.
- Fernández Farreres, G. (2007). La lengua de la enseñanza. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, 297-348.
- Font i Ribes, A., Mirambell i Abancó, A. (1986). Els conceptes jurídics fonamentals en matèria de dret lingüístic de Catalunya. En J. M. Puig Salellas (coord.), *Llengua i Dret. Treballs del àrea 5 del segon Congrés Internacional de la Llengua Catalana. Barcelona-Andorra 1986* (pp. 112-145). Institut d'Estudis Autònoms.
- Fossas Espadaler, E. (2008). Artículo 3. En E. Casas Bahamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.), M. Pérez Manzano, I. Borrajo Iniesta (coords.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario* (pp. 64-73). Fundación Wolters Kluwer.
- González i Planas, F. (2001). Era Val d'Aran: una comunidad lingüística aislada. *IANUA Revista Philologica Romanica*, 2, 76-88. <http://romaniaminor.org/ianua/ianua02/02lanua03.pdf>
- Lamuela, X. (1984). Política lingüística a la Vall d'Aran. Les regles del joc. *Revista de Llengua i Dret*, 3, 59-64. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/1386>
- Magaldi, N. (2014). De nuevo sobre las obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales entre privados. A propósito de la regulación del Código de Consumo de Cataluña en materia lingüística. *Revista General de Derecho Administrativo*, 35, 1-34. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414355
- Magaldi, N. (2013). Obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales entre privados: ¿régimen de cooficialidad o normalización lingüística? *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159, 151-184.
- Marí, I. (2015). Notes sobre l'ordenament lingüístic d'una Catalunya soberana. Quin model? Quin procés? *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 21, 237-253. <https://raco.cat/index.php/REAF/article/view/292399>
- Milian i Massana, A. (2013a). Marc internacional, constitucional i estatutari dels drets lingüístics en l'ensenyament no universitari. En A. Milian i Massana (coord.), *Els drets lingüístics en el sistema educatiu. Els models de Catalunya i les Illes Balears* (pp. 11-57). Institut d'Estudis Autònoms.
- Milian i Massana, A. (coord.) (2013b). *Drets lingüístics de debó? Els drets lingüístics en les actuacions administratives i en determinades activitats supervisades per les administracions*. Institut d'Estudis Autònoms.
- Milian i Massana, A. (2007). El règim jurídic de la llengua catalana a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya del 1979: balanç i perspectives. *Revista de Llengua i Dret*, 47, 307-349. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/840>
- Milian i Massana, A. (1992). Drets lingüístics i dret fonamental a l'educació. Un estudi comparat: Itàlia, Bèlgica, Suïssa, el Canadà i Espanya. Institut d'Estudis Autònoms.

- Milian i Massana, A. (1990). Ordenamiento lingüístico. En *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña* (pp. 177-203). Institut d'Estudis Autònoms. Disponible en https://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits_actuacio/desenvolupament_autogovern/iea/publicacions/12_llibres-fora-de-coleccio/FC_arxiu-i-vincles/fc_Comentarios-Estatuto-Cataluna-I.pdf
- Milian i Massana, A. (1984). La regulación constitucional del multilingüismo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10, 123-154. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-10-eneroabril-1984/la-regulacion-constitucional-del-inultilinguismo-2>
- Milian i Massana, A. (1983). Les llengües espanyoles diferents de la llengua catalana als Estatuts d'Autonomia. *Revista de Llengua i Dret*, 1, 79-88. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/1352>
- Milian i Massana, A. (1981). Aproximación al régimen jurídico previsto para la lengua catalana en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. *Revista de Administración Pública*, 94, 317-337. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-94-eneroabril-1981/aproximacion-al-regimen-juridico-previsto-para-la-lengua-catalana-en-el-estatuto-de-autonomia-de-2>
- Moral Ajado, X. (2017). La protección legal de l'occità aranès. *Estudis Romànics*, 39, 415-426. <https://doi.org/10.2436/20.2500.01.231>
- Muro Bas, X. (2010). Valoración de los aspectos relativos a la lengua en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña [Especial Sentencia del Estatuto, versión electrónica. Parte del artículo colectivo La lengua, de Milian i Massana, A., Muro Bas, X., Pla Boix, A. M. y Pons Parera, E., pp. 131-153]. *Revista Catalana de Dret Públic*, 139-143. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/149>
- Nogueira López, A. (2014). Mecanismos de garantía de los derechos lingüísticos en España. En A. Pla Boix (coord.), *Garantia dels drets lingüístics. Estudis de cas: Bèlgica, Canadà, Espanya, Itàlia, Moldàvia i Suïssa* (pp. 85-115). Institut d'Estudis Autònoms e-recerca.
- Pallarol i Sánchez, J. (1991). La situación jurídica de la lengua occitana a la Vall d'Aran. *Revista Llengua i Dret*, 16, 139-152. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/1259>
- Pérez Fernández, J. M. (2006). Principios del régimen jurídico-lingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad. En J. M. Pérez Fernández (coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España* (pp. 23-102). Atelier.
- Pla Boix, A. M. (2021). *En defensa del model lingüístic de l'escola a Catalunya. Reflexions per a un debat crític des del dret constitucional*. Institut d'Estudis de l'Autogovern.
- Pla Boix, A. M. (2011). Régimen lingüístico de las Administraciones Públicas en Cataluña: balance y perspectivas. En A. M. Pla Boix (coord.), *El régimen lingüístico de la Administración pública: experiencias en España y Canadá* (pp. 69-95). Atelier.
- Pla Boix, A. M. (2006). La llengua al nou Estatut d'Autonomia de Catalunya. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 3, 259-294. <https://raco.cat/index.php/REAF/article/view/253030>
- Pla Boix, A. M. (2005). *El règim jurídic de les llengües a l'Administració de Justícia*. Institut d'Estudis Autònoms.
- Pons, E., Vernet, J. (2009). La llengua de l'ensenyament a les Comunitats Autònomes amb llengua propia. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 8, 144-191. <https://raco.cat/index.php/REAF/article/view/252062>
- Prieto de Pedro, J. (1990). Libertades lingüísticas, doble oficialidad e igualdad en la jurisprudencia. *Revista de Llengua i Dret*, 14, 5-26. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/981>
- Puig Salellas, J. M. (1983). La doble oficialitat lingüística com a problema jurídic. *Revista de Llengua i Dret*, 1, 53-78. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/1351>
- Puig Salellas, J. M. (1995). La llengua de l'ensenyament. Comentari a la Sentència del Tribunal Constitucional 337/1994, de 23 de desembre. *Revista de Llengua i Dret*, 23, 23-40. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/550>
- Rivero Ortega, R. (2000). Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999). *Revista de Administración Pública*, 151, 343-358. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/46235>
- Rodríguez, Á. (2011). El régimen lingüístico de la Administración del Estado en España. En A. M. Pla Boix (coord.), *El régimen lingüístico de la Administración pública: experiencias en España y Canadá* (pp. 15-31). Atelier.
- Solozábal Echevarría, J. J. (1999). El régimen constitucional del bilingüismo. La cooficialidad lingüística como garantía institucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, 11-41. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-55-eneroabril-1999/el-regimen-constitucional-del-bilinguismo-2>
- Urrutia Badiola, A. M., (2016). Lengua vasca, cooficialidad lingüística y relaciones jurídicas inter privados. Análisis desde la perspectiva del euskera en el Derecho privado español, el francés y el de la Unión Europea. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Vernet i Llobet, J. (2011). El marc constitucional i estatutari del plurilingüisme. En A. M. Pla Boix (coord.), *Reptes del dret lingüístic català. Reflexions per a un debat crític* (pp. 13-47). Institut d'Estudis de l'Autogovern.
- Vernet i Llobet, J. (2007). El pluralismo lingüístico. En J. Vernet i R. Punset, *Lenguas y Constitución*. Iustel.
- Vernet i Llobet, J., Pla i Boix, A. (2004). La llengua catalana i un nou Estatut d'Autonomia per a Catalunya. *Revista de Llengua i Dret*, 41, 141-174. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/732>



Referencia: Gifreu Font, J. (2022). La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso? *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 77-99. <https://doi.org/10.24965/reala.11117>

La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso?

The strategy to reduce the temporary nature of public employment in Law 20/2021: a cure-all to definitively eradicate long-term temporary employment relationships or a temporary solution to get out of the situation?

Gifreu Font, Judith

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6893-3590>

judith.gifreu@uab.cat

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro de la Comisión Jurídica Asesora, Generalitat de Cataluña. Directora de la Cátedra Enric Prat de la Riba de Estudios Jurídicos Locales y codirectora de la Cátedra Barcelona de Estudios de Vivienda. Sus principales líneas de investigación se centran en el derecho local, la ordenación del territorio y el urbanismo, la vivienda y la sostenibilidad ambiental.

RESUMEN

El ordenamiento jurídico español supedita el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo en el sector público a la previa superación de un proceso selectivo en el que deben respetarse los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. No obstante, este marco teórico-normativo se ha topado de bruces con una realidad caracterizada por las ingentes entradas de personal temporal en las administraciones públicas, a través de relaciones de servicio de duración determinada que se han ido encadenando hasta acabar desdibujando sus contornos. Esta relajación por parte del empleador público ha alimentado durante años un problema estructural de nombramientos y contrataciones irregulares o en fraude de ley, contribuyendo a perpetuar que las plazas cubiertas temporalmente no sean provistas con carácter definitivo mediante el nombramiento de empleados públicos con una relación de servicio de duración permanente. El presente trabajo realiza una diagnosis de la temporalidad en las administraciones públicas españolas en el marco de la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, a la par que reflexiona sobre las consecuencias de la utilización abusiva de estas relaciones de servicio de duración determinada y las necesidades futuras del modelo para evitar reincidir en esta problemática.

PALABRAS CLAVE

Acceso al empleo público; abuso de temporalidad; igualdad, mérito y capacidad; estabilización del empleo temporal; indefinido no fijo.

ABSTRACT

The Spanish legal system makes access to the status of career civil servant or permanent staff in the public sector subject to the prior passing of a selection process in which the constitutional principles of equality, merit and ability must be respected. However, this theoretical-regulatory framework has come up against a reality characterised by the huge influx of temporary staff into public administrations, through fixed-term service relationships that have been chained together until their contours have become blurred. This relaxation on the part of the public employer has for years fuelled a structural problem of irregular or fraudulent appointments and recruitment, contributing to the perpetuation of the fact that positions filled temporarily are not filled definitively through the appointment of public employees with a permanent service relationship. This paper makes a diagnosis of temporary employment in Spanish public administrations within the framework of Law 20/2021, of 28 December, on urgent measures to reduce the temporary nature of public employment, while reflecting on the consequences of the abusive use of these fixed-term service relationships and the future needs of the model.

KEYWORDS

Access to public employment; abuse of temporality; equality, merit and capacity; stabilisation of temporary employment; indefinite non-fixed term.

SUMARIO

1. DE CÓMO LA AUSENCIA DE MEDIDAS LEGALES ADECUADAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO HA PROPICIADO EL USO ABUSIVO Y FRAUDULENTO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA A LA CONTENCIÓN DEL ABUSO DE TEMPORALIDAD. 3. LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ENTRE LA REFORMA ESTRUCTURAL Y EL REMIENDO NORMATIVO. 3.1. LA TEMPORALIDAD ¿NOVEDAD O RÉMORA SISTÉMICA? 3.2. LA REDUCCIÓN DEL ABUSO DE TEMPORALIDAD MEDIANTE LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL. 3.2.1. La estabilización mediante métodos selectivos que privilegian al personal temporal. 3.2.2. El desarrollo de los procesos de estabilización en la Administración local. 3.2.3. El difícil ensamblaje de los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procesos de estabilización. 3.3. MEDIDAS PARA EVITAR PRO FUTURO EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD: EL APUNTALAMIENTO DEL CARÁCTER TEMPORAL DEL FUNCIONARIO INTERINO. REFLEXIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. DE CÓMO LA AUSENCIA DE MEDIDAS LEGALES ADECUADAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO HA PROPICIADO EL USO ABUSIVO Y FRAUDULENTO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El elevado porcentaje de empleados temporales¹ que presta sus servicios en el sector público español, especialmente en las administraciones autonómica y local², constituye un problema estructural de primer

¹ A lo largo de este trabajo, el concepto de «empleado temporal» se usa en sentido laxo, para englobar a todo el personal no permanente de las administraciones y de su sector público.

² La temporalidad en el sector público no deja de aumentar, alcanzando un porcentaje del 32,5% en el primer trimestre de 2022 –frente al 30,4% del primer trimestre de 2021–, lo que supone un máximo histórico que supera en más de 10 puntos la tasa de temporalidad en el sector privado (datos de la Encuesta de Población Activa). No obstante, los niveles de temporalidad difieren en función de la Administración pública de que se trate. Según el sindicato CSIF, está alrededor del 10% en la Administración General del Estado, por encima del 30% en las CCAA y en el 25% en la Administración Local. Por ejemplo, en Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona y la Diputación de Barcelona van a ofertar 3.656 plazas durante el año 2022 (2.000 de las cuales corresponden al consistorio y sus entes públicos dependientes, mientras que las 1.656 plazas restantes son ofertadas por la Diputación y sus organismos autónomos). *El Periódico*, 16 de mayo de 2022. Por su parte, la Generalitat de Catalunya ha aprobado la Oferta de Ocupación Pública de Estabilización de la Ocupación Temporal (Acuerdo GOV/105722, de 24 de mayo, con una oferta de 46.845 plazas: 11.776 plazas del sector de personal de administración y servicios, 27.433 plazas de funcionarios de cuerpos docentes no universitarios y personal laboral docente y 7.636 plazas de personal estatutario de los servicios de salud y laboral al servicio del Instituto Catalán de la Salud). Simultáneamente, se autoriza el incremento de la plantilla presupuestaria de 37 entidades del sector público de la Administración de la Generalitat a los efectos del proceso de estabilización del empleo temporal (Acuerdo GOV/106/2022, de 24 de mayo, mediante el cual se autoriza la ampliación de plantilla presupuestaria en 668 plazas debido a la creación o ampliación de los servicios públicos derivados de la incorporación de las funciones asignadas a 711 puestos de trabajo coyunturales a la estructura de las entidades del sector público, que son necesarios

orden que lastra y repercute negativamente en la prestación de unos servicios públicos estables y de calidad, especialmente en sectores estratégicos como la educación, la sanidad y los servicios sociales³. Pero la temporalidad prolongada artificialmente mediante nombramientos o contrataciones que se encadenan o se encubren bajo tipologías contractuales diversas, con el fin de atender necesidades que no son de carácter coyuntural, puntual o esporádico sino estable y permanente, no sólo distorsiona el funcionamiento del sistema público y atenta contra los principios de eficacia, eficiencia y buena administración, sino que además constituye, a ojos del Derecho de la UE, un comportamiento abusivo del empleador público que exige la pronta adopción por las autoridades nacionales de medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias como garantía de protección de los colectivos afectados.

Como ha destacado la STJUE de 19 de marzo de 2020, las contrataciones y nombramientos en fraude de ley son un fenómeno harto habitual en el sector público español. Sin embargo, la pasividad normativa del legislador español y la elusión de decisiones administrativas para dar cumplimiento a los fines de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada –pendiente aún de transposición en el ámbito de las relaciones funcionariales y laborales del sector público–, amén de otras causas igualmente coadyuvantes, han alimentado durante años una bola de nieve que ha ido creciendo merced a la perpetuación y consolidación de un modelo asentado en buena medida en la sucesión de nombramientos y contratos de interinidad o en su renovación implícita. Aunque el art. 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP) prescribe que los procesos selectivos para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada deben organizarse en el plazo de 3 años, no garantiza que estos procesos efectivamente se realicen, propiciando el incumplimiento por parte de las administraciones públicas de dicha obligación legal⁴. La crisis financiera y económica que sacudió al país a partir de 2008 –y, más concretamente, las restricciones presupuestarias que prohibían ejecutar ofertas de empleo público entre los años 2009 y 2017– ha sido utilizada para justificar transitoriamente la congelación de convocatorias de procesos selectivos⁵, pero la necesidad de atajar esta situación no admitía más dilaciones. Ciertamente, el Gobierno Rajoy intentó lidiar con el abuso de temporalidad mediante la convocatoria de procesos selectivos de estabilización del empleo público, acordados con los sindicatos y circunscritos a los puestos del personal en situación de abuso, a través de ofertas públicas de empleo de libre concurrencia⁶, pero las medidas llegaban tarde y mal. Hay que recordar que la Comisión Europea tiene abiertos dos procedimientos de infracción contra España por violación de la Directiva 1999/70/CE en materia de discriminación de los trabajadores temporales (2014/4224) e incumplimiento de la cláusula 5.ª sobre el abuso de temporalidad (2014/4334) y que la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo ha admitido una queja contra el abuso de la temporalidad en el sector público español (0832/2021) interpuesta por la Asociación EPA (empleados públicos abusados), la cual esgrime que restringe sus derechos y los deja indefensos y desprotegidos al no tener derecho ni a indemnización por cese ni a la compensación por no superar el proceso selectivo.

para su funcionamiento regular en la medida que se vinculan al desarrollo de funciones permanentes y estables). A nivel estatal, pueden consultarse la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (con novedades destacadas en la oferta de empleo público, entre ellas las relativas a la tasa de reposición de efectivos –que, en general, será del 110 % para todos los sectores, con algunas excepciones, y se prevé que las entidades locales que tengan amortizada su deuda financiera a 31 de diciembre del ejercicio anterior tengan una tasa de reposición del 120 %–, la flexibilización en su cálculo y la nueva convocatoria de plazas no cubiertas siempre que no hayan transcurrido más de 3 años desde la publicación de la oferta); el Real Decreto 407/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2022 (que incluye la oferta de empleo público de funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, de conformidad con lo establecido en el art. 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local); y el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

³ En muchos casos, los ciudadanos acaban siendo «víctimas indolentes» de las disfunciones que el problema de la temporalidad en el empleo público provoca en la prestación de los servicios públicos, dado el escaso interés y la ausencia de crítica que muestran por su gestión y organización (Nevado-Batalla, 2021, p. 124).

⁴ El Tribunal Supremo ha declarado que el plazo de 3 años fijado por el art. 70 EBEP para la convocatoria de los procesos de consolidación de empleo no opera de modo automático, y que son las circunstancias específicas del caso son que determinarán si una relación temporal debe calificarse como abusiva o fraudulenta (STS de 24 de abril de 2019, rec. 1001/2017).

⁵ El argumento de la restricción presupuestaria para justificar la falta de medidas preventivas contra la utilización abusiva de las relaciones de servicio temporales ha sido refutado por la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/19, asunto IMIDRA).

⁶ Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo.

Finalmente, como reacción legislativa a las exigencias del Derecho de la UE y a la doctrina con origen en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el legislador interno ha tomado las riendas del problema abordándolo –con menor profundidad de la requerida– mediante la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (LMRT), que trae causa del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, tramitado como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia⁷. La Ley sienta las bases para la transformación del actual modelo de función pública a fin de que las políticas de recursos humanos garanticen un empleo estable y de calidad que aumente la productividad y permita una prestación adecuada y eficaz de los servicios públicos a la ciudadanía. Para ello, aspira a situar la tasa de temporalidad estructural por debajo de la cifra mítica del 8 % en el conjunto de las administraciones públicas españolas⁸, actuando, de acuerdo con su preámbulo, bajo tres premisas: (1) la adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, (2) la articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude a futuro y (3) la potenciación de las herramientas y de una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos. Conforme a estos objetivos generales, se refuerza el carácter temporal del funcionario interino, objetivando las causas de cese y precisando el plazo máximo de duración del nombramiento (art. 1), y se autorizan dos nuevos procesos de estabilización de empleo público (art. 2 y DA sexta), que se añaden a los autorizados para los años 2017 y 2018⁹. Con el fin de evitar dilaciones se prevé que estos procesos se desarrollen en un plazo expeditivo (bienio 2022-2024¹⁰) que se adivina sumamente breve para encarrilar adecuadamente los embates que va a provocar en el sector público la aplicación de todas estas medidas. De hecho, la celeridad con la que se ha producido la aprobación de la Ley y el apremio en su implementación, después de tantos años de mirar hacia otro lado, se explica en parte por la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en el componente 11 (Modernización de las Administraciones Públicas) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, al objeto de recibir los fondos europeos con los que afrontar la reducción de los altos niveles de temporalidad en el empleo público, en el marco de una ineludible planificación de la gestión de los recursos humanos. Merece asimismo mención el diseño de un nuevo régimen de responsabilidades administrativas ante el incumplimiento de las medidas dirigidas al control de la temporalidad, particularmente, la inadecuada utilización de la figura de personal funcionario interino (nueva DA decimoséptima TREBEP). La novedad radica en la norma en la que se inserta (norma básica) –pues se trata de una redacción similar a la contenida en las leyes de presupuestos generales del Estado para 2017 y 2018– y en los sujetos responsables, dado que la responsabilidad que antes recaía específicamente en los órganos competentes en materia de personal se traslada a la Administración correspondiente en su conjunto (Roqueta y Goerlich, 2021). No parece, sin embargo, que esta traslación vaya a mejorar las cosas puesto que desdibuja aún más la posibilidad de identificar el sujeto responsable del incumplimiento, alejándose así de la perspectiva del legislador de tratarla como una medida disuasoria. Sin perjuicio de las responsabilidades que puedan proceder de acuerdo con la normativa de cada una de las administraciones públicas, dicha responsabilidad se vehicula mediante la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos, pactos, acuerdos y disposiciones reglamentarias cuyo contenido suponga, directa o indirectamente, un incumplimiento de los plazos máximos de permanencia del personal temporal, configurándose como una nueva causa de nulidad de pleno derecho específica de la función pública que se une a las previstas en el régimen administrativo general del art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante LPAC). Tal medida no tiene en sí misma un carácter efectivo y disuasorio, puesto que se limita a seguir los cauces generales de los actos administrativos viciados. Por ello, se ha previsto que el

⁷ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 27 de enero de 2022, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 6345-2021, promovido por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, contra el Real Decreto-ley 14/2021.

⁸ El ámbito de aplicación de los procesos de estabilización se extiende igualmente a las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales y las fundaciones y consorcios del sector público (DA séptima LMRT).

⁹ *Vid.* los arts. 19.uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. El art. 2 LMRT incluye las plazas afectadas por las tasas de reposición adicionales para la estabilización del empleo temporal que fueron autorizadas por dichas leyes, siempre que se hubieran incluido en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización y no se hubieran convocado o bien, habiendo sido convocadas y resueltas, hubiesen quedado sin cubrir. *Vid.* asimismo las DA sexta y octava LMRT.

¹⁰ La oferta de empleo público de estabilización debe publicarse en el BOE antes del 1 de junio de 2022 mientras que las convocatorias de los procesos selectivos lo harán antes del 31 de diciembre de 2022, debiendo finalizar antes del 31 de diciembre de 2024 (arts. 2.2 LMRT y 5 del RD 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021).

incumplimiento de plazos de lugar, asimismo, a una compensación económica que varía en función del sujeto pasivo del abuso y que nace a partir del cese efectivo, siempre que no se haya producido por razones disciplinarias o renuncia voluntaria.

Paralelamente, aunque no podemos entrar en su análisis, no puede perderse de vista el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, –convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2022–, que promueve la contratación indefinida para frenar la elevada tasa de temporalidad y luchar contra la precariedad laboral, y que va a tener en adelante una incidencia palmaria en las fórmulas de contratación temporal, en especial en la esfera local, donde dicho vínculo jurídico es mayoritario^{11 12}.

Por la trascendencia de estas previsiones legales, interesa examinar en adelante el impacto de dicha regulación desde una doble perspectiva: de un lado, en lo atinente a la dimensión histórica del problema de la temporalidad como sinónimo de precariedad y la contribución de los tribunales a dar salida provisional a la temporalidad fraudulenta; de otro, en relación con las medidas contempladas por la LMRT, en especial, los procesos de estabilización de empleo público y los principios constitucionales vinculados a su acceso. Es evidente que, dada la diversidad de agentes e intereses implicados –que, si se reducen a lo básico, se debaten entre las aspiraciones de fijeza automática y la defensa a ultranza del derecho de acceso a la función pública bajo criterios de igualdad, mérito y capacidad– las medidas no contentan a todos los sectores en lid, con el añadido de que el debate, por su interés social y mediático, se ha extendido a pie de calle, en ocasiones con información deliberadamente inexacta y engañosa con el fin de suscitar el rechazo de la ciudadanía a la manera como el legislador quiere poner coto a la temporalidad laboral. Por último, este trabajo contiene una serie de propuestas centradas en la mejora de los procesos selectivos de personal para evitar la cronificación del problema de la temporalidad.

2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA A LA CONTENCIÓN DEL ABUSO DE TEMPORALIDAD

Acalladas –aunque omnipresentes– durante un tiempo por temor a posibles represalias laborales, las pretensiones del personal temporal cesado en su puesto de trabajo, solicitando la declaración de fijeza o cuando menos la constatación de haber adquirido la condición de personal indefinido no fijo, han aparecido con luz y taquígrafos en la escena pública generando una enorme conflictividad judicial, alentada por la doctrina favorable del TJUE en interpretación y aplicación de las cláusulas 4.^a y 5.^a del Acuerdo Marco. La Directiva 1999/70/CE apuesta palmariamente por una prestación de servicios de carácter permanente como «forma más común» de relación administrativa y laboral en las administraciones públicas y se orienta a mejorar la calidad de las relaciones de servicios de duración determinada, garantizando el respeto al principio de no discriminación entre personal temporal y fijo –salvo la existencia de causas objetivas que justifiquen un trato diferenciado en su régimen jurídico (cláusula 4.^a del Acuerdo Marco¹³)–, así como al

¹¹ Vid. el recurso de inconstitucionalidad n.º 2191-2022, contra el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, y contra el art. cuarto del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero (BOE de 9 de junio de 2022).

¹² Según datos del Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (Registro Central de Personal), España contaba, a fecha del mes de julio 2021, con 2.728.749 empleados públicos (el 53,62 % del personal es funcionario de carrera, mientras que el 22,36 % es personal laboral y el resto incluye personal funcionario interino, personal eventual y otro personal, que representa el 24,02 %). Más de la mitad presta servicio en el ámbito autonómico (un 59,54 %), seguido del que desempeña sus funciones en la Administración Local (21,53 %) y en la Administración General del Estado (18,92 %). No obstante, si atendemos al peso del colectivo que mantiene un vínculo de funcionario de carrera –estable– las tornas cambian. La Administración General del Estado cuenta con un mayor peso de este personal con casi un 82 %; seguido de las administraciones autonómicas con el 52,42 % y finalmente, con un 32,22 %, es decir, uno de cada tres empleados, la Administración local. Por su parte, la Administración local se compone en un 54,29 % de personal laboral y en un 32,22 % de personal funcionario, destinando el 13,48 % a otras tipologías de personal.

¹³ El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que las categorías de funcionario de carrera e interino son estructuras creadas por el Derecho administrativo con base en unos principios singulares y propios puesto que al primero le son características las notas de permanencia en la relación y accede a la plaza por los sistemas propios de ingreso para dicho cuerpo, mientras que al segundo le corresponde una relación transitoria por razones de urgencia, siendo la naturaleza temporal de la relación su característica más esencial (por todas, STS de 14 de abril de 1997, rec. 2674/1994) –en consecuencia, no existe un deber de un tratamiento igualitario (por todas STC 9/1995, de 16 de enero de 1995 y ATC 63/1996 de 12 de marzo de 1996)–. Contrariamente, el Tribunal Supremo, si bien al principio mantenía las diferencias de trato aplicables a los diferentes regímenes expuestos, ha reaccionado ante la cronificación

establecimiento de un marco que permita soslayar los abusos vinculados a la concatenación sucesiva de relaciones laborales de alcance temporal (cláusula 5.ª del Acuerdo Marco). En este escenario, el cuerpo doctrinal conformado por el TJUE sobre el Acuerdo Marco en conexión con las legislaciones nacionales ha revolucionado el régimen del personal funcionario interino, laboral temporal e incluso eventual de confianza, abriendo camino sobre la necesidad de que el Derecho interno de los Estados miembros establezca medidas efectivas y adecuadas para prevenir y, si procede, sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada –con libre elección de medios para alcanzar tal fin– y que sean los jueces nacionales los que determinen *ad casum* si ha existido o no abuso de la temporalidad. No obstante, en nuestro país, la protección frente al uso abusivo en la contratación temporal dista mucho de solucionarse de forma pacífica, entre otros factores, debido a que los tribunales ordinarios no ofrecen una respuesta unívoca, ni siquiera en idéntica sede de jurisdicción, a las relaciones temporales de larga duración.

Cabe señalar a este respecto que la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco¹⁴ carece de efecto directo y, en consecuencia, no puede ser invocada por un particular ante un juez nacional con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho interno que sea contraria a la misma (STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto C-103/18, y 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18). La interpretación de dicha cláusula no ha estado exenta de una notable controversia en relación con el alcance de la expresión «medidas legales equivalentes¹⁵» puesto que, contrariamente a lo que acontece en el sector privado, en el ámbito público no es posible convertir la relación laboral en una relación laboral fija. Si bien el reconocimiento de la fijeza a los empleados públicos no atenta contra la Directiva y es una opción que depende de los Estados miembros, esta posibilidad está proscrita por el Tribunal Supremo en atención a lo previsto en la CE y el TREBEP –con alguna disensión en los órganos jurisdiccionales inferiores, como veremos–. En ningún caso esas medidas legales equivalentes pueden incluir la fijeza automática en el puesto de trabajo, dado que el acceso y permanencia en la función pública –en el empleo público en general– al margen de las exigencias derivadas de la Constitución iría en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos¹⁶. Las soluciones adoptadas por la Sala 4.ª del Tribunal Supremo como sanción frente a la prolongación artificial de la relación de empleo del personal laboral han fluctuado en distintas direcciones, desde la apelación a las administraciones para que convoquen procesos selectivos con los que proveer con carácter definitivo las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada¹⁷, pasando por el reconocimien-

tortícera de la interinidad funcionarial con el reconocimiento de algunos derechos inherentes al funcionario de carrera, como los relativos a la carrera profesional, la consolidación del grado personal, la promoción horizontal y la excedencia voluntaria por interés particular (SSTS de 30 de junio de 2014, rec. casación 1846/2013 y 665/2019; 25 de febrero de 2019, rec. 4336/2017; 7 de noviembre de 2018, rec. 1781/2017; STS de 29 de octubre de 2019, rec. 2237/2017; entre otras).

¹⁴ La cláusula 5.ª del Acuerdo Marco prevé la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de nombramientos temporales en los sectores público y privado y se complementa con el art. 2.1 de la Directiva 1777/70, que exige a los Estados la implementación de medidas (legales, reglamentarias y administrativas) para el cumplimiento de la misma. Esta cláusula dispone lo siguiente:

«1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán “sucesivos”;
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.»

¹⁵ Se considera medida legal equivalente cualquier medida de Derecho interno que, igual que las previstas en la cláusula 5.ª, tenga por objeto prevenir con efectividad la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos (STJUE de 23 de abril 2009, C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros). *Vid.*, sobre el alcance interpretativo de la cláusula 5.ª y el encadenamiento de distintos contratos temporales, entre otras, las SSTS de la Sala C-A de 29 de octubre de 2020 (rec. 1868/2018), 15 de noviembre de 2021 (rec. 6103/2018) y 1 de diciembre de 2021 (rec. 7068/2018).

¹⁶ SSTS, Sala C-A, de 26 de septiembre de 2018 (re. 785/2017) y 10 de diciembre 2021 (rec. 3989/2019). Asimismo, SAN, Sala C-A, de 30 de marzo de 2021 (rec. 8/2018).

¹⁷ Estos procesos selectivos pueden ser un medio para evitar que se perpetúen las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan plazas vacantes, pero el TJUE considera que la falta de concreción de plazos para su convocatoria y finalización

to de una indemnización al vencimiento del término del contrato¹⁸, hasta la novación de la relación laboral mediante la conversión de la situación del empleado que encadena abusivamente sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en personal indefinido no fijo. En una interpretación integradora de las garantías constitucionales de acceso al empleo público con las previsiones de la normativa laboral (art. 15.3 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ET, en virtud del cual los contratos fraudulentos se entienden por tiempo indefinido), y a raíz del criterio asentado por la STS de 7 de octubre de 1996 (rec. 3307/1995), la utilización abusiva de la contratación temporal por parte de las administraciones ha dado lugar al reconocimiento de una figura híbrida –que mantiene, en todo caso, un carácter temporal–, en virtud de la cual se adquiere la condición de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar el puesto de trabajo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza por personal fijo o hasta la amortización de la misma, pero en ningún caso se adquiere fijeza en el puesto que venía desempeñando «pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la delimitación de los puestos de trabajo en el régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionaria, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad mérito capacidad y publicidad en el acceso al empleo público que se desprenden del art. 23.2 y 103.3 CE». Consecuentemente, la figura del indefinido no fijo surge con el fin de no desvirtuar los principios de igualdad, mérito y capacidad (Canal, 2018, p. 1) que deben observarse en el acceso al empleo público –y no solo en la función pública, de tal manera que, en justa correspondencia, también deben aplicarse al personal laboral temporal¹⁹–.

lleva de nuevo a plantear la necesidad de renovación de los contratos temporales, de manera que no puede ser calificada como una «medida legal equivalente» de la cláusula 5.^a.

¹⁸ En el ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, el Tribunal consideró que la conversión del personal temporal en indefinido no fijo no constituye una medida suficientemente efectiva y disuasoria para evitar el abuso de la temporalidad en los términos exigidos por la Directiva 1999/70. Esta respuesta provocó que, en adelante, la Sala Social del Tribunal Supremo arguyera el derecho del personal indefinido no fijo a ser indemnizado en los casos de cese por amortización de vacante o de cobertura de la plaza por el titular tras superar un proceso de provisión o cobertura de puestos de trabajo. El Tribunal Supremo venía reconociendo de oficio en estos supuestos una indemnización de 8 días (actualmente, 12 días) ex. art. 49.1.c) ET (por todas, STS de 7 de noviembre de 2016, en línea con la doctrina León Medialdea). Con la STS de 28 de marzo de 2017, se realiza un giro doctrinal al calificar a los interinos no fijos como «no temporales», a diferencia de los interinos por vacante, y establecer una indemnización superior a la fijada para la terminación de los contratos temporales, de 20 días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, prevista para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas (art. 53.1.b ET). El Tribunal Supremo ha rectificado esta doctrina a raíz de la STS de 2 de abril de 2018 (que vuelve a calificarlos de temporales), como también sostiene el TJUE (STJUE de 25 de julio de 2018, asunto Vernaza Ayovi). Mediante Auto de 26 de abril de 2022 (C-464/21), el TJUE ha ratificado que la conversión de la relación laboral en «indefinida no fija» es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pero no modifica la propia naturaleza de estos contratos, que es temporal y se extingue cuando se produce la cobertura de la plaza.

En relación con el pago de indemnización a la válida terminación de contratos de interinidad por vacante, la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (Ministerio de Defensa contra A. De Diego Porras, Asunto C-619/17) ha declarado que no se opone a la Directiva una normativa nacional que no prevea el abono de indemnización a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad, y deriva a los tribunales nacionales la apreciación de si el abono obligatorio de una indemnización al vencimiento del término de ciertos contratos de trabajo de duración determinada constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados del uso de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada. Al hilo de la misma, la STS, Sala Social, de 13 de marzo de 2019 (r. 3970/2016), dictada en casación para unificación de doctrina en un caso de interinidad por sustitución en que se produjo la extinción de contrato por causa de reincorporación del titular de la plaza, ha sostenido que no cabe otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, ya que no es un supuesto de despido objetivo (art. 53.1.b ET) ni se subsume en alguno de los supuestos admitidos para los contratos temporales (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción, art. 49.1 ET). En el mismo sentido, entre otras, SSTS de 27 de abril de 2021 (rec. 2534/2019) y 26 de mayo de 2021 (rec. 1679/2019).

¹⁹ La categoría del indefinido no fijo es de creación jurisprudencial y tiene su origen en la jurisdicción social, aunque posteriormente ha sido positivizada (art. 15.5 y DA 15 ET). No deja de ser, sin embargo, una nueva relación temporal, por ello no parece que sea una solución demasiado efectiva. En respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Madrid mediante Auto de 23 de septiembre de 2019 (rec. 876/2018), recientemente la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19, IMIDRA) ha declarado que: «en la medida en que no exista ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los “trabajadores indefinidos no fijos” podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco». La calificación de indefinido alcanza también al personal interino de las sociedades empresariales públicas en la medida en que les es aplicable el EBEP (STS de 28 de abril de 2021).

Algunos juzgados de lo social²⁰ y tribunales superiores de justicia, con pronunciamientos como los de las Salas de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 2021 (rec. 845/2020²¹) y del TSJ de Galicia de 28 de junio de 2018 y de 30 de abril, 15 de mayo y 7 de noviembre de 2019, han dado un paso adelante declarando la situación de fijeza del trabajador laboral temporal²². Las sentencias de los juzgados de lo Social citados consideran que la relación laboral se entiende viciada al haberse celebrado el contrato en fraude de ley, por infracción de los arts. 15.3 ET y 6.4. del Código Civil y que la categoría de indefinido no fijo «lo que provoca efectivamente es la perpetuación de la temporalidad, ya que la cobertura definitiva de la plaza por el sistema de oferta pública determinará la extinción de esa relación indefinida, y así ha sido confirmado en numerosos pronunciamientos, en los que al producirse la extinción de la relación laboral se ha venido reconociendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio». A su vez, todos estos pronunciamientos se han desmarcado de la reformulación de la doctrina que realiza la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a reflujo de la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-726/19), IMIDRA –Sentencia de 28 de junio de 2021 (recurso de casación para la unificación de doctrina, rec. 3263/2019)– según la cual el contrato de interinidad por vacante es un contrato a término, aunque de fecha incierta pues se mantendrá mientras dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza, pero si el empleado público desempeña sus funciones de forma constante y continuada, bien con varios contratos o bien con uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, la contratación es fraudulenta y el contrato se convierte en indefinido no fijo²³. Y puesto que las sentencias del TSJ antes citadas son recurribles en casación, deberemos esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el fondo del asunto para ver si disiente o confirma el criterio de la fijeza.

Y si la doctrina jurisprudencial ante el fraude o abuso en la temporalidad muestra unos perfiles más o menos claros respecto de la contratación laboral temporal –sin perjuicio de los vaivenes y fluctuaciones jurisprudenciales que realiza la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, que se enmienda la plana a sí mismo sin adoptar de momento una posición definitiva, y las puntuales discrepancias que se van produciendo en los niveles

²⁰ *Vid.*, entre otras, las Sentencias 423/2021 del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid; 60/2021 del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid y 70/2022 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Eibar. Esta última ha reconocido la fijeza laboral para dos trabajadoras de los servicios de limpieza y cocina del Departamento de Educación del Gobierno Vasco con contrato de interinidad de larga duración por haber superado un proceso de selección de personal laboral fijo, aunque sin obtener plaza en el mismo, por lo que fueron ubicadas en bolsas de trabajo temporales. Asimismo, la sentencia 504/2021, de 24 de noviembre, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona (rec. 294/2021) considera que es difícil negar la concurrencia de los requisitos de acceso al empleo público si: 1) el afectado aprobó el proceso selectivo para la cobertura de la plaza fija, pero no obtuvo la plaza en la correspondiente convocatoria del proceso selectivo; 2) siguió un riguroso proceso selectivo para el acceso al empleo público temporal, adicionalmente a la aprobación del anterior proceso para la cobertura de la plaza fija; 3) acredita el mérito y la capacidad, por razón de largos años de prestación ininterrumpida en el servicio, realizando las mismas tareas y funciones, e integrándose en la prestación de servicios en el correspondiente departamento o unidad administrativa sin diferenciación alguna respecto de la prestación de servicios realizados por el personal fijo y 4) acredita una adecuada y completa formación.

²¹ Esta sentencia declara la indefinición ordinaria –fijeza– de una relación de trabajo de una empleada de Correos y Telégrafos que encadenó 274 contratos durante 31 años al entender que: «la exclusión, en el caso de las Administraciones Públicas, de la transformación de los contratos en fijos cuando se hayan excedido los límites al encadenamiento solamente es posible, con arreglo al Derecho de la Unión, cuando se hayan legislado medidas alternativas suficientemente disuasorias con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad», situación que no se ha producido. Y justifica esta solución basándose en que el Tribunal Constitucional ha interpretado que los arts. 23.2 y 103.3 CE no incluyen bajo su ámbito de protección la mera contratación laboral, sino solamente el acceso a las plazas de funcionarios públicos (STC 132/2005, de 23 de mayo).

²² En estas últimas, el TSJ de Galicia ratifica la existencia de fraude de ley por abuso de temporalidad y, puesto que el trabajador accedió a su puesto temporal mediante un proceso selectivo con cumplimiento a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, estima que la declaración de indefinido no fijo es insuficiente a los efectos de la cláusula 5.º de la Directiva 1999/70/CE y que procede su fijeza.

²³ De conformidad con esta nueva doctrina, no es necesario que se haya producido una concatenación o sucesión de contratos para poder declarar el abuso, puesto que la interinidad por vacante no puede exceder los 3 años –sin que la contención presupuestaria pueda justificar la ampliación temporal de la interinidad– y, en caso de que así suceda, el trabajador deviene en indefinido no fijo. Como expresa el Tribunal: «aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998 (...), una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada –hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva– ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo». Se insiste, además, en que los procesos selectivos no pueden alargarse más de 3 años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, pues de lo contrario se estaría en presencia de una duración injustificadamente larga del contrato.

jurisdiccionales inferiores–, en el ámbito de las relaciones de empleo de naturaleza funcional presenta una gran incertidumbre. Recientemente, el titular del Juzgado número 17 de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona ha elevado ante el TJUE una nueva tanda de cuestiones prejudiciales relativas a la LMRT²⁴ y a la doctrina actual de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (Autos de 6 y 16 de mayo de 2022, siendo parte demanda, en ambos casos, el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña), para que el Tribunal de Luxemburgo se pronuncie sobre si la norma de Derecho interno es conforme o no al Derecho de la UE en esta materia, en concreto a la Directiva 1999/70/CE²⁵. La respuesta del TJUE a estas cuestiones prejudiciales es determinante, puesto que si declara que los interinos que se encuentran en situación de abuso de temporalidad tienen derecho a fijeza automática, entonces los procesos selectivos regulados en la LMRT pueden perder toda su virtualidad. Y un aviso para navegantes a este respecto lo constituye el Auto del TJUE de 30 de septiembre de 2020 (C-135-20, asunto CS contra Câmara Municipal de Gondomar; petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Administrativo de Portugal en el caso de una empleada en una piscina municipal cesada tras 13 años de contratos temporales), vinculante para todos los Estados miembros de la UE. El TJUE recuerda (como había declarado en la STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, Martina Sciotto / Fondazione Teatro dell'Opera di Roma) que la Directiva no obliga a los Estados miembros a convertir los contratos temporales en fijos, puesto que se trata de una decisión discrecional de estos. No obstante, añade que la normativa nacional que prohíbe la conversión de los empleados temporales del sector público en fijos (como prevé la legislación portuguesa reguladora del empleado público) es contraria a la Directiva si no incluye ninguna otra medida eficaz para evitar y sancionar el abuso de temporalidad en ese sector –medida que no debe ser menos favorable que las que regulan situaciones similares de carácter interno– (en el mismo sentido, la STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto acumulado C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez y otros).

Hasta la fecha, los juzgados de lo contencioso-administrativo han venido reconociendo el abuso en la contratación temporal, pero han mantenido al funcionario interino en esta condición –con subsistencia y continuación de tal relación de empleo y con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella– hasta que la plaza sea cubierta en un proceso selectivo, al no existir una regla específica que resolviera la cuestión. De especial interés es la doctrina fijada en casación por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en sendas sentencias de 26 de septiembre de 2018 (rec. 625/2013 y 735/2013) dictadas a raíz del cese de una empleada que prestaba servicio como personal estatutario eventual del Servicio de Salud vasco y de un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Dichas sentencias se apuntalan en el pronunciamiento del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-197/15, asuntos Martínez Andrés y Castrejana López) el cual, si bien implícitamente no se opone a que las fórmulas sancionadoras del abuso de la temporalidad sean distintas en los ámbitos laboral y administrativo, considera asimilable la solución adoptada en sede jurisdiccional social, que podría hacerse extensible a las relaciones regidas por el Derecho administrativo. De ahí que el Tribunal Supremo considere, en ambos casos, que el cese es un acto administrativo que no se adecua a su fin, resultando contrario al ordenamiento jurídico (art. 34.2 LPAC), por ello sostiene que la única solución posible es que la relación de servicio devenga indefinida no fija hasta su cese por cobertura definitiva o amortización de la plaza o por la concurrencia de una causa legal de cese del art. 10 TREBEP, sin derecho a indemnización en caso de cese²⁶. Surge así una figura analógica a la del orden social, el indefinido no fijo de Derecho administrativo (Fuentetaja, 2018, pp. 295 y ss.) o funcionario interino por tiempo indefinido (Sánchez Morón, 2019, p. 237).

Sin embargo, siguiendo la senda de algunos juzgados y TSJ de la jurisdicción social discrepantes con la doctrina de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, también algunos juzgados de lo contencioso-administrativo han optado por reconocer una suerte de «fijeza» del personal interino que presta servicios para la Administración en régimen de Derecho administrativo, sin que por ello el empleado adquiera la condición de funcionario de

²⁴ El TJUE ya se ha pronunciado al respecto de diversas cuestiones prejudiciales interpuestas por tribunales españoles. Quedan otras pendientes, como las planteadas por el TSJ de Madrid (autos de 21 y 22 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022 (rec. 753/2021, 830/2021 y 797/2021).

²⁵ Entre las preguntas suscitadas, se le plantea al TJUE que exprese su opinión sobre la doctrina del Supremo que aboga por mantener al funcionario abusado hasta que su plaza sea ocupada por funcionario de carrera; si hay que hacer fijos a los funcionarios interinos en fraude a partir de los 2 años; y si la indemnización de 20 días por año es una indemnización disuasoria para las administraciones a fin de evitar el fraude de la temporalidad.

²⁶ A diferencia de lo que ocurre con el despido por causa legal del personal laboral indefinido no fijo (al que los tribunales de lo Social reconocen un derecho a indemnización), la Sala 3.ª del Tribunal Supremo considera que el funcionario interino o el personal estatutario eventual sólo tienen derecho a ser indemnizados en caso de ser cesados sin causa legal; derecho que deberá conducirse por la vía de la reclamación por los daños y perjuicios infringidos por tal cese ilegal, que deberán ser probados.

carrera²⁷. Resultan muy ilustrativas al respecto las sentencias de los juzgados núm. 4 de Alicante y 17 de Barcelona (sentencias 252/2020, de 8 de junio rec. 813/2019; y 335/2021, de 5 de noviembre, rec. 362/2020, respectivamente), que lo expresan en los siguientes términos:

«la solución jurídica adoptada no va a implicar la transformación de la funcionaria interina en funcionaria de carrera, sino que la fijeza se va a materializar en el reconocimiento del derecho de la actora a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera (...) Mediante el establecimiento de esta solución, no se trata de crear una nueva forma de acceso a la función pública, puesto que esta tarea compete al legislador (...) La función que se atribuye a los Tribunales Nacionales es la de sancionar a la Administración por las concretas situaciones de abuso en la que puedan encontrarse determinados funcionarios interinos.».

y, en consecuencia, reconoce:

«como situación jurídica individualizada el derecho del recurrente a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera.».

3. LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ENTRE LA REFORMA ESTRUCTURAL Y EL REMIENDO NORMATIVO

3.1. La temporalidad ¿Novedad o rémora sistémica?

En el sector público cohabitan dos realidades que, en términos de reglas y garantías constitucionales para el acceso al empleo público, se mueven bajo parámetros radicalmente distintos. De una parte, un modelo acorde con los valores que se desprenden de la Carta Magna y del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.2 CE), que consagra el acceso a la función pública (al empleo público en general) en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad –arts. 23.2 y 103.3 CE, posteriormente positivizados y complementados en el art. 55 del TREBEP²⁸-. De otra parte, una elevadísima tasa de temporalidad en el empleo público que no tiene un alcance singularizado al proyectarse sobre todo el espectro de capital humano al servicio de las administraciones públicas sin atender a la naturaleza jurídica de su vínculo –funcionarial, laboral, eventual-. Las causas de su evolución ascendente son de carácter heterogéneo y multifactorial²⁹, circunstancia que dificulta enormemente la formulación de una solución mágica que satisfaga a todas las partes implicadas, ya sean las administraciones empleadoras, las organizaciones sindicales y los propios afectados –funcionarios interinos y personal laboral temporal– sin olvidar a los jóvenes recién salidos de las aulas de la Formación Profesional y de las universidades, que aspiran a engrosar las filas del personal del sector público y que ven con recelo como los procesos de estabilización van a limitar sus posibilidades de acceder a una oferta de empleo público. Por no hablar del agravio comparativo que supone para los funcionarios de carrera y

²⁷ Es el caso, por poner algunos ejemplos, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo 2 de Madrid y de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo 32 de Madrid, 17 de Barcelona y 7 de Alicante, los cuales consideran que la medida sancionadora más acorde con la Directiva 1999/70/CE es la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija porque con ella se garantiza definitivamente el derecho a la estabilidad en el empleo, se sanciona a la Administración por su comportamiento abusivo y se la disuade de mantener esta práctica.

²⁸ Vid. la STC 281/1993, de 27 de septiembre, sobre la aplicabilidad del principio de igualdad del art. 14 CE al acceso a la función pública.

²⁹ Además de la ausencia de una regulación específica sobre el alcance temporal del interinaje, pueden citarse las restricciones aplicadas durante años a la tasa de reposición de efectivos, la falta de una planificación estratégica en materia de recursos humanos, la escasez de convocatorias de procedimientos selectivos, la lenta ejecución de las ofertas públicas de empleo, etc. Vid. el Informe del Consejo Económico y Social núm. 3/2004 “La temporalidad en el empleo en el sector público” (2005). El diagnóstico sobre las causas generales y específicas que esgrime para justificar la temporalidad mantienen su plena actualidad (contención presupuestaria para la dotación de plazas de nuevo ingreso, inadecuada o insuficiente capacidad de financiación para la prestación de determinados servicios, inexistencia de una práctica asentada de convocatoria periódica y sistemática, preferentemente con carácter anual, de las plazas vacantes, en muchos casos cubiertas por personal interino, para su provisión definitiva, etc.), pp. 127 y ss.

el personal laboral fijo que accedieron en su momento a una plaza pública mediante procesos de concurrencia competitiva duros y exigentes, en nada comparables a los procesos generales de estabilización amparados en la LMRT, con la consiguiente igualación en términos de antigüedad y carrera profesional –desvirtuándose con ello el derecho a ingresar y promocionar internamente en la función pública en condiciones de igualdad–.

La temporalidad en el empleo público no puede justificarse en la crisis de 2008 y las consiguientes políticas de austeridad que tanto daño han causado –nula tasa de reposición de efectivos entre los años 2012 y 2015, flexibilidad del despido, externalización de servicios, etc.– aunque haya sido en estos años cuando, merced al Derecho europeo y la tardía reacción del Gobierno, la cuestión ha adquirido una notoria relevancia pública. El profesor Boltaina (2005, p. 217), gran conocedor de la función pública local, hacía hincapié, casi 20 años atrás, en el uso abusivo y no en pocas ocasiones contrario al ordenamiento jurídico como uno de los problemas más acuciantes de la función pública que convertían la precariedad, más que en una circunstancia coyuntural, en una auténtica –ya fuera consciente o no– política de recursos humanos. Se trata, pues, de un problema «enquistado» (Cantero y Jiménez, 2021) cuyos prolegómenos podemos rastrear hasta el Estatuto Municipal de 1935, el cual prohibía que las plazas municipales estuvieran provistas interinamente más de 6 meses (art. 162), y la misma jurisprudencia se hacía eco de la cuestión en pronunciamientos como la STS de 22 de abril de 1935, en la que precisaba que «*la exagerada permanencia*» del funcionario interino en su cargo no «generaba derechos de propiedad, [sino que] más bien constituiría materia de infracción administrativa» (Cabrera, 2020, p. 393). No obstante, las sempiternas insuficiencias estructurales de plantilla de las administraciones públicas propiciaron la aparición de disposiciones legales que ayudaron a engrosar las filas de trabajadores temporales *sine die*. Así, la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 abrió la puerta a la contratación de funcionarios interinos por razones de necesidad y urgencia mientras la plaza de plantilla no se proveyera por un funcionario de carrera, constituyéndose esta regulación en el mecanismo de acceso discriminatorio al empleo público durante el franquismo y la transición (López Ramón, 2021, pp. 373-374). Coincidiendo con la construcción del Estado autonómico y la expansión de las competencias locales, los niveles de temporalidad empiezan a alcanzar cotas más que considerables. En el ámbito local, los reales decretos aprobados a finales de los años 70 del siglo xx bajo el liderazgo del ministro Martín Villa permitieron que miles de funcionarios locales ganaran fijeza con pruebas restringidas harto sencillas y para nada equiparables a las que debían superar quienes accedían al empleo público en condiciones ordinarias de mérito y capacidad, como ya establecía la CE. A título de ejemplo, el art. 25 del RD 3046/1977 regulaba como contratos administrativos de un año de duración «improrrogable y no renovable» las vinculaciones de determinado personal a las entidades locales. Este precepto abrió una nueva vía de agua para favorecer la contratación temporal y las prórrogas *de facto* asentaron un criterio favorable a la declaración de relación laboral indefinida por parte de los juzgados de lo social, en aplicación de los principios de *pro operario* y fuerza atractiva del Derecho laboral. Aunque no faltaron intentos de poner coto al problema (Ley 30/1984, de reforma de la función pública; art. 10 y DA 4.ª EBEP de 2007, procesos de estabilización previstas en leyes de presupuestos, etc.), el exceso de temporalidad no solo se ha mantenido, sino que ha ido *in crescendo*³⁰. Se trata, por tanto, de un problema sistémico de nuestro sistema institucional que la democracia no ha resuelto por una deliberada falta de planificación de las ofertas de ocupación pública y por las facilidades que la llamada contratación temporal otorga al empleador para realizar su selección, en detrimento de los sistemas que aseguren la igualdad de oportunidades tal y como recoge el ordenamiento de la UE y la propia CE.

3.2. La reducción del abuso de temporalidad mediante los procesos de estabilización de empleo temporal

3.2.1. La estabilización mediante métodos selectivos que privilegian al personal temporal

Como punto de arranque para gestionar con mayores dosis de efectividad y eficiencia los elevados porcentajes de interinidad en el ámbito público y contribuir a impulsar una adecuada planificación de recursos humanos, las administraciones necesitaban situar el contador de la temporalidad en unas cifras asumibles (por debajo del 8% de las plazas estructurales). En consecuencia, la LMRT activa un tercer proceso de estabilización de empleo público que complementa los anteriores (art. 2) y que, a diferencia de las estabilizaciones precedentes, debe entenderse como un mandato perentorio de llevarla a cabo dentro de plazos

³⁰ Para un análisis concienzudo del marco histórico más reciente en relación con la problemática del empleo temporal en la Administración Pública española, *vid.* Boltaina, 2021, pp. 69 y ss.

tasados y no como una mera facultad discrecional. En concreto, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de plazas de naturaleza estructural, independientemente de que consten o no en las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos, siempre que estén dotadas presupuestariamente y que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los 3 años anteriores al 31 de diciembre de 2020. Lo que se estabilizan son plazas y no personas, de tal manera que es indiferente que una plaza haya sido cubierta por una o más personas de forma consecutiva o con una interrupción inferior a 3 meses (art. 1.1 de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública, de 1 de abril de 2022), puesto que debe computarse como una única plaza (Boltaina, 2018, p. 152; Roqueta, 2021, p. 11). Por lo mismo, si una plaza vacante por jubilación no ha sido cubierta interinamente sino por un funcionario de plantilla habilitado accidentalmente para desempeñar las funciones inherentes a la misma, dicha plaza no podrá ser objeto de estabilización por ninguno de los procedimientos establecidos en la LMRT, malogrando las expectativas de dicho funcionario de ocuparla definitivamente. Cantero (2022, p. 149) ha hecho notar acertadamente que los procesos de estabilización reflejan la necesidad de cohesitar dos lógicas muy distintas «por una parte, las potestades organizatorias de la Administración local y los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública y, por otra, el carácter tuitivo y protector del personal interino que ha sido objeto de un abuso o irregularidad en su nombramiento», pues aunque el Derecho europeo persigue la protección de los empleados abusados, el interés público que debe satisfacer la Administración no permite reconocer a estas personas un derecho subjetivo a la estabilización directa, ya que esto impactaría de lleno en el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas.

Sin perjuicio de que puedan aplicarse mecanismos previstos en la normativa específica o de cada Administración³¹, las pruebas selectivas se desarrollarán por el sistema de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso del 40 % de la puntuación total –en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente³²– y con la posibilidad de que, en la fase de oposición, los ejercicios no sean eliminatorios, una opción que favorece al personal temporal ya que esta fase aglutina el 60 % de la nota final. El Tribunal Constitucional ha venido a afirmar que la consolidación o estabilización en el empleo público para quienes llevan un periodo más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas no es constitucionalmente ilegítima, como tampoco es desproporcionado valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado pues aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta se impone en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública (STC 107/2003, de 2 de junio). Pero es innegable que si se atiende al valor de la cuantificación (40 %) se da un palmario trato de favor a los participantes que cuenten con servicios prestados en la Administración convocante, facilitando indisimuladamente la incorporación en masa de empleados temporales en régimen permanente. Además de ese beneficio, el legislador ha incorporado una compensación económica para el caso de que no se llegue a superar el proceso selectivo, previsión que difícilmente casa con el mandato de que estas convocatorias no podrán implicar incremento del gasto.

Adicionalmente, en la tramitación del proyecto de ley se introdujeron dos importantes previsiones para atajar la precarización de los *empleados públicos de larga duración* que incluye un nuevo proceso de estabilización en condiciones menos exigentes que los previstos en las leyes de presupuestos de 2017 y 2018 (remisión al régimen común en cuanto a la determinación del proceso selectivo y cese de la relación sin compensación económica si no se supera dicho proceso). Nos referimos a la DA sexta –que acoge el concepto jurisprudencial de interinidad de larga duración superior a 5 años³³ y obliga a las administraciones a convocar, excepcionalmente y por una sola vez, *por el sistema de concurso*, las plazas de naturaleza

³¹ *Vid.*, por ejemplo, el art. 143 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que prevé la posible reserva para promoción interna de hasta un máximo del 50 % de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria.

³² Conviene destacar que el Tribunal Constitucional ha admitido que una valoración de los servicios prestados que alcance el 45 % de la nota final es acorde con el art. 23.2 CE siempre que se den «especiales circunstancias» –en uno de los casos enjuiciados, la puesta en marcha de la Administración autonómica– y que las personas damnificadas tengan oportunidad de mostrar sus méritos personales en la fase de oposición (SSTC 67/1989, de 18 de abril; 83/2000, de 27 de marzo, y 27/2012, de 1 de marzo).

³³ El Tribunal Constitucional ha declarado, en relación con solicitudes de excedencia para el cuidado de los hijos de funcionarias interinas, que una interinidad de larga duración no permite aplicar un trato diferenciado entre funcionarios de carrera e interinos pues ello supondría una vulneración del principio de igualdad (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio). En el mismo sentido, el TJUE ha afirmado que los nombramientos y contratos de duración determinada que sean inusualmente largos deben recibir el mismo régimen jurídico previsto para los contratos fijos, sin que se pueda establecer ninguna diferencia de trato (STJUE de 5 de junio de 2018, Asunto Montero Mateos, incorporada en la STS de 5 de diciembre de 2019). De conformidad con la STS de 28 de junio

estructural dotadas presupuestariamente que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo o plantillas, hayan estado ocupadas con carácter temporal e ininterrumpidamente con anterioridad al día 1 de enero de 2016 (arts. 61, apartados 6 y 7, TREBEP y 2.1 y DA sexta LMRT)– y a la DA octava –que prevé la inclusión en las convocatorias de dichos procesos de estabilización de las plazas vacantes de naturaleza estructural que hayan estado ocupadas de forma temporal por personal con una relación de esta naturaleza antes del 1 de enero de 2016–. Con esta regulación se da cobertura a la utilización en exclusiva del concurso de méritos, establecido «con carácter excepcional» en el art. 61.6 TREBEP. Sin duda alguna, se trata de la medida más polémica porque discrimina a los aspirantes que pretendan acceder por libre frente al personal (temporal o permanente) que quiera concursar a estas plazas. El sistema de concurso presenta serias dudas de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad en el acceso, de ahí que, para justificar la excepcionalidad de la medida, el legislador haya recurrido «a una desesperada motivación reforzada de última hora con un pretendido carácter doctrinal y jurisprudencial» (Jiménez Asensio, 2021), trayendo a colación la doctrina constitucional que permite exceptuar el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos –que se trate de una situación excepcional, que se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez y que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal (STC 12/1999, de 11 de febrero de 1999)– y considera que el sistema de concurso cumple con los requisitos jurisprudenciales y constituye una medida razonable, proporcionada y no arbitraria. La LMRT no determina los méritos que deben ser objeto de valoración ni su baremación, lo que implica una grave desatención por parte del legislador estatal de predeterminar normativamente –a través de la reserva de ley y el principio de legalidad– el procedimiento de acceso a las funciones públicas, que se traduce en «la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función» (STC 48/1998, de 2 de marzo³⁴).

3.2.2. El desarrollo de los procesos de estabilización en la Administración local

La DA 1.ª LMRT pone su atención en el ámbito local, donde se ubica el grueso del empleo temporal, arbitrando medidas específicas que permitan a los municipios afrontar con garantías de éxito la selección de su personal ante la concurrencia de una pluralidad de procesos de estabilización que se suman a las ofertas ordinarias de empleo público. Así pues, se prevé que los municipios de régimen común que no puedan afrontar por sí mismos dichos procesos puedan encomendar la gestión material de los mismos a diputaciones y otras entidades supramunicipales. Las plazas de los municipios acogidos a este sistema, reunidas según categorías, cuerpos, escalas o subescalas, se ofertarán en convocatorias periódicas, cuyas bases aprobará la Administración a la que se encomiende dicha selección (Exposición de Motivos). Finalizado el proceso selectivo, será el municipio el encargado de nombrar o contratar a los candidatos que lo hayan superado. Cabe destacar que no se contempla ninguna previsión similar para los municipios de gran población, pero ello no es obstáculo para que puedan acudir a la encomienda de gestión del art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Finalmente, se advierte que los procesos de estabilización en el ámbito local se regirán por lo dispuesto en el art. 2 y no por el RD 896/1991, que establece las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios locales. Con ello, se habilita la posibilidad de reducir exigencias, no resultando aplicables los arts. 8 y 9 del RD sobre contenidos mínimos de los programas de ejercicios teóricos y prácticos, de tal manera que la configuración de los temas y contenidos queda sujeto a discrecionalidad.

Ninguna referencia se hace, a pesar de su relevancia, a los colectivos de la policía local y los funcionarios de Administración Local habilitados de carácter nacional. Estos últimos, por ejemplo, desempeñan unas funciones reservadas que son esenciales para el buen funcionamiento de las entidades locales (fe pública, fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, etc.). En los últimos años, su número ha disminuido drásticamente debido al aumento de las jubilaciones y a las escasas ofertas públicas de ocupación aprobadas en sede autonómica (2007-2013) y, aunque tras la recentralización operada

de 2021, salvo excepciones, los procesos selectivos no deben durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, en caso contrario se considerará que el contrato tiene una duración injustificadamente larga.

³⁴ Pueden servir como referente los criterios contenidos en la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública de 1 de abril de 2022 sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se han convocado procesos selectivos de manera sostenida, muchas plazas han quedado sin cubrir³⁵. Estas circunstancias han provocado que un gran número de plazas hayan sido ocupadas interinamente y ahora puedan incorporarse en los procesos de estabilización previstos en la LMRT (art. 2.1 y DA sexta y octava). No obstante, la regularización de estas plazas presenta una peculiaridad, y es que, aun tratándose de plazas que pertenecen a las entidades locales (se trata de funcionarios locales), la competencia para habilitar a quienes las ocupan con carácter interino es estatal; en puridad, pues, el proceso de selección lo que hace es conferir una habilitación y no una plaza (Castillo, 2022). Si bien se alzaron algunas voces que plantearon serias dudas sobre la aplicabilidad de la LMRT a este colectivo, reclamando un tratamiento específico, el Real Decreto 408/2022, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021, incluye estas plazas (art. 1), de las cuales un total de 658 plazas se convocarán mediante concurso y 149 mediante concurso-oposición (Anexo 4³⁶).

3.2.3. *El difícil ensamblaje de los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procesos de estabilización*

Por su importancia en el debate acerca de la reducción de la temporalidad, resulta interesante abordar –muy sucintamente, dado el espacio disponible– la construcción jurídica de los principios de igualdad, mérito y capacidad, en la medida que actúan de tamiz para garantizar la profesionalidad en el acceso a al empleo público y marcan la diferencia con las dinámicas de épocas pretéritas³⁷. Estos principios constituyen la mejor salvaguarda frente a los caducos modelos del *spoil system* y son clave para conseguir un modelo de gestión de recursos humanos profesionalizado, que reduzca las posibilidades de uso clientelar de la Administración y promueva la integridad de los servidores públicos como medio para luchar contra la corrupción en las instituciones y mejorar su rendimiento. Como afirma Parada (1999, p. 421),

«La burocracia profesional, políticamente neutralizada es, en definitiva, un colchón que amortigua el fragor de la lucha política, una transición inteligente entre dos valores igualmente democráticos: el del sistema electivo y el de la correspondencia de los cargos y funciones con la mayor capacidad y mérito, un reparto de poder entre representantes políticos y aristocracia profesional, que impone la propia supervivencia del sistema democrático.»

Nuestro ordenamiento jurídico sacraliza los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, en directa conexión con el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas profesionales, lo que se traduce en la necesidad de establecer mecanismos selectivos que permitan reclutar, en términos de imparcialidad, a los aspirantes mejor preparados con el fin de garantizar el principio de buena administración y prestar servicios de calidad a la ciudadanía. Dichos principios son consustanciales a un diseño profesional de la función pública, que relega a la categoría de excepcional el sistema de acceso y provisión de puestos de trabajo por razones de confianza política (Sánchez Morón, 2018, p. 48). Con este cuadro de mandos, es comprensible que la doctrina y la jurisprudencia –con una mínima disidencia– hayan

³⁵ Las cifras de vacantes por subescalas y categorías, así como una atinada reflexión sobre los déficits en la política de selección, reclutamiento y provisión de los FALHN puede encontrarse en Soto (2021, pp. 183 y ss.).

³⁶ Estas convocatorias están pendientes del recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios de SITAL y otras asociaciones profesionales (Asociación profesional de SITAL) ante el Tribunal Supremo.

³⁷ Estos principios rectores están tan interiorizados en nuestro sistema que su aplicación se extiende a los procesos selectivos del personal de las sociedades mercantiles públicas, incursas en la definición de sector público, pero no en el ámbito de aplicación del art. 2 TRBEP, de acuerdo con las previsiones de la DA primera en relación con los arts. 52 a 55 y 59 del TREBEP (Rodrigo, 2021, p. 2). Así lo reconoce la STS de 17 de septiembre de 2020 (rec. 1408/2018) al considerar que la conversión de un empleado público en indefinido no fijo no es una medida que se adopte exclusivamente en las administraciones públicas y las entidades de derecho público. La STC 8/2015, de 22 de enero, distingue entre un sector público administrativo y un sector público empresarial, y respecto de este último afirma que «[...] aun cuando el EBEP no es aplicable con carácter general a las entidades del sector público estatal no incluidas en su art. 2, sí les son aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, cuando la normativa específica, que les sea aplicable, les encuadra en sector público estatal. [...] El tenor literal de la disposición adicional primera del EBEP indica que al referirse a las “entidades del sector público estatal” no se limita a las “entidades de derecho público” mencionadas en el art. 2 del EBEP. En caso contrario, la disposición adicional primera del EBEP no tendría ningún contenido porque las entidades de derecho público ya están incluidas en su ámbito de aplicación conforme al art. 2 del EBEP. Consiguientemente, cuando la normativa específica, aplicable a las sociedades mercantiles públicas, las encuadre en el sector público estatal, les serán aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad».

cerrado filas en torno al rechazo a una hipotética transformación «automática» de las relaciones funcionariales interinas o de la contratación de duración determinada en permanentes, por cuanto esta posibilidad supone una vulneración flagrante de los principios constitucionales rectores del acceso al empleo público. Conforme a nuestro Derecho interno, esta automatización resulta inviable dado que las notas de igualdad, mérito y capacidad son determinantes en la selección y acceso del personal al servicio de las Administraciones públicas, de ahí que la legislación española sobre empleo público no permite la transformación automática en fija de una relación de servicio de carácter temporal [SSTSJUE, de 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18 y de 19 de marzo, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18-; SSTs, Sala C-A de 1 de diciembre (rec. 7494/2018) y 10 de diciembre de 2021 (rec. 3989/2019)]. Con todo, algún sector doctrinal (Fuentetaja, 2020, pp. 208-209) ha apelado a la fuerza del Derecho europeo para desbloquear en clave constitucional la estabilización automática de la relación de servicio, puesto que, como advirtió tempranamente el TJUE, los principios de eficacia directa y supremacía de las normas de Derecho europeo garantizan su plena aplicación por los tribunales aun cuando esto suponga inaplicar las disposiciones contrarias de la legislación nacional (STJUE de 15 de junio de 1964, 6/64, asunto Costa-ENEL³⁸).

El art. 55 TREBEP dispone que todos los ciudadanos tienen el derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La doctrina constitucional ha ido construyendo jurisprudencialmente el contenido sustancial de cada uno de estos principios rectores de manera autónoma y propia y, si bien el principio de igualdad en el acceso a la función pública no tiene encuadre en el art. 103.3 CE, conecta de manera simbiótica con el sistema de selección por mérito. Este principio, en virtud del cual los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» (art. 23.2 CE, y art. 14 CE para el personal laboral), presenta un carácter especial, por cuanto se inserta dentro del denominado núcleo duro de la Constitución (Sección Primera, Capítulo Segundo, Título I), que acoge los derechos fundamentales. Dicha ubicación no es baladí. Como afirma la doctrina constitucional, entre otras, la STC 66/1985, de 23 de mayo, le otorga un carácter fundamental que le permite beneficiarse del régimen de protección y garantía de los derechos fundamentales previsto en el art. 53.2 CE. El principio de igualdad conforma el «núcleo esencial» del derecho de acceso al empleo público. Pero no es solo un derecho subjetivo fundamental a la igualdad de oportunidades, sino también un principio que ha de guiar las letras de oro del funcionamiento de todo Estado social y democrático de derecho (Sánchez Morón, 1997, p. 667). Es, sin lugar a duda, el valor más importante a proteger en el sistema de selección de personal de las Administraciones públicas porque si se establecen diferencias de trato carentes de justificación objetiva y razonable, que constituyan discriminaciones arbitrarias, difícilmente se logrará incorporar al sector público a los trabajadores más capacitados. Con el fin de evitar situaciones discriminatorias al regular una situación jurídica, el legislador debe atender a los criterios destilados por la doctrina constitucional (entre otras, SSTC 22/1981, de 2 de julio; 75/1983, de 3 de agosto; 23/1984, de 20 de febrero; y 93/1984, de 16 de octubre) que, en la línea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exige: 1) que exista una igualdad de supuestos de hecho; 2) que la desigualdad tenga una finalidad constitucionalmente legítima; 3) que exista congruencia entre el trato desigual y la finalidad perseguida y 4) que haya proporcionalidad entre las diferentes medidas adoptadas y el total de intereses a proteger.

La igualdad, ya desde la Revolución Francesa, deviene el mecanismo que permite articular un sistema garantista de la imparcialidad y eficacia de los servidores públicos y el sometimiento de éstos a los intereses generales. Por ello, el derecho a acceder en igualdad de condiciones a funciones y cargos públicos está íntimamente ligado a la dimensión ética y pública que emana del art. 14 CE (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 50/1986, de 23 de abril; 84/1987, de 29 de mayo; 161/1987, de 27 de octubre; 214/1990, de 20 de diciembre y 163/1991, de 18 de julio) y, en su condición de derecho subjetivo a la igualdad de oportunidades, en directa concomitancia con el art. 10 CE, la igualdad entronca directamente con la dignidad de la persona (Baño, 1987, pp. 179 y ss.). La adquisición de la condición de personal funcionario de carrera o laboral fijo debe verificarse por regla general mediante convocatorias abiertas o libres que garanticen la libre concurrencia, sin perjuicio de la doctrina constitucional sobre la compatibilidad *excepcional* de los procesos selectivos restringidos con el art. 23 CE (SSTC 238/2015, de 19 de noviembre; 38/2021, de 18 de febrero) como ocurre, por ejemplo, con la promoción interna y las medidas de discriminación positiva. El legislador estatal ha disciplinado con carácter básico el acceso al empleo público sujetando los procedimientos de selección a los principios de igualdad,

³⁸ Precisamente, los órganos jurisdiccionales que han reconocido la fijeza del personal contratado laboral o la asimilación de los funcionarios interinos al régimen y derechos de los funcionarios de carrera justifican sus pronunciamientos en los principios de eficacia directa y supremacía del Derecho europeo que les permiten eludir la aplicación del Derecho interno.

mérito, capacidad y publicidad –y celeridad, en el caso del personal temporal– (arts. 10.2, 11.3 y 61, apartados 1.º y 3.º, TREBEP). De manera que la articulación de pruebas de acceso de carácter restringido –proscritas, salvo excepciones tasadas– quiebra la garantía del cumplimiento de dichos principios, lo mismo que la regulación de un turno diferenciado de acceso para quienes acrediten una determinada antigüedad en su puesto de trabajo, ya que pone en jaque los fundamentos del sistema, al excluir automáticamente de las pruebas selectivas a los aspirantes libres, que no tienen antigüedad o carecen de vínculo temporal con la Administración.

Los principios rectores de mérito y la capacidad no han recibido tanta atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia, mostrando en ocasiones una palmaria disparidad de criterios interpretativos sobre los mismos. De acuerdo con la doctrina constitucional se trata de conceptos jurídicos indeterminados (por todas, STC 50/1986, de 23 de abril), lo cual no deja de ser bastante singular puesto que son la piedra angular sobre la que se asienta el sistema de acceso al empleo público *ex artículo* 103.3 CE. Su conceptualización se ha vinculado a otros dos términos familiares en el ámbito de la función pública, oposición (capacidad) y concurso (mérito). Así, lo que se pretende en la fase de oposición es verificar el exacto nivel de conocimientos de los participantes a «fin de dar cumplida satisfacción a las exigencias constitucionales del principio de capacidad» (Alegre, 1989, p. 687). La capacidad alude a la suficiencia y condiciones de los aspirantes enmarcados en un determinado proceso selectivo para superar las diversas pruebas que lo componen; el mérito, en cambio, a la comprobación y calificación de la aptitud para desempeñar un determinado puesto de trabajo, competencia o idoneidad (por todas, STS de 8 de noviembre de 1991), en atención al activo profesional acumulado (antigüedad, publicaciones, ciclos formativos, trabajos o proyectos realizados, etc.). Así se refleja, de manera inequívoca, en la STC 239/2004, de 2 de diciembre (FJ 3.º): «al ser un mérito, en principio sólo pueden ser valorados en la fase de concurso, que es donde deben valorarse los méritos de los aspirantes, y no en la fase de oposición, ya que esta fase consiste en la realización de pruebas que determinen la capacidad y aptitud del aspirante». Y, con una argumentación similar referida en este caso a la valoración de la interinidad, en la STC 11/1996, de 29 de enero: «valoración del tiempo de interinidad que, si de un lado podría admitirse como atribuible al principio de mérito en cuanto se considera un servicio prestado, no podría serlo al de capacidad, puesto que no está prevista calificación alguna acerca del modo y resultado de esa prestación». En síntesis, «los principios de mérito y capacidad suponen la carga, para quien quiera acceder a una determinada función pública, de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira y ello, implica, asumir que, en la gestión de la temporalidad, si bien matizado por sus especificidades, los empleados públicos deberán acreditar dichas capacidades y méritos en la manera que el legislador y las Administraciones públicas lo prevean» (STC 46/1991 de 28 de octubre). A los efectos de lo previsto en la LMRT, la STC 111/2014, de 26 de junio, considera que «la valoración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados», siempre que se valoren proporcionadamente y no impidan la concurrencia de terceros a la competición, como veremos a continuación.

El mecanismo de ingreso en la Administración pública mediante nombramientos o contratos temporales se ha acabado convirtiéndose en un criterio ordinario de acceso a la misma y no, por el contrario, en una herramienta de gestión del empleo público de uso excepcional reservado a los casos en que concurra una causa específica justificativa³⁹. Sin embargo, los procesos de selección del personal reclutado a término no son equiparables a los previstos para el desempeño permanente del servicio, puesto que la urgencia para cubrir un puesto de trabajo y el carácter temporal del nombramiento han llevado habitualmente a la utilización de criterios de selección menos exigentes en los que no se han garantizado los principios de libre concurrencia, mérito y capacidad. Reconduciendo la cuestión a la posición adoptada por algunos pronunciamientos judiciales, que condiciona la fijeza a la aprobación de un procedimiento selectivo bajo dichos principios⁴⁰, es

³⁹ Al respecto, el ATC 124/2009, de 28 de abril, señalaba que: «Los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad».

⁴⁰ Así, la STS de la Sala de lo Social de 16 de noviembre de 2021 (rec. 3245/2019) reconoce la fijeza en plantilla de un trabajador que había aprobado previamente un proceso selectivo para una plaza fija. No obstante, en la posterior STS de 2 de diciembre de

clave entonces verificar si el empleado interino o temporal ha superado el proceso en tales circunstancias. No se encuentra en igual condición quien ha accedido al empleo público temporal mediante una entrevista o una prueba de méritos basada en el currículum que quien ha participado y superado satisfactoriamente una convocatoria de acceso al empleo fijo, aunque sin obtener plaza, y haya sido reubicado en una bolsa de trabajo para contrataciones de personal no fijo pues, como ha afirmado la STS de 26 de enero de 2021, no cabe conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los repetidos principios que lo gobiernan legalmente, por entrevistas, revisiones de currículums o bases diseñadas para una contratación temporal. En consecuencia, no existe fundamento jurídico para pretender que al personal interino de larga duración se le exima de someterse a unas pruebas objetivas de evaluación de sus conocimientos, reconvirtiéndolos en personal funcionario de carrera o en cualquier otra figura que suponga estabilidad en el empleo (*vid.*, en este sentido, la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo). El legislador debe garantizar el derecho de acceso en condiciones de igualdad asegurándose de que los aspirantes se hallen en una situación jurídica de igualdad en los procedimientos de selección, sin que puedan establecerse diferencias carentes de justificación objetiva y razonable ni imponerse condiciones y requisitos de acceso personalistas, ajenos a los principios de mérito y capacidad, o que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 27/1991, de 14 de febrero; 353/1993, de 29 de noviembre). Esto incluye la negación de cualquier trato de favor en el desarrollo de estos procesos, salvo que concurren circunstancias singulares y excepcionales sujetas a justificación, entre ellos, «supuestos verdaderamente singulares, en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquéllos que ya habían prestado en el pasado servicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante. Estos supuestos varían desde la celebración de pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero) a pruebas en las que se primaba de manera muy notable los servicios prestados en la Administración» (STC 27/2012, de 1 de marzo). Al margen de esa pretendida excepcionalidad que alega la LMRT –que debería ponerse en cuarentena pues, como se ha señalado, la regularización de la temporalidad se ha venido repitiendo cíclicamente en España con el fin de hacer tabula rasa de esta problemática–, las estabilizaciones que contempla la LMRT armonizan con la doctrina constitucional que permiten dar un trato más ventajoso a los empleados temporales valorando como mérito la experiencia o servicios prestados siempre que dicha valoración no determine el resultado final de la selección. El Tribunal Constitucional ha admitido que «aporta una sustancial ventaja» pero la justifica por el hecho de que los participantes damnificados contaban con la posibilidad de que sus «méritos personales se muestren en la fase de oposición» (STC 27/2012). La posibilidad de que el concurso sea eliminatorio o de que la oposición no tenga ese carácter impide o dificulta enormemente que los aspirantes libres tengan la oportunidad de equilibrar su puntuación en la fase de oposición. Esta dificultad se puede hacer extensiva a las personas con relación de servicio en la Administración, si, como propone la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública de 1 de abril de 2022, se decide valorar con mayor puntuación la experiencia adquirida en la Administración convocante (en contra, Roqueta, 2021, p. 18 y Jáñez y García, 2022, p. 15). Además, la LMRT ha abierto a negociación con las organizaciones sindicales las convocatorias de estos procesos selectivos (art. 2 y DA sexta) lo que sin duda va a provocar una heterogeneidad de patrones sobre la baremación de méritos y la configuración de los ejercicios de la fase de oposición en función del sector de actividad y la entidad de que se trate, con lo cual no es descartable que el nivel de competitividad disminuya aún más. Por todo ello, no es extraño que dichos procesos acaben convirtiéndose en pruebas restringidas *de facto* debido a las escasas posibilidades de acceder a una plaza que tienen los aspirantes sin experiencia en la Administración.

3.3. Medidas para evitar *pro futuro* el abuso de la temporalidad: el apuntalamiento del carácter temporal del funcionario interino

El art. 1 LMRT realiza una serie de modificaciones y adiciones al TREBEP, de aplicación únicamente al personal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor, de tal manera que los anteriores nombramientos interinos mantendrán su régimen jurídico-administrativo⁴¹. En lo que al personal

2021 (rec. 1723/2020) el Tribunal modifica su criterio y deniega la fijeza, por lo que es importante atender a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

⁴¹ Las incógnitas pueden surgir cuando se haya producido un incumplimiento de los plazos máximos previstos para la relación de interinidad ya que, en el momento de gestionar determinadas solicitudes (excedencias, carrera profesional, etc.), pueden surgir dudas

laboral se refiere, la norma deja mucho que desear, al quedarse corta en su contenido y realizar meros retoques estéticos –se limita a señalar que los procedimientos de selección serán públicos y se regirán por los principios de igualdad, mérito y capacidad y, en el caso del personal temporal, también por la nota de celeridad con la finalidad de atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia (art. 11.3 TREBEP)–, en línea con las previsiones que se han venido estableciendo en las leyes presupuestarias para la incorporación de esta modalidad de personal. Las modificaciones del art. 1 LMRT atañen especialmente al art. 10 TREBEP del citado cuerpo normativo –sobre régimen jurídico de los funcionarios interinos–, reforzándose la nota de temporalidad que descarta «cualquier expectativa de permanencia» (González-Varas, 2022, p. 5⁴²). En su nueva redacción, el precepto denuncia los cuatro supuestos tasados que permiten nombrar personal funcionario interino, a la vez que acota temporalmente su virtualidad –distinta en cada caso⁴³–, con ello se minimiza o elimina la discrecionalidad administrativa a la hora de valorar su concurrencia. De este modo, se refuerza el carácter interino del nombramiento, que solo se podrá adoptar tras verificar la concurrencia de esas circunstancias objetivas, nombramiento que deberá estar expresamente justificado por razones de necesidad y urgencia. La motivación debe constar en el expediente administrativo de nombramiento, sin que baste la utilización de una expresión ritualizada (Arroyo, 2021, pp. 137 y ss.). En el caso concreto del funcionario interino por plaza vacante, su nombramiento se limita a un máximo de 3 años, transcurridos los cuales la plaza debe proveerse por funcionario de carrera, salvo que el proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso, se podría efectuar otro nombramiento interino que se regirá por las mismas pautas que el anterior. Excepcionalmente, se habilita la permanencia del funcionario interino en la plaza que ocupa temporalmente cuando se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los 3 años a contar desde la fecha de nombramiento del funcionario interino y se resuelva conforme a los plazos del art. 70 TREBEP.

Por otro lado, se incide en los procesos de selección del personal funcionario interino, que deben regirse por los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y *celeridad* (donde antes se contemplaba que debía hacerse mediante procesos ágiles –concepto jurídico indeterminado–), ya positivizados en el art. 55 TREBEP, con el fin de proceder a la cobertura inmediata del puesto. Lo cierto es que este cambio conceptual no aporta nada que la legislación aplicable hasta el momento no contemplase, desperdiciándose una buena oportunidad para diseñar un procedimiento *ad hoc* y acotar sus plazos. Y para aplacar cualquier posible expectativa de permanencia, se advierte que los nombramientos derivados de estos procesos de selección en ningún caso darán lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera (art. 10.2), fortaleciendo un distanciamiento necesario entre temporalidad y estabilidad permanente que hasta ahora quedaba diluido por la realidad. Queda claro, pues, que los procedimientos de acceso a la condición de personal funcionario interino no son equiparables a los de personal funcionario de carrera.

También se objetivan las causas de terminación de la relación de interinidad que obligan a la Administración a formalizar de oficio dicha finalización, sin derecho a compensación económica de ningún tipo (STJUE de 22 de enero de 2020, C-177/18). De esta manera, los ceses se clarifican y se dotan de seguridad jurídica, soslayando la posibilidad que la relación se precarice *ad aeternum*. Como ya venía sosteniendo la jurisprudencia (STS de 20 de enero de 2020, rec. 2677/2017), además de las causas comunes de cese de la relación funcional de carrera previstas en el art. 63 TREBEP (renuncia, jubilación...), lo son, específicamente en estos casos, la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera, la existencia de razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados, la finalización del plazo autorizado expresamente recogido en su nombramiento y la finalización de la causa que dio lugar al nombramiento.

sobre si debe atenderse a la doctrina sentada por los tribunales para esos supuestos o si, tras la nueva redacción normativa, queden sustraídos algunos derechos reconocidos jurisprudencialmente a los interinos.

⁴² El art. 10.5 TREBEP señala que al personal funcionario interino le es aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo los derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera. Se trata de una previsión vaga por cuanto no concreta que aspectos se entienden aplicables y cuáles quedan excluidos. Y, en todo caso, niega al funcionario interino un estatuto propio, al establecer una mera regulación analógica (Mellado-Ruiz, 2021, p. 104).

⁴³ Las causas que permiten el nombramiento de funcionario interino son: a) la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera por un máximo de 3 años; b) la sustitución transitoria del titular, por el tiempo estrictamente indispensable; c) la ejecución de programas de carácter temporal, por un máximo de 3 años, ampliable a 12 meses; y d) el exceso o acumulación de tareas, por un plazo máximo de 9 meses, dentro de un período de 18 meses.

REFLEXIONES FINALES

A la vista de lo descrito, es notorio que el sector público español ha recurrido durante décadas y de forma masiva a las relaciones de servicio temporales irregulares o en fraude de ley con el fin de cubrir por este medio sus necesidades estructurales en materia de personal. Y, sin embargo –o precisamente por ello–, no se ha articulado en el pasado ningún mecanismo sancionador que sea suficientemente disuasorio para revertir esta práctica. Las renovaciones sucesivas o implícitas de contratos temporales que realmente encubren el desempeño de modo estable y permanente de funciones que forman parte de la actividad ordinaria del personal fijo ha abocado a miles de empleados públicos –que, vinculados bajo diferentes regímenes jurídicos, comparten un mismo componente en sus relaciones, la precariedad– a una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica, defraudando sus expectativas en orden a la duración del contrato y a la proyección de sus aspiraciones vitales (compra de vivienda, previsión de hijos, etc.). La desnaturalización del carácter temporal del contrato temporal y el abuso en los nombramientos del personal funcionario y estatutario de interinidad mediante su prolongación injustificada durante un periodo de tiempo inusualmente largo han sido práctica habitual en el sector público. Y, a pesar de ello, el legislador español los ha abordado muy tardíamente. Han sido los órganos jurisdiccionales españoles (guiados por la interpretación vinculante del TJUE en respuesta a sus cuestiones prejudiciales) los que, en ausencia de una legislación *ad hoc* en el ordenamiento jurídico español que sancione el abuso de sucesivos contratos o relaciones laborales de larga duración en los términos de la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco, han avanzado en la búsqueda de soluciones que presenten garantías efectivas de protección del trabajador para poner coto y sancionar debidamente la utilización abusiva de la temporalidad en el sector público, con medidas de talante pretendidamente disuasorio, reparador o sancionador como una indemnización al cese de la relación u otras con más enjundia como la conversión del personal temporal abusado en indefinido no fijo (conversión irrelevante a los efectos de alterar la naturaleza temporal de la relación, sujeta a condición resolutoria) o, con carácter minoritario y en concurrencia de ciertos requisitos, el reconocimiento de la fijeza.

Unos niveles altos de temporalidad distorsionan el correcto funcionamiento de un Estado Social y Democrático de Derecho y quiebran la garantía de una prestación adecuada de los servicios públicos. La solución precipitada y cortoplacista ideada por el legislador, impelido por las reprimendas que le han ido llegando desde Europa, va a suponer la integración masiva en el sector público, bajo la nueva condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo y en puestos estructurales, de miles de empleados temporales de larga duración. Y ello mediante procesos selectivos «blandos» (Boltaina, 2018), que predeterminan el resultado final (concurso) y brindan un trato muy ventajoso al personal temporal en la valoración de la experiencia profesional, aun cuando no sea determinante del resultado final (concurso-oposición). En este último supuesto, como ya hemos señalado, la valoración del 40 % es constitucionalmente válida y sobre el papel no excluye la posible concurrencia de terceros. Pero, en la práctica, el sistema de selección que diseña la LMRT distorsiona el requisito de la libre concurrencia, dificultando enormemente que los aspirantes sin experiencia puedan hacerse con un puesto en la Administración, dificultad que puede agudizarse en función de cómo se articule la baremación de méritos y del carácter eliminatorio o no de los ejercicios en fase de oposición.

No ha tenido mucha imaginación el legislador al acudir a una solución del pasado, considerada igualmente entonces «de carácter extraordinario» como la dispuesta en los RD 1409/1977 y 263/1979 para la integración del personal interino, temporero, eventual o contratado de la Administración Local como funcionario de carrera, como ya se hizo también anteriormente con quienes prestaban servicios como funcionarios interinos o personal contratado en la Administración Civil del Estado. Tratándose pues de una medida cíclica no es de extrañar que el Estado reincida en su aplicación dentro de unos años si no se aborda definitivamente la reforma y modernización del empleo público, con propuestas que consoliden un modelo profesional, productivo y más flexible y ágil en los procesos, que permita evitar que de nuevo vuelvan a generarse situaciones de interinidades prolongadas en el tiempo. Esto implica, entre otras muchas cosas, replantear el sistema de reclutamiento y selección y potenciar la profesionalización de la gestión del empleo público. Las disfunciones clientelares y endogámicas, que han permitido a muchos empleados entrar por la puerta de servicio merced a sus vínculos con la clase política –especialmente entre los cargos de nivel superior– desacreditan la función pública, pero con la inestimable ayuda de la LMRT, van a consolidarse, manteniendo vivas las expectativas de no pocos de ocupar definitivamente una plaza mediante su ingreso por esta vía torticera. Los mimbres del modelo de función pública diseñado en el siglo pasado se han desbordado, visibilizando que se requieren reformas estructurales que apuntan también a una necesaria relectura y flexibilización de los principios del sistema constitucional relacionados con este ámbito, para dar respuesta a las exigencias

que demanda una Administración del siglo XXI. No puede pretenderse, como ha acontecido hasta ahora, que sean las instancias judiciales las que solucionen el problema de la temporalidad a cuenta de futuras legislaciones, debido a la inacción del poder legislativo. Y no solo en el plano normativo, también la gestión de recursos humanos de nuestras administraciones debe ponerse al día, incrementando esa capacidad de gestión en términos de liderazgo, planificación estratégica y evaluación de resultados, racionalización de efectivos en el marco del nuevo catálogo de funciones y de las cuantiosas jubilaciones que se prevén en los próximos años, adaptación digital, responsabilidad y *accountability*, mayor especialización, estímulo de las capacidades, competencias y motivación de los empleados públicos, entre muchos otros objetivos.

La utilización abusiva de la temporalidad constituye un fraude de ley a los principios constitucionales puesto que es muy habitual que, en la práctica, el empleado se mantenga en el mismo puesto de trabajo toda su vida laboral, o vaya rotando en función de sustituciones transitorias del personal fijo, sin pasar por ningún proceso de selección. Si no se aborda la transformación del sistema de reclutamiento y selección, los problemas de fondo que caracterizan el sistema de empleo público van a subsistir, de manera que las situaciones de interinidad van a prolongarse de manera tan frecuente como hasta ahora. Se puede discutir si la superación de un proceso selectivo en los términos actuales, heredado del modelo decimonónico napoleónico y la ENA (combinación de pruebas diversas, básicamente memorísticas) es el sistema más adecuado para acceder a la Administración o si debe potenciarse la capacidad y la aptitud frente a la acumulación memorística de conocimientos –a estos efectos resulta interesante analizar la experiencia de la Oficina Europea de Selección de Personal para el acceso al cuerpo de funcionarios de la UE, que establece tres pruebas eliminatorias (psicotécnica, *e-tray* y entrevistas) que valoran habilidades como la capacidad de aprendizaje y de resolución de problemas, liderazgo de proyectos, comunicación, resiliencia, etc.–. La doctrina más solvente (Jiménez Asensio, 2018; Castillo, 2020) coincide en afirmar que el actual sistema de reclutamiento es costoso, lento, desfasado y carente de atractivo para los potenciales candidatos y, ciertamente, las habilidades que se demandan en un funcionario del siglo XXI van más allá de un temario, abarcando cuestiones de nuevo cuño (inteligencia artificial, digitalización, blockchain...). Pero mientras no se encuentra una fórmula más idónea –o fórmulas diversificadas y adaptadas a las distintas plazas ofertadas– constituye hoy por hoy la mejor salvaguarda de la igualdad, a la par que garantiza la captación objetiva de talento –dado el nivel de preparación que se exige a los candidatos– y contribuye a prestigiar y dar reconocimiento a los servidores públicos.

El reto no se augura fácil pues se requiere consenso y voluntad política, así como vencer la resistencia inmovilista de los propios cuerpos funcionariales, que abogan por el *statu quo*, pero el sistema de selección constituye una cuestión nuclear –no es extraño que entre las propuestas que lanzó el Grupo de Análisis y Propuesta de Reformas en la Administración Pública (2021, pp. 102 y ss.) figuren la necesidad de repensar la selección como proceso crítico y estratégico y prevenir y corregir la alta temporalidad–. Así pues, en adelante, se apuntan unas pocas propuestas conciliadoras con las garantías de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad que pueden ayudar a estabilizar las tasas de empleo temporal, reprimiendo la inercia de muchas entidades públicas que consideran al personal temporal un remedio para cualquier carencia en recursos humanos, sea transitoria y excepcional, o no.

Entre las medidas que proponemos, pueden citarse: A) la agilización de los procesos selectivos y de contratación que permitan una pronta incorporación del personal, puesto que es inadmisibles que entre la publicación de la oferta de empleo público y el nombramiento puedan pasar varios años. La LMRT prescribe celeridad en los procedimientos, pero sabemos que este principio se convierte, en la práctica, en papel mojado no solo en éste, sino en cualquier ámbito de actividad administrativa y por ello sería conveniente establecer sanciones disciplinarias para las autoridades y funcionarios responsables de las dilaciones o la directa inejecución de las ofertas de empleo público –que quedan sin efecto transcurrido el plazo del art. 70 TREBEP–. Recuérdese, en este sentido que las estabilizaciones de 2017 y 2018 fueron desatendidas por muchas entidades públicas, especialmente locales. Podría acudir, como norma inspiradora, a los arts. 42 y 74 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, referidos al impulso de oficio de los procedimientos y a la obligación de resolver, y que señalaban que su incumplimiento daba lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria o, en su caso, a la remoción del puesto de trabajo. B) Vinculado con la necesidad de proveer la cobertura de la plaza se advierte que, con los años, las administraciones han ido institucionalizando una dinámica de reclutamiento de personal temporal al que no se le exige superar proceso alguno o, como mucho, someterse a pruebas de poco nivel (entrevistas, presentación de un CV...) para, años después, estabilizarlo a través de métodos selectivos que, como hemos apuntado, han sido seriamente cuestionados por la doctrina espe-

cializada. La existencia de personal temporal es beneficiosa, por razones de agilidad y adaptabilidad, para la buena marcha de las administraciones, pero cabe replantearse el modo de acceso. Una propuesta que se inspira en el modelo alemán y que va en la línea de considerar habilidades, competencias y actitudes en la valoración del desempeño sería la formalización de una relación de servicio temporal (que se articula como un periodo de prueba) tras superar unas pruebas selectivas simples. Durante esta relación de servicio temporal, el empleado deberá realizar actividades complementarias relacionadas con su puesto de trabajo, como cursos de formación especializados, procesos de *mentoring*, etc. que evaluarán las habilidades y competencias del trabajador y cuyos resultados decidirán su cese o la permanencia definitiva en el puesto de trabajo ahora con un vínculo fijo. Aunque no se nos escapa que, en España, es inhabitual que la Administración se desprenda de un empleado una vez que ha entrado en el «circuito», ni que sea temporalmente, a no ser que concurren razones disciplinarias de peso. C) También es imprescindible que las incorporaciones de personal se puedan planificar a largo plazo, anticipando las necesidades con criterios de racionalidad y eficiencia y aplicando principios de simplicidad, servicio efectivo, dirección por objetivos, control de la gestión y evaluación de resultados, todo ello con la finalidad última de evolucionar hacia una nueva forma de ver y entender la Administración pública. Esta planificación deberá tener en cuenta que la transformación digital y la modernización de la Administración (incorporación de tecnologías de la información, digitalización de los procedimientos administrativos, despliegue de nuevos servicios digitales mediante *hatbots*, automatización y robotización, etc.) puede justificar la amortización de puestos de trabajo a través de la modificación de la relación de puestos de trabajo y de la plantilla de personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios prestados. Para ello debería reconfigurarse el método de determinación de la tasa de reposición, que mide el porcentaje de vacantes en el empleo público que pueden ser cubiertas con nuevas incorporaciones, restando, del número de bajas (jubilación, excedencias sin reservas de puesto, renuncias voluntarias...) que se han producido en el año anterior, el número de empleados fijos que han ingresado en el mismo ejercicio. Este indicador refiere el cálculo del grado de reposición al año natural anterior lo que impide avanzar en una estrategia a largo plazo de los recursos humanos de una Administración. Coincidimos con Boltaina (2021, p. 83) en que ha sido esta fórmula de cálculo y no tanto la limitación de las convocatorias la causa del incremento de la temporalidad. D) Finalmente, se propone la constitución de una agencia independiente encargada de la supervisión y correcta ejecución de las políticas de función pública: no es una idea nueva, pero los entes creados con anterioridad (Consejo Superior de la Función Pública creado por Ley 30/1984; Observatorio de Empleo Público, creado por RD 868/2010) no han acabado de funcionar. Este organismo debería asumir funciones ejecutivas, que sobrepasen la mera observancia y le permitan fiscalizar la actividad de todas las administraciones en materia de recursos humanos, hacer prospecciones de necesidades futuras a largo plazo, formular propuestas que conecten con los mecanismos de control de la temporalidad y tener derecho al trámite de audiencia en la elaboración de los presupuestos generales del Estado.

Frente a las pretensiones de fijeza automática de determinados colectivos de afectados, que en ningún momento ha validado el TJUE y que desde luego son inatendibles en clave constitucional, la articulación de procesos de estabilización –aun cuando no se compartan las grandes líneas de diseño de los procedimientos selectivos de que se sirven– resulta una medida proporcionada, efectiva y disuasoria frente al abuso de temporalidad. Sin embargo, todas estas previsiones no resuelven el problema del colectivo de empleados temporales de menor antigüedad, que se verán abocados a procesos selectivos más exigentes y con todas las garantías jurídicas; aunque tampoco puede soslayarse que es habitual que muchas entidades públicas aprovechan la aprobación de ofertas de empleo público para diseñar procesos «a medida» con el fin de regularizar empleados en precario. En cualquier caso, la convocatoria de estos procesos selectivos es fundamental para que no se generen nuevas bolsas de temporalidad de larga duración que deban solucionarse después bajo fórmulas blandas de estabilización que, de nuevo, pongan en jaque los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Los tribunales han confeccionado un remiendo valioso y eficaz al deshilachado régimen legal del personal temporal vigente en España mientras los poderes legislativo y ejecutivo daban la callada por respuesta, pero el derecho a la continuidad de la relación de servicio que representa la figura del indefinido no fijo (funcionario o laboral) no es en puridad una medida sancionadora para la Administración puesto que el trabajador será cesado en caso de amortización de la plaza o de su cobertura definitiva, de tal manera que esta solución, aunque sea la menos mala en el contexto de su creación jurisprudencial, acaba perpetuando la precariedad. De ahí la necesidad y conveniencia de abordar los procesos de estabilización de la LMRT para dar respuesta al problema de la temporalidad, pero ni de la Directiva 1999/70/CE ni de la doctrina del TJUE se desprende que estos procesos deban ser tan ventajosos para «los que ya están dentro». En un

Estado que se sostiene en valores democráticos, la tutela del derecho a la estabilidad con carácter fijo de quienes ocupan interinamente una plaza habiendo ingresado de plano o mediante fórmulas poco rigurosas, como la integración en bolsas de empleo interino de personas que no aprobaron la convocatoria, no se consigue facilitando por Ley la consolidación de la plaza mediante un proceso selectivo más que liviano. Una política sistemática y sostenida de convocatorias puede servir al fin de proteger las legítimas expectativas de las personas afectadas, pero el escrupuloso respeto a los principios constitucionales de los arts. 23.2 y 103 CE exige que dichos procesos se articulen mediante sistemas selectivos de régimen general (oposición o concurso-oposición –con una valoración adecuada, en términos de justicia social, que no apee a quienes carecen de un vínculo previo con la Administración–), en los que el personal temporal, con independencia de su correcto rendimiento y excelencia en el desempeño de funciones, podrá evidenciar el mérito y capacidad –que se les supone, pero que, como cualquier hijo de vecino, tienen que probar–. En caso contrario, esa pretendida sanción del Derecho europeo a quien en realidad va a castigar es a la calidad institucional y la eficacia de los servicios públicos que se brindan a los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alegre Ávila, J. M. (1989). La función pública y los interinos y contratados (La sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril. Una reflexión sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad). *Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, 243, 663-697. <https://doi.org/10.24965/reala.vi243.8608>
- Arroyo Yanes, L. M. (2021). El nuevo régimen del funcionario interino en plaza vacante tras el decreto-ley 14/2021, de 6 de julio. Del funcionario interino de duración indeterminada al funcionario interino temporal. *Documentación Administrativa*, 8, 137-169. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11036>
- Baño León, J. M. (1987). La Igualdad como derecho público subjetivo. *Revista de Administración Pública*, 114, 179-195. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-114-septiembrediciembre-1987/la-igualdad-como-derecho-publico-subjetivo-2>
- Boltaina Bosch, X. (2005). Empleo precario y conflictos jurídicos en las administraciones públicas locales y autonómicas. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 52-53, 185-219.
- Boltaina Bosch, X. (2018). Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 14 Extra 2, 140-155. <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=3&tipo=S&seccion=51&correlativo=1&contenido=8&locale=es>
- Boltaina Bosch, X. (2021). Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación Administrativa*, 8, 66-91. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11025>
- Cabrera Rodríguez, J. (2020). Función pública temporal y precario administrativo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 55, 392-415.
- Canal Fernández, L. (2018). Temporalidad y equiparación de las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos a la luz del principio constitucional de igualdad y de la aplicación directa del derecho comunitario: el caso de la carrera horizontal regulada en el Estatuto Básico del Empleado Público. *Actualidad Administrativa*, 9, 1-7.
- Cantero Martínez, J. (2022). Los procesos de estabilización en la Administración local. *Anuario de Derecho Municipal*, 15, 141-182. https://doi.org/10.37417/ADM/15-2021_05
- Cantero Martínez, J. y Jiménez Asensio, R. (2021, 6 de julio). La temporalidad enquistada en el empleo público: la temporalidad futura como problema institucional. *Hay derecho*. Recuperado de: <https://www.hayderecho.com/2021/07/06/la-temporalidad-enquistada-en-el-empleo-publico-la-temporalidad-futura-como-problema-institucional/>
- Castillo Blanco, F. (2020). Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP? *Documentación Administrativa*, 7, 8-32. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10889>
- Castillo Blanco, F. (2022, 4 de abril). *¿Resulta de aplicación la Ley 20/2021 a los FHCN interinos? Acal*. Disponible en: <https://www.acalsl.com/blog/2022/04/aplicacion-ley-20-2021-fhcn-interinos>
- Fuentetaja Pastor, J. A. (2018). *Función Pública y Derecho europeo*. Civitas.
- Fuentetaja Pastor, J. A. (2020). La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización. *Revista de Administración Pública*, 212, 201-230. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>
- González-Varas Ibáñez, S. (2022, 21 de marzo). El abuso de la temporalidad con los funcionarios interinos y el personal estatutario interino en nuestra administración: soluciones a golpe de jurisprudencia y de una reforma legal. *derechoLocal.es*. Disponible en: <https://derechoLocal.es/opinion/el-abuso-de-la-temporalidad-con-los-funcionarios-interinos-y-el-personal-estatutario-interino-en-nuestra-administracion-soluciones-a-golpe-de-jurisprudencia-y-de-una-reforma-legal>

- Grupo de Análisis y Propuesta de Reformas en la Administración Pública (2021). *13 propuestas para reformar la Administración del Estado* [Innap Innova]. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Jáñez Franco, R. y García Leal, J. R. (2022). Aspectos prácticos en la tramitación de los procedimientos de consolidación y la estabilización como medidas de choque al empleo temporal de las Administraciones públicas. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 1, 1-19.
- Jiménez Asensio, R. (2018). «Repensar» la selección de empleados públicos. Momento actual y retos de futuro. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 14 Extra 2, 8-29. <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=3&tipo=S&seccion=60&correlativo=1&contenido=1&locale=es>
- Jiménez Asensio, R. (2021). Proyecto de ley de medidas urgentes de reducción de la temporalidad en el empleo público [Documentos]. *Blog La mirada institucional*. Disponible en https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2021/11/proyecto-de-ley-de-medidas-urgentes-de-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico121-63_dictamen-2.pdf
- López Ramón, F. (2021). Miguel Sánchez Morón: Régimen Jurídico de los funcionarios interinos. *Revista de Administración Pública*, 214, 373-375. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-214-eneroabril-2021/miguel-sanchez-moron-regimen-juridico-de-los-funcionarios-interinos-6>
- Mellado-Ruiz, L. (2021). Precariedad regulatoria y personal interino: un futuro incierto (en todos los sentidos). *Documentación Administrativa*, 8, 92-114. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11026>
- Nevado-Batalla Moreno, P. T. (2021). La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración. *Documentación Administrativa*, 8, 115-136. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11027>
- Parada Vázquez, R. (1999). La degeneración del modelo de función pública. *Revista de Administración Pública*, 150, 413-452. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-150-septiembrediciembre-1999/la-degeneracion-del-modelo-de-funcion-publica-2>
- Rodrigo Sáiz, M. C. (2021, 16 de marzo). Indefinido fijo en la Administración Pública. *Diario La Ley*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/03/30/indefinido-fijo-en-la-administracion-publica>
- Roqueta Buj, R. (2021). Los procesos de estabilización de empleo temporal en el Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 21, 8-27. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvvgp.21.2021.01>
- Roqueta Buj, R. y Goerlich Peset, J. M. (2021). *Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-Ley 14/2021*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez Morón, M. (1997). Artículo 23.2: El derecho a acceder a funciones y cargos públicos. En O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* [Vol. II]. Cortes Generales - Edersa.
- Sánchez Morón, M. (2018). *Derecho de la función pública* (11.ª ed.). Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2019). La consagración del funcionario interino indefinido. *Revista de Administración Pública*, 208, 223-238. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.06>
- Soto Valle, J. I. (2021). Els secretaris d'Administració local. Entre la gestió i el control. Un rol en evolució. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 55, 154-194. <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/2054>



Zonificación urbanística y viviendas de uso turístico en Madrid¹

Urban Zoning and Short term rentals in Madrid

Hernando Rydings, María
Universidad Rey Juan Carlos (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3925-1478>
maria.hernando@urjc.es

NOTA BIOGRÁFICA

María Hernando Rydings es Profesora contratada Doctora de la URJC. Doctora Europea en Derecho Administrativo y Premio Extraordinario de Doctorado. Máster en Derecho Urbanístico y Ambiental por la URJC.

RESUMEN

Este trabajo se centra, dentro del ámbito del alojamiento colaborativo o turismo colaborativo, en el examen del régimen jurídico aplicable a las viviendas de uso turístico en la ciudad de Madrid, y el empleo de la zonificación urbanística como instrumento preponderante para proceder a dicha regulación. En tal sentido, el texto parte de un examen general de la regulación de dichas viviendas, incluyendo su propia definición, para después proyectarla en el ámbito normativo de la Comunidad y el municipio de Madrid, que utilizan sus competencias en materia de turismo y de urbanismo para la producción de una regulación autonómica y local en el sector de referencia. En este contexto se estudia en detalle el Plan Especial aprobado por el Ayuntamiento de Madrid en 2019, que procede a zonificar la ciudad, mediante la técnica de la calificación urbanística y la modificación de los usos del planteamiento urbanístico. Seguidamente, el texto se plantea la conformidad del empleo de esta técnica en relación con las reglas de liberalización de servicios y defensa de la competencia contenidas en nuestra legislación, entre otros argumentos, y al hilo de pronunciamientos debidos a las autoridades de competencia, y examinando la jurisprudencia europea y nacional en este ámbito, confirma la legitimidad de la utilización de tales instrumentos. Desde esta perspectiva, finalmente se aportan un conjunto de valoraciones en orden a su empleo, o el recurso a técnicas jurídicas distintas más agresivas, con la perspectiva de la proliferación descontrolada de dichas viviendas y la ineffectividad de la regulación vigente como telón de fondo.

PALABRAS CLAVE

Viviendas de uso turístico; zonificación urbanística; economía colaborativa.

ABSTRACT

This article focuses, within the field of collaborative accommodation or collaborative tourism, on the examination of the legal regime applicable to short term rentals in the city of Madrid, and the use of urban zoning as a preponderant instrument that defines its regulation. In this sense, the text starts from a general examination of the regulation of the short term rentals, including its own definition, to later project it in the regulatory sphere of the Community and the municipality of Madrid, which use their competences in

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto que dirijo "Contratación pública y competencia: nuevos retos ante el plan de recuperación, transformación y resiliencia", concedido en la convocatoria pública para la concesión de ayudas para la realización de proyectos de I+D para jóvenes doctores de la URJC y en el Grupo de Excelencia "Derecho y Política Económica" (GEDYPE) del que soy miembro.

matters of tourism and urban planning for the production of regional and local regulation in this sector. In this context, the Special Plan approved by the Madrid City Council in 2019 is studied in detail, which proceeds to zone the city, through the technique of urban qualification and the modification of the uses of the urban approach. Next, the text considers the conformity of the use of this technique in relation to the rules of liberalization of services and defense of competition contained in our legislation, among other arguments, and in line with pronouncements due to the competition authorities, and examining European and national jurisprudence in this area which confirms the legitimacy of the use of such instruments. From this perspective, finally, a set of assessments are provided as well as a proposal of different and more aggressive legal techniques, with the perspective of the uncontrolled proliferation of short term rentals in Madrid and the ineffectiveness of the current regulation.

KEYWORDS

Short term rentals; town planning; collaborative economy.

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO. 2. RECORDATORIO DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN MADRID. 2.1. CONCEPTO DE VIVIENDA DE USO TURÍSTICO Y REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBE REUNIR LA VIVIENDA. 2.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VUT. 3. LA INTERVENCIÓN LOCAL EN MADRID EN LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO A TRAVÉS DEL URBANISMO. 3.1. PRECISIONES PREVIAS RESPECTO DE LA ZONIFICACIÓN URBANÍSTICA. 3.2. LA INTERVENCIÓN MUNICIPAL EN LA CIUDAD DE MADRID. 3.2.1. ¿Se puede zonificar urbanísticamente la ciudad para limitar la proliferación de las viviendas de uso turístico a través de un plan especial? 3.2.2. ¿Vulnera las normas de competencia la restricción de alojamientos turísticos en determinadas zonas de la ciudad? 3.2.3. ¿Constituye la actividad municipal de zonificación una invasión competencial de la «promoción y ordenación del turismo» que corresponde a la Comunidad Autónoma? 4. PERSPECTIVAS DE FUTURO. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO

En los últimos años estamos asistiendo a una proliferación considerable de nuevas formas de alojamiento turístico que tienen lugar en viviendas particulares, denominadas a estos efectos, viviendas de uso turístico (en adelante VUT). Esta forma de alojamiento turístico tiene lugar en viviendas particulares y ello plantea la duda de si pueden quedar enmarcadas en lo que ha venido denominándose economía colaborativa al ser habitual que en la citada actividad intervenga una empresa responsable de la contratación del alojamiento (Carbonell Porras, 2019b, pp. 405-458; Guillén Navarro, 2018, pp. 231-267).

En este sentido, y a pesar de que el número de viviendas turísticas constituye un pequeño porcentaje respecto del total de viviendas construidas, aproximadamente un 1,3% del total, también es cierto que su incremento en el mercado de alojamientos turísticos (1,9 millones), prácticamente se equipara al total de las plazas hoteleras ofertadas (1,9 millones²). Asimismo, y como se ha señalado, la distribución de este tipo de viviendas no es homogénea ya que el 76,8% se encuentran en la franja costera, y solo el 23% están situadas en zonas interiores. Tampoco por Comunidades la distribución es igual, ya que Andalucía, Cataluña y la Comunidad Valenciana acaparan las tres quintas partes del total de viviendas turísticas y la concentración de estas es especialmente importante en las ciudades de Madrid y Barcelona, que aglutinan el 10,6% del total –más de 120.000 plazas entre las dos–, particularmente en determinados barrios del centro (Aguirre i Font, 2021, p. 25).

En el caso de Madrid, y concretamente del distrito centro, que es donde se concentran las viviendas de uso turístico, se calcula que existen en torno a las 9.723 viviendas, de las cuales, el 83,5% (8.120) serían viviendas completas. Asimismo, es posible estimar que la distribución por barrios del total de la oferta declarada determina que hay una mayor concentración de este tipo de viviendas en el barrio de Embajadores (Lavapiés), que tendría la principal fuente de oferta (el 26,5%), seguido por el barrio de Universidad (Malasaña),

² Estos datos se recogen en el documento elaborado por Exceltur, *Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impacto y retos asociados*, 2015. Debido a los años transcurridos desde su elaboración y a la recuperación del turismo tras la pandemia de COVID-19, es posible que los mismos hayan determinado un aumento aun mayor del número de viviendas de uso turístico.

que concentraría el 21 %³. Estos datos contrastan con los ofrecidos en los portales dedicados al anuncio de este tipo de viviendas. En este sentido, se calcula que en Madrid podría haber más de 16.000 anuncios de la plataforma *Airbnb*, de los que solo algo más de 1.000 indican que cuentan con licencia de explotación como VUT, de manera que las 15.000 restantes podrían no estar ni siquiera registradas⁴.

El crecimiento de este tipo de alojamiento turístico determina, a su vez, la consecución de una cascada de efectos negativos que van desde el incremento del precio del alquiler tradicional, la degradación de los entornos urbanos como consecuencia de las repercusiones que vienen dándose en materia ambiental o de conservación del patrimonio histórico de las ciudades, la desaparición de actividades de proximidad, así como la turistificación. En este sentido, se sostiene que si bien plataformas digitales como *Airbnb* se autodefinen como un servicio para «compartir hogares», en realidad ello ha facilitado que el hospedaje turístico se instale en zonas residenciales, a través de la cooptación de inmuebles cuyo uso previsto inicial no era el turístico, pero que, sin embargo, resulta mucho más rentable para los propietarios, agudizando, en consecuencia, problemas relativos al acceso a la vivienda –especialmente para grupos vulnerables–, y a la turistificación de las ciudades (Gurran y Phibbs, 2017, pp. 80-92).

De este modo, la actuación de las Administraciones públicas, con competencias directas o indirectas en el ámbito de las VUT se revela crucial. Así, por un lado, la competencia en materia de turismo corresponde a las Comunidades Autónomas (148.1.18 de la Constitución Española). En este sentido, las VUT se han ido regulando a través de reglamentos ejecutivos, con el objetivo de limitar su proliferación y controlar la forma en que se desarrolla la actividad turística de alojamiento. A tal efecto, es habitual que las normas autonómicas exijan, para poder llevar a cabo la citada actividad, la presentación de una declaración responsable y la inscripción de esta en el correspondiente Registro autonómico de Turismo o, incluso, algún documento adicional que acredite la idoneidad del alojamiento para este fin, como en el caso de Madrid, con el certificado de idoneidad de vivienda de uso turístico (en adelante, CIVUT). A pesar de ello, menos de la mitad de los alojamientos de uso turístico han iniciado su actividad de conformidad con el marco jurídico aplicable, siendo por tanto ilegales, lo que determina además que los escasos servicios de inspección turística, de carácter autonómico, se enfrenten a una actividad hercúlea.

Asimismo, y ante este panorama, las Administraciones locales también han procedido a desplegar iniciativas dirigidas al control y limitación de las viviendas turísticas mediante el ejercicio de sus competencias en materia de urbanismo procediendo a zonificar las ciudades, mediante la técnica de la calificación urbanística y la modificación de los usos del planteamiento urbanístico. Así viene ocurriendo en el caso de Palma de Mallorca, Barcelona, Madrid o Castilla y León. Este estudio, no obstante, se limitará al análisis de las actuaciones que han tenido lugar en Madrid, donde se aprobó con fecha 27 de marzo de 2019, por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento, el Plan Especial de Hospedaje de Madrid. En su virtud, se limita la implantación de todo establecimiento turístico, incluidas las viviendas de uso turístico, en gran parte de la Ciudad de Madrid, y, en particular, en la zona Centro, en los términos en que veremos más adelante. Ello ha determinado la aparición de diversos problemas jurídicos que han derivado en litigios judiciales ante distintas instancias, en las que parece que, de momento, se ha dado un espaldarazo a la viabilidad de la intervención local.

En esa línea se enmarca también la reciente modificación de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid que mantiene las actuales restricciones a las viviendas de uso turístico en la Ciudad de Madrid.

2. RECORDATORIO DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN MADRID

La actividad de alojamiento turístico en las viviendas de uso turístico se enmarca, como decíamos, en la competencia autonómica del artículo 148.1.18 de la Constitución Española de «promoción y ordenación

³ Así se recoge en el Informe elaborado por la Junta Municipal del Distrito Centro, del Ayuntamiento de Madrid, *Análisis del impacto de las viviendas de uso turístico en el distrito centro*, 2017, p. 27, en el que se señala además que en tercer lugar se situaría el barrio de Palacio (14,9%); seguido del barrio de Sol (14,5%); el barrio de Justicia (12,3%) y, por último, el barrio de Cortes (10,9%). Los datos que ofrecen se basan en estimaciones puntuales de la oferta declarada en la principal plataforma destinada a este tipo de operaciones, como es el portal *Airbnb*, y teniendo en cuenta también las ofertas declaradas por otras plataformas y portales destinadas a la misma finalidad (Wimdu, Rentalia, Homeaway, Niumba, etc).

⁴ Información recogida en el Diario El Mundo, *El Alquiler vacacional resta más de 15.000 viviendas en Madrid*, 6 de mayo de 2018.

del turismo», la cual se asume por la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud de lo recogido en el artículo 26.1.21 de su Estatuto de Autonomía⁵.

A tal efecto, en Madrid, se dictó la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo en la Comunidad de Madrid (en adelante, LTM), la cual, no obstante, no hace ninguna alusión directa a las VUT, aunque prevé en el artículo 25, la posibilidad de incluir en la enumeración de las modalidades de alojamiento turístico «cualquier otra que reglamentariamente se determine».

En este sentido, las VUT han sido objeto de regulación junto con los apartamentos turísticos, en el Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, modificado en virtud de Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno (en adelante, DAPVUT⁶).

El reglamento opta por regular las VUT, como pone de manifiesto la exposición de motivos, con el fin de establecer unos mínimos requisitos tendentes «a proteger los derechos de los consumidores y usuarios turísticos, así como para acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal y poner freno a una oferta que podría estar ejerciendo una actividad opaca a las obligaciones fiscales que son exigibles al resto de los establecimientos turísticos⁷». Partiendo de ello, la norma proporciona, además, el concepto de VUT (artículo 2.2) y todo lo concerniente a su régimen jurídico (artículos 17-20).

2.1. Concepto de vivienda de uso turístico y requisitos mínimos que debe reunir la vivienda

Las viviendas de uso turístico, de conformidad con el artículo 2.2 DAPVUT, son aquellos pisos, estudios o apartamentos o casas que, de forma habitual, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, para ser cedidos en su totalidad con fines de alojamiento turístico y a cambio de un precio⁸.

Asimismo, se exige que las VUT reúnan unos requisitos mínimos, ya que, de conformidad, con el artículo 18, estarán compuestas, como mínimo, por un salón-comedor, cocina, dormitorio y baño, pudiendo denominarse estudios cuando en el salón-comedor-cocina esté integrado el dormitorio y cuente con un máximo de dos plazas. De este modo, no cabe que se alquilen habitaciones bajo esta modalidad de alojamiento⁹.

Las viviendas de uso turístico se contratarán amuebladas, equipadas y en condiciones de uso inmediato y, además, deberán tener a disposición de los usuarios hojas oficiales de reclamación, así como un seguro de responsabilidad civil¹⁰.

Al respecto, hay quienes han destacado como rasgos definitorios de las VUT los siguientes: la habitualidad del arrendamiento; la temporalidad en la cesión del inmueble; que estén comercializadas a través de canales de oferta turística; que tengan una finalidad turística; la necesidad de una contraprestación pecuniaria; la exigencia de la cesión de la totalidad de la vivienda y la exigencia de que se encuentre el inmueble en las condiciones idóneas para su inmediata disponibilidad. De este modo, un alquiler de temporada que reúna todos estos requisitos debería tener la consideración de VUT y poder ser así diferenciado de figuras afines como puede serlo la del alojamiento temporal (*vid.* Bosch Castel, 2021, p. 3). No obstante, también se ha señalado que ninguno de estos requisitos, es determinante a la hora de diferenciar una VUT de un

⁵ Aprobado en virtud de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

⁶ En este sentido, conviene recordar que la modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU), por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas marca un punto de inflexión respecto de las VUT ya que, desde ese momento, se excluye la aplicabilidad de la LAU a las citadas viviendas derivando su regulación a la normativa sectorial específica (Kruithof, 2020, p. 182).

⁷ También se alude a la reforma emprendida en la Ley de Arrendamientos Urbanos efectuada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas para la flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, que deja abierta a las Comunidades Autónomas la vía de regulación autonómica.

⁸ El artículo 2.3 del DAPVUT prevé que la actividad de alojamiento turístico se ejerce de forma habitual desde el momento en que el interesado se publicita por cualquier medio y presenta la preceptiva declaración responsable de inicio de actividad prevista en los artículos 11 y 17 del propio Decreto.

⁹ En cada vivienda de uso turístico debe especificarse un número de teléfono de atención permanente, para las incidencias o consultas que los usuarios puedan plantear; así mismo deberá disponer de un rótulo informativo con los teléfonos y direcciones de los servicios de emergencia y sanitarios redactados al menos en español e inglés.

¹⁰ Por último, también exige la norma, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.4, que los titulares de viviendas de uso turístico deberán respetar las siguientes capacidades máximas de alojamiento. Así, para viviendas inferiores a 25 m² útiles, hasta dos personas, en al menos una pieza habitable; para viviendas entre 25 m² y 40 m² útiles, hasta cuatro personas, en al menos dos piezas habitables; por cada 10 m² útiles adicionales en, al menos una pieza habitable más independiente, se permitirán dos personas más.

alojamiento temporal, siendo esta diferenciación muy compleja por cuanto un arrendamiento de temporada es una categoría muy amplia que recoge el supuesto de las VUT.

2.2. Régimen jurídico de las VUT

Para poder dar comienzo a la actividad, se requiere la presentación de una declaración responsable de inicio de la actividad de alojamiento turístico, ante la dirección general de turismo de la Comunidad de Madrid, que deberá acompañarse del Certificado de idoneidad para viviendas de uso turístico (en adelante, CIVUT), que sirve para acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos con los que debe contar una vivienda que vaya a operar como VUT¹¹.

A continuación, se deberá inscribir la citada declaración responsable y el CIVUT en el Registro de Empresas Turísticas de la Comunidad de Madrid (artículo 17.3). Y también deberá comunicarse a la dirección general competente en materia de turismo, cualquier modificación de las condiciones contenidas en la declaración responsable inicial (artículo 17.4).

Tanto la presentación de la declaración responsable, acompañada del CIVUT, como la inscripción de la misma en el Registro de empresas turísticas, son obligaciones que recaen sobre los titulares de las viviendas de uso turístico, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 794/2021, de 10 de junio¹², entendiéndose por tales a la persona titular de la actividad empresarial o profesional que sea la encargada de explotar la actividad de alojamiento turístico en la vivienda correspondiente¹³.

Asimismo, se requiere que los precios de todos los servicios que se oferten estén expuestos en un lugar visible a la entrada de cada vivienda, así como que quede expuesta también en lugar visible y a su entrada, la placa distintiva (artículos 19 y 20).

Por último, y por razones evidentes, el reglamento remite el régimen sancionador aplicable a las VUT a lo dispuesto en la Ley de Turismo de la Comunidad de Madrid, concretamente a lo previsto en los artículos 53 y siguientes que regulan la disciplina turística que, por tanto, resultan de directa aplicación a las VUT¹⁴.

También resulta de aplicación el régimen de inspección que se prevé en los artículos 49 y siguientes de la Ley de Turismo de Madrid. En este sentido, conviene llamar la atención sobre la habilitación que recibieron los cuerpos de Policía Local de la Comunidad de Madrid como servicio de inspección turística, en virtud de la Orden de 14 de febrero de 2021, del Consejo de Justicia, Interior y Víctimas. La Orden habilita a los Cuer-

¹¹ Concretamente, el citado CIVUT, de conformidad con el artículo 17 bis, acredita el cumplimiento de los siguientes requisitos: Disponer de calefacción y suministro de agua fría y caliente; disponer al menos de una ventilación directa al exterior o a patio no cubierto; disponer de un extintor manual, en el interior de la vivienda colocado a no más de 15 metros de la puerta de salida de la vivienda; disponer de señalización básica de emergencia indicando la puerta de salida de la vivienda y disponer de un plano de evacuación del edificio y de la vivienda en un lugar visible. Este certificado fue incorporado en la norma que analizamos, en virtud de la modificación de 2019. Asimismo, el preámbulo de la reforma operada en el Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, en virtud de Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, señala que «la voluntad que se persigue con esta regulación es ajena a los condicionantes urbanísticos con los que suele vincularse y condicionarse esta actividad. Así, este decreto de modificación enfoca las viviendas desde una perspectiva turística, no urbanística, sin perjuicio de que los municipios establezcan, si así lo consideran, ulteriores controles en el ámbito de sus respectivas competencias».

¹² Aclaremos esta cuestión por cuanto la reforma operada en el Decreto 79/2014, citado en la anterior nota núm. 12, en el Decreto 29/2019, incluyó en el artículo 17, apartados 1 y 3, la referencia de que fueran los «propietarios de VUT o sus representantes» los obligados a presentar la declaración responsable y a inscribirla en el Registro. No obstante, la STSJM 794/2021, de 10 de junio, anula las citadas referencias por cuanto entiende el Tribunal que resultan confusas pues el operador jurídico no adquiere certeza acerca de la significación precisa del término ni, por tanto, acerca de a quién alcanza o no la obligación que en los preceptos se impone a lo que se une el hecho de que ambas condiciones (propietario y titular de la actividad) no tiene por qué coincidir en la misma persona.

¹³ Ello además se corresponde con la interpretación auténtica que resulta del término declaración responsable en el artículo 3.9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que define la declaración responsable como «el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad».

¹⁴ Así, por ejemplo, se prevé que la oferta, prestación de servicios y la realización de actividades, sin haber presentado la declaración responsable, exigida por la normativa turística, constituye una infracción muy grave a la que corresponderá la imposición de las sanciones muy graves, las cuales aparecen recogidas en el artículo 61 LTM. En este sentido, estas pueden consistir en una multa en cuantía comprendida entre los 30.000 a 300.000 euros (artículo 61.1 b) LTM), pero también se prevé que la suspensión de las actividades empresariales o profesionales o el cierre temporal del establecimiento, locales o instalaciones podrá imponerse como sanción principal o accesoria a la multa, por un plazo de hasta cinco años en el caso de las sanciones muy graves (artículo 61.1 c) LTM). Asimismo, procede en el caso de infracciones muy graves, la anulación de inscripción en el Registro de Empresas Turísticas o la clausura definitiva del establecimiento (artículo 61.1 d) y e) de la LTM).

pos de Policía Local de la Comunidad de Madrid como servicio de inspección turística para la comprobación, vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones en materia turística en los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico ubicados en sus respectivos municipios, de acuerdo con lo establecido en la legislación en la materia y ello como consecuencia de la necesidad de controlar las actividades que se estaban llevando a cabo en este tipo de viviendas para prevenir y paliar los efectos del COVID-19. También se prevé en la citada Orden que la habilitación tendrá efectos durante la vigencia de las normas establecidas para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

No obstante, a pesar del marco jurídico existente, y como se ponía de manifiesto anteriormente, se calcula que de los 16.000 anuncios de Airbnb de VUT en Madrid, solo algo más de 1.000 indican que cuentan con licencia de explotación como VUT, de manera que las 15.000 restantes podrían no estar ni siquiera registradas. Este crecimiento desmedido ha determinado que diversos Ayuntamientos hayan ejercido sus competencias en materia de urbanismo con el fin de reducir radicalmente las VUT que no cumplen los requisitos legales.

3. LA INTERVENCIÓN LOCAL EN MADRID EN LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO A TRAVÉS DEL URBANISMO

3.1. Precisiones previas respecto de la zonificación urbanística

A pesar de que el municipio no cuenta con competencias directas en materia de turismo, existen diversos Ayuntamientos, entre los que se encuentra Madrid, que han emprendido iniciativas para abordar la problemática derivada del crecimiento desmedido de las VUT, mediante el ejercicio de sus competencias en materia de urbanismo.

En este sentido, y como es sabido, las técnicas que sirven para fijar el estatuto jurídico del derecho de propiedad del suelo son las de la clasificación y calificación del mismo con las que se definen su destino previsto, tal y como dispone el artículo 12.1 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante, TRLS¹⁵). Así, por un lado, nuestra legislación urbanística ha optado por venir exigiendo al planeamiento general (es decir, al plan general cuya aprobación es competencia municipal), la clasificación de todo el suelo del correspondiente municipio en distintas clases o situaciones, determinando esta ordenación de los tipos básicos de suelo el modelo de ciudad que ha de seguirse y el correspondiente régimen jurídico de los terrenos afectados. En este sentido, conviene recordar respecto de los planes generales de ordenación urbana que estos se comportan de distinto modo en cada clase de suelo. En el clasificado como urbano, que es el que ahora nos importa, la regulación que incorporan los planes generales es agotadora y llega a la fijación detallada del uso pormenorizado de los terrenos y de la edificación, a la determinación precisa de las operaciones de renovación o reforma interior a realizar y al señalamiento de los programas y medidas concretas de actuación a adoptar para su ejecución (Fernández Rodríguez, 2019). Asimismo, la asignación de destinos urbanísticos al suelo forma parte integrante de las funciones del urbanismo y esta trascendental tarea, corresponde al planificador urbanístico local que es al que le corresponde distribuir los diferentes usos del suelo en un término municipal (Arana García, 2018, p. 10).

Actualmente, las situaciones básicas de suelo son las de urbanizado y rural (artículo 21 TRLS) y a través de ellas se determinan los terrenos susceptibles de ser edificados (los clasificados en suelo urbanizado); los ámbitos de nueva urbanización (suelo rural urbanizable) y las zonas protegidas de la urbanización (suelo rural preservado). Por su parte, la calificación del suelo hace referencia al establecimiento por el planeamiento de los usos pormenorizados que corresponderán a los diferentes tipos de suelo, lo que condicionará el destino y valor de cada propiedad inmobiliaria. Además, el planificador municipal puede crear los que considere necesarios (López Ramón, 2013, p. 92).

Por tanto, la clasificación determina la clase de suelo a que pertenece cada porción concreta de suelo planificado y mediante la calificación el correspondiente plan urbanístico decide el posible destino urbanístico del territorio a través de la fijación concreta de la clase de suelo y destino que corresponde a cada

¹⁵ Al respecto, dispone el artículo 12.1 del Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo que: «El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien».

porción del suelo. Con la calificación (a la que también se denomina zonificación) se ordena definitivamente el terreno ya que se le atribuye un uso específico determinado (residencial, terciario, dotacional, etc.¹⁶) y se fijan, por tanto, las actividades que se pueden desarrollar en cada ámbito del suelo, las que están prohibidas y las que se consideran complementarias y se permiten bajo ciertas condiciones. En este sentido, la fijación de usos complementarios es habitualmente utilizada por el planificador urbanístico «con el fin de evitar la excesiva especialización de uso y la segregación funcional de la ciudad» (Arana García, 2018, p. 10).

Pues bien, las viviendas se sitúan en las partes del suelo en las que el plan general ha previsto el uso residencial. Por otro lado, el uso terciario es aquel que tiene por objeto la prestación de servicios al público, pudiendo incluirse las VUT en este tipo de uso. Es cierto que la distinción entre la vivienda dedicada al uso residencial y la dedicada al uso turístico es compleja y ha estado fundamentalmente anudada al criterio de la temporalidad ya que el residencial se caracteriza por la estabilidad y permanencia y el uso turístico se caracteriza por la transitoriedad y ocasionalidad (por días), por eso, es un uso terciario (Arana García, 2018, p. 10).

En cualquier caso, y ante las distorsiones que genera la convivencia de ambos tipos de usos en un mismo edificio, actualmente lo que tratan de lograr los Ayuntamientos, a través de las medidas que se han ido formulando, consiste precisamente es impedir que coexistan, tratando de que las VUT se ubiquen en las zonas que precisamente están destinadas a un uso terciario. Para lograr este objetivo, se han ido articulando distintas iniciativas locales, como decimos.

Así, por un lado, se han utilizado las ordenanzas municipales para incluir limitaciones adicionales a la declaración responsable o comunicación previa, como en el caso de Cataluña, así como para ordenar usos urbanísticos, como en el caso de San Sebastián.

En el primer supuesto se exigía por parte de algunos ayuntamientos en Cataluña, la presentación de documentación no prevista en la normativa autonómica o bien se establecía un sistema de control obligatorio, en un plazo breve, para todos los que presentaran una declaración responsable. No obstante, la Sentencia 3142/2020, de 16 de julio, del TSJ de Cataluña, procedió a anular diversos preceptos de una ordenanza municipal en los que se incluía un control obligatorio de las declaraciones responsables que de facto convertía el régimen de declaración responsable en un régimen de autorización (Aguirre i Font, 2021). Pero también se ha utilizado la ordenanza municipal, como decíamos, para ordenar usos urbanísticos, como en el caso de San Sebastián, que aprobó la ordenanza municipal reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico y que justificaba la intervención local por la existencia de valores superiores, como lo son la protección del medio ambiente, el derecho al descanso de la vecindad, la necesidad de preservar el uso urbanístico residencial de vivienda en los términos establecidos en la ordenación urbanística, el interés en la dinamización económica y social del conjunto de la ciudad, con el fin de evitar procesos de gentrificación en determinadas áreas (*vid.* Otero Oitavén, 2020). No obstante, esta fue anulada por la Sentencia 1/2020, de 9 de enero, del TSJ del País Vasco y ello por cuanto la legislación urbanística del País Vasco «no contempla las Ordenanzas como instrumentos normativos para regular, modificar, complementar, desarrollar, o reajustar los usos urbanísticos».

También se ha utilizado la vía reglamentaria, por parte del gobierno autonómico correspondiente, para desarrollar la legislación en materia de turismo e intentar resolver los problemas jurídicos que plantean las VUT. Así ocurrió en el caso de Canarias, cuyo gobierno autonómico dictó el Decreto 113/2015, de 22 de mayo. En el mismo se recogían diversas previsiones de dudosa legalidad. Así, por ejemplo, en el artículo 3.2 del citado Decreto se excluía de su ámbito de aplicación las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales, con el fin de no se pudieran ofrecer servicios turísticos con fines turísticos sobre viviendas que se encuentren en zonas turísticas o suelos de uso mixto. También se preveía en el artículo 13.3 de la norma que una vez presentada la declaración responsable se debía esperar quince días antes de dar comienzo a la actividad con la finalidad de que el Cabildo Insular procediera a inscribirla en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias y a entregar al empresario las hojas de reclamación, la placa distintiva y el libro de inspección. También prohibía el decreto, en su artículo 12.1 que las viviendas vacacionales fueran cedidas íntegramente a una única persona usuaria, entre otras. Estas previsiones fueron objeto de impugnación, dando lugar las mismas a las Sentencias de 21 de marzo

¹⁶ La técnica de la calificación urbanística en la actualidad se cuestiona desde diversos ámbitos, como en el caso de la Comisión Nacional de la Competencia en su *Informe Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, 2011, en el que se considera que la técnica de la zonificación conlleva una gran rigidez para el mercado del suelo. *Vid.* también, *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia 19 de julio de 2018, p. 62.

de 2017, 25 de mayo y 5 de julio de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que anularon los citados preceptos. Además, el Tribunal Supremo confirmó el contenido de los citados pronunciamientos por Sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2019, de 15 de enero (rec. 6255/2017).

Por otro lado, se ha utilizado la regulación urbanística para la zonificación de la ciudad y definición de incompatibilidad del uso o densidad máxima permitida, para la prohibición de compatibilidad del uso turístico con el residencial en el mismo inmueble; definición de los estándares de los edificios donde se pueden ubicar las viviendas turísticas; distinción del uso residencial del de naturaleza turística; prohibiciones totales de viviendas turísticas y prohibiciones relativas; regulaciones que buscan el reagrupamiento de las viviendas o la extinción de títulos (Aguirre i Font, 2021).

Así, por un lado, en las Islas Baleares, la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, contiene previsiones al respecto en su artículo 5 con la finalidad de que los planes de intervención en ámbitos turísticos y los planes territoriales insulares puedan determinar, entre otros extremos, la densidad global máxima de población, delimitar zonas y ámbitos turísticos y de protección, delimitar zonas y ámbitos turísticos y de protección. Pero también se establece en el artículo 75 que tiene la consideración de zona apta para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial aquella en que, motivadamente, con las medidas correctoras que se puedan establecer y cumpliendo las previsiones establecidas legalmente o reglamentariamente en materia de vivienda, la administración competente para llevar a cabo la zonificación considere que esta utilización extraordinaria de las viviendas residenciales resulta compatible con el uso ordinario de vivienda que las caracteriza. En Barcelona se aprobó en 2017 el Plan Especial urbanístico para la ordenación de los establecimientos de alojamiento turístico, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico (PEUAT), el cual establece que las VUT solo podrán situarse en edificios en los que ninguna de sus entidades estuviera destinada al uso de vivienda en fecha de 1 de julio de 2015 y que el edificio entero deberá estar destinado a la actividad que se pretende implantar, con la única excepción de la planta baja, que se podrá destinar a otros usos admitidos siempre que no sean el de vivienda.

Por otro lado, en Madrid, el intento de controlar las VUT ilegales, así como de evitar la proliferación de nuevas viviendas de este tipo se ha llevado a cabo mediante la aprobación del correspondiente Plan Especial.

3.2. La intervención municipal en la ciudad de Madrid

El Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje, distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera de Madrid (en adelante, el PEH) se aprobó, con fecha 27 de marzo de 2019, por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Madrid. En este sentido, conviene recordar que, a diferencia del plan general en el que se ordena integralmente un determinado ámbito espacial en todos sus aspectos, el objetivo de un plan especial consiste en la ordenación de uno solo de estos, como puede serlo la ordenación de recintos y conjuntos artísticos, la protección del paisaje o la reforma interior (Fernández Rodríguez, 2019). De este modo, un plan especial, de conformidad con las previsiones del artículo 50 de la LSCM, debe dar cumplimiento a alguna de las funciones previstas en la norma pudiendo, además, modificar o mejorar la ordenación pormenorizada previamente establecida por cualquier otra figura de planeamiento urbanístico, debiendo justificar suficientemente en cualquier caso su coherencia con la ordenación estructurante¹⁷.

Y el objetivo del PEH consiste, precisamente, en establecer una nueva regulación de coexistencia del uso terciario de hospedaje cuando entra en interrelación con el uso cualificado residencial de los inmuebles, teniendo por objeto la preservación del uso residencial y su entorno urbano en aquellas áreas centrales de la ciudad en que se ve amenazado por el uso de hospedaje, ante la progresiva terciarización del centro urbano de Madrid¹⁸.

¹⁷ El artículo 50.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (en adelante, LSCM), prevé que los Planes Especiales tienen cualquiera de las siguientes funciones: «la definición, ampliación o protección de cualesquiera elementos integrantes de las redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios, así como la complementación de sus condiciones de ordenación con carácter previo para legitimar su ejecución; la conservación, protección y rehabilitación del patrimonio histórico artístico, cultural, urbanístico y arquitectónico, de conformidad, en su caso, con la legislación de patrimonio histórico; la conservación, la protección, la rehabilitación o la mejora del medio urbano y del medio rural; la protección de ambientes, espacios, perspectivas y paisajes urbanos y naturales; otras que se determinen reglamentariamente».

¹⁸ En este sentido, dispone el PEH que «con el objetivo de preservar el uso residencial en las áreas centrales de la ciudad, se establece una nueva regulación de usos compatibles y autorizables, limitando al máximo la expulsión del uso residencial de carácter

A este respecto, el PEH supone una actuación de carácter integral sobre el planeamiento de la ciudad, al dividirla en tres anillos que abarcan cincuenta y tres barrios con el fin de regular y limitar en dichas áreas la explotación de las viviendas turísticas. También se precisa que el PEH no resultará de aplicación a las parcelas que tengan aprobado definitivamente un Plan Especial exigido por el vigente Plan General de Ordenación Urbana (PGOUM 97) para la implantación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje y no hayan implantado la actividad, pudiendo solicitar licencia urbanística a su amparo (artículo 2.4.).

Además, el PEH precisa que «incorpora normas urbanísticas específicas y particulares para el ámbito de aplicación definido en ellas. Estas ordenanzas serán de aplicación con carácter preferente en dicho ámbito sobre la norma zonal u ordenanza particular del área de planteamiento correspondiente. Las normas urbanísticas del PGOU de Madrid serán aplicables con carácter subsidiario para todas aquellas consideraciones no contempladas expresamente en las presentes ordenanzas particulares. En caso de existir contenidos contradictorios entre las determinaciones de las normas urbanísticas del Plan General de 1997 y las especificaciones de las presentes ordenanzas, prevalecerán las de estas últimas sobre las primeras».

Pues bien, una vez concretado su ámbito de aplicación, el PEH fija el régimen de uso terciario en la clase de hospedaje, en su artículo 6, diferenciando en función de si se implanta en la totalidad de la edificación o en parte de ella y, en ambos casos, distinguiendo en función del Anillo en el que se ubique la edificación en cuestión. En este sentido, hay que tener en cuenta que el citado plan subordina la posibilidad de explotación de viviendas particulares como alojamiento turístico a tres condicionantes: a) la profesionalidad de la actividad; b) su ubicación y, c) la preexistencia de uso terciario. Así, en relación con el primer condicionante se señala un umbral de tres meses relativos a la oferta de alojamiento turístico en aquellas viviendas que constituyan residencia permanente, por debajo del cual quedan excepcionadas de la aplicación del plan, al no ser considerada aquella como actividad empresarial de hospedaje turístico por la normativa autonómica madrileña. En relación con el segundo de los condicionantes, el plan delimita tres sectores en forma de anillos concéntricos, establecidos en función del estado de saturación de alojamientos turísticos que soportan cada uno de los barrios madrileños. Y, en relación con el tercero, se flexibiliza el acceso a la actividad de alojamiento turístico para aquellas viviendas ubicadas en edificios pertenecientes al tercer anillo en los que se admitan otros usos terciarios, como oficinas o comercios (Así lo desarrolla Román Márquez, 2018, p. 25).

Por un lado, si la implantación va a tener lugar en la totalidad de la edificación, se distingue en función del uso cualificado que tenga la parcela. En parcelas con uso cualificado no residencial se mantienen las condiciones de implantación del PGOUM 97. En parcelas con uso cualificado residencial, el PEH no permite su implantación en las zonas residenciales más puras como son los niveles de usos A, B y E, en el Anillo 1 o los niveles de usos A y E, en el Anillo 2. No obstante, se podrá implantar el uso de hospedaje como alternativo a través de licencia urbanística en situaciones concretas. En el resto de casos, el uso de hospedaje pasa a poder implantarse como uso autorizable, y necesita la redacción de un Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental del Usos (PECUAU). Este plan ha de incluir medidas referentes al aislamiento acústico, de limitación del consumo energético, la demanda energética y el rendimiento de las instalaciones térmicas e iluminación (Ardura Urquiaga et al., 2019, pp. 1-47).

Por otro lado, si la implantación va a tener lugar en parte de una edificación, se mantiene la regulación en régimen de uso complementario en parcelas con uso cualificado no residencial en los tres anillos. Mientras que en parcelas con uso cualificado residencial se establecen en los tres anillos condiciones de situación (planta del edificio donde se puede implantar el uso), condiciones de acceso o ambas. En edificios de uso residencial en los Anillos 1 y 2 se contempla la imposición de la obligación de garantizar acceso independiente a las viviendas desde la vía pública y ello, aun habiendo obtenido autorización por el organismo competente de la Comunidad de Madrid¹⁹. En el Anillo 3, en edificios de uso existente residencial, se mantiene la regulación vigente, pero imponiendo la exigencia de acceso independiente en las situaciones del edificio donde no se admita la implantación de otras clases del uso de servicios terciarios²⁰.

permanente y su sustitución por el uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje destinado a proporcionar alojamiento temporal» (artículo 1.1).

¹⁹ También exige el PEH la implantación en la planta inferior a la baja, baja y primera cuando el nivel de usos sea A y B. Cuando el nivel de usos sea C y D se podrá implantar en cualquier situación del edificio.

²⁰ Por su parte la STSJM 2/2021, resume las limitaciones impuestas en el PEH del siguiente modo: «por lo que respecta a las parcelas con uso cualificado No Residencial, se mantienen las condiciones de implantación del uso de hospedaje del PGOUM 97, pero se introducen cambios sustanciales cuando se trata de parcelas con uso cualificado Residencial. La implantación del uso de hospedaje en la totalidad de la edificación no se permite en las zonas residenciales con niveles de usos A, B y E en el Anillo 1 o los niveles de usos A y E en el Anillo 2. Se podrá implantar como uso alternativo a través de licencia urbanística únicamente en el

Por tanto, y a modo de resumen, podríamos decir que cuando se prevé la implantación en la totalidad del edificio en parcelas residenciales ubicadas en el Anillo 1 se establece, en términos generales, su no viabilidad; y en los Anillos 2 y 3 la necesidad de redacción de un Plan de control ambiental y de control de las obras en edificios protegidos. Si la implantación es en parte de edificios residenciales, cabe la posibilidad de implantación según la posición de la vivienda en el edificio y exclusividad del acceso para el uso de hospedaje y se exige por el Plan la posesión de una licencia de uso de hospedaje para explotar turísticamente la vivienda, prescindiéndose solo de esta exigencia respecto de edificios localizados en el tercer anillo, en los que ya se admiten otras clases de uso terciario del suelo, como oficinas o comercios²¹.

Resulta evidente que, con estas previsiones, la inmensa mayoría de las VUT que existen en Madrid centro no cumplen con el requisito de contar con acceso independiente desde la vía pública, calculándose, por tanto, que el 98 % de las VUT de las 14.000 VUT que existen en el municipio de Madrid son ilegales. En este sentido, la aprobación del PEH causó una gran controversia; de hecho, fue impugnado por cuestionarse la idoneidad de un plan especial para llevar a cabo la zonificación urbanística en él contenida.

3.2.1. *¿Se puede zonificar urbanísticamente la ciudad para limitar la proliferación de las viviendas de uso turístico a través de un plan especial?*

La posibilidad de que la zonificación urbanística señalada se llevara a cabo a través de un plan especial fue uno de los principales argumentos que sustentó la impugnación del acuerdo de 27 de marzo de 2019 del Pleno del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprobó el plan especial de hospedaje que nos ocupa. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó la Sentencia 14/2021, con fecha de 14 de enero de 2021, en la que además de la idoneidad del Plan especial para acometer la regulación señalada, se pronuncia también respecto de la posible desviación de poder en que hubiera incurrido el Ayuntamiento de Madrid en caso de que se considerase la inidoneidad del plan especial para llevar a cabo la citada actuación. Así mismo, la sentencia también trata los efectos de la posible omisión del estudio económico-financiero y la hipotética vulneración de las normas de competencia por cuanto el plan restringe la implantación de alojamientos turísticos. A continuación, nos referiremos a los tres primeros motivos de impugnación y dedicaremos el epígrafe siguiente, dada su especial enjundia, al problema de la posible vulneración de las normas de competencia en la medida en que el PEH limita claramente la implantación de alojamientos turísticos.

En este sentido, la alegación principal de la recurrente cuestiona la aptitud de un plan especial para incluir la regulación propuesta y consolidar una ordenación integral mediante un instrumento propio de una ordenación especial y aislada.

Para aclarar esta cuestión, la Sala procede, en primer lugar, a definir la relación entre los planes especiales y los planes generales, mediante el análisis de la correspondiente jurisprudencia, que ha señalado de forma reiterada que la relación entre ambos instrumentos no debe ser entendida desde la exclusiva óptica de una relación de jerarquía ya que está dotada de una mayor flexibilidad²².

nivel D (ejes terciarios dentro del APE 00.01) en los anillos 1 y 2, y en los ejes terciarios definidos en la norma zonal 10 del Anillo 3. En el resto de situaciones, se podría implantar como uso autorizable, es decir, mediante la redacción de un Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental del Usos (PECUAU) regulado en el Título 5 de las NN. UU. Respecto a los edificios protegidos con Nivel 1 ó 2, se mantiene el régimen de implantación como uso autorizable con un Plan Especial de Protección regulado en el artículo 4.10.6 de las NNUU, pero se introducen determinaciones complementarias en defensa del uso residencial existente, como que se acredite la imposibilidad de compatibilizar las condiciones de protección con las condiciones higiénicas y de vivienda exterior, contempladas en el Título 6 de las Normas Urbanísticas del PGOUM 97. La implantación del uso de hospedaje en parte de la edificación como uso complementario exige en los tres anillos condiciones de situación (planta del edificio donde se puede implantar el uso), condiciones de acceso o ambas. En edificios de uso residencial en los Anillos 1 y 2, se generaliza la exigencia de acceso independiente, y en el Anillo 3, se impone también la exigencia de acceso independiente en las situaciones del edificio donde no se admita la implantación de otras clases del uso de servicios terciarios».

²¹ En parecidos términos la STSJM 2/2021, dispone que «el Plan Especial de Uso de Hospedaje altera el régimen de usos del suelo previsto en el PGOUM, restringiendo el uso terciario en su clase de hospedaje, de modo que la implantación por licencia directa se prohíbe donde, de acuerdo con el PGOUM, el uso de hospedaje era compatible con el característico residencial». Y señala: «De modo que para ejercer la actividad de apartamentos o viviendas de uso turístico es necesario no solo cumplir los requisitos marcados por la legislación sectorial de la Comunidad de Madrid en materia urbanística y turística, sino también los requisitos establecidos por la legislación urbanística municipal que exigen una licencia de actividad y una licencia de funcionamiento, citando en su apoyo varias sentencias de esta Sala».

²² Así se recuerda que en esto se distinguen del plan parcial los cuales constituyen «un simple desarrollo y concreción del general», mientras que al especial «le está permitido un margen mayor de apreciación de determinados objetivos singulares que no se concede al otro», como se puso de manifiesto en la STS de 23 de septiembre de 1987, (RJ 1987, 8334), rec. 1043/1985.

Ahora bien, esta mayor flexibilidad tiene su limitación en la imposibilidad de que a través de un plan especial se alteren aspectos sustanciales del planteamiento superior, ya que, tales determinaciones de carácter general o elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio constituyen ámbitos monopolizados por el plan general²³. De este modo, el plan especial no podría clasificar suelo, pero sí calificarlo y también establecer asignaciones de usos o limitaciones a los mismos, sea de conformidad con lo previsto en el plan general o sin sujeción a él. Así, y como señala la Sala «cabe predicar libertad de los planes especiales en su ámbito de actuación, afirmar que pueden modificar determinaciones no estructurantes del planeamiento general y, en particular, asignar usos al suelo o limitarlos». En definitiva, como el uso terciario de hospedaje constituye una determinación pormenorizada, la Sala entiende que el Plan controvertido se ajusta a lo establecido en el artículo 50 LSCM.

En segundo lugar, el Tribunal se pronuncia, también, respecto de la posible desviación de poder en la que hubiera incurrido el Ayuntamiento de Madrid por regular el uso terciario de hospedaje mediante un plan especial, en lugar de optarse por la modificación puntual del PGOUM, y la descarta, al haber justificado previamente la idoneidad del plan especial para llevar a cabo la citada actuación. De este modo, entiende la Sala que no cabe estimar acreditado que se actuara con la voluntad de ejercer las potestades urbanísticas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, con un fin subjetivo instrumental manifiestamente dispar del fin objetivo propio del legítimo ejercicio de tales potestades urbanísticas.

En tercer lugar, se analizan los efectos de la omisión del estudio económico-financiero y de la memoria de sostenibilidad económica, concluyendo el Tribunal su innecesidad como consecuencia del objeto del PEH. En este sentido, afirma el Tribunal que: «el concreto objeto del PEH y la regulación de usos compatibles y autorizables que contiene, no precisaba la realización de un estudio económico-financiero (artículos 22.5 TRLSRU y 77.2 g) RP²⁴) y la emisión de un informe o memoria de sostenibilidad económica (artículo 22.4 TRLSRU), dada su manifiesta y notoria innecesidad, por lo que ningún efecto anulador cabe anudar a su ausencia²⁵.».

A mayor abundamiento, se precisa que el Ayuntamiento razonó que, en atención al contenido de la propuesta, lo que debía elaborarse era el «Informe de impacto socioeconómico» que incorporó al expediente y ello como consecuencia de la interpretación que efectuaba de la legislación autonómica (artículo 43 b)

²³ Señala el TSJM en la Sentencia 14/2021 que venimos comentando que «La fijación de las líneas maestras de la configuración de un concreto modelo urbanístico o el establecimiento de determinaciones de ordenación estructurante constituyen un terreno vedado al plan especial y, con ello, la definición de sistemas generales o, en lo que aquí interesa –como a continuación se verá–, la definición y asignación de usos globales y su intensidad». En este sentido, la STS de 3 de julio de 2014 (RJ 2014, 3652), rec. 4801/2011, señala que: «Los planes especiales, a diferencia de los demás instrumentos de planeamiento, no ordenan el territorio desde una perspectiva integral y global, sino que su punto de vista es más limitado y singular porque atiende a un sector concreto y determinado, como sucede en este caso con el recinto ferial. Esta diferencia tiene su lógica consecuencia en las relaciones con el plan general, pues si su subordinación fuera puramente jerárquica quedaría el plan especial sin ámbito propio sobre el que proyectarse, toda vez que no puede limitarse a reproducir lo ya ordenado en el plan general. Téngase en cuenta que el plan especial precisa un campo concreto de actuación en función de los valores que persiga y de los objetivos que se haya propuesto. Ahora bien, su relación no es explicable exclusivamente por el principio de jerarquía, sino que introduce en sus relaciones normativas con el plan general el principio de especialidad, lo que no quiere decir que la jerarquía no tenga aplicación en tal relación y que la autonomía o independencia del plan especial sea plena, que no lo es. En efecto, el ámbito sectorial que regula el plan especial no puede alcanzar hasta sustituir el planeamiento general en la función que le es propia, como acontece en el supuesto enjuiciado con la alteración de las determinaciones estructurantes, cuyo establecimiento se encuentra vedado al plan especial en virtud de la legislación autonómica aplicable, según la interpretación que de la misma efectúa la Sala de instancia».

²⁴ Las normas citadas como TRLSRU y RP son: el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) y el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planteamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RP).

²⁵ El Tribunal argumenta que pese a que la doctrina legal no ha devaluado o reducido su exigencia (sino que habría ratificado, como regla general, su necesidad), tal análisis no puede desconocer el objeto y la finalidad a la que el plan especial se adscribe. Afirma que: «su objeto se circunscribe a establecer una nueva regulación de usos compatibles y autorizables; la finalidad, tratar de limitar la expulsión del uso residencial de carácter permanente y su sustitución por el uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje destinado a proporcionar alojamiento temporal» (artículo 1.1). Sobre la premisa del objeto al que atiende el PEH tales premisas, teniendo en cuenta el propósito al que el estudio económico-financiero responde, así como el objeto y razón de ser del PEH, debe concluirse en este caso su innecesidad. A tal conclusión conducen no solo los términos en los que se expresa la normativa autonómica concernida (artículo 43 b) LSCM) sino la propia legislación estatal, en el artículo 42 RP. Y es que al referirse el estudio en cuestión a la evaluación económica de la ejecución de obras de urbanización y a la implantación de los servicios, no cabe duda que con el PEH ninguna obra de urbanización se contempla como tampoco implantación de nuevos servicios. Sigue en tal sentido esta Sala el criterio expresado por el Tribunal Supremo en Sentencia (sección 5.ª) de 8 de marzo de 2012 (rec. 6162/2008) y de la que se desprende que el que en la aprobación de un instrumento de planeamiento (en aquel caso se trataba de una Modificación Puntual) se haya prescindido del estudio económico-financiero carece de trascendencia anulatoria si, analizadas las circunstancias del caso –y como aquí sucede–, el mismo no resultaba preventivo.

LSCM) y estatal (artículos 42 y 73 del RP y 22.4 TRLSRU). Y argumentó que se trataba con ello de justificar la «sostenibilidad del modelo de utilización del territorio y desarrollo urbano adoptado», con base en el PGOUM y preservando en el ámbito del PEH el uso residencial en las áreas centrales de la ciudad mediante una nueva regulación de usos compatibles y autorizables.

3.2.2. ¿Vulnera las normas de competencia la restricción de alojamientos turísticos en determinadas zonas de la ciudad?

La posible contravención de los principios del artículo 5 y del artículo 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de Garantía de Unidad de Mercado (en adelante, LGUM), por una utilización indebida del PEH que restringe la implantación de alojamientos turísticos y blinda determinadas zonas de la ciudad, fue objeto de análisis en el Estudio E/CNMC/003/18, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. En este sentido, la CNMC entendió que se incluían medidas desproporcionadas y ajenas a toda razón imperiosa de interés general, no estando justificada, además, la elección de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este sentido, la CNMC tras analizar la regulación de las VUT en España, concluye que existen numerosas restricciones a la competencia que, en su opinión, no son el mejor medio para resolver los posibles problemas que podrían derivarse de las VUT y que introducen barreras a la actividad que a su vez resultan perjudiciales para ciudadanos y usuarios. Asimismo, formula tres recomendaciones dirigidas a las Administraciones competentes, a nivel nacional, autonómico y local con el objeto de promover la adaptación de la normativa a los principios de regulación económica eficiente y la eliminación de aquellas restricciones innecesarias y desproporcionadas. En primer lugar, invita a las Administraciones señaladas a revisar la regulación actual de los alojamientos turísticos para asegurar que sea necesaria y proporcionada y reducir su disparidad. En este sentido, entiende que debe intervenir cuando sea necesario para paliar un fallo de mercado que ponga en peligro una razón de imperioso interés general, de manera proporcionada. En segundo lugar, expone las restricciones que deberían evitarse en la regulación de las VUT, señalando las siguientes: la limitación de la duración de la estancia en las VUT; el establecimiento de un mínimo de noches de estancia en las VUT; la prohibición del alquiler de VUT por estancias; las moratorias en la concesión de licencias; la prohibición de que las VUT se instalen en edificios residenciales; la obligación de que las VUT deban ubicarse en determinadas plantas de los edificios; el establecimiento de un número máximo de VUT por barrio, distrito o edificio; el establecimiento de dimensiones mínimas de las VUT y de sus estancias que sean más exigentes que las requeridas para asegurar la habitabilidad de las viviendas; la regulación de precios de las VUT y la publicación por la Administración de precios comunicados por las VUT. Por último, la CNMC procede a concretar qué requisitos y obligaciones suponen una carga para los titulares de viviendas, que desincentiva su participación en el mercado e incrementa los costes para los usuarios y que solo estarían justificados cuando resulten indispensables y proporcionados para proteger una razón imperiosa de interés general. A tal efecto, apunta a los siguientes: todos aquellos requisitos que conviertan, de facto, las declaraciones responsables en verdaderas autorizaciones previas, como la obligación de que el titular de la vivienda la deba inscribir en un registro; el establecimiento de obligaciones diferentes para titulares particulares y profesionales de VUT; las exigencias de equipamientos concretos en las VUT como ventilación o climatización, cuando no se exijan en la normativa de viviendas residenciales; los criterios de equipamiento vagos y subjetivos (tales como «suficientemente amuebladas», «enseres necesarios», «servicio de alojamiento correcto», etc.) y las obligaciones de asistencia telefónica o presencial.

El análisis de este posible vicio del PEH también fue objeto de estudio en la STSJ de Madrid 14/2021 junto con la posible vulneración del artículo 14 de la Directiva de Servicios al limitar o condicionar el acceso a una actividad de servicios solo por considerar que en una determinada zona existe en exceso. Para ello, la Sala procede a analizar la jurisprudencia vertida al efecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y, en concreto, si la protección del medio ambiente y el entorno urbano es una razón de interés general de las recogidas en el artículo 3.11 de la LGUM y que, por tanto, habilita para limitar el acceso o ejercicio de una actividad económica o para justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. En este sentido, el Tribunal recuerda que en la jurisprudencia de Luxemburgo se ha admitido que «una normativa nacional restringiera la libre circulación de capitales para luchar contra la presión inmobiliaria o para mantener una población permanente en el medio rural a fines de ordenación del territorio» (STJUE de 1 de octubre de 2009) y también que «las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general» (STJUE de 1 de junio de 1999), o que «las exigencias de la política de vivienda de protección oficial

y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general» (STJUE de 8 de mayo de 2013).

No obstante, es la STJUE de 22 de diciembre de 2020, (Cali Apartments SCI y HX, asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18), (TJCE 2020, 224), la que parece dar un paso más, tal y como se apunta en la STSJM 14/2021, en la medida en que concreta las exigencias de política de vivienda de protección oficial o de lucha contra la presión inmobiliaria que pueden constituir razones imperiosas de interés general cuando un mercado experimenta escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta (Macho Carro, 2022). Procedemos, a continuación, a realizar una serie de precisiones respecto de la STJUE de 22 de diciembre de 2020, antes de continuar con el análisis de la STSJM 14/2021, por la decisiva importancia que plantea en la resolución del interrogante que planteamos en este apartado.

La STJUE de 22 de diciembre de 2020 da respuesta a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación de Francia) en los litigios seguidos entre las entidades Cali Apartments SCI y HX de una parte y el fiscal general ante el Tribunal de Apelación de París y la ciudad de París por otro. Ello a raíz de la condena a las mercantiles al pago de sendas multas y la reversión de los inmuebles de los que eran titulares en París a su uso como vivienda al haber arrendado los mismos sin autorización previa de las autoridades locales a clientes de paso, de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo. Y es que, las dos empresas fueron multadas por el arrendamiento de dos viviendas turísticas a través de la plataforma *Airbnb* sin haber recabado la autorización previa, que se exige con carácter preceptivo, de conformidad con las estipulaciones contenidas en el Código de la construcción y de la vivienda francés²⁶.

En este sentido, las empresas multadas recurrieron sus sanciones alegando que el régimen de autorización impuesto por la normativa francesa vulneraba su derecho a la libre prestación de servicios tal y como este se ha configurado por el Derecho europeo. El problema se plantea porque, como es sabido, en el ámbito de la Unión Europea rige el principio de libre prestación de servicios, y, por tanto, la prestación de una determinada actividad económica de servicios solo excepcionalmente podrá estar sujeta a un régimen de autorización previa, la cual habrá de estar justificada y resultar conforme con los requisitos establecidos por el artículo 10.1 de la Directiva de servicios. Pues bien, en el curso del procedimiento, el Tribunal de Casación francés planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE para que este pudiera determinar si la lucha contra la escasez de viviendas en alquiler puede constituir una «razón imperiosa de interés general» que permita justificar la imposición de un régimen de autorización al arrendamiento de viviendas de uso turístico en determinadas zonas geográficas. Y, de ser así, si esta medida resulta proporcionada en relación con el objetivo perseguido. Además, se pregunta también si el artículo 10.2 de la Directiva de servicios se opone a un sistema de autorización como el previsto por la normativa nacional francesa, que deja en manos de las autoridades locales la facultad de precisar las condiciones de concesión de las autorizaciones a la luz de los objetivos de diversidad social, en función de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de oferta.

Al respecto, señala el TJUE en la Sentencia de 22 de diciembre de 2020 que la Directiva 2006/123/CE es aplicable a la actividad de alquiler de viviendas turísticas efectuada de forma reiterada por períodos breves de tiempo, con independencia de su carácter profesional o no, lo cual resulta crucial por cuanto se había cuestionado recurrentemente por la jurisprudencia española que entendía, en muchos casos, que la planificación urbanística de las viviendas turísticas se mantenía fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios (Aguirre i Font, 2021, p. 28).

²⁶ Tal y como señala Macho Carro (2022, pp. 670-672), al analizar el citado Código, en los municipios de más de 200.000 habitantes, el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda estará sujeto a autorización previa por parte de la autoridad municipal y, en este caso, constituye un cambio de uso el arrendamiento de un inmueble amueblado destinado a vivienda de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio. También se prevé que la autorización pueda estar supeditada a una compensación consistente en la transformación simultánea en vivienda de un inmueble que tenga otro uso y que serán las respectivas juntas municipales quienes establecerán las condiciones de concesión de las autorizaciones y de determinación de las compensaciones por barrio y, en su caso, por distrito, a la luz de los objetivos de diversidad social, en función, en particular, de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda. Al respecto, en desarrollo de esta normativa nacional, la Junta municipal de París aprobó un reglamento que, efectivamente, prevé que la expedición de una autorización de cambio de uso esté condicionada a una compensación. En principio, esta compensación consistirá en la conversión en viviendas de inmuebles que estén situados en el mismo distrito y que reúnan las mismas condiciones de calidad y superficie que aquellos cuyo alquiler turístico se pretende. Sin embargo, en áreas especialmente tensionadas la compensación resultará aún más exigente, requiriéndose la conversión en vivienda de inmuebles con el doble de superficie que aquellos objeto del cambio de uso.

Asimismo, explica el Tribunal, que la autorización previa para el alquiler de viviendas turísticas constituye un régimen de autorización que es conforme con la Directiva de servicios y que, por ello, debe cumplir con las condiciones previstas en sus artículos 9.1 y 10.2. A este respecto, la STJUE dice que:

«el artículo 9.1 b) y c) de la Directiva de servicios debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

Por otro lado, esta STJUE de 22 de diciembre de 2020 también analiza si el objetivo que pretende la exigencia de autorización puede conseguirse con otra medida menos restrictiva y concluye que la adoptada es proporcionada al fin perseguido. El TJUE, como señala Aguirre, «considera justificados y proporcionados los criterios de la normativa francesa de que se arriende de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio o la posibilidad de fijar condiciones a la vista de objetivos de diversidad social en función de las características de los mercados locales de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, su fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, con la salvedad de que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por el propio artículo 10.2 y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles» (Aguirre i Font, 2021, p. 29). Todo ello da un importante margen de discrecionalidad a las autoridades locales francesas y, en consecuencia, al resto de Estados miembros para entrar a regular las actividades de alquiler de turismo vacacional dentro de los límites de la propia Directiva, de conformidad con la interpretación de la Gran Sala (Aguirre i Font, 2021, p. 29).

Partiendo de la argumentación propuesta por el Tribunal de Luxemburgo, el TSJM en la Sentencia 14/2021, concluye sosteniendo que no aprecia ninguna discriminación en la regulación contenida en el PEH y entiende que las medidas son proporcionadas y necesarias a la hora de defender el derecho a la vivienda y el entorno urbano.

Para ello, además de basarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia a la que nos venimos refiriendo, recuerda también que el propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 19 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5293) (rec. 5958/2019), desestima el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sección 2.^a), núm. 292/2019, de 11 de junio de 2019 (rec. 565/2018, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de fecha 25-1-18 que aprobaba definitivamente la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que el Ayuntamiento limita la actividad del hospedaje a fin de salvaguardar el uso residencial en aquellos distritos en los que está siendo desplazado por el uso terciario, y ello, como señala el TS «para hacer frente a la transformación –de hecho– de un uso tradicional residencial, en otro, pujante y turístico, con todas las consecuencias que de ello se derivan, pues, es evidente que cuando más auténtico es un lugar, a más gente atrae, pero, cuanto más gente atrae, más se diluye su auténtica identidad, y con ello la vida de los residentes habituales del mismo lugar».

Y como decimos, todo ello sirve de argumentación al TSJM en la Sentencia 14/2021, para sostener que no aprecia ninguna discriminación en la regulación contenida en el PEH y entiende que las medidas son proporcionadas y necesarias a la hora de defender el derecho a la vivienda y el entorno urbano.

Pero es que también hay que tener en cuenta que con posterioridad a la STSJM 14/2021, a la que nos venimos refiriendo, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente en relación con la zonificación llevada a cabo por medio de un plan especial. En este caso, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2021, rec. 210/2021, resuelve el recurso de casación núm. 8090/2019, interpuesto por particulares, contra la sentencia dictada por la de la sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de julio de 2019, estimatoria en parte del recurso núm. 105/2016, contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 1 de abril de 2016, por el que se aprobó definitivamente el Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona. La impugnación del plan se basa también en las limitaciones que incluye y que no se ajustan al régimen de autorización que con carácter excepcional se contempla en la Directiva de servicios de mercado interior. El Tribunal Supremo desestima el recurso apoyándose de forma expresa tanto la STJUE de 22 de septiembre de 2020, como en la STS de 19 de noviembre de 2020 relativa a la impugnación del PGOU de Bilbao y a la que nos hemos referido anteriormente.

3.2.3. *¿Constituye la actividad municipal de zonificación una invasión competencial de la «promoción y ordenación del turismo» que corresponde a la Comunidad Autónoma?*

Otra de las cuestiones clave que también plantea la zonificación emprendida en la ciudad de Madrid para limitar la proliferación de las viviendas de uso turístico es la posible invasión del título competencial autonómico de la promoción y ordenación del turismo, que corresponde, como decimos, a la Comunidad de Madrid, ex artículo 148.1.8 CE y artículo 26.1.21 del Estatutos de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

En este sentido, se señala por el TSJM en su Sentencia 14/2021, que para ello resulta preciso distinguir entre las competencias municipales en materia de ordenación urbana y las de promoción y ordenación turísticas. En este sentido, es la Comunidad Autónoma la que, al amparo de sus competencias establece las distintas modalidades de alojamiento turístico. Cada una de ellas se rige, a su vez, por su normativa específica, siendo la de Madrid el Decreto de Apartamentos Turísticos y Viviendas de Uso Turístico.

Por otro lado, es al Ayuntamiento de Madrid, como señala la STSJM 14/2021 «al que compete, en el ejercicio de su potestad del planeamiento regular la tipología de usos (artículo 7.2.2 de las NN.UU) o el régimen de interrelación de los mismos (artículo 7.2.3). Incluso, cabe que para ello se articulen instrumentos adicionales que ya figuran en el PGOUM tales como la condición de planta o posición del uso terciario en el edificio (artículo 7.1.4.4) o el acceso independiente (artículo 6.9.3.3²⁷)».

Como consecuencia de lo anterior, apunta el TSJM, resulta evidente que ambos tipos de usos (el residencial y el terciario) recaen sobre una misma realidad física, viviendas y edificios, pero también «lo es que la incidencia negativa que el uso terciario puede tener en el disfrute del residencial justifica las limitaciones a su emplazamiento». También en este caso el TSJM trae a colación la argumentación vertida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5293) (rec. 5958/2019), que citábamos anteriormente, en relación con la impugnación del PGOU de Bilbao. En este sentido, recuerda el TSJM en la Sentencia 14/2021 que el Alto Tribunal ya ha afirmado que «se trata, de que las Administraciones públicas que cuentan con competencia en el ámbito material del urbanismo eviten en las grandes ciudades su desertización (gentrificación), en determinados lugares, al alterar la forma de vida de los residentes habituales». De esta forma, es en el marco urbanístico actual –de regeneración y transformación de las ciudades– en el que deben «analizarse las políticas municipales sobre las VUT y que ahí que la intervención normativa municipal, en uso y ejecución de las competencias urbanísticas que le son propias, no puede ofrecer dudas. Todo ello de cara a desarrollar una actuación normativa municipal de transformación, adaptación y modificación de los usos de determinadas ciudades –en el marco sus propias y genuinas políticas de viviendas– con la finalidad de asimilar las nuevas realidades sociales, consecuencia de la mencionada economía colaborativa, articulada a través de las plataformas digitales.».

De este modo, el TSJM entiende que nos encontramos ante una decisión adoptada por la Administración que mejor conoce la ciudad, debidamente justificada en la Memoria que precede al PEH y sustentada en Informes que describen los ámbitos especialmente afectados, la tipología de alojamientos que se están imponiendo en cada uno de ellos o las perniciosas consecuencias para el uso residencial que todo ello viene deparando. Es por ello por lo que desestima el motivo de impugnación señalado al entender que aun siendo evidente que ambos recaen sobre una misma realidad física, viviendas y edificios, también lo es que la

²⁷ El TSJM en la Sentencia 14/2021, también señala que «es en el marco urbanístico actual –de regeneración y transformación de las ciudades–, en el que deben analizarse las políticas municipales sobre las VUT y que ahí que la intervención normativa municipal, en uso y ejecución de las competencias urbanísticas que le son propias, no puede ofrecer dudas. Todo ello de cara a desarrollar una actuación normativa municipal de transformación, adaptación y modificación de los usos de determinadas ciudades –en el marco sus propias y genuinas políticas de viviendas– con la finalidad de asimilar las nuevas realidades sociales, consecuencia de la mencionada economía colaborativa, articulada a través de las plataformas digitales.».

incidencia negativa que el uso terciario puede tener en el disfrute del residencial justifica las limitaciones a su emplazamiento.

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Hace pocas semanas el Pleno del Ayuntamiento de Madrid ha aprobado el avance de la modificación de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, estableciéndose un plazo de 45 días de información pública que se extiende hasta el 12 de agosto de 2022. Posteriormente será aprobado por el Pleno del Ayuntamiento.

No obstante, no se prevén modificaciones relevantes a corto plazo respecto del régimen urbanístico aplicable a las VUT en la ciudad de Madrid y ello a pesar de que, desde que se aprobara el PEH, distintos grupos políticos anunciaran su modificación y la propuesta para eliminar el requisito del acceso independiente y la fijación de un límite de días de uso al año a partir del cual se exigía licencia como actividad terciaria de hospedaje.

Y decimos que no se prevén modificaciones por cuanto, en la actual modificación ha quedado integrado el Plan Especial de Hospedaje, incluido sus anillos, en su versión original, por lo que las viviendas de uso turístico no experimentan cambio alguno y continuarán sometándose a las exigencias analizadas anteriormente.

RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES FINALES

La proliferación de las viviendas de uso turístico, como fenómeno propio del llamado alojamiento o turismo colaborativo, y dentro de los nuevos usos, descritos a través del calificativo genérico e indeterminado de economía colaborativa (Carbonell Porrás, 2019a), que la explosión de la economía digital ha producido en los últimos tiempos, ha hallado como respuesta la aprobación de distintos instrumentos jurídicos tendentes a su control. Los mismos han tenido un origen autonómico y local, pues es el poder regional, a través de las competencias en materia de turismo, o municipal, a través de las competencias en materia de urbanismo, el que cuenta con las herramientas precisas para el abordaje de los múltiples problemas que dicha proliferación ha producido.

El contenido de la regulación descrita ha sido sometido a discusión, y tras un periodo de incertidumbre, el mismo ha ido decantándose progresivamente por el empleo de técnicas urbanísticas que entren al detalle de las soluciones propuestas. En esa época de incertidumbre, no sólo la respuesta normativa, sino el mismo fenómeno del alquiler turístico ha ido definiéndose, al igual que el resto de manifestaciones de la economía colaborativa. En efecto, lo que inicialmente se expresaba como una ampliación de las posibilidades de la economía productiva a través de la puesta en circulación en el mercado de bienes o actividades infrutilizados o no utilizados, y la prestación de servicios de manera informal y discontinua por particulares, ha ido adquiriendo un perfil más complejo y problemático, incluyendo la presencia de agentes económicos poderosos que buscan en la ausencia de regulación un espacio para la obtención de beneficios extraordinarios.

Así, el debate respecto de la conformidad con las reglas de la competencia que las primeras regulaciones sobre las viviendas de uso turístico planteaban, y la existencia o no de «razones imperiosas de interés general» que permitieran excepcionar la liberalización de servicios impuesta por instancias comunitarias, se decantaba, a través de pronunciamientos por parte de las autoridades de defensa de la competencia, por negar tales razones y primar la realización de la actividad, aun cuando la misma careciera de regulación adecuada. Sin embargo, y en el contexto de la evolución mencionada, el empleo de la técnica de la zonificación urbanística e incluso el desplazamiento de la figura de la comunicación previa o de la declaración responsable en beneficio de la reinstauración de las tradicionales técnicas autorizatorias han recibido un respaldo positivo por las instancias jurisdiccionales nacionales y europeas, produciendo un cambio en el discurso a través de la afirmación de que tales «razones imperiosas de interés general» sí que concurren en el presente sector del turismo colaborativo. En conclusión, el debate jurídico que suscita la proliferación de las viviendas de uso turístico en las ciudades más densamente pobladas y, sobre todo, el modo en que deban ser limitadas, está en buena medida resuelto.

Todo ello implica la confirmación de la posibilidad de que los consistorios puedan limitar las viviendas de uso turístico por medio de las zonificaciones urbanísticas que se están llevando a cabo en los correspon-

dientes planes especiales, en los que se somete la viabilidad de la VUT al cumplimiento de una serie variada de requisitos, que implican por lo general la fijación de una serie de zonas, áreas, o anillos, en espacios reconocidos por la normativa urbanística como residenciales, de condiciones y requisitos para el empleo de las viviendas como de alquiler turístico, desde la prohibición de dicho empleo en algunas de esas áreas, a su sujeción a mayores o menores condicionantes.

El supuesto analizado de Madrid es un buen ejemplo del proceso descrito. Al igual que, por ejemplo, en Bilbao o Barcelona, en esta ciudad también se ha utilizado la técnica de la zonificación, en concreto en virtud del Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje, distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera de Madrid (en adelante, el PEH) que se aprobó, con fecha 27 de marzo de 2019. El mismo sigue la práctica de otros planes, estableciendo tres anillos, y una diferente regulación para cada uno, llegando a exigir la posesión de una licencia de uso de hospedaje para explotar turísticamente la vivienda, prescindiéndose solo de esta exigencia respecto de edificios localizados en el tercer anillo, o cumplir con distintas exigencias como puede serlo el de contar con una salida directa a la vía pública y estar ubicada en las plantas inferiores de los edificios.

También en este caso, la intervención local ha recibido el beneplácito del TSJM que, en su sentencia 14/2021, desestima los distintos argumentos que sirvieron a su impugnación. Además, hace pocos días, el Pleno del Ayuntamiento ha procedido a aprobar el avance de la modificación de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que integra el Plan Especial de Hospedaje en los mismos términos en que fue aprobado en 2019. En conclusión, al menos en el plano regulatorio, las exigencias y requisitos que han de cumplir las VUT están claras.

Cabe, sin embargo, interrogarse, sobre si los instrumentos jurídicos descritos han servido como elemento de contención y ordenación a la mentada proliferación de viviendas de uso turístico. Y lo cierto es que seguramente dicha cuestión deba recibir una respuesta matizada, pero globalmente negativa. Más allá de que se trata de un fenómeno complejo y multifactorial, que se inscribe en los problemas más generales que están sufriendo el centro de las grandes ciudades en el mundo occidental, es legítimo interrogarnos sobre el eventual fracaso de los instrumentos regulatorios descritos para contener el incremento de tales viviendas. El caso de Madrid no es una excepción, y es posible que constituya incluso un ejemplo del limitado alcance que los referidos instrumentos jurídicos de carácter urbanístico están teniendo.

Lo cierto es que tales problemas se refieren precisamente al elevado número de viviendas que dedicándose efectivamente a los usos que las normas describen como turísticos, no cumplen los requisitos que exigen las mismas, encontrándose en consecuencia fuera de ordenación, o dicho más claramente, en situación irregular o ilegal. El problema parece estar, entonces, no tanto en promover un cambio regulatorio que, de mejor solución al conflicto planteado, sino en encontrar los medios para lograr que la regulación vigente sea realmente efectiva, lo cual traslada el foco de atención a un ámbito distinto del hasta ahora tratado: el de la potestad de inspección y el de la obligatoriedad del ejercicio de las potestades de las que es titular una Administración.

Así, en primer lugar, ya se ha repetido de manera suficientemente insistente por la doctrina sobre que la liberalización de actividades y servicios que ha tenido lugar en nuestro ordenamiento desde la aprobación de la llamada Directiva *Bolkestein* en 2006 exige de modo paralelo un esfuerzo equivalente en el fortalecimiento de los servicios de inspección de las respectivas Administraciones (Fernández Farreres, 2020, pp. 49 y 52 y ss). Ello se hace especialmente evidente en aquellos casos en los que la actividad de inspección corresponde a los poderes locales, a menudo sin suficiente personal ni medios para realizar la misma de manera efectiva. La necesidad de fortalecimiento de los servicios de inspección por parte de los mismos, en cuanto ostentan la facultad de vigilancia del cumplimiento de la normativa correspondiente en el sector de la vivienda turística, resulta un elemento clave para la real efectividad de la regulación que rige en el mismo. En segundo lugar, en algunos casos se observa no ya la falta de medios, sino incluso el desinterés en el ejercicio de dichos poderes de vigilancia, de manera que, en ocasiones, las denuncias reiteradas por parte de los ciudadanos no surten ningún efecto ante la inactividad de la Administración. Este es un problema que desde el plano jurídico tiene un remedio difícil (Huergo Lora, 1995, p. 189), pero ello no puede servir para eximir a la Administración del cumplimiento de la ley y a los ciudadanos de exigirlo. Las potestades públicas, como es sabido, son poderes atribuidos por la ley a la Administración no en interés propio, sino en atención a los intereses de aquellos sobre los que se ejercen, y que por ello son de ejercicio obligatorio, en el sentido de que obligan a sus titulares, las Administraciones, a ejercerlas cuando concurren las circunstancias para ello. Lo contrario, en el ámbito que tratamos, es el de consolidar una situación de ilegalidad patente ante la quizá buscada parálisis de las administraciones autonómica y local.

No cabe, pues, reconocer las virtudes de una normativa como la que en este texto se analiza, y al mismo tiempo, admitir que la misma tiene un muy limitado alcance ante su desconocimiento habitual por los agentes a los que va dirigida. Así, en aquellos casos en que las medidas de zonificación, aprobadas a través de los instrumentos urbanísticos en manos de los poderes locales, se muestren como ineficientes, es dable promover la implementación de medidas más agresivas, dentro de los márgenes que la jurisprudencia comentada otorga a quien tiene poderes regulatorios sobre la materia. Especialmente efectiva, en este sentido puede ser la medida, ya incluida en los planes especiales aprobados en Madrid y también en otras ciudades, de someter a licencia previa la apertura al público de las viviendas que busquen un uso turístico conforme son descritas en la normativa. La concurrencia de «razones imperiosas de interés general», admitidas como ya se ha comentado por el TJUE respecto de la normativa francesa en este ámbito, legitiman el empleo de estas técnicas, aunque cabría plantearse la oportunidad y la legalidad de un retorno generalizado en este sector a tales técnicas. Ello solventaría los problemas en el ejercicio de la labor de inspección que se ha comentado, aunque se enfrentaría a problemas de gran calado respecto del régimen jurídico de las viviendas ya existentes, tanto las que se encuentran dentro de la normativa como las que no, limitando la efectividad general de una medida de este tipo. En cualquier caso, no es esta la sede en la que analizar la viabilidad y consecuencias de la adopción de soluciones de esta clase, pero sí la de reclamar el recurso a nuevos instrumentos cuando los ordinarios de regulación del sector fallan. El trasfondo de todo ello es el de lograr, por fin, que los intereses lucrativos de los gestores y propietarios de las VUT resulten equilibrados con los de los propios ciudadanos que viven en los espacios sobre los que dichas viviendas se asientan, permitiendo el desarrollo de las legítimas aspiraciones de ambos, sin que unas tengan que ser sacrificadas en aras del interés de los otros por la simple fuerza de los hechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre i Font, J. M. (2021). La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 15, 24-41. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10916>
- Arana García, E. (2018). La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 10, 6-21. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10545>
- Ardura Urquiaga, A., Lorente-Riverola, I., Mohíno Sanz, I. y Ruiz Sánchez, J. (2019). No estamos tan mal como Barcelona: análisis de la proliferación y regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona. *Boletín de la Asociación Española de Geografía*, 83, 1-47. <https://doi.org/10.21138/bage.2828>
- Bauzá Martorell, F. J. (2018). La zonificación del alquiler turístico de viviendas. La experiencia de Baleares. En A. M. De la Encarnación Valcárcel (dir.) y A. Boix Palop (coord.), *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Bosch Castel, J. (2021). La regulación de las viviendas de uso turístico, desde la óptica de los principios de buena regulación económica. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados* (núm. 7). Iustel.
- Carbonell Porras, E. (2019a). Economía colaborativa: aproximación a una noción confusa. En J. Guillén Caramés, J. J. Lavilla Rubira y F. J. Jiménez de Cisneros Cid (dirs.), *Los nuevos desafíos del Derecho público económico: homenaje al Profesor José Manuel Sala Arquer*. Congreso de los Diputados.
- Carbonell Porras, E. (2019b). Movilidad colaborativa y servicios de transporte de personas: un análisis desde el Derecho Administrativo. En H. Gosálbez Pequeño (dir.), *Régimen jurídico del consumo colaborativo*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- De la Encarnación Valcárcel, A. M. (dir.) y Boix Palop, A. (coord.), (2018). *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Fernández Farreres, G. (2020). *Sistema de Derecho Administrativo. Tomo II* (5.ª ed.). Civitas.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2019). *Manual de Derecho Urbanístico* (26.ª ed.). Civitas.
- Guillén Navarro, N. A. (2018). Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico ¿Qué viviendas se pueden arrendar? En G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Reus.
- Gurran, N. y Pibbs, P. (2017). When tourists move in: how should urban planners respond to Airbnb. *Journal of the American Planning Association*, 83(1), 80-92. <https://doi.org/10.1080/01944363.2016.1249011>
- Huergo Lora, A. (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. *Revista de administración pública*, 137, 189-238. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-137-mayoagosto-1995/la-desigualdad-en-la-aplicacion-de-potestades-administrativas-de-gravamen-remedios-juridicos-2>

- Kruithof, A. (2020). Elementos comunes y diferencias de la respuesta regulatoria a los retos del alojamiento colaborativo y el alquiler de corta duración: un análisis de los títulos de intervención y las estrategias comunes en CC.AA y municipios. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14, 180-200. <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10784>
- López Ramón, F. (2013). *Introducción al Derecho urbanístico* (4.ª ed.). Marcial Pons.
- Macho Carro, A. (2022). Derecho a la vivienda y ordenación del mercado del alquiler turístico en la Unión Europea: comentarios a raíz de la Sentencia de Cali apartments y su recepción en España. *Revista de Estudios Europeos*, 79, 668-686. <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.668-686>
- Otero Oitavén, M. M. (2020). La intervención administrativa en la planificación urbana como respuesta a la problemática social derivada de los procesos de gentrificación turística en las ciudades [monográfico: Vivienda, derecho a la ciudad y vulnerabilidad]. *Revista Gallega de Administración Pública*, 29(extra), 7-23. <https://doi.org/10.15304/dereito.29.Ext.6628>
- Quintía Pastrana, A. (2022). *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad. Las medidas públicas de protección frente a la emergencia social*. Aranzadi.
- Román Márquez, A. (2018). Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 10, 22-39. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10566>



Referencia: Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 119-136. <https://doi.org/10.24965/reala.11104>

Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales¹

The guarantees of independence of the Administrative Courts of Contractual Appeals

Vilalta Reixach, Marc
Universidad de Barcelona (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2387-7900>
marc.vilalta@ub.edu

NOTA BIOGRÁFICA

Marc Vilalta Reixach es profesor agregado de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona. Autor de diferentes monografías y artículos publicados en libros y revista jurídicas especializadas, sus principales líneas de investigación se han centrado en las relaciones interadministrativas, la contratación pública y el gobierno y administración local. Actualmente, es Director del Grado de Gestión y Administración Pública de la Universidad de Barcelona y Co-Director del Anuario del Gobierno Local.

RESUMEN

Una de las principales características del recurso especial en materia de contratación pública regulado por la LCSP es que su tramitación y resolución se atribuye a órganos administrativos creados ad hoc –los denominados tribunales administrativos de recursos contractuales (TARC)–, especializados en materia de contratación y dotados de garantías de independencia, tanto frente al órgano de contratación como frente a los posibles licitadores interesados.

Es por ello que el propósito de este trabajo consiste en aproximarse al régimen jurídico de los diferentes TARC existentes en España –prestando especial atención a aquellos creados por las Comunidades Autónomas y las entidades locales–, para comprobar si éstos se han configurado realmente como un auténtico órgano independiente.

Para ello, tomando como referencia los condicionantes que derivan directamente del Derecho de la Unión Europea, analizaremos algunos de los elementos más relevantes de la organización y funcionamiento de dichos órganos, tales como la forma de designación de sus miembros, la duración de su mandato y su revocabilidad o la *aparición de independencia* respecto de las partes.

PALABRAS CLAVE

Contratación Pública; tribunales administrativos de recursos contractuales; recurso especial en materia de contratación; independencia; imparcialidad.

ABSTRACT

One of the main characteristics of the special administrative appeal on the award of public contracts, regulated by the LCSP, is that its resolution is attributed to administrative bodies created ad hoc –the

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales” (PID2019-106255GB-I00), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

so-called administrative courts of contractual appeals (TARC)–, specialized in public procurement and endowed with guarantees of independence, both from the contracting authorities and from potential interested bidders.

Thus, the aim of this paper is to approach the legal regime of the different TARC existing in Spain –paying special attention to those created by the Autonomous Communities and local entities–, to check if they have really been configured as a real independent bodies.

To that end, taking as a reference the conditions that come directly from European Union Law, we will analyse some of the most relevant elements of the organization and functioning of these bodies, such as the way in which their members are appointed, the duration of their mandate and its revocability or the appearance of independence from the parties.

KEYWORDS

Public Procurement; administrative courts for contractual appeals; special administrative appeal on the award of public contracts; independence; impartiality.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. LA DIVERSIDAD DEL MODELO ESPAÑOL. 4. LOS TARC COMO ÓRGANOS INDEPENDIENTES. 4.1. LA FORMA DE DESIGNACIÓN DE SUS MIEMBROS. 4.1.1. Otras medidas dirigidas a limitar la discrecionalidad en el nombramiento. 4.1.2. La Secretaría de los TARC. 4.2. LA DURACIÓN DEL MANDATO Y SU REVOCABILIDAD. 4.3. LA APARIENCIA DE INDEPENDENCIA. 4.3.1. La composición de los TARC. En particular, la problemática del ámbito local. 4.3.2. La acumulación de funciones en un mismo órgano. 4.3.3. El debate sobre los medios económicos y personales a disposición de los TARC. 4.3.4. La coordinación entre los TARC. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

No hace falta insistir mucho en la importancia que juega hoy en día la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico. Su indudable relevancia económica –que en España, como se subraya habitualmente, supone más del 11 % del PIB (Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, 2021, pp. 19-20)– y su papel como instrumento de gestión de políticas públicas, justifican que esta materia continúe siendo objeto de multitud de estudios académicos, dirigidos no solo a examinar la preparación, adjudicación y ejecución de los distintos tipos contractuales, sino también la propia organización administrativa que gestiona dicha actividad y los mecanismos de control que existen sobre todos ellos.

Es, precisamente, en este último punto en el que debemos situar el objeto de nuestro trabajo. Partiendo de la idea que, sin un verdadero sistema de garantías jurídicas, todo el marco normativo de la contratación pública correría el riesgo de convertirse en una mera declaración de principios o buenas intenciones², queremos aproximarnos al sistema de recursos administrativos previsto en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y, más concretamente, al denominado recurso especial en materia de contratación pública.

Como es sabido, el recurso especial en materia de contratación pública, regulado actualmente en los artículos 44-60 de la LCSP, constituye una de las piezas centrales del sistema de garantías previsto por la LCSP. Éste se configura como un procedimiento potestativo de revisión de determinados actos administrativos contractuales por razones de legalidad, que se tramita y resuelve por órganos de la propia Administración. Ahora bien, más allá de esta conceptualización general, el recurso especial presenta también algunas singularidades importantes, que lo diferencian claramente de los recursos administrativos ordinarios.

Una de ellas es, sin duda alguna, el concreto órgano encargado de su resolución. A diferencia de lo que ocurre habitualmente en otros procedimientos, la LCSP asigna esta tarea a órganos administrativos creados *ad hoc* y especializados en materia de contratación –los denominados genéricamente tribunales administrati-

² Piñar Mañas se refiere también a esta idea, cuando afirma que, sin un sistema eficaz de garantías, la normativa comunitaria en materia de contratación pública que «tan trabajosamente se ha elaborado y todavía está elaborándose, corre el riesgo de no servir para apenas nada» (Piñar Mañas, 2004, p. 64).

vos de recursos contractuales (que abreviaremos como TARC)–, a los cuales, además, se dota de garantías de independencia tanto, frente al órgano de contratación como frente a los posibles licitadores interesados.

Así, en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el artículo 45.1 de la LCSP crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), el cual, aunque adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, deberá actuar «con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias». Y estas mismas exigencias de independencia se hacen extensivas para los tribunales administrativos de recursos contractuales que las comunidades autónomas y determinadas entidades locales pueden crear en sus respectivos territorios (ex art. 46 LCSP³).

Desde esta perspectiva, sin entrar a analizar otras especialidades procedimentales del mencionado recurso especial igualmente destacables⁴, podemos afirmar que buena parte de su eficacia parece descansar sobre la configuración de los TARC como verdaderos órganos cualificados e independientes de la Administración, capaces de fiscalizar adecuadamente su actividad contractual. De hecho, es precisamente la independencia y la especialización técnica de dichos órganos las que justifican las amplias facultades que les asigna la LCSP y que les permitiría, por ejemplo, anular las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación (art. 57.2 LCSP) e imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que dicha actuación le haya podido ocasionar (art. 58.1 LCSP).

Es por ello que, dada la trascendencia de los TARC en el vigente sistema de control de la contratación pública, queremos centrar nuestra atención específicamente en esta figura, analizando si, a la vista de la regulación existente, los tribunales administrativos de recursos contractuales existentes en España se han configurado realmente como un auténtico órgano independiente.

2. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Para iniciar nuestra exposición sobre los TARC debemos referirnos, en primer lugar, al Derecho europeo, por cuanto la regulación española sobre contratación pública –y en este punto el recurso especial en materia de contratación no es una excepción– se halla directamente condicionada por la normativa y la jurisprudencia europea en esta materia.

A tal efecto, podemos decir que la preocupación del legislador europeo por generalizar un sistema de recursos rápido y eficaz en materia de contratación pública arranca con la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras (en adelante, DRec).

Esta norma jurídica –hoy en día plenamente vigente⁵– parte de la constatación que, por un lado, el Derecho comunitario no contenía, hasta ese momento, disposiciones específicas que permitieran garantizar su aplicación efectiva y que, por el otro, los mecanismos existentes a nivel nacional no siempre permitían velar correctamente por el respeto de las disposiciones comunitarias en esta materia. De ahí que la DRec proceda a imponer a los Estados miembros la obligación de prever un procedimiento específico de impugnación, de carácter nacional, con el objeto de prevenir y reparar los posibles incumplimientos de la normativa en materia de contratación pública, especialmente con carácter previo a su ejecución, esto es, en un momento en que dichas irregularidades aún puedan ser subsanadas.

³ La Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta de la LCSP prevé también la posibilidad que los órganos competentes de las Cortes Generales puedan crear también un órgano específico para la resolución de los recursos en materia de contratación que puedan plantearse en el ejercicio de sus funciones y que, en todo caso, deberá respetar las garantías de independencia, cualificación e inamovilidad previstas en el artículo 45 de la LCSP. En todo caso, por su singularidad, el análisis de este órgano concreto quedará fuera del objeto de nuestro trabajo.

⁴ Por ejemplo, podemos mencionar el carácter suspensivo automático que tiene su interposición cuando aquello que se impugna es el acto de adjudicación del contrato (art. 53 LCSP) o el carácter amplio con que se regula la legitimación activa para la interposición del recurso (art. 48 LCSP).

⁵ Esta Directiva ha sido modificada en varias ocasiones, por ejemplo, por la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, que amplió su ámbito de aplicación también a los contratos de servicios; por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que pretendía mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso e introdujo importantes novedades en su tramitación (por ejemplo, en lo que se refiere a los plazos del recurso, suspensión automática, etc.); o, más recientemente, por la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, que extiende el recurso también a los contratos de concesión. En cualquier caso, en lo que a nosotros más nos interesa –las garantías de independencia de los TARC– debemos señalar que las modificaciones introducidas han sido pocas, centrándose esencialmente en cuestiones terminológicas que no afectan realmente a su contenido.

Entre otras muchas cuestiones, la DRec se refiere también al órgano encargado de resolver dichos recursos, previendo la posibilidad que esta tarea pueda encomendarse bien a un órgano jurisdiccional, bien a otro órgano que no tenga dicha naturaleza (art. 2.9 DRec⁶). Por lo tanto, la Directiva no opta por un único modelo organizativo, sino que, por el contrario, atendiendo a la autonomía institucional de los Estados miembros, abre la puerta a que éstos puedan atribuir la resolución del procedimiento tanto a los tribunales de justicia como a otros órganos de carácter administrativo, que no formen parte del Poder Judicial –tal y como ha sucedido en España con los TARC–.

Ahora bien, en este último supuesto y aunque la terminología utilizada es ciertamente equívoca (Santamaría Pastor, 2015, pp. 42-43 y Bernal Blay, 2011, pp. 11-12), la Directiva sí que se ocupa de fijar los requisitos que deben cumplir dichos órganos administrativos. Y lo hace desde una línea claramente restrictiva (Díez Sastre, 2012, p. 139). En primer lugar, porque el artículo 2.9 de la DRec exige que dichos órganos administrativos sean independientes respecto del poder adjudicador y de cualquier otro órgano que intervenga en el procedimiento de contratación. Y, en segundo lugar, porque si el órgano que conoce el recurso no tiene naturaleza jurisdiccional es necesario que, además, su actuación pueda impugnarse ante un órgano jurisdiccional, en el sentido del actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) –es decir, únicamente a efectos de poder plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)⁷–.

Es más, para asegurar dicha conceptualización y el cumplimiento de las garantías de independencia que se les exigen, la Directiva regula a algunos aspectos relacionados con la organización y funcionamiento de los hipotéticos órganos administrativos nacionales de resolución de recursos contractuales que pudieran crearse, imponiéndoles los requisitos siguientes:

«El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán [...], efectos jurídicos vinculantes» (art. 2.9, *in fine*, DRec).

Por lo tanto, como puede observarse, la DRec pretendía asegurar la existencia a nivel interno de un órgano de control jurídico –ya fuera éste de naturaleza judicial o no– que ejerciera sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido jerárquicamente ni a la Administración contratante ni, por supuesto, a los licitadores interesados⁸.

Se parte, por lo tanto, de un concepto amplio de *independencia*, que no se construye únicamente sobre la base de criterios formales –como podría ser el tipo de órgano, judicial o no, al que se atribuye la resolución del recurso–, sino que toma en consideración también otros criterios funcionales de dichos órganos –como, por ejemplo, los referidos al nombramiento de sus miembros, la duración del mandato o su revocabilidad–.

El propio TJUE se ha referido también a estos criterios funcionales a la hora de enjuiciar la adecuación de algunos de los órganos administrativos de resolución de los recursos contractuales creados por los diferentes Estados miembros al Derecho europeo –en particular, al analizar su posible configuración como un órgano jurisdiccional, a los efectos del vigente artículo 267 del TFUE–.

Una buena muestra de ello la encontramos en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, en la que el TJUE, a la hora de analizar la independencia del Tribunal Catalán

⁶ En este punto, véase también la STJUE de 4 de febrero de febrero de 1999, as. C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH*, que vino a confirmar dicha interpretación.

⁷ La referencia al carácter jurisdiccional de dichos órganos administrativos, a efectos del actual artículo 267 del TFUE, implica, tal y como el TJUE ha tenido ocasión de afirmar en varias ocasiones, el cumplimiento acumulativo de los siguientes requisitos: en primer lugar, que se trate de órganos que tengan un origen legal; en segundo lugar, que tengan carácter permanente, en el sentido de que no se hayan constituido *ad hoc* para conocer de un asunto concreto; que su jurisdicción resulte obligatoria y sus decisiones vinculantes; que sean órganos que actúen a través de un procedimiento contradictorio, en aplicación de normas jurídicas; y, por último, que sean independientes.

Podemos citar, entre otras, la STJUE de 17 de septiembre de 1997, as. C-54/96, *Dorsch Consult*; la STJUE de 31 de mayo de 2005, as. C-53/03, *Syfait*; o la STJUE de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*. Véase también Hernández González (2016, pp. 374-384).

⁸ Aunque la precisión conceptual no siempre resulta sencilla, entendemos que la *independencia* de los TARC se predica no sólo del Poder Ejecutivo sino también de las *partes*, en la medida que aquella supone necesariamente que aquellos que ejercen una función jurisdiccional no tengan tampoco relación o interés alguno con las partes –es decir, la desarrollen de forma imparcial–.

de Contratos del Sector Público considera que, más allá de la tipología de órgano encargado de resolver el recurso, lo relevante es que éste pueda configurarse como un tercero respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida y que pueda ejercer sus funciones: «sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno [...] y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno [...]» (FJ 19⁹).

Nos interesa destacar esta conceptualización europea del órgano encargado de la resolución del recurso especial en materia de contratación por cuanto es la que, posteriormente, se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno¹⁰. Así, descartada la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución de dicho recurso a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa¹¹, el legislador español opta por la creación de órganos administrativos específicos, cuya característica principal será su independencia en el ejercicio de sus competencias.

Un buen ejemplo lo encontramos en el TACRC, que se define legalmente como un «órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias» (art. 45.1 LCSP). Independencia que, además, se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros, que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente previstas (art. 45.4 de la LCSP).

Por lo que se refiere a los TARC que pueden crear las comunidades autónomas y determinadas entidades locales, aunque es cierto que la legislación básica estatal se expresa de un modo más amplio, se les exige también, en todo caso, que se trate de órganos independientes; añadiéndose que.

«El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad» (art. 46.1 LCSP).

3. LA DIVERSIDAD DEL MODELO ESPAÑOL

Más allá de los condicionantes impuestos por el Derecho europeo, otro de los elementos a tener en cuenta a la hora de aproximarnos al estudio de los tribunales administrativos de recursos contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico es su notable diversidad.

Esta diversidad se expresa, en primer lugar, desde un punto de vista cuantitativo, puesto que actualmente existen en España una considerable multiplicidad de TARC. Ello es debido a que, como ya hemos apuntado, la LCSP ha configurado un modelo de planta abierta y plural (Santamaría Pastor, 2015, p. 49 o Razquín Lizarraga, 2010, p. 25), en la que, junto con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (art. 45.1 LCSP), se permite a las Comunidades Autónomas, a las diputaciones provinciales y a los municipios de gran población crear sus respectivos TARC (art. 46 LCSP¹²).

A primera vista, esta diversidad no debería plantearnos mayores inconvenientes, por cuanto es un simple reflejo de nuestro modelo de organización territorial descentralizado. Sin embargo, como han apuntado acertadamente algunos autores, la proliferación de dichos órganos –especialmente en el ámbito local– corre el riesgo de afectar a la seguridad jurídica, por la disparidad de criterios que pueden llegar a establecerse, y distorsionar el funcionamiento global del sistema (entre otros, Valcárcel Fernández, 2016, pp. 254-255 o

⁹ En el mismo sentido, la citada STJUE de 17 de septiembre de 1997, as. C-54/96, *Dorsch Consult* (FJ 34) o la STJUE de 14 de junio de 2007, as. 246/05, *Armin Häupl* (FJ 18).

¹⁰ En este punto, como expone Santamaría Pastor, debe recordarse que la transposición de la DRec a nuestro ordenamiento jurídico no ha estado exenta de dificultades. De hecho, inicialmente el legislador español rehusaba transponer dicha Directiva, al considerar que las normas vigentes en España ya se ajustaban a su contenido. Por lo que no fue hasta la hoy derogada Ley 34/2010, de 5 de agosto, que se incorporaron correctamente las exigencias contenidas en la DRec (Santamaría Pastor, 2015, pp. 37-40).

¹¹ En el Dictamen del Consejo de Estado núm. 499/2010, de 29 de abril, se afirma que dicha posibilidad fue desechada al considerar que la atribución de la competencia para la resolución del recurso especial a los juzgados centrales y provinciales de lo contencioso-administrativo supondría que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante esta Jurisdicción. Lo cual, además de exigir la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podría conducir a desnaturalizar esta jurisdicción. Toda vez que desde el Gobierno se cuestionaba que, en el caso que se introdujera un procedimiento jurisdiccional especial, los tribunales de justicia contarán con los medios necesarios para cumplir con las exigencias procedimentales de dicho recurso (Apartado VI).

¹² Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación Provincial de Granada, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Cádiz o el Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Zaragoza.

Moreno Molina, 2019, pp. 34-35¹³). Toda vez que, como veremos más adelante, en algunos supuestos la composición de dichos órganos puede llevarnos a cuestionar si realmente se cumplen las garantías de independencia impuestas por la normativa europea y la propia LCSP.

En segundo lugar, más allá del número de TARC existentes, la diversidad del sistema español se manifiesta también en el tipo de órganos a los que se atribuye la resolución del recurso especial en materia de contratación. A pesar de que la gran mayoría de ellos se han configurado como órganos administrativos especializados, creados *ad hoc* para esta tarea –siguiendo el modelo del TACRC (art. 45 LCSP)–, podemos encontrar dos supuestos que se apartan de dicho modelo: se trata de las Comunidades Autónomas de Castilla León y de Extremadura, las cuales se ha optado por atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a órganos consultivos ya existentes.

Por lo que se refiere a la primera, el artículo 58 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, como órgano administrativo en materia de recursos contractuales, adscrito al Consejo Consultivo de dicha Comunidad Autónoma. De manera que, a pesar que dicho Tribunal se configura como una unidad funcional diferenciada, los miembros el órgano de recurso serán los mismos que integran el máximo órgano consultivo autonómico. De todas formas, el artículo 62 de la citada Ley 1/2012, de 28 de febrero, prevé que el Tribunal actuará con separación de sus funciones respecto de las que corresponden al Consejo Consultivo, y con plena independencia del resto de sus órganos, ejerciendo las funciones y dictando las resoluciones que correspondan.

Por su parte, Extremadura ha atribuido la resolución del recurso especial en materia de contratación a su Comisión Jurídica Asesora¹⁴. De manera que, de forma similar a lo que ocurre en Castilla y León, ésta se configura, al mismo tiempo, como el órgano colegiado consultivo de la Comunidad Autónoma y como el órgano competente en materia de recursos contractuales a efectos del artículo 46 de la LCSP.

En nuestra opinión, el hecho de que, en estos dos supuestos, el legislador autonómico se haya decantado por este concreto modelo organizativo no resulta especialmente significativo. Es cierto que el ejercicio de la función resolutoria de los recursos contractuales parece encajar mal con la función consultiva que se atribuye al Consejo Consultivo castellano leonés o a la Comisión Jurídica Asesora extremeña, pero, como ya hemos apuntado, lo determinante será que éstos puedan configurarse realmente como un órgano independiente, capaz de asegurar la adecuada tutela de los derechos de los licitadores afectados. Posteriormente, en el *Apartado 4.3.2* volveremos sobre estas cuestiones, examinando si la acumulación de funciones puede afectar a las garantías de independencia de dichos órganos.

4. LOS TARC COMO ÓRGANOS INDEPENDIENTES

Una vez hechas las anteriores precisiones, y tal como nos habíamos planteado al inicio de este trabajo, podemos pasar a examinar si realmente los TARC existentes en nuestro ordenamiento jurídico pueden configurarse como órganos independientes, a los efectos de la mencionada Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre y de la LCSP.

Como ya hemos visto, cuando hablamos de *independencia* de los TARC nos referimos principalmente a la inexistencia de vínculos de jerarquía o sumisión entre dichos órganos y la Administración y partes contratantes. Es decir, al hecho que los TARC puedan configurarse como verdaderos órganos de control jurídico, en vía de recurso, de la actividad contractual de la Administración, sin someterse a otros criterios e intereses distintos a los previstos expresamente en la Ley.

Para efectuar este análisis, como es lógico, no podemos quedarnos únicamente con la mera calificación formal que el legislador haya realizado de cada uno de ellos –puesto que es habitual que la normativa regu-

¹³ Por el contrario, se ha argumentado también que «los tribunales administrativo estatal y autonómicos se han configurado como un núcleo ciertamente muy reducido de intérpretes jurídicos que no beneficia la mejor y más rica interpretación de la norma atendiendo la concurrencia ponderada de valores. La resistencia a ampliar la planta judicial de tribunales administrativos de recursos desconsidera la capacidad de la Administración local, en la que desempeñan especialistas capacitados, que previa selección según mérito y capacidad y con independencia en el ejercicio de sus funciones, pueden enjuiciar las licitaciones públicas con una interpretación más rica, rectificándose sus eventuales errores en el sistema ordinario de recursos como así se procede ante los actuales tribunales» (Blanco López, 2018, p. 168).

¹⁴ Cfr. Apartado 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

ladora de los diferentes TARC contenga un pronunciamiento general favorable a su independencia¹⁵—, sino que, por el contrario, dicha independencia debe poder garantizarse por otros medios.

Es por ello que dedicaremos las páginas que siguen a continuación a examinar, con carácter general, el régimen jurídico de los diferentes TARC existentes, para comprobar si sus normas de organización y funcionamiento nos permiten calificarlos como órganos administrativos independientes. En particular, partiendo de los requisitos mínimos fijados por la DRec, nos centraremos en los elementos siguientes: en primer lugar, en la forma de designación de sus miembros; en segundo lugar, en la duración de su mandato y su revocabilidad; y, finalmente, haremos también referencia a lo que podríamos denominar la *apariencia de independencia*.

4.1. La forma de designación de sus miembros

Uno de los elementos que, tradicionalmente, se utilizan para valorar la independencia de determinadas autoridades u órganos administrativos se centra en la regulación de la forma y requisitos para su designación. Con ello se pretende asegurar tanto la objetividad de su nombramiento, como la profesionalización de los designados.

En el caso de los TARC, con independencia de que éstos se configuren como órganos colegiados o unipersonales¹⁶, el hecho de que la designación de sus miembros corresponda a la Administración de adscripción —ya sea estatal, autonómica o local— podría llevarnos a cuestionar el cumplimiento del requisito de la independencia. Más si tenemos en cuenta que, de acuerdo con el citado artículo 2.9 de la DRec, el nombramiento de los órganos nacionales de recurso debería estar «sujeto a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento».

Sin embargo, en nuestra opinión, este cuestionamiento resulta más aparente que real. En primer lugar porque, como acertadamente sostenía Santamaría Pastor, no parece razonable entender que la DRec haya pretendido imponer a los miembros de un órgano administrativo un estatus absolutamente *idéntico* al de los jueces y magistrados, sino que, por el contrario, parece más lógico entender que su intención era exigir un estatus similar, en el sentido de funcionalmente equiparable (Santamaría Pastor, 2015, p. 44).

En este sentido, creemos que el hecho de que sea la Administración quien nombre a dichas personas no es, en sí mismo, un factor determinante para entender vulnerada la independencia de los diferentes TARC, por cuanto dicho nombramiento no supone necesariamente crear una situación de dependencia respecto del Poder Ejecutivo.

Precisamente, así pareció entenderlo también el Abogado General, Sr. Antonio Saggio, en las Conclusiones presentadas al asunto C-103/97, *Josef Kollensperger GmbH*, en fecha 24 de septiembre de 1998, en las que se afirma que, a pesar de que el órgano encargado de resolver los recursos en materia de contratos públicos en la Región austríaca del Tirol (el *Tiroler Landsvergabeamt*) estaba formado por miembros designados por la Administración regional, este elemento.

«[...] no es por sí solo determinante para prejuzgar su libertad de juicio, que debe estar garantizada por el conjunto de las normas que regulan el funcionamiento del órgano. Hay que añadir que el propio legislador austríaco ha tenido en cuenta esta exigencia, previendo en la Ley por la que se crea la Oficina que, independientemente de su procedencia, sus integrantes no están sujetos a instrucciones en el ejercicio de sus funciones» (Ap. 24¹⁷).

¹⁵ Por ejemplo, el artículo 45.1 de la LCSP nos define al TACRC como un «órgano especializado que actuará con plena independencia funcional». Igualmente, podemos encontrar muchos más ejemplos, como el artículo 2 del Decreto catalán 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que configura a este Tribunal como un órgano administrativo colegiado «de carácter especializado que ejerce sus funciones con plena independencia [...]» o el artículo 17.1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, que define al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón como «un órgano colegiado especializado [...] que goza de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias».

¹⁶ Con carácter general, la gran mayoría de los TARC se han configurado como órganos colegiados, formados por entre 3 y 6 miembros. Actualmente, las únicas excepciones las encontramos en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, regulado por el Decreto 10/2015, de 12 de febrero; y en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, creado por la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, que se configuran como órganos administrativos de carácter unipersonal.

¹⁷ La posterior STJUE de 4 de febrero de 1999 al asunto C-103/97 no entró a examinar este punto. Sin embargo, dicha Sentencia confirmó el carácter de órgano jurisdiccional —y, por lo tanto, su independencia— del órgano tirolés de resolución de recursos contractuales.

Por lo tanto, siguiendo este mismo razonamiento, podemos entender que el elemento esencial para preservar la independencia de los TARC no es tanto la forma de designación de sus miembros, sino la posible existencia de instrucciones a dichos miembros, que les pudiera condicionar en el ejercicio de sus competencias.

Esta misma idea se ha reiterado en otros pronunciamientos posteriores. Así, por ejemplo, en la citada STJUE de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, el TJUE, al examinar el criterio de la independencia del Tribunal Catalán de Contratos, no pone ninguna objeción en su composición o en la forma de designación de sus miembros, sino que, nuevamente, lo relevante, a juicio del TJUE, es la capacidad de dicho órgano administrativo de ejercer «sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno» (FJ 19).

Si esto es así, entonces podemos afirmar que la gran mayoría de los TARC existentes en España cumplirían con dicho requisito, por cuanto es habitual que sus normas reguladoras recojan expresamente la independencia *funcional* con la que actúan dichos órganos¹⁸. Incluso, en algunos supuestos, las normas autonómicas creadoras de los respectivos TARC se han ocupado de desarrollar un poco más este mandato, previendo expresamente que los TARC ejercerán sus funciones sin sujeción a vínculo jerárquico alguno ni someterse a instrucciones de ninguna clase de los órganos de las administraciones públicas afectadas¹⁹.

Por lo tanto, podemos concluir que, tal y como se configuran normativamente, los diferentes TARC no están sujetos a presiones o injerencias por parte del Ejecutivo, sino que, una vez se somete un asunto a su consideración, éste será competente para tramitarlo de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto hasta su definitiva resolución, sin que sus miembros puedan recibir instrucciones, órdenes o directrices sobre cómo deben proceder a valorar un determinado asunto.

4.1.1. Otras medidas dirigidas a limitar la discrecionalidad en el nombramiento

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, podemos añadir también que, en ocasiones, es posible encontrar otras varias previsiones legales dirigidas a reforzar aún más la autonomía de los TARC y limitar el margen de decisión de los correspondientes gobiernos en lo que al nombramiento de sus miembros se refiere.

Es el caso, por ejemplo, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, que prevé una mínima participación parlamentaria en el nombramiento del presidente y los vocales del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Así, el artículo 18.1 de dicha Ley prevé que el nombramiento de dichos cargos se realizará «por decreto del Gobierno de Aragón, previa información a las Cortes de Aragón [...]». Aunque sea de forma muy tímida, este trámite permitiría al órgano parlamentario poder valorar, con carácter previo a su nombramiento, la adecuación de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Y también podemos añadir aquellos otros supuestos –como ocurre con el artículo 35.ter.6 de la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico– en que se prevé que los miembros de los TARC serán seleccionados mediante convocatoria pública realizada por la Administración de la Comunidad Autónoma y de acuerdo a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad²⁰. En estos supuestos, aunque el sistema de selección sea la libre designación, el margen de discrecionalidad del Gobierno autonómico en relación con el nombramiento se reduce teóricamente un poco más, por cuanto dicho nombramiento se sujeta previamente a un procedimiento competitivo, en el que deberán valorarse las cualidades profesionales de los diferentes candidatos sobre la base de los principios generales antes mencionados. De todas formas, la doctrina ha puesto de relieve también las debilidades de este sistema de selección, en la medida que, en muchas ocasiones, en dichas convocatorias no hay baremo orientativo

¹⁸ Por poner solamente algún ejemplo, podemos citar el artículo 45.1 de la LCSP, referida al TACRC, o el artículo 35.bis.1 de la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico, que prevé que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia «actuará con independencia funcional en el ejercicio de sus competencias para garantizar su plena objetividad».

¹⁹ Es el caso, entre otros, del artículo 2 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y funcionamiento o la Disposición Adicional Octava, apartado 6, de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011.

²⁰ En términos similares se expresan el artículo 18.2 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón o el artículo 5.3 –y art. 5.3 bis– del Decreto catalán 221/2013, de 3 de septiembre. En el caso catalán, teniendo en cuenta que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público ejerce también sus funciones en relación con las administraciones locales de su territorio, se prevé también que uno de sus vocales deberá ser nombrado entre candidatos funcionarios de la Administración local de Catalunya, a propuesta conjunta de la Federación de Municipios de Catalunya y de la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas (art. 5.4 Decreto 221/2013, de 3 de septiembre).

básico y, en última instancia, el nombramiento se realiza por libre designación sin exponer las razones sustantivas por las que eran más apropiados para el puesto la persona o personas escogidas sobre el resto de candidatos que concurrían (Valcárcel Fernández, 2020, pp. 601-602).

4.1.2. La Secretaría de los TARC

Finalmente, en algunos casos se prevé que los miembros del TARC estarán asistidos por un secretario/a, que no tiene la condición de miembro de este órgano y que debe ser nombrado también por la administración autonómica²¹. En nuestra opinión, esta posibilidad no pondría tampoco en cuestión la independencia de dichos órganos, por cuanto se otorgan al secretario/a funciones meramente administrativas y, en su caso, solamente se le permite participar con voz, pero sin voto, en las sesiones del TARC²².

Por lo tanto, nos encontraríamos ante un órgano de asistencia o auxilio administrativo a las tareas que desempeñan los TARC, pero que no participa directamente de la función resolutoria de los recursos especiales en materia de contratación que se atribuye a dichos órganos.

Ahora bien, sin negar las anteriores consideraciones, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya núm. 9/2013, de 26 de julio, al analizar la composición y características de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública de las entidades locales, ha puesto el acento en las condiciones personales que debería cumplir dicho secretario/a.

En concreto, la Junta Consultiva catalana considera que no podrían actuar como secretario/a del órgano de recurso funcionarios que hayan tenido algún tipo de intervención en la gestión del procedimiento de contratación. Y es que, a pesar que dicho secretario tenga voz pero no voto, en la medida que puede tomar parte en la conformación de las decisiones del órgano de resolución de recursos, podría influir en la toma de decisiones, a pesar de no adoptarlas directamente. Posteriormente, volveremos sobre estas cuestiones.

4.2. La duración del mandato y su revocabilidad

Los miembros de los diferentes TARC son nombrados siempre por un período temporal limitado. En general, la duración de dicho mandato se sitúa entre los 5 y 6 años, siendo, en algunos casos, renovables por uno o varios períodos sucesivos de la misma duración²³.

En nuestra opinión, la duración del mandato de los miembros de los TARC no presenta elementos suficientes que nos permitan cuestionar su consideración como un órgano independiente. En primer lugar, porque, como afirmábamos en el apartado anterior, el tenor literal del artículo 2.9 de la DRec debe interpretarse en el sentido que no se exige a los miembros de los órganos nacionales de recursos contractuales un estatus idéntico al de los jueces, sino funcionalmente asimilable²⁴.

Desde esta perspectiva, aunque es cierto que los miembros de los TARC son designados por un período temporal limitado, creemos que el mandato de 5 o 6 años previsto en las diferentes normas reguladoras es suficiente para asegurar un marco estable de permanencia, que haga posible la continuidad de las funciones resolutorias que se les atribuyen²⁵.

²¹ Es el caso, por ejemplo, del artículo 4 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía o del artículo 5.5 del Decreto catalán 221/2013, de 3 de septiembre. Por el contrario, en otros casos se prevé que la función de secretaría recaerá en uno de los vocales del TARC, como ocurre con el artículo 20 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

²² A tal efecto, entre otros, el artículo 7 del citado Decreto andaluz 332/2011, de 2 de noviembre, atribuye al Secretario del TARC de la Junta de Andalucía, entre otras, las tareas de efectuar las convocatorias de las sesiones, coordinar al personal adscrito al Tribunal Administrativo en la tramitación de los procedimientos o custodiar la documentación del Tribunal Administrativo.

²³ Por ejemplo, se prevé un mandato de 5 años, renovables por el mismo período, para los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 4.3 Decreto 10/2015, de 12 de febrero) y del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (art. 7 Decreto 221/2013, de 3 de septiembre). En cambio, para los miembros del TARC, el artículo 45.5 de la LCSP establece un mandato de 6 años no renovable, lo mismo que para el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (art. 3.4 Ley 9/2010, de 23 de diciembre).

²⁴ Teniendo en cuenta, además, que en alguna ocasión el TJUE ha afirmado, siquiera *obiter dicta*, la posibilidad que el mandato de los titulares de los órganos jurisdiccionales pueda ser limitado temporalmente. Cfr. STJUE de 9 de octubre de 2014, as. C-222/13, *TDC A/S* (FJ 33) o STJUE de 21 de enero de 2020, as. C-274/14, *Banco de Santander, SA*. (FJ 59).

²⁵ En el mismo sentido se expresa Santamaría Pastor, si bien este autor considera que la opción de la LCSP y de algunas otras normas autonómicas (como el mencionado caso de Madrid) de limitar el mandato únicamente a 6 años, sin posibilidad de prórroga, puede resultar sensiblemente corta (Santamaría Pastor, 2015, p. 62).

En este punto, aunque sea a efectos meramente comparativos, podemos traer a colación el hecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a la hora de interpretar el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) –que regula el derecho de toda persona «a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley [...]»–, se ha referido también a la duración del mandato judicial.

En este sentido, si bien en un primer momento –por ejemplo, en la Sentencia *Ringeisen vs Austria*, de 16 de julio de 1971– se utilizaba como criterio de enjuiciamiento la existencia de un mandato no inferior a 5 años, posteriormente podemos encontrar casos en que se ha considerado adecuado, a efectos del CEDH, el reconocimiento a los miembros de órganos jurisdiccionales de un mandato de 4 años²⁶ –e incluso, excepcionalmente, más breve, cuando haya motivos que lo justifiquen²⁷–.

Es por ello que, más allá de la duración de su mandato, creemos que, a efectos de evitar injerencias del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones, resulta más relevante centrar la atención en las garantías que se prevén para asegurar la continuidad de los miembros de los diferentes TARC en sus cargos, evitando que puedan ser libremente cesados de éstos por decisión de la Administración.

De hecho, el TJUE ha puesto especial atención a este elemento, considerando que la inamovilidad es una característica inherente a los órganos que ejercen una función jurisdiccional –como ocurre con los TARC–. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia de 21 de enero de 2020, as. C-274/14, *Banco Santander*, en la que, precisamente, se examina si el Tribunal Económico-Administrativo Central español (y el resto de tribunales económico-administrativos) pueden configurarse cómo un órgano jurisdiccional, a efectos del artículo 267 del TFUE.

En este caso, modificando el criterio expresado anteriormente en la STJUE de 21 de marzo de 2000, as. C-110/98, *Gabalfrisa*, el TJUE viene a negar dicho reconocimiento porque considera que los tribunales económico-administrativos no pueden considerarse como un órgano independiente. Y es que, a pesar de que la legislación tributaria prevé expresamente que sus miembros ejercen sus competencias con independencia funcional, con total independencia y bajo su responsabilidad.

«[...] no es menos cierto que la separación de sus puestos o la anulación de sus nombramientos no se ven acompañadas de garantías especiales. Pues bien, un sistema de esta índole no tiene entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros de los TEA» (FJ 69).

Por lo tanto, aunque para el TJUE la garantía de inamovilidad de los miembros de un órgano jurisdiccional no es un mandato absoluto, sí que exige que los supuestos de cese de los miembros de ese órgano estén previstos en una normativa específica, mediante disposiciones legales expresas que ofrezcan garantías superiores a las previstas por las normas generales del Derecho administrativo.

En el caso de los TARC, creemos que también se cumpliría dicha exigencia. No solo porque la garantía de la inamovilidad de sus miembros se impone directamente por la LCSP –tanto para el TACRC (art. 45.4 LCSP) como para los TARC que puedan crearse en el ámbito autonómico y local (art. 46.1 LCSP)– sino también porque las diferentes normas reguladoras reconocen a los miembros de dichos órganos su independencia e inamovilidad y regulan las causas tasadas por las que, excepcionalmente y previa instrucción del correspondiente procedimiento, podría acordarse la remoción de sus cargos. De esta manera, se impide que el cese o suspensión de los miembros de los TARC pueda acordarse de forma totalmente libre o injustificada por parte de la Administración²⁸.

Por lo demás, la regulación de las causas por las que se puede proceder a la revocación del mandato de los miembros de este órgano administrativo resulta bastante similar en los diferentes TARC, y parece tomar como referencia las causas previstas en el artículo 45.4 de la LCSP para el TACRC. De acuerdo con este precepto:

«[...] Los designados tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes:

²⁶ Podemos citar, por ejemplo, la STEDH *Karakoç y otros vs. Turquía*, de 15 de octubre de 2002 (Ap. 49) o la STEDH *E. K. vs. Turquía*, de 7 de febrero de 2002 (Ap. 92).

²⁷ Cfr. STEDH *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984 (Ap. 80) o STEDH *Maktouf y Damjanović c. Bosnia Herzegovina*, de 18 de julio de 2013 (Ap. 51).

²⁸ De hecho, la propia STJUE de 21 de enero de 2020, as. C-274/14, *Banco Santander*, así lo afirma cuando se refiere al sistema de nombramiento y cese de los miembros del Tribunal Catalán de Contratos –objeto de la STJUE de 6 de octubre de 2015– como contrapunto al insuficiente sistema de inamovilidad previsto para los tribunales económico-administrativos (FJ 70).

- a) Por expiración de su mandato.
- b) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- c) Por pérdida de la nacionalidad española.
- d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- e) Por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito.
- f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función.»

Esta enumeración coincide, en buena medida, con las causas que, de acuerdo con el artículo 379.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, implican la pérdida de la condición de juez. Por lo que, aún sin llegar a equipararse, nuestro ordenamiento jurídico dota a los TARC de un régimen de garantías específico y cualificado de inamovilidad de sus miembros, dirigido a evitar las posibles injerencias de la Administración.

Por otro lado, como puede observarse, muchas de las causas previstas por la LCSP son de carácter objetivo. De manera que, en estos supuestos, el margen de decisión de la Administración debería ser limitado –es el caso, por ejemplo, de la renuncia, la expiración del mandato, la pérdida de la nacionalidad española o la condena por sentencia firme–.

Por el contrario, puede plantearnos más dudas la causa de cese consistente en el «incumplimiento grave de sus obligaciones» [art. 45.4 d) LCSP], por cuanto se trata de un supuesto aparentemente amplio e indeterminado. De todas formas, las normas reguladoras de los TARC exigen un carácter cualificado a dicha actuación irregular –en la medida que no es suficiente cualquier simple incumplimiento, sino que éste debe ser *grave*–. Teniendo en cuenta, además, que dicha actuación irregular deberá de concretarse –y probarse– en el expediente contradictorio que se tramite para su aplicación. En cualquier caso, en aras de su independencia, resulta criticable que no se precise de forma más detallada en qué pueden consistir dichos incumplimientos²⁹.

Finalmente, debemos subrayar que, junto a las causas previstas en el artículo 45.4 de la LCSP, algunas normas autonómicas han añadido otras causas de cese, no previstas expresamente en la LCSP. Por ejemplo, el artículo 4.3 h) del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, prevé que los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias pueden ser cesados por «la pérdida de la condición de funcionario». Dicho supuesto nos parece razonable, por cuanto la condición de funcionario y el pleno ejercicio de sus funciones son requisitos, *sine qua non*, para poder acceder al cargo.

4.3. La apariencia de independencia

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, a la hora de analizar la independencia de los TARC podríamos plantearnos también si, a pesar que el sistema de nombramiento de sus miembros y las garantías que se les reconocen, puede plantearse alguna duda razonable en los particulares sobre la independencia de dichos órganos. En otras palabras, si de forma objetiva, existen elementos suficientes para garantizar que este órgano, aunque adscrito formalmente a la Administración, puede configurarse como un tercero imparcial respecto de las partes³⁰.

En este punto, como apuntábamos, debemos matizar que aunque la «imparcialidad» de los TARC no es un criterio que se recoja expresamente ni por la DRec ni tampoco por la LCSP, es una condición que puede considerarse implícita en la noción amplia de independencia que estamos utilizando. De hecho, el TEDH –y, en menor medida, también por el TJUE– han venido refiriéndose también a la ausencia de interés o relación con las partes a la hora de determinar la independencia de un determinado órgano jurisdiccional al amparo del artículo 6.1 del CEDH –y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

²⁹ Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, debemos destacar que buena parte de las instituciones que nuestro ordenamiento jurídico califica como autoridades administrativas independientes prevén causas de cese similares. Véase, por ejemplo, el artículo 23.1 f) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De hecho, al analizar este tipo de entidades públicas, algunos autores han considerado que, teniendo en cuenta que nos encontramos ante órganos o entidades encuadradas formalmente dentro de la Administración, parece prácticamente inevitable incluir una causa de este tipo (Salvador Martínez, 2002, p. 308).

³⁰ O, si se quiere, tal y como señalaba tempranamente Gimeno Feliu, se trataría que, más allá de su posición institucional, se dote al órgano encargado de la resolución de los recursos contractuales de la suficiente *actoritas* para que los distintos sujetos implicados puedan confiar en el contenido de sus resoluciones. (Gimeno Feliu, 1995, p. 100).

pea-. Es por ello que, aunque es evidente que cuando hablamos de los TARC no nos situamos en el ámbito de aplicación de dichos preceptos, creemos que referirnos a estas cuestiones nos puede resultar útil para profundizar un poco más en la configuración jurídica de los TARC.

Desde esta perspectiva, el TEDH ha puesto de relieve en varias de sus sentencias que, para examinar el carácter de órgano jurisdiccional de una determinada institución, deben tomarse también en consideración las apariencias que, en una sociedad democrática, dichos órganos jurisdiccionales deben de inspirar en los justiciables³¹. De manera que el TEDH ha considerado que, aunque aparentemente se cumplan las exigencias legales sobre el nombramiento y cese de sus miembros o sobre la duración de su mandato, cuando los ciudadanos puedan tener dudas sobre las garantías de imparcialidad de dichos órganos que estén objetivamente justificadas, ello podría suponer que la independencia de dichos órganos pudiera quedar en entredicho³².

En estos supuestos, el TEDH –y el TJUE– examinan, principalmente, cuáles son las relaciones que se establecen entre el órgano jurisdiccional y el Poder Ejecutivo, para determinar si, aunque parezcan cumplirse las garantías de independencia, hay otros elementos objetivos que pudieran cuestionar la confianza en dichos órganos.

Como hemos venido exponiendo, por lo que se refiere a los TARC existentes en nuestro ordenamiento jurídico, creemos que, aparentemente, responden a las garantías de independencia propias de un órgano jurisdiccional, sin que, con carácter general, encontremos mayores argumentos que, razonablemente, nos puedan poner en cuestión dicha conclusión. Ahora bien, si bajamos al caso concreto, podemos encontrar algún supuesto que sí puede plantearnos alguna duda.

4.3.1. La composición de los TARC. En particular, la problemática del ámbito local

Aunque anteriormente hemos afirmado que el artículo 2.9 de la DRec no debía de interpretarse en el sentido literal de exigir a los miembros de los órganos nacionales de resolución de los recursos contractuales un estatus *idéntico* al de los jueces, sino equiparable funcionalmente, podríamos cuestionarnos acerca de la necesidad de la exclusividad en el cargo. En otras palabras, ¿el nombramiento como miembro de los TARC permite compatibilizar dicho cargo con el servicio activo en la Administración Pública?

Para responder a esta pregunta debemos diferenciar distintas situaciones. En primer lugar, debemos referirnos a aquellas normas autonómicas que han previsto expresamente que la designación como miembro del TARC supone el ejercicio de dicho cargo con dedicación exclusiva³³. Por lo que, en estos supuestos, parece evidente que el nombramiento resultaría incompatible con las tareas que dichas personas venían desarrollando de manera habitual en su administración de origen.

En segundo lugar, podemos encontrar otros varios supuestos en los que, aunque la exclusividad en el ejercicio del cargo no se indica de forma expresa en las normas reguladoras de los diferentes TARC, ésta deriva implícitamente de su régimen jurídico. Es el caso, por ejemplo, del artículo 45.5 de la LCSP que, al regular el estatuto personal de los miembros del TACRC, prevé que «Durante el tiempo en que se hallen prestando servicios en el Tribunal, tanto el Presidente como los Vocales pasarán a la situación de Servicios Especiales dentro de su cuerpo de origen³⁴».

³¹ Este planteamiento, vendría a resumirse en el proverbio inglés «Justice must not only be done, it must also be seen to be done». Véase, por todas, la STEDH *De Cubber c. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984 (Ap. 26) o la STEDH *Micallef c. Malta*, de 15 de octubre de 2009 (Ap. 98).

³² Este criterio se ha puesto de manifiesto, sobretudo, en las sentencias que el TEDH ha dictado respecto los Tribunales de Seguridad del Estado de Turquía. Véanse, por ejemplo, la STEDH *Incal c. Turquía* de 9 de junio de 1998 (Ap. 72); la STEDH *Özdemir vs. Turquía*, de 6 de febrero de 2003 (Ap. 33-36) o la STEDH *Feridum Yazar y otros c. Turquía*, de 23 de septiembre de 2004 (Ap. 31-32). Al margen de estos supuestos, sobre la teoría de las apariencias se pronuncian también, y entre otras muchas, la STEDH *Kress c. Francia*, de 7 de junio de 2001 o la STEDH de 6 de noviembre de 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* (Ap. 144). Por su parte, el TJUE se ha referido también a este criterio, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de noviembre de 2019, as. C-585/18 y C-624/18, *A. K. y otros*, en la que se examina el régimen disciplinario de los jueces en Polonia (FJ 127).

³³ Así ocurre, por ejemplo, con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Galicia (Art. 35. Quater.4 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico) o en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en virtud del Decreto-ley 3/2017, de 20 de junio, por el que se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

³⁴ En un sentido similar se expresan, entre otras, la Disposición Adicional Octava, apartado 11, de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011 y el artículo 8 del Decreto catalán 221/2013, de 3 de septiembre.

Y, por último, nos encontraríamos con aquellos otros supuestos –que numéricamente son los menos habituales– en los que las normas reguladoras de los TARC no hacen ninguna referencia a dicha exclusividad. Por lo que deberíamos entender que la designación como miembro del órgano de recursos contractuales no es incompatible con el servicio activo en la Administración³⁵.

Si esto es así, entonces podría plantearse el posible conflicto entre los cometidos que se atribuyen a dichos funcionarios en la administración pública de adscripción –muy especialmente si éste interviene de alguna manera en la gestión de la contratación pública– y las funciones resolutorias que se les asignan como miembros de los TARC. Y es que, como ha señalado el TEDH –por ejemplo, en la Sentencia de 22 de octubre de 1984, *Sramek c. Austria*– el hecho que el órgano jurisdiccional cuente con una persona que se encuentra en posición de subordinación funcional y de servicios en relación a una de las partes, permite legítimamente a los litigantes dudar de la imparcialidad de esta persona y, en consecuencia, pone gravemente en cuestión la confianza hacia dicho órgano (Ap. 42).

En nuestra opinión, aunque es innegable que se aplicarían a dichos funcionarios las causas de abstención y recusación previstas actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) –entre las que encontramos, por ejemplo, tener un interés personal en el asunto de que se trate o haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate (art. 23.2 LRJSP)–, aplicando la teoría de las apariencias a la que nos referíamos anteriormente podríamos cuestionar la independencia del órgano. Y es que, como apuntábamos, la compatibilidad de ambas situaciones podría hacernos dudar de que, realmente, dichos funcionarios podrán adquirir, tal y como señalaba la STJUE de 6 de octubre de 2015, as. C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, «la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida» (FJ 19).

Precisamente, consciente de esta problemática, el ya mencionado Informe núm. 9/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, al analizar la composición y características de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública de las entidades locales, se refiere expresamente a estas cuestiones.

En concreto, partiendo de la regulación contenida en la DRec, la Junta Consultiva catalana considera que la necesaria independencia del órgano colegiado para la resolución de los recursos contractuales implica, con carácter general, que éste «esté integrado por miembros que no tengan ninguna vinculación con el órgano de contratación o con la mesa de contratación u otro órgano que lo asista».

A partir de este planteamiento general, la mencionada Junta Consultiva entiende que, en consecuencia, no podrían formar parte del órgano de recursos ni el personal del correspondiente servicio de contratación ni los miembros del órgano de contratación –es decir, el alcalde o presidente de la entidad local de que se trate, o los miembros del pleno (ex Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la LCSP)–. En estos casos, es evidente que su intervención activa en la gestión de los procedimientos de contratación susceptibles de impugnación les sitúa en una posición en la que difícilmente se cumplen las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia.

Igualmente, la Junta Consultiva catalana considera que tampoco pueden formar parte de los TARC los miembros del órgano de asistencia al órgano de contratación, es decir, de la mesa de contratación. En la medida que corresponde a las mesas de contratación valorar las ofertas en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos con negociación (ex art. 326.1 LCSP), se puede afirmar nuevamente que, muy difícilmente, sus miembros pueden reunir las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia que deben darse en los miembros de los órganos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación.

De dicha interpretación se derivaría que no puedan participar tampoco en dichos órganos locales de recursos contractuales ni el secretario ni, en su caso, el interventor de la entidad local de que se trate, porque, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda, apartado 7, de la LCSP, éstos deben actuar siempre como vocales de dichas mesas.

³⁵ Es el caso, por ejemplo, del Reglamento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada (BOP Granada, núm. 250, de 31 de diciembre de 2012, pp. 96-99), en el que, sin hacer ninguna mención al régimen de dedicación de los miembros de dicho tribunal, se afirma que éstos percibirán las asistencias correspondientes a las sesiones de dicho Tribunal (art. 4.4 de dicho Reglamento).

Así, partiendo de los conceptos retributivos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, podemos entender que, cuando hablamos de asistencias, nos referimos a derechos económicos que se generan por la asistencia efectiva a las sesiones de determinados órganos colegiados y que, de acuerdo con el artículo 75.3 de la LBRL, estarían previstos solamente para aquellos cargos electos locales cuyas funciones no requieran una dedicación continua y regular –ya sea de forma exclusiva o parcial– a la entidad u órgano de que se trate.

En definitiva, como puede observarse, la garantía de independencia de los TARC impuesta por el Derecho europeo y la LCSP limita de forma notable las personas que pueden integrar dicho órgano. Lo cual nos plantea, además, otra paradoja: ¿Cómo aseguramos la capacitación profesional de los miembros del TARC si, precisamente, deberíamos excluir de la participación en dichos órganos de los funcionarios que hayan intervenido o intervengan en la gestión de la contratación pública? En otras, palabras, en algunos supuestos nos podríamos encontrar con TARC integrados por personas ajenas al ámbito de la contratación pública y que, quizá, desconocen las particularidades de esta materia³⁶.

Por lo demás, que dicha controversia se plantee inicialmente en el ámbito local no debe sorprendernos, puesto que es en este ámbito territorial donde las diferentes administraciones públicas cuentan con menos efectivos personales y, por lo tanto, donde seguramente resulta más proclive la acumulación de funciones. No obstante, entendemos que las consideraciones efectuadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa catalana podrían ser perfectamente extensibles a los demás niveles de gobierno y administración.

4.3.2. La acumulación de funciones en un mismo órgano

Las anteriores consideraciones nos sirven también para referirnos a aquellos supuestos en que la normativa autonómica ha atribuido la resolución de los recursos especiales en materia de contratación a órganos consultivos ya existentes –como ocurre actualmente en Castilla y León y Extremadura–.

En principio, podríamos considerar que, al configurarse como los máximos órganos consultivos autonómicos, tanto el Consejo Consultivo de Castilla y León como la Comisión Jurídica Asesora de Extremadura se adecuan a las exigencias de la DRec y de la LCSP en cuanto al nombramiento y separación de sus miembros, o la duración de sus mandatos y no sometimiento a instrucciones. Ahora bien, de acuerdo con la teoría de las apariencias que mencionábamos anteriormente, podríamos cuestionarnos si la acumulación de la función resolutoria del recurso especial en materia de contratación con otras funciones consultivas resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea.

Por ejemplo, de acuerdo con la mencionada Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (en adelante, LDAJExt), correspondería a la Comisión Jurídica Asesora de dicha Comunidad Autónoma no solo la resolución del recurso especial en materia de contratación (Disposición Adicional Primera, apartado 6, LDAJExt), sino también pronunciarse sobre la interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista o sobre las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía supere determinados umbrales económicos (Disposición Adicional Primera, apartado 6, LDAJExt).

En términos similares, como ya sabemos, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley castellano leonesa 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, los miembros del TARC de Castilla y León son los mismos miembros que componen su Consejo Consultivo. Órgano al cual, de acuerdo con el artículo 4.1 i) de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, se le atribuye la tarea de dictaminar de forma preceptiva sobre, entre otros, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales, sobre la interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, y sobre las modificaciones de los mismos, en los supuestos establecidos por la legislación reguladora de los contratos del sector público; así como la interpretación, nulidad y extinción de las concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.

Como puede verse, en ambos casos las tareas consultivas que se asignan a dichos órganos resultan difícilmente compatibles con el mantenimiento de una posición independiente e imparcial respecto de la resolución de los recursos contractuales que, posteriormente, pudieran plantearse sobre estas mismas cuestiones³⁷. Por lo que, como decíamos, aunque formalmente el Consejo Consultivo castellano leonés y

³⁶ En este sentido, se ha afirmado que «difícilmente un Ayuntamiento puede mantener en su estructura administrativa a tres funcionarios (la mayoría de los creados son colegiados) que siendo especialistas en contratación no desempeñen labores relacionadas con la contratación del Ayuntamiento o que estén dedicados en exclusividad a resolver los recursos especiales que se produzcan en dicho ámbito. Eso solo podría hacerse en Ayuntamientos con estructuras administrativas de gran dimensión y también cuestionable puesto que el volumen de recursos no justificaría el coste que crear un órgano de este tipo podría suponer en régimen de exclusividad de sus miembros» (Santiago Fernández, 2018, p. 848).

³⁷ En este sentido, debemos recordar que, de conformidad con el artículo 44.2 de la LCSP, se incluyen dentro de las actuaciones susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación tanto los pliegos y documentos contractuales, como las modificaciones contractuales basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP.

la Comisión Jurídica Asesora extremeña cumplan con las exigencias relativas al estatuto personal de sus miembros, podemos encontrar otros argumentos que, llegado el caso, nos podrían hacer dudar de su independencia y, con ello, del correcto cumplimiento de la DRec.

De hecho, aunque Santamaría Pastor nos recuerda que el Consejo de Estado francés ha sido tradicionalmente una buena muestra de que la coexistencia de funciones consultivas y resolutorias es factible y que no siempre afecta negativamente a la independencia del órgano que las desempeña (Santamaría Pastor, 2015, p. 64), lo cierto es que dicho planteamiento ha sido cuestionado por los tribunales internacionales, que han considerado que el ejercicio consecutivo de funciones de consejo ante un órgano y de funciones jurisdiccionales en el seno del mismo puede, en determinadas circunstancias, plantear un problema objetivo en cuanto a su independencia e imparcialidad³⁸.

4.3.3. *El debate sobre los medios económicos y personales a disposición de los TARC*

Otro de los elementos que, tradicionalmente, se utilizan a la hora de examinar la independencia de determinados órganos o entidades públicas es la relativa a su autonomía presupuestaria y financiera. Y es que, como puede imaginarse, las carencias presupuestarias o de medios materiales y humanos pueden ser causas que condicionen o dificulten el correcto ejercicio de las competencias que tienen atribuidas dichos órganos o entidades³⁹.

En este sentido, debemos señalar que, al configurarse como órganos administrativos, sin personalidad jurídica propia, la autonomía presupuestaria y financiera de los TARC es prácticamente inexistente. En efecto, estos órganos carecen de la potestad para aprobar sus propios presupuestos, de manera que quedan subordinados a las decisiones económicas que adopte la Administración competente.

De todas formas, para garantizar la autonomía funcional que se les reconoce legalmente, muchas de las normas reguladoras de los TARC sí que prevén expresamente que éstos deberán contar con los medios materiales necesarios para el correcto desarrollo de sus funciones. Es el caso, por ejemplo, del artículo 35.ter.11 de la Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico, que prevé que la Consejería competente en materia de hacienda prestará apoyo administrativo al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia y «lo dotará de los medios materiales necesarios para el cumplimiento de las funciones», o de la Disposición Adicional Única del Decreto catalán 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, según el cual:

«El departamento competente en el establecimiento de criterios y en la dirección y el control de la contratación pública adoptará las disposiciones y las medidas personales y materiales necesarias para dotar convenientemente al Tribunal a fin de garantizar su correcto funcionamiento.

En este sentido, el Tribunal dispondrá, en todo momento, de los medios personales y los recursos necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones».

Aunque dichas previsiones deben valorarse positivamente, lo cierto es que se expresan en términos tan amplios y difusos, que resultan muy difícilmente fiscalizables, por cuanto admiten concreciones muy diversas. De hecho, en la práctica estas exigencias parecen no cumplirse, puesto que, tal y como ha puesto de relieve de forma reiterada el *Informe sobre la Justicia Administrativa*, la insuficiencia de medios es una de las principales carencias de los TARC; alertándose en dicho *Informe* que, precisamente, esta circunstancia puede poner en cuestión la independencia de dichos órganos (Díez Sastre, 2021, p. 140).

Además, para suplir la falta de medios personales de apoyo, es habitual que algunos TARC formalicen convenios de colaboración y apoyo con la Administración de adscripción. De manera que, como se ha afirmado, para hacer frente a su actividad –por ejemplo, preparar los borradores de resolución– los TARC han de servirse del personal que, de forma paralela, debe defender a la administración demandada en el recurso especial (Díez Sastre, 2021, p. 140 y González-Deleito Domínguez, 2017, pp. 8-9).

³⁸ En este sentido, podemos mencionar, entre otras, la ya citada STEDH *Kress c. Francia*, de 7 de junio de 2001 (Ap. 77-87), la STEDH *Procola c. Luxemburgo*, de 28 de septiembre de 1995 (Ap. 45) o la STEDH *Sacilor Lormines c. Francia*, de 9 de noviembre de 2006 (Ap. 74).

³⁹ Precisamente, ante la proliferación de vías de recurso administrativo *ad hoc*, Cierco Seira nos recuerda que «por mucho que se horade en pos de una independencia funcional en la resolución de los recursos administrativos poco se avanzará si ésta no se ve acompañada de las dotaciones humanas y materiales, tanto en número como en calidad, apropiadas» (Cierco Seira, 2016, p. 535).

4.3.4. La coordinación entre los TARC

La Disposición Adicional Vigésimo Tercera de la LCSP regula la coordinación entre los diferentes órganos de resolución de los recursos especiales en materia de contratación existentes, previendo que éstos «acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento»; reconociendo a dichos órganos, además, la facultad de «proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos».

A primera vista, la redacción de este precepto nos puede parecer inocua en lo que garantiza de la independencia de los TARC se refiere. En efecto, partiendo de la pluralidad de TARC existentes, podríamos entender que la LCSP simplemente prevé la posibilidad que se puedan articular foros de debate entre los representantes de los diferentes órganos de resolución de los recursos contractuales, para poner en común sus problemáticas y favorecer una interpretación coherente de las normas contractuales. Ahora bien, la referencia a la *coordinación* empleada en este precepto puede plantearnos alguna duda.

Tradicionalmente, se ha venido considerando que la coordinación –regulada hoy en día en el artículo 140.1 e) de la LRJSP– supone un cierto poder de dirección de la entidad coordinadora respecto de las demás, al efecto de poder asegurar la coherencia de la actuación administrativa⁴⁰. Es decir, si la coordinación persigue la integración de la diversidad de Administraciones Públicas en el conjunto del sistema, evitando contradicciones o disfunciones, ésta debe suponer un cierto componente decisorio o de imposición unilateral que, consecuentemente, implicaría un límite para el ejercicio de las competencias por parte de las entidades públicas coordinadas.

Si esto fuera así, podríamos plantearnos si la tarea de coordinación de la actuación de los TARC –que, por ejemplo, podría realizar la Administración General del Estado (ex art. 140.1 e) de la LRJSP– no podría verse como una injerencia externa en su actividad resolutoria, que podría cuestionar la independencia de dichos órganos. De hecho, así pareció entenderlo el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón cuando, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4261-2018, interpuesto contra diversos preceptos de la LCSP, se impugnó expresamente la mencionada Disposición Adicional Vigésimo Tercera, al entender que podía colisionar con la independencia funcional que tienen reconocida los TARC –así como vulnerar la potestad de auto-organización propia de dicha Comunidad Autónoma–.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 68/2021, de 18 de marzo, se ha ocupado de disipar las dudas planteadas, entendiendo que dicho precepto no pretende imponer ningún resultado, ni tampoco una supuesta unidad de criterio en la resolución del recurso especial en materia de contratación –lo cual resultaría contrario a la independencia reconocida legalmente a los TARC– [FJ 6 E), apartado e]. Por lo tanto, como apuntábamos, la Disposición Adicional Vigésimo Tercera de la LCSP debe de entenderse simplemente como la posibilidad que los diferentes TARC existentes articulen, voluntariamente, puntos de encuentro en el que intercambiar información, compartir criterios de interpretación de las normas en materia de contratación pública, pero sin que de ello se derive ningún compromiso exigible jurídicamente en el ejercicio de sus funciones.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo expuesto, podemos responder a la pregunta que nos planteábamos al inicio de este trabajo. Así, podemos afirmar que, efectivamente, desde un punto de vista general, los diferentes TARC existentes en España se configuran formalmente como órganos independientes, a los que se dota normativamente de las garantías mínimas exigibles para ello.

Ahora bien, sin negar esta conclusión, lo cierto es que un análisis específico de su régimen jurídico nos permite identificar también algunos elementos claramente disfuncionales. Por ejemplo, el hecho que algunos, en algunas ocasiones, los TARC carezcan de los recursos humanos necesarios para atender toda su actividad –y, en consecuencia, tengan que recurrir a la colaboración de la Administración de adscripción– o que, en otras, la pertenencia a dicho órgano sea compatible con el servicio activo en la misma Administra-

⁴⁰ En este sentido, entre otras, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 o la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 103/2007, de 18 de enero, FJ 7.

ción, son elementos que pueden llevar a cuestionar que éstos se configuren como un tercero respecto de la Administración contratante.

En nuestra opinión, este cuestionamiento resulta especialmente relevante porque, como ya hemos ido apuntando, el componente organizativo resulta un elemento clave en la articulación del sistema de recursos contractuales previsto por la LCSP. Ahora bien, partiendo de este diagnóstico, creemos que la respuesta jurídica a estos déficits no resultaría excesivamente compleja.

De hecho, sin perjuicio de plantear la posibilidad que el legislador básico estatal regule con más detalle las garantías mínimas de independencia de los TARC autonómicos y locales (Mora Ruiz, 2018, pp. 89 y 118), estas deficiencias podrían abordarse dotando presupuestariamente a dichos órganos de más recursos. Recursos que les permitieran atender a la carga de trabajo que realmente asumen cada uno de ellos y asegurar la dedicación exclusiva de sus miembros. O bien, en el caso de que ello no resultara posible y en la medida que la disposición de medios es un requisito condicionante de la independencia de tales órganos (Pardo García-Valdecasas, 2018, p. 615), debería replantearse su propia existencia.

Si no fuera así, como decíamos, podría ponerse en entredicho la propia finalidad de este recurso especial. Que no está pensada para duplicar el sistema de recursos administrativos ya existentes –y escasamente útiles–, sino para garantizar una correcta aplicación de la legislación de contratos del sector público y la tutela eficaz de los derechos de los licitadores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernal Blay, M. A. (2011). Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas. *Cuadernos de Derecho Local*, 26, 7-26. <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/996>
- Blanco López, F. (2018). La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica [Monografías: La ley de contratos del sector público]. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 18, 139-168.
- Cierco Seira, C. (2016). El procedimiento de recurso administrativo: su virtualidad y la necesidad de reforma. En F. López Ramón (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 519-609). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Marcial Pons.
- Díez Sastre, S. (dir.) (2021). *Informe sobre la Justicia Administrativa 2021*. Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid. https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2021/11/Informe_CIJA_2021_web_Final.pdf
- Gimeno Feliu, J. M. (1995). *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*. Civitas.
- González-Deleito Domínguez, N. (2017). La organización, ¿el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación? *Actualidad Administrativa*, 3, 1-11.
- Hernández González, F. L. (2016). Sobre la controvertida naturaleza jurisdiccional de los tribunales administrativos de recursos contractuales. En F. López Ramón (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 374-384). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (2021). *Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020*. Ministerio de Hacienda y Función Pública. https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/Informes-de-interes/Hacienda/InfometrienalContratacionP-blica18-19-20.html
- Mora Ruiz, M. (2018). *El control de la contratación pública local: construcción sistemática*. Thomson Reuters – Aranzadi.
- Moreno Molina, J. A. (2019). Un primer balance de la contratación pública local tras la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. En T. Font i Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2018. Contratación Pública y Administración Local* (pp. 43-75). Fundación Democracia y Gobierno Local. <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1902>
- Pardo García-Valdecasas, J. J. (2018). El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 599-638). Thomson Reuters – Aranzadi.
- Piñar Mañas, J. L. (2004). El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho Español de contratos públicos. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (2.ª ed., pp. 27-79). Civitas.

- Razquín Lizarraga, J. A. (2010). El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista General de Derecho Administrativo*, 25, 1-52. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409644
- Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes*. Ariel Editorial.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*. Aranzadi.
- Santiago Fernández, M. J. (2018). Recurso especial en materia de contratación. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (pp. 835-896). Tirant lo Blanch.
- Valcárcel Fernández, P. (2016). El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración. En F. López Ramón (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 233-290). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Valcárcel Fernández, P. (2020). La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español. En E. Díaz Bravo y J. A. Moreno Molina (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas* (pp. 587-615). Tirant lo Blanch.



Referencia: Arenilla Sáez, M., Llorente Márquez, J., Redondo Lebrero, J. C. (2022). Las retribuciones de las Administraciones públicas españolas. Un estudio de su equidad interna. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 137-155. <https://doi.org/10.24965/reala.11120>

Las retribuciones de las Administraciones públicas españolas. Un estudio de su equidad interna

Salary in Spanish public administrations. A study of their internal equity

Arenilla Sáez, Manuel

Universidad Rey Juan Carlos (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7533-8896>

manuel.arenilla@urjc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Universidad de Ciencia Política y de la Administración (URJC) desde 2005. Administrador Civil del Estado (1985). Doctor (1987) y Licenciado (1984) en Ciencias Políticas y de la Administración (UCM). Ha sido Director del INAP de 2012 a 2018; vicedecano de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la UGR (1992-1995).

Llorente Márquez, Jesús

Instituto Complutense de Ciencia de la Administración (España)

llorente_marquez@yahoo.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Ciencias Políticas, especialidad Administración pública por la UCM y Máster en Gestión de Personal y de Recursos Humanos. Su trayectoria profesional se haya esencialmente vinculada a la realización de proyectos organizativos y de empleo público. Actualmente forma parte del Área de Función Pública Estratégica del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración.

Redondo Lebrero, Juan Carlos

Instituto Complutense de Ciencia de la Administración (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5692-8524>

juancarlosredondo@yahoo.es

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología en las especialidades de Ciencia de la Administración y Estudios Internacionales por la UCM y Máster en Desarrollo Local. Colaborador del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración. Especialista en organización pública y empleo público.

RESUMEN

Este artículo aborda el análisis de las retribuciones de más de veinte mil puestos de trabajo en el estrato superior de las Administraciones públicas españolas desde la perspectiva de su equidad interna, su estructura salarial y su vinculación con la carrera vertical. Para ello se han estudiado la Administración central de cinco comunidades autónomas, de cinco Administraciones locales y de la Administración General del Estado (AGE).

Entre los principales resultados alcanzados en la investigación hay que destacar la existencia de significativas diferencias retributivas en las Administraciones implantadas en la Comunidad Autónoma de Madrid; existe

un solapamiento retributivo en los niveles bajos de los puestos superiores que puede generar desmotivación en los funcionarios públicos; los abanicos salariales de las Administraciones estudiadas son relativamente estrechos, destacando las de Bilbao y el País Vasco; la equidad interna es débil al no existir una buena correspondencia entre la responsabilidad y las retribuciones asignadas en los puestos superiores; la implantación de una futura carrera horizontal supondría un incremento en el gasto de personal de muchas Administraciones públicas; y la carrera de la función pública superior en España es relativamente corta.

PALABRAS CLAVE

Administración española; cuerpos superiores de la función pública; retribuciones; equidad interna; carrera administrativa.

ABSTRACT

This article analyzes the salary of more than twenty thousand senior positions in Spanish public administrations from the perspective of their internal equity, their salary structure and their link with the vertical career path. For this purpose, the central administration of five autonomous communities, five local administrations and the General State Administration have been studied.

Among the main results of the research, it is worth highlighting the existence of significant differences in the salaries of the administrations located in the territory of Autonomous Community Madrid; there is a salary overlap at the lower levels of the higher positions that can generate demotivation among civil servants; the salary ranges of the administrations studied are relative narrow, with those of Bilbao and the Basque Country standing out; internal equity is weak as there is no good correspondence between responsibility and the salaries assigned to higher positions; the implementation of a future horizontal career would mean an increase in personnel costs for many public administrations; and the career of the senior civil service in Spain is relatively short.

KEYWORDS

Spanish Administration; civil service senior officials; compensation; internal equity; administrative career.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. METODOLOGÍA EMPLEADA EN LA INVESTIGACIÓN. 2. RESULTADOS DEL ESTUDIO RETRIBUTIVO DE LA EQUIDAD INTERNA. 2.1. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. 2.1.1. Estructura salarial de la AGE. Medidas de tendencia central. 2.1.2. Estudio de equidad interna de la AGE. Relación nivel/retribuciones complementarias. 2.2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2.2.1. Estructura salarial de las comunidades autónomas. Medidas de tendencia central. 2.2.2. Estudio de equidad interna de las comunidades autónomas. Relación nivel/retribuciones complementarias. 2.3. ADMINISTRACIÓN LOCAL. 2.3.1. Estructura salarial de los ayuntamientos. Medidas de tendencia central. 2.3.2. Estudio de equidad interna de los ayuntamientos. Relación nivel/Retribuciones complementarias. 2.3.3. Estructura salarial de las diputaciones provinciales. Medidas de tendencia central. 2.3.4. Estudio de equidad interna de las diputaciones provinciales. Relación nivel/Retribuciones complementarias. 3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. PUESTOS DE TRABAJO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Una de las características del sistema administrativo español es que existen pocos estudios basados en evidencias y que, cuando aparecen, raramente tienen continuidad. Este hecho dificulta conocer la realidad del funcionamiento del sistema de función pública más allá de impresiones más o menos documentadas. Sin conocer los datos de la realidad es difícil concretar los problemas y aportar soluciones precisas. A falta de datos proporcionados por nuestras instituciones, afortunadamente existen organismos que ofrecen información relevante que permiten comparar a nuestra función pública con sus homólogas. A los efectos de este estudio, hay que resaltar lo que se viene constatando por organismos como la OCDE o la Comisión Europea en relación con los directivos públicos profesionales españoles: su baja compensación retributiva anual; una diferencia salarial reducida con los niveles básicos de la Administración, esto es, un abanico sa-

larial estrecho; y una gestión indiferenciada con el resto del personal. A esto hay que añadir su bajo nivel de profesionalización e imparcialidad (OCDE, 2018; Thijs y Hammerschmid, 2017).

Este artículo va a abordar los aspectos retributivos vinculados a los puestos superiores de las relaciones de puestos de trabajo, aquellos que son ocupados por el subgrupo A1 de titulación¹, en las Administraciones centrales de cinco comunidades autónomas, cinco Administraciones locales y en la Administración General del Estado (AGE). En concreto, se abordará su equidad interna y su estructura salarial. El estudio se realizó tomando como referencia las relaciones de puestos de trabajo de cada una de las Administraciones públicas.

Algunos de los rasgos de nuestro modelo retributivo público que irán apareciendo en los gráficos y tablas eran intuitivos o descritos por la academia o resultan bien conocidos por los gestores de personal de nuestras Administraciones públicas. Lo que se aporta ahora es una visión empírica y amplia del sistema retributivo de la función pública española, aunque inicial, que ayuda a profundizar en su conocimiento.

Las últimas décadas nos han mostrado que no es posible reformar la Administración pública sin reformar su función pública. El ejemplo más reciente es el de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) que inició sus trabajos en 2012, pero que, a pesar de incluir una serie de «medidas estratégicas en materia de empleo público», no se efectuaron las regulaciones precisas para implantar las medidas que se anunciaron ni se observó un compromiso específico para llevarlas a cabo (CORA, 2013; OCDE, 2014).

El resultado de esta reforma fallida es que el modelo de función pública actual descansa en los fundamentos de la reforma efectuada en 1984 que, en lo esencial, mantiene la de 1963. El modelo español, en general, sigue sin introducir, entre otros aspectos, un sistema de gestión de recursos humanos basado en competencias que posibilite una nueva carrera profesional ni, vinculados a ella, una evaluación del rendimiento ligada a los objetivos de gestión y un nuevo sistema retributivo.

Si nos detenemos en los rasgos principales del sistema de carrera en la Administración general española, este se basa en el modelo diseñado a principios de los años 60 del pasado siglo cimentado en cuerpos y puestos de trabajo y que no ha llegado a cumplir las previsiones iniciales, ni siquiera tras la reforma parcial de 1984. Por esto puede afirmarse que la carrera actual en esa Administración es la sucesiva ocupación de puestos de trabajo escasamente definidos, muchas veces vinculados a cuerpos concretos y, que en el caso de los superiores, se ha acortado en los últimos años debido al nivel de complemento de destino que obtienen los nuevos ingresados. Finalmente, se siguen proveyendo los puestos superiores de la Administración mediante la libre designación y los de director general u otros altos cargos mediante nombramiento político sin mayores requisitos que, cuando se exige en algunas Administraciones, ser funcionario del subgrupo A1 de titulación.

Frente a la carrera descrita, que se suele denominar vertical, se presenta como alternativa un modelo generalizado basado en la carrera horizontal. A ella se vinculan conceptos y herramientas como la gestión por competencias, los puestos tipo, los itinerarios profesionales y las áreas funcionales, que afectan a los diferentes subsistemas de la función de personal, entre ellos al retributivo (López, 2012). En síntesis, la carrera horizontal permite la promoción en los tramos establecidos en un mismo puesto mediante la especialización que se obtenga, así como la movilidad entre las diversas áreas funcionales de una Administración. Es decir, no se precisa concursar o promocionar a puestos de mayor nivel para progresar a efectos retributivos.

Una de las ventajas de este modelo es que se reduce la presión para que las organizaciones públicas se doten de puestos mejor retribuidos, lo que evita o reduce una de las características de nuestras Administraciones públicas: la inflación orgánica y de puestos de trabajo. Otra ventaja es que propicia una mejor identidad entre el empleado público y las necesidades de la organización, a la que hay que añadir, finalmente, que genera una mayor estabilidad y motivación de los empleados.

La principal dificultad de implantación de la carrera horizontal reside en el fuerte anclaje cultural del modelo actual de gestión de personas que requiere, en primera instancia, analizar las interacciones entre las estructuras orgánicas y los procedimientos de gestión que hacen que las instituciones se reproduzcan y se resistan al cambio (Arenilla y Delgado, 2019). A esta se suma la que evidencia la investigación que da lugar a este artículo: el incremento de coste que supondría para muchas Administraciones su implantación debido a la escasa variedad de complementos específicos que existen en algunos puestos con el mismo nivel de complemento de destino.

¹ Se contemplaron los puestos de trabajo barrados que pudieran ser ocupados por funcionarios de carrera de hasta dos subgrupos de titulación A1/A2. En el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia es posible que concurren en algunos puestos los subgrupos de titulación A1/A2/C1.

Al tratar la motivación de los empleados públicos, hay que señalar que nos encontramos ante una cuestión que afecta al rendimiento de las Administraciones y también a la retención y captación del talento. Precisamente, esta última característica es ya una de las principales preocupaciones de los gestores de personal, ya que la Administración pública ha dejado de ser una opción atractiva para los jóvenes talentos, especialmente de muchos de aquellos que poseen las competencias y habilidades necesarias para afrontar los retos actuales y futuros de nuestra sociedad (Kreab, 2018).

Uno de los aspectos relevantes de la motivación es la gestión del sistema salarial. Entre las claves de la retribución de los empleados está que debe guardar un equilibrio adecuado con las responsabilidades que asuman. Aunque este hecho tiene una base objetiva, no deja de ser una percepción subjetiva, como también la es la comparación con las retribuciones que obtienen otros empleados de su organización o de otras (Herzberg et al., 1959; Adams, 1965; Hood y Lodge, 2006). La percepción de equidad, a pesar de su carga subjetiva, no resta importancia a la necesidad de que exista una proporcionalidad entre las retribuciones que sea aceptada por la organización (Huseman et al., 1987; Taylor y Westover, 2011).

En todo sistema retributivo debe primar el principio de igualdad que ha de ponderarse con el de equidad. Esta mide la distancia retributiva que posibilita fijar el valor que puede alcanzar el desempeño profesional en relación con los puestos de contenido y responsabilidades similares, así como respecto al rendimiento aportado en una organización (equidad interna) o en organizaciones equivalentes en el mismo ramo o sector de actividad (equidad externa) (Castillo, 2002). A partir de este concepto de equidad, se pueden introducir criterios de evaluación objetivos que permitan una retribución justa y equitativa por medio de técnicas de valoración de puestos de trabajo y la elaboración de estudios salariales comparados con otras Administraciones públicas y con el sector privado (Porret, 2014; Gómez et al., 2016).

El cálculo que cada empleado efectúa de los dos tipos de equidad influye en la motivación para realizar su trabajo, permite a los responsables de la gestión de personal adoptar un sistema retributivo que motive, atraiga y permita retener el talento público y, por último, favorece la transmisión de los valores organizativos.

Este artículo trata el salario y su vinculación con la carrera vertical y la equidad interna, además de ofrecer las retribuciones comparadas de las Administraciones que se tratan. La base es una investigación realizada para la Federación Española de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA) sobre las retribuciones del personal de los cuerpos superiores de la Administración General del Estado².

El estudio contempla los principales resultados de la investigación realizada, que se detalla en el apartado sobre metodología, sobre las retribuciones de las Administraciones analizadas desde la perspectiva de la equidad interna. Se diferencia entre la AGE, las comunidades autónomas y la Administración local, separando los ayuntamientos y las diputaciones provinciales. De todos ellos se efectúa un análisis de su estructura salarial. Finalmente se extraerán las principales conclusiones de los datos ofrecidos y se realizarán una serie de propuestas.

1. METODOLOGÍA EMPLEADA EN LA INVESTIGACIÓN

El estudio comparado sobre retribuciones en las Administraciones públicas españolas presenta numerosos retos que empiezan por la elección de las que se incluirán en él, ya que nos encontramos ante un universo de miles de organizaciones de muy distinta naturaleza. El segundo reto se refiere a los puestos de trabajo que van a analizarse. A este le siguen los conceptos retributivos que habrán de estudiarse y finalizar con los estadísticos que se utilizarán para el análisis retributivo.

Por lo que respecta a las Administraciones seleccionadas, el criterio que se ha seguido en la investigación es el de elegir una muestra de las Administraciones de los niveles de gobierno territoriales, además de la AGE. Así, se incluyeron las cinco comunidades autónomas con mayor producto interior bruto, según los datos del Instituto Nacional de Estadística para el año 2019. Estas son las comunidades autónomas de Madrid, Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco.

² El estudio es el resultado de la investigación “Las retribuciones del personal de los Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado (AGE). Un estudio introductorio” encargada a los autores de este artículo por FEDECA en 2020 y que ha sido actualizado y adaptado para esta publicación.

En el ámbito local, se tomó como marco de referencia las comunidades autónomas anteriores y se tuvo en cuenta la disponibilidad de datos comparables, procurando que la muestra incluyera ayuntamientos y diputaciones provinciales. El resultado condujo a elegir los ayuntamientos de Madrid, Bilbao y Sevilla y las diputaciones provinciales de A Coruña y de Barcelona.

El segundo reto no era menor que el anterior, ya que las Administraciones seleccionadas contenían miles de puestos de trabajo. Se optó por limitar el estudio a los situados en su Administración central que pudieran ser ocupados por los cuerpos superiores de administración general. Los datos que se manejan corresponden con el segundo semestre de 2020. El estudio incluye a los cuerpos y escalas del subgrupo A1 de titulación. De esta manera, se excluyen a los cuerpos de administración especial³, los propios de la Administración instrumental y los de la Administración periférica. Tampoco se contemplan los puestos de trabajo ocupados por el personal laboral y el eventual.

Desde el punto de vista organizativo, la investigación incluye todos los ministerios, consejerías o concejalías de las Administraciones seleccionadas. Asimismo, abarca la totalidad de los puestos de trabajo de las Administraciones analizadas conforme a los criterios señalados. Su concreción se recoge en la tabla 1 que muestra el número de puestos de trabajo sobre los que se ha realizado el diagnóstico retributivo para cada una de las Administraciones públicas contempladas en el presente estudio.

TABLA 1. NÚMERO DE PUESTOS DE TRABAJO ANALIZADOS Y TOTAL DE PUESTOS DE TRABAJO QUE PUEDEN SER DESEMPEÑADOS POR FUNCIONARIOS DE CARRERA ADSCRITOS AL SUBGRUPO A1 DE TITULACIÓN

Administración pública	Número de puestos de trabajo analizados	Total puestos que pueden ser desempeñados por A1
Administración general del Estado	10.761	31.908
Comunidad Autónoma de Andalucía	2.090	12.258
Comunidad Autónoma de Cataluña	2.590	8.734
Comunidad Autónoma de Galicia	959	4.769
Comunidad Autónoma de Madrid	2.468	4.964
Comunidad Autónoma del País Vasco	630	2.645
Ayuntamiento de Bilbao	135	225
Ayuntamiento de Madrid	1.280	3.090
Ayuntamiento de Sevilla	130	288
Diputación de Barcelona	590	1.166
Diputación de A Coruña	133	251
TOTAL	21.766	70.298

Fuente: Elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y Administraciones locales. Año 2020.

La fuente de obtención de las retribuciones proviene de las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones públicas seleccionadas. De ellas se han extraído las cifras anuales brutas del complemento de destino y del complemento específico, por ser los complementos retributivos de naturaleza objetiva ligados a los puestos. No se han contemplado el sueldo, por coincidir esencialmente en todas las Administraciones públicas, tampoco los trienios, al ser una retribución vinculada a la antigüedad del empleado, ni el complemento de productividad⁴.

³ Se incluyeron en el estudio los puestos que podían ser desempeñados indistintamente por funcionarios de carrera pertenecientes a los cuerpos de administración general y a los de administración especial.

⁴ Las razones para no incluir en el estudio el complemento de productividad son que no es un complemento vinculado al puesto de trabajo, sino a la actividad profesional de cada empleado; y la opacidad de los datos referidos a la productividad que hace imposible

Finalmente, los estadísticos utilizados son las medidas de tendencia central, esto es, la moda, la mediana, la media, los cuartiles, la retribución mínima y la máxima de cada una de las Administraciones.

2. RESULTADOS DEL ESTUDIO RETRIBUTIVO DE LA EQUIDAD INTERNA

El estudio que se presenta forma parte de una investigación más amplia que incluía cuatro grandes apartados. El primero se refería a la comparación de las retribuciones de los órganos directivos de las Administraciones públicas seleccionadas. El segundo abordaba la competitividad salarial entre Administraciones públicas.

El tercer apartado realizaba un estudio específico de cada una de las Administraciones públicas desde la perspectiva de la equidad interna. Se contemplaba la estructura retributiva de los cuerpos superiores aplicando las medidas de tendencia central y se efectuaba el análisis de los incrementos retributivos asociados a la carrera profesional de los empleados públicos de estos cuerpos.

El último apartado realizaba una comparativa de los resultados obtenidos entre Administraciones públicas, contemplando sus abanicos salariales, los resultados obtenidos de las medidas de tendencia central aplicadas y un análisis comparado de los aumentos retributivos ligados a la promoción de los empleados.

En este artículo se presenta el tercer apartado y se contemplan los complementos salariales que retribuyen las características y condiciones de los puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios de carrera adscritos al subgrupo A1 de titulación⁵.

Los cálculos retributivos realizados para hallar el abanico salarial entre el puesto de trabajo que presenta mayor y menor retribución, así como las medidas de tendencia central que caracterizan la relación salarial, se efectúan considerando la suma del complemento de destino y del complemento específico asignados en las relaciones de puestos de trabajo examinadas.

Al examen mencionado se une un segundo análisis que refleja los incrementos retributivos que suponen la progresión en la carrera administrativa de los funcionarios del subgrupo A1. El objeto de este análisis es reflexionar acerca de la oportunidad que supone adecuar la promoción de los empleados públicos a un sistema de incrementos retributivos lo suficientemente motivador como para que se impliquen aún más en el ejercicio de sus funciones públicas.

2.1. La Administración General del Estado

Existe un elevado consenso en la academia y la función pública de que debe regularse el espacio existente entre la dirección de nombramiento político y la esfera técnico-profesional, que constituye el ámbito de actuación del directivo público profesional. Este difiere del empleo público ordinario, por lo que sería deseable la aprobación de un Estatuto del Directivo o una Ley de Dirección Pública (FEDECA, 2018; INAP, 2021).

El Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 reconoció la figura del directivo público en su artículo 13, sin embargo, en la AGE no se han desarrollado los principios que han de regir el acceso, la selección, la carrera, la evaluación del desempeño o el régimen retributivo de este tipo de personal. De esta manera, los criterios de confianza política y personal prevalecen sobre las competencias y la profesionalidad acreditadas por el funcionario para la ocupación y el desempeño de las funciones directivas. Estas se gestionan de forma indiferenciada del resto de la Administración.

2.1.1. Estructura salarial de la AGE. Medidas de tendencia central

La tabla 2 muestra las medidas de tendencia central de la AGE. Entre los datos, hay que destacar que el abanico salarial presenta una ratio de 5,78, siendo este valor el cociente retributivo obtenido del puesto de trabajo de nivel 30 y que mayor retribución presenta (62.991,64 euros) con el puesto de trabajo de nivel 22 que menor retribución registra (10.885,94 euros). La frecuencia de retribución más repetida entre los puestos estudiados es de 20.575,02 euros.

su obtención. Tampoco se han incluido las retribuciones percibidas por la asistencia a los consejos de administración o equivalentes de las entidades del sector público debido a la imposibilidad de acceder a ellas.

⁵ El segundo y el cuarto apartado del estudio de referencia se encuentra en Arenilla, M., Llorente, J. y Redondo, J. C. (en prensa). La equidad retributiva en las Administraciones públicas españolas. Un estudio comparado. Gestión y Análisis de Políticas Públicas.

TABLA 2. ESTRUCTURA SALARIAL. MEDIDAS DE TENDENCIA CENTRAL. ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

% de puestos examinados	Retribución mínima	1 Q	Promedio	Mediana	Moda	3 Q	Retribución máxima	Abanico Salarial
33,72% 10.761 sobre 31.908	10.885,94	20.575,02	24.925,28	21.882,48	20.575,02	27.903,54	62.991,64	5,78

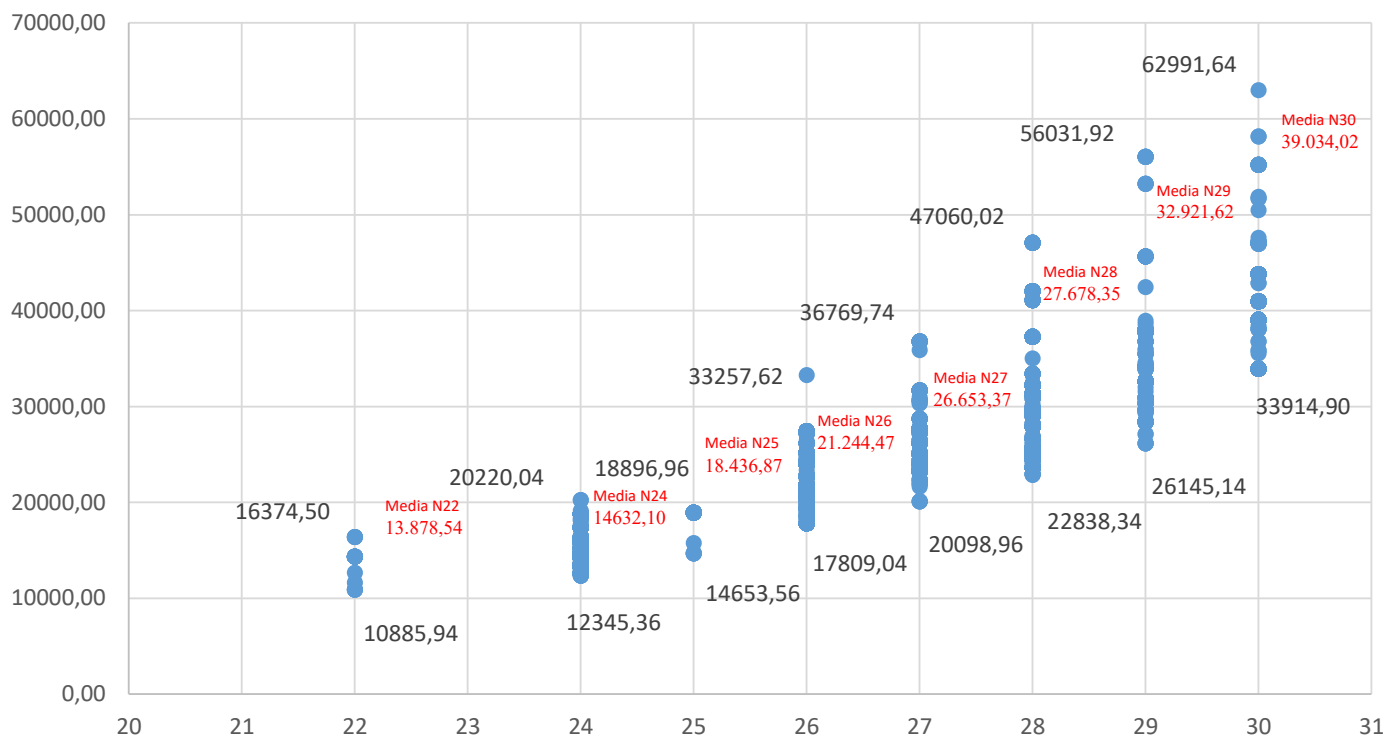
Fuente: Elaboración propia a partir de relación de puestos de trabajo de la AGE. Año 2020.

2.1.2. Estudio de la equidad interna de la AGE. Relación nivel/retribuciones complementarias

La equidad interna entre los puestos de trabajo del subgrupo A1 de titulación se recoge en el gráfico 1. En este se pone en relación los niveles de los puestos de trabajo (eje de abscisas) con la retribución percibida y obtenida de la suma del complemento de destino y complemento específico (eje de ordenadas). De su análisis podemos destacar los siguientes aspectos:

- El recorrido salarial dentro de un mismo nivel en la carrera administrativa de un funcionario es más amplio en los niveles superiores que en los niveles inferiores del grupo. El progreso salarial en estos se halla más limitado. De esta manera, un funcionario que se encuentre en estos niveles amplía sus expectativas retributivas si promociona a niveles superiores.
- El incremento retributivo por ocupar un puesto de trabajo en el siguiente nivel es superior al 10 %, aunque puede considerarse discreto en el caso de que el funcionario provisione para desempeñar un puesto de trabajo del nivel 24 procedente del nivel 22 o un nivel 28 procedente del nivel 27. En el primer caso, el incremento retributivo supone un 5,42 % anual (753,56 euros) si consideramos como referencia la media retributiva del nivel 22 (13.878,54 euros) y la media retributiva del nivel 24 (14.632,10 euros). En el segundo caso, el progreso del nivel 27 al 28, el incremento es del 3,84 % anual. La explicación hay que buscarla en el grado de solapamiento que se produce entre los niveles, lo que hace que los funcionarios que desempeñan su actividad profesional en niveles inferiores puedan obtener una mayor retribución que cuando promocionan a los superiores.

GRÁFICO 1. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO



Fuente: Elaboración propia a partir de las relaciones de puestos de trabajo de la AGE. Año 2020.

2.2. Comunidades autónomas

La regulación del personal que ocupa la cima de los puestos profesionales de las Administraciones autonómicas presenta una base común aunque con matizaciones. Así, la legislación de función pública de la Junta de Andalucía no efectúa referencia alguna al personal directivo como figura que forme parte de la estructura de personal de la Junta. Sí hace mención del cuerpo superior de administradores adscrito al subgrupo A1 de titulación, si bien en esta disposición normativa no se da cuenta de las funciones que tiene reservadas. Por su parte, la legislación catalana no se refiere al personal directivo profesional, aunque indica que corresponde al cuerpo superior de administración de la Generalidad el desempeño de funciones de dirección administrativa y de gestión. Las normas gallegas hacen referencia al compromiso de potenciar y fortalecer la figura del directivo público y la necesidad de impulsar el ejercicio profesional de las funciones directivas.

La Comunidad de Madrid no alude al personal directivo profesional, aunque sí se refiere a que las funciones y actividades de carácter directivo sean desempeñadas por el Cuerpo Técnico Superior de la Administración General de la Comunidad Autónoma. Finalmente, la normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco no se refiere al personal directivo profesional, aunque asigna al Cuerpo Superior de Administración las funciones de estudio, representación, administración, elaboración de informes, asesoramiento, coordinación y propuesta de nivel superior, comunes a la actividad administrativa en áreas de programación, gestión, ejecución, inspección o control.

2.2.1. Estructura salarial de las comunidades autónomas. Medidas de tendencia central

El análisis de los datos de la tabla 3 muestra que el abanico salarial del puesto con mayor retribución adscrito al nivel 30 y el de menor retribución perteneciente al nivel 22 presenta variaciones significativas según las comunidades autónomas estudiadas. Así, el cociente es de 3,28 en Andalucía, de 3,83 en Cataluña, de 2,39 en Galicia, de 3,19 en Madrid y de 1,88 en el País Vasco. Por su parte, la media de las retribuciones es de 23.781,16 euros para los puestos analizados en Andalucía y la retribución más común es de 32.301,96 euros; en Cataluña las retribuciones son de 30.172,60 y de 21.230,52, respectivamente; en Galicia la media es de 25.231,99 y la moda de 20.687,76; en Madrid, de 31.645,67 y de 28.668; y en el País Vasco la media es de 29.986,29 y la moda es de 24.945,84.

TABLA 3. ESTRUCTURA SALARIAL. MEDIDAS DE TENDENCIA CENTRAL. AGE Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE ANDALUCÍA, CATALUÑA, GALICIA, MADRID Y PAÍS VASCO

Administración	% de puestos examinados	Retribución mínima	1 Q	Promedio	Mediana	Moda	3 Q	Retribución máxima	Abanico salarial
AGE	33,72 % 10.761 sobre 31.908	10.885,94	20.575,02	24.925,28	21.882,48	20.575,02	27.903,54	62.991,64	5,78
C. A. de Andalucía	17,05 % 2.090 sobre 12.258	12.084,36	20.974,68	23.781,16	21.623,52	32.301,96	29.670,84	39.724,20	3,28
C. A. de Cataluña	29,65 % 2.590 sobre 8.734	14.295,36	21.230,52	30.172,60	30.478,92	21.230,52	37.161,24	54.847,80	3,83
C. A. de Galicia	20,10 % 959 sobre 4.769	15.940,64	20.687,76	25.231,99	20.687,76	20.687,76	27.970,76	38.115,12	2,39
C. A. de Madrid	49,71 % 2.468 sobre 4.964	17.262,24	28.668	31.645,67	31.685,28	28.668	36.101,88	55.140,12	3,19
C. A. del País Vasco	23,81 % 630 sobre 2.645	24.945,84	24.945,84	29.986,29	28.023,96	24.945,84	35.051,16	46.992,96	1,88

Fuente: Elaboración propia a partir de las relaciones de puestos de trabajo. Año 2020.

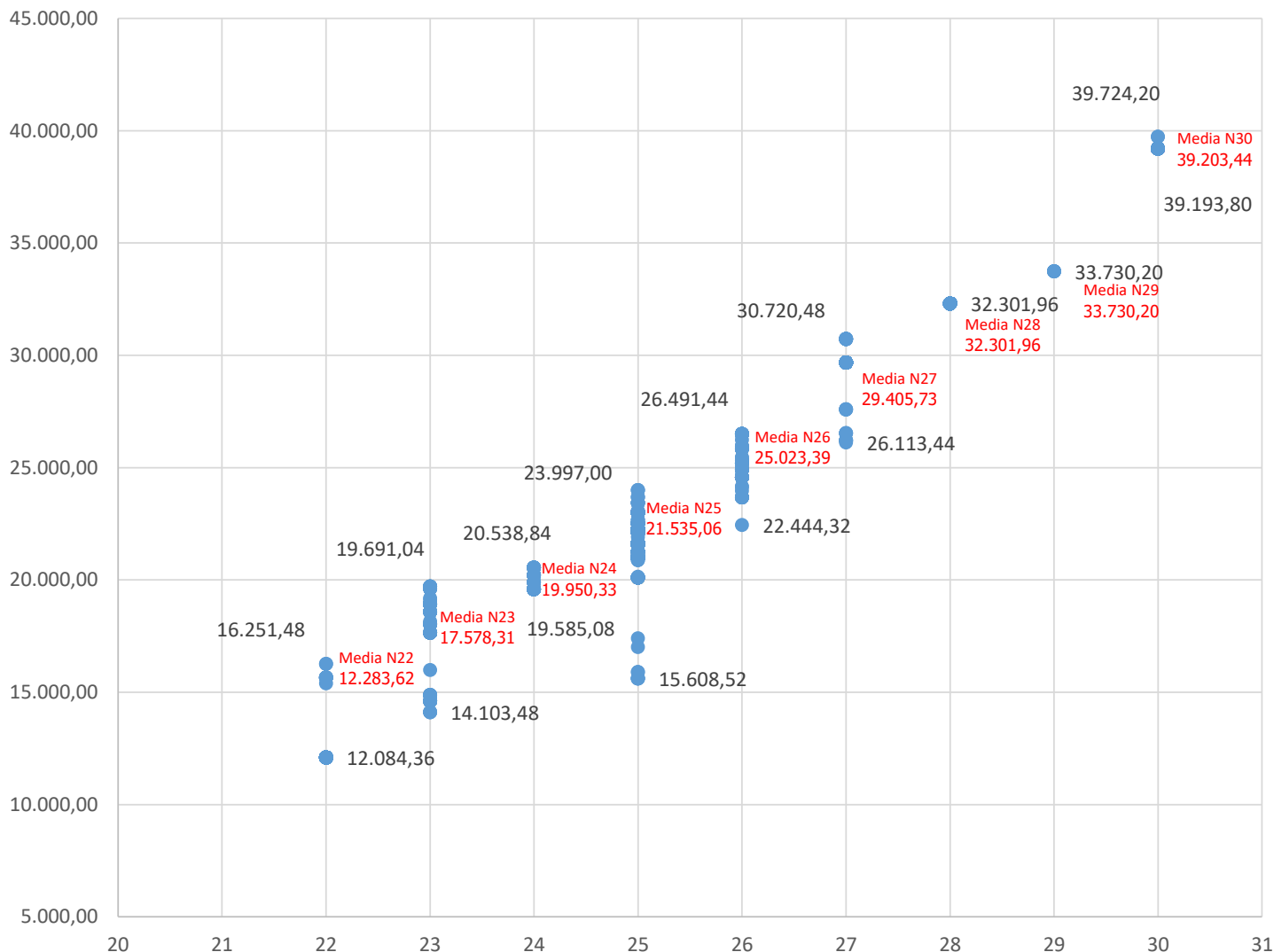
Estas cantidades hay que matizarlas con el hecho de que en esta última comunidad autónoma el 26,98 % de los puestos de trabajo analizados perciben una retribución igual o superior a 35.051,16 euros; en el caso de Madrid, el 31,44 % de los puestos recibe una retribución igual o superior a 36.101,88 euros; en Galicia, el 46,40 % recibe una retribución igual o superior a 27.970,76 euros; en el caso de Cataluña, las cifras son el 33,28 % y 37.161,24 euros; y, finalmente, en el caso de Andalucía, un 28,18 % de los casos estudiados dispone de una retribución igual o superior a 29.670,84 euros.

2.2.2. Estudio de la equidad interna de las comunidades autónomas. Relación nivel/retribuciones complementarias

Del análisis de la equidad interna entre los puestos de trabajo del subgrupo A1 de titulación en las comunidades autónomas estudiadas, puede constarse la existencia de dos grupos diferenciados. Así, en las comunidades autónomas de Andalucía, Cataluña y Madrid se verifica cierto solapamiento retributivo entre niveles, como se puede constatar en los gráficos 2, 3 y 4.

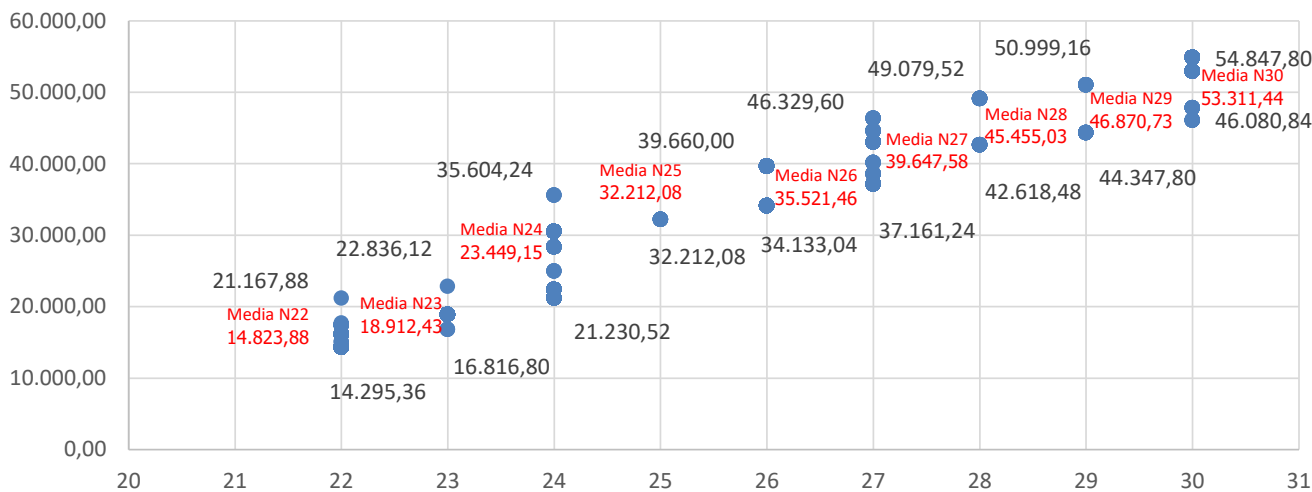
El segundo grupo lo conforman las comunidades autónomas de Galicia y del País Vasco en las que el solapamiento retributivo entre niveles es escaso o no existe, como se puede comprobar en los gráficos 5 y 6.

GRÁFICO 2. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA



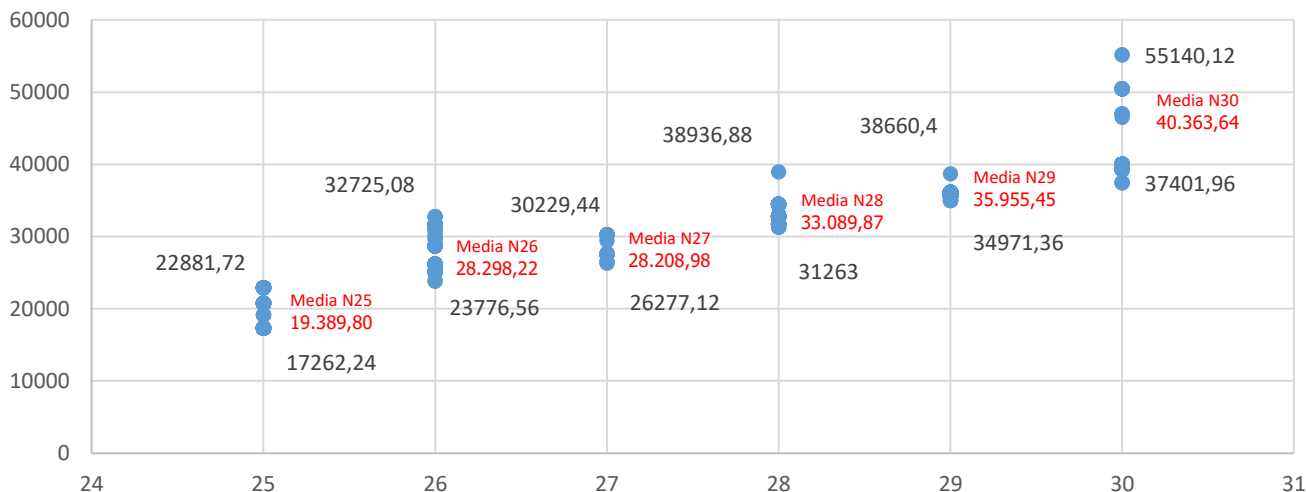
Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

GRÁFICO 3. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA



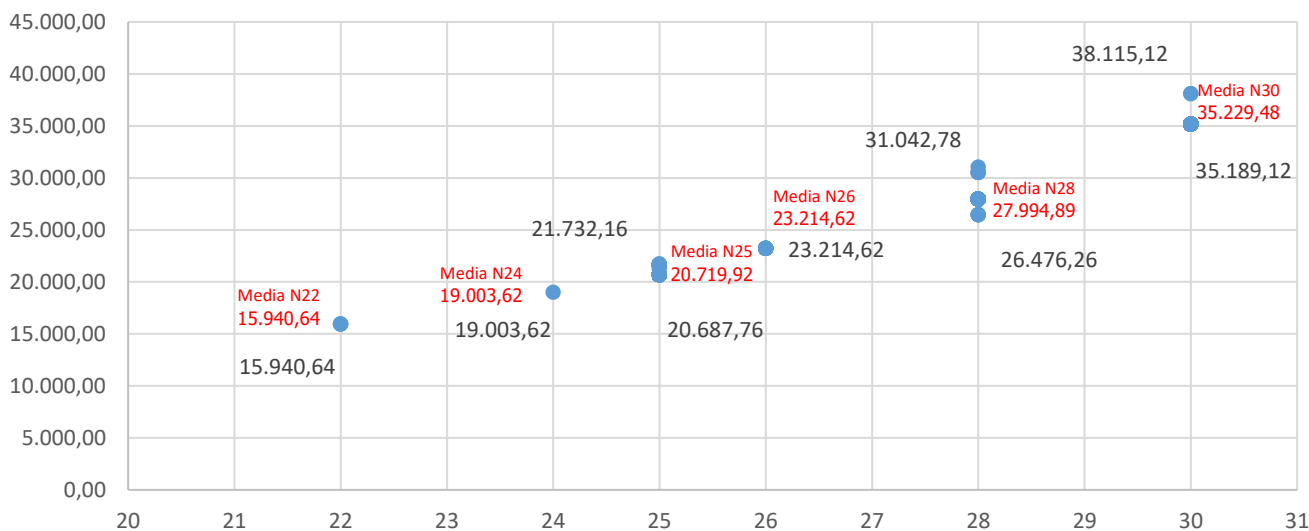
Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

GRÁFICO 4. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID



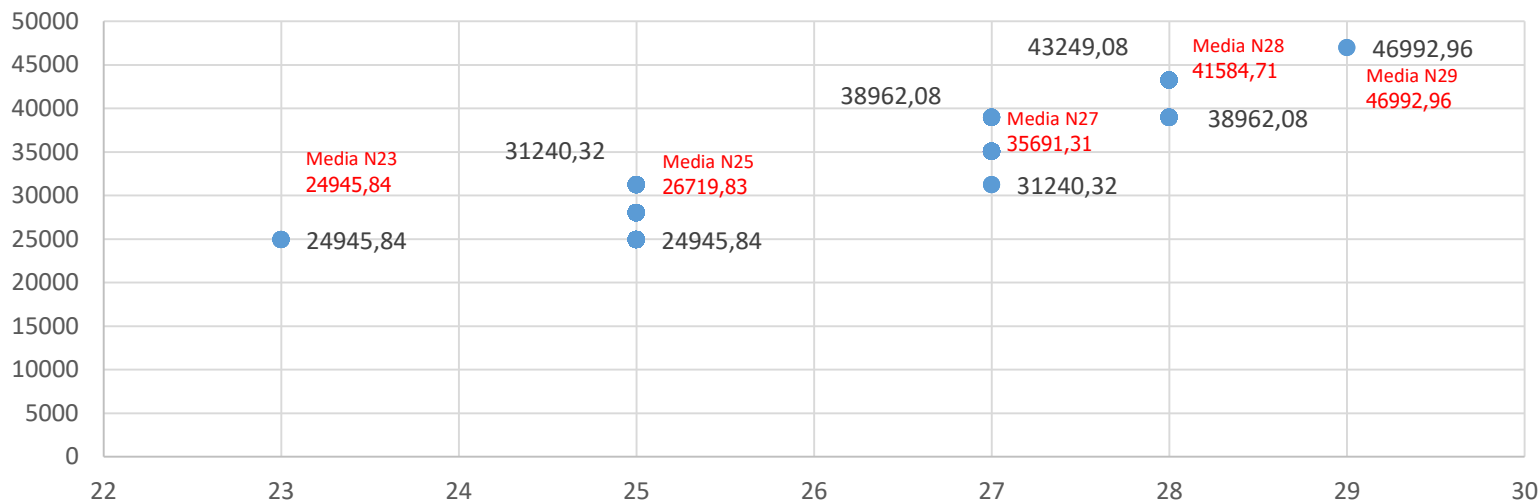
Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

GRÁFICO 5. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA



Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

GRÁFICO 6. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO



Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

2.3. Administración local

En este apartado se realiza una exposición de los principales resultados obtenidos del análisis de la equidad interna salarial en las Administraciones locales seleccionadas, diferenciando entre los ayuntamientos y las diputaciones provinciales. Como en el caso de las anteriores administraciones, se han tenido en cuenta los puestos de trabajo de los cuerpos y escalas de administración general para los que se requiere el título de grado o equivalente en el acceso.

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 Local⁶, establece que corresponde a los funcionarios de la subescala técnica integrados en el subgrupo de titulación A1 la realización de tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior. De esta redacción se puede deducir que estos funcionarios integran el cuadro de empleados públicos potencialmente habilitados para el desempeño de funciones directivas de carácter profesional.

2.3.1. Estructura salarial de los ayuntamientos. Medidas de tendencia central

El estudio del régimen retributivo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos superiores de las administraciones municipales, sintetizado en la tabla 4, muestra que el abanico salarial del puesto con mayor retribución adscrito al nivel 30 y el de menor retribución perteneciente al nivel 22 en el Ayuntamiento de Bilbao es de 1,86, en el de Madrid de 3,27 y en el de Sevilla de 3,39. Por su parte, la media de la distribución salarial de los puestos de trabajo analizados en la Administración municipal de Bilbao se sitúa en 43.836,50 euros, en la de Madrid en 45.642,50 y en la de Sevilla en 39.554,14.

En el caso del Ayuntamiento de Bilbao, el 41,11 % de los puestos tiene asignada una retribución igual o superior a 45.946,92 euros. En el Ayuntamiento de Madrid, un 35,70 % de los casos estudiados perciben una retribución por complemento de destino más complemento específico igual o superior a 50.164,94 euros. Finalmente, en el caso de Sevilla, un 32,32 % de los funcionarios perciben una retribución igual o superior a 46.623,42 euros.

Por lo que respecta a la moda, en Bilbao es de 40.205,84 euros, en Madrid de 37.858,24 y en Sevilla de 46.623,42. Este ayuntamiento también destaca en sus retribuciones máximas, que alcanzan los 83.145,80 euros.

⁶ 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. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-9865-consolidado.pdf>

TABLA 4. ESTRUCTURA SALARIAL. MEDIDAS DE TENDENCIA CENTRAL. AYUNTAMIENTOS DE BILBAO, MADRID Y SEVILLA

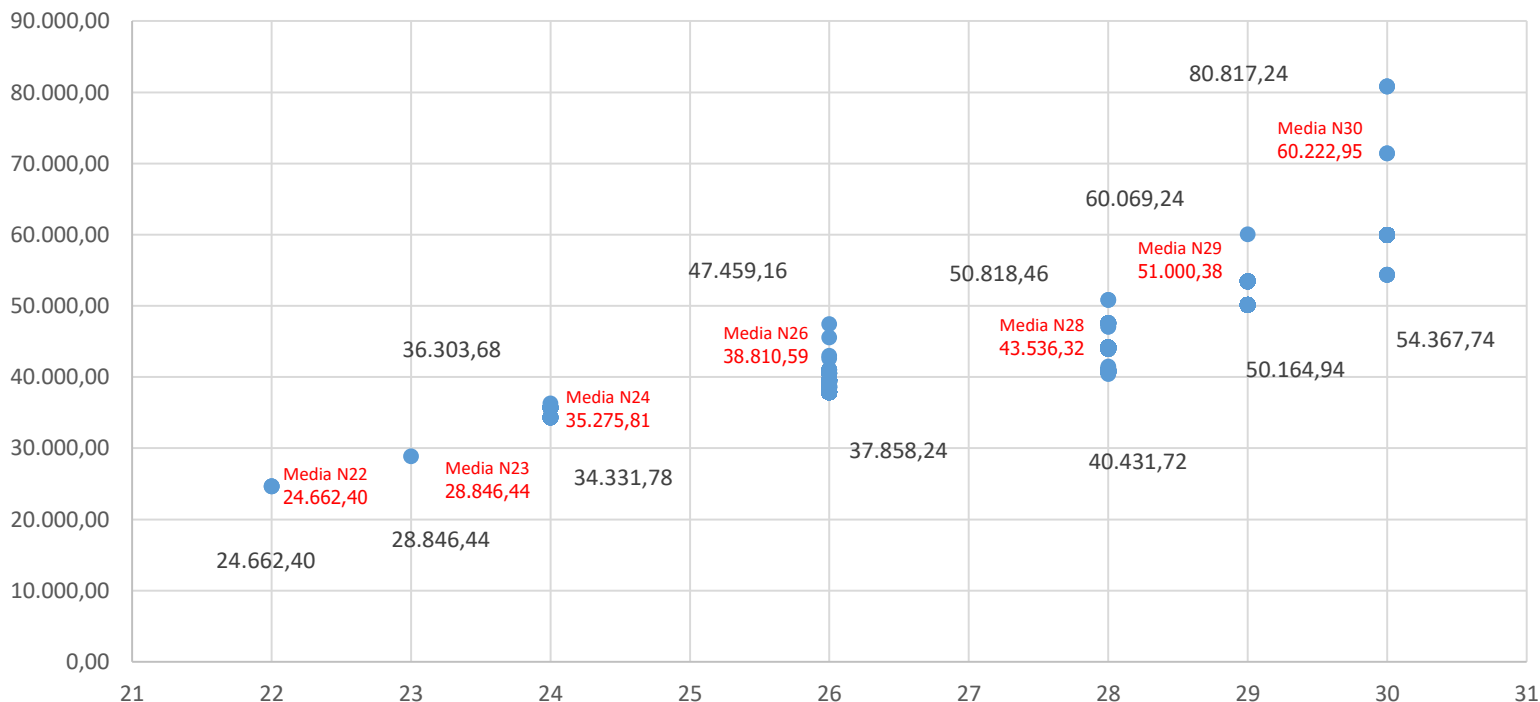
Administración	% de puestos examinados	Retribución mínima	1 Q	Promedio	Mediana	Moda	3 Q	Retribución máxima	Abanico salarial
Ayto. de Bilbao	60 % 135 sobre 225	32.720,40	38.488,62	43.836,50	40.205,64	40.205,64	45.946,92	60.981,72	1,86
Ayto. de Madrid	41,42 % 1.280 sobre 3.090	24.662,40	39.355,26	45.642,50	44.175,74	37.858,24	50.164,94	80.817,24	3,27
Ayto. de Sevilla	45,13 % 130 sobre 288	24.490,12	30.761,49	39.554,14	34.912,04	46.623,42	46.623,42	83.145,80	3,39

Fuente: Elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo de los ayuntamientos de Bilbao, Madrid y Sevilla. Año 2020.

2.3.2. Estudio de la equidad interna de los ayuntamientos. Relación nivel/Retribuciones complementarias

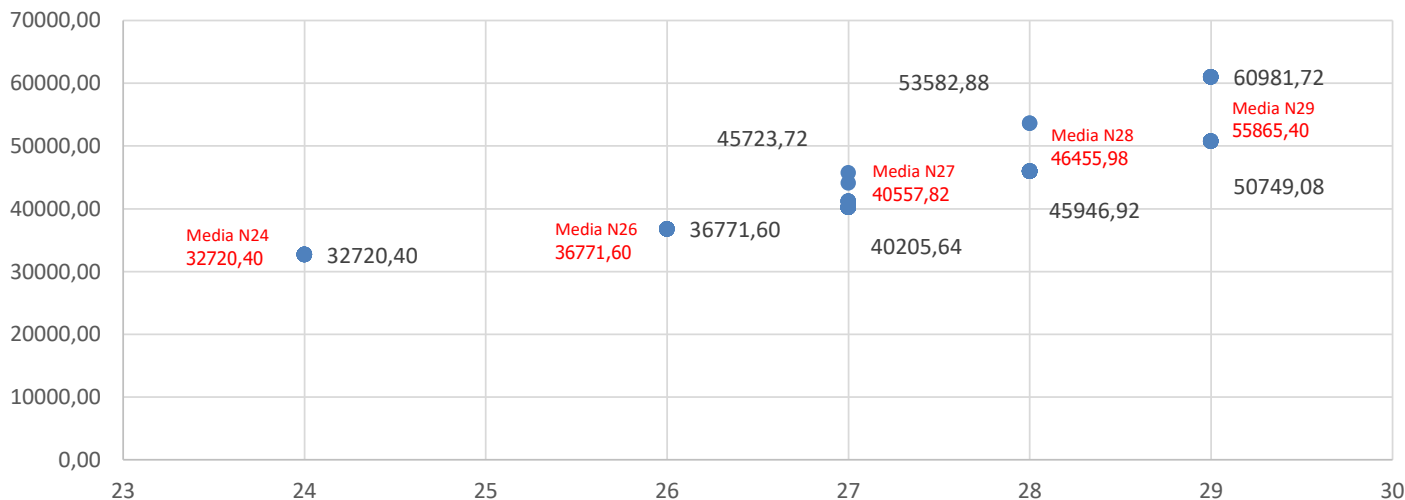
Como ocurre en las comunidades autónomas, en el caso de los ayuntamientos analizados también puede reconocerse la existencia de dos modelos retributivos diferenciados. En el Ayuntamiento de Madrid se produce un evidente solapamiento retributivo entre algunos de sus niveles, característica que escasamente es reseñable en los casos de los Ayuntamientos de Bilbao y Sevilla, como se comprueba en los gráficos 7, 8 y 9.

GRÁFICO 7. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. AYUNTAMIENTO DE MADRID



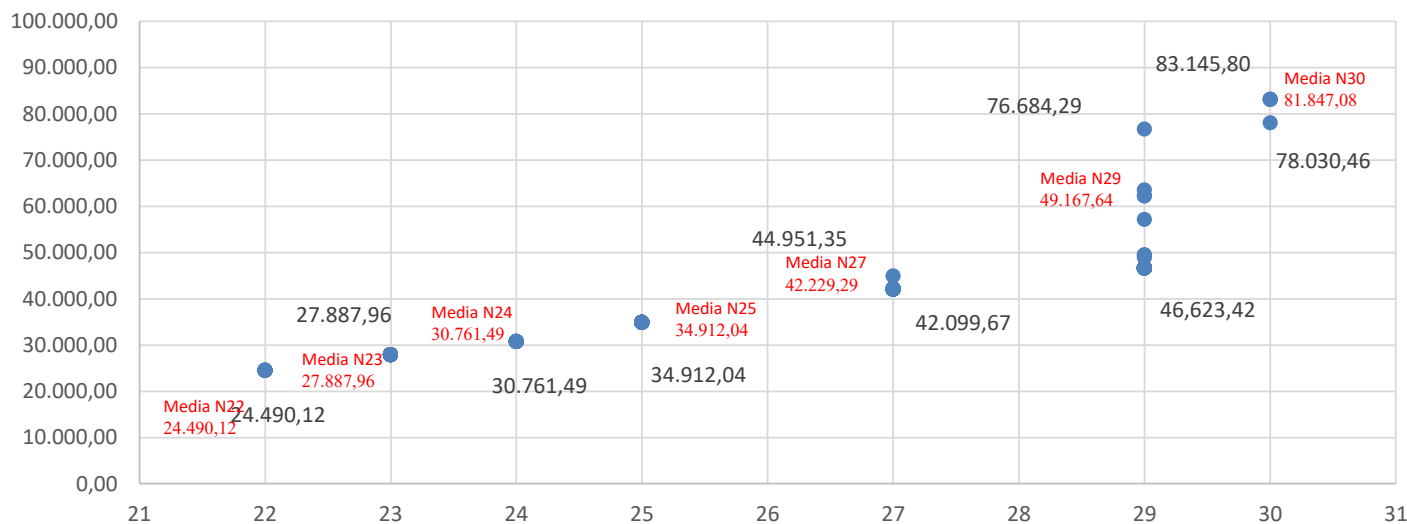
Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

GRÁFICO 8. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. AYUNTAMIENTO DE BILBAO



Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

GRÁFICO 9. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA



Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

2.3.3. Estructura salarial de las diputaciones provinciales. Medidas de tendencia central

En el caso de las diputaciones provinciales de A Coruña y Barcelona, el abanico salarial es de 2,76 en la primera y de 3,01 en la segunda. Por lo que respecta a la media de la distribución salarial de los puestos de trabajo analizados, esta es de 32.078,13 euros y 34.331,99, respectivamente. El 47,36% de los puestos estudiados de la Diputación de A Coruña tiene asignada una retribución igual o superior a 32.616,76 euros, mientras que en la de Barcelona un 29,15% de los funcionarios percibe una retribución con cantidades iguales o superiores a 38.601,12 euros. Finalmente, como muestra la tabla 5, la cuantía retributiva más común, sumando los complementos de destino y de complemento específico, es de 25.176,89 euros en la Diputación de A Coruña y de 25.907,95 en la de Barcelona.

TABLA 5. ESTRUCTURA SALARIAL. MEDIDAS DE TENDENCIA CENTRAL. DIPUTACIONES DE A CORUÑA Y DE BARCELONA

Diputaciones	% de puestos examinados	Retribución mínima	1 Q	Promedio	Mediana	Moda	3 Q	Retribución máxima	Abanico salarial
A Coruña	52,98% 133 sobre 251	23.263,58	25.176,89	32.078,13	26.877,91	25.176,89	32.616,76	64.235,45	2,76

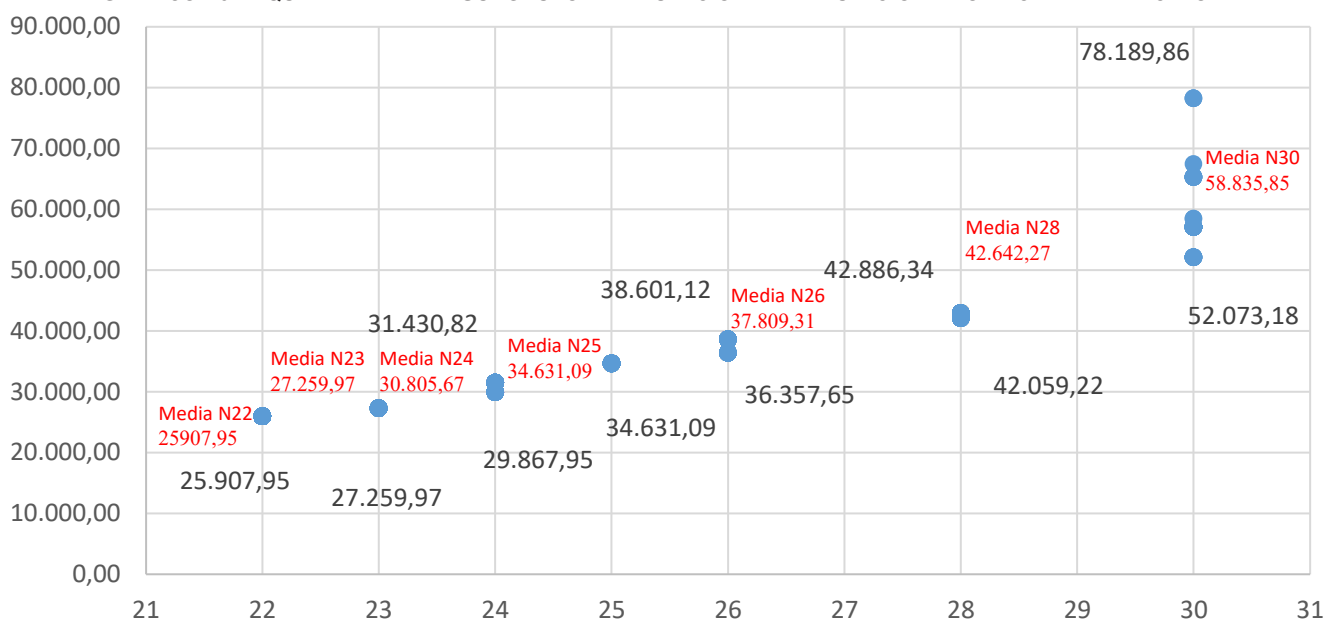
Diputaciones	% de puestos examinados	Retribución mínima	1 Q	Promedio	Mediana	Moda	3 Q	Retribución máxima	Abanico salarial
Barcelona	50,60 % 590 sobre 1.166	25.907,95	25.907,95	34.331,99	31.430,82	25.907,95	38.601,12	78.189,86	3,01

Fuente: Elaboración propia a partir de las Relaciones de puestos de trabajo de las diputaciones. Año 2020.

2.3.4. Estudio de la equidad interna de las diputaciones provinciales. Relación nivel/Retribuciones complementarias

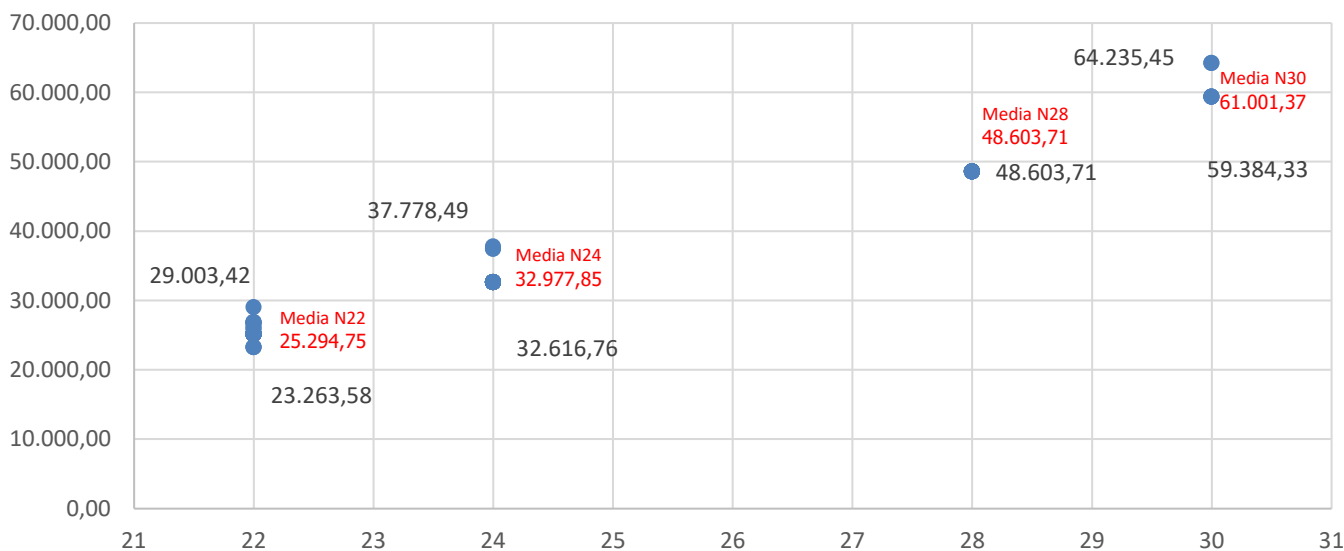
Del análisis de la estructura retributiva de las diputaciones estudiadas se deduce la ausencia de solapamientos retributivos entre niveles, por lo que los funcionarios que desempeñen puestos en niveles distintos percibirán diferentes retribuciones complementarias, como así puede comprobarse en los gráficos 10 y 11.

GRÁFICO 10. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE BARCELONA



Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

GRÁFICO 11. EQUIDAD INTERNA. SUBGRUPO DE TITULACIÓN A1. DIPUTACIONES PROVINCIALES DE BARCELONA Y A CORUÑA



Fuente: elaboración propia a partir de la relación de puestos de trabajo. Año 2020.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

De la investigación realizada, se constata que existen diferencias relativas en la estructura retributiva de las Administraciones estudiadas. Es cierto que podrían ser mayores debido a la larga evolución del sistema español de función pública en las últimas décadas y al gran número de Administraciones existente. Es posible que la difusión del conocimiento formal e informal de lo que se regula en cada Administración en materia retributiva haya ayudado a una cierta convergencia de las distintas relaciones de puestos de trabajo. Las reuniones y los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público y el hecho de que los sindicatos más representativos de la función pública estén ampliamente implantados han podido colaborar a esa cierta identidad de rasgos comunes.

Entre las características más destacadas de las Administraciones analizadas se encuentra las relativamente bajas retribuciones de la AGE, si bien es cierto que en el estudio no se considera el complemento de productividad. Su distribución en la AGE es muy desigual atendiendo a los niveles de complemento de destino, las áreas funcionales, los departamentos ministeriales o los organismos de que se traten. No obstante, se puede señalar que es elevado en algunas áreas funcionales, en algunos cuerpos y en algunos puestos superiores.

Las significativas diferencias retributivas entre las Administraciones presentes en algunos territorios pueden explicar la movilidad de la alta función pública hacia algunas Administraciones, especialmente de la AGE, tanto en los servicios centrales como en los periféricos. Esta situación afectaría al personal de determinados puestos y áreas que no cuentan con un complemento de productividad que compense la diferencia retributiva y de condiciones laborales con algunas administraciones autonómicas y locales, como sucede con el Ayuntamiento de Madrid.

En la actualidad se está negociando el II Acuerdo de Movilidad del Personal Funcionario en la AGE y se baraja la posibilidad de limitar la movilidad geográfica y la promoción profesional de los empleados públicos al introducir trabas en los concursos de traslados en los departamentos y organismos de la AGE (ABC, 2022). Sin embargo, no parece que la forma efectiva de atajar la falta de motivación para permanecer en un puesto de trabajo sea la introducción de medidas que prohíban la movilidad.

El solapamiento retributivo en los niveles bajos correspondientes al subgrupo A1, que se comprueba en algunas comunidades autónomas y en la AGE, muestra un deficiente diseño de las necesidades de la organización, una escasa definición del análisis y de las relaciones de puestos de trabajo, así como de la política de gestión de personal en general. No hay que olvidar que en esos niveles se sitúan una buena parte del grupo A. El efecto de esta situación no puede ser otro que la confusión y la desmotivación que pueden verse agravadas por la concurrencia en un mismo puesto de trabajo en los niveles superiores de más de un subgrupo de titulación. De esta manera, el desempeño de un mismo puesto de trabajo no se corresponde con una retribución igual por los complementos manejados en este estudio.

Destacan las retribuciones modales de las comunidades autónomas de Andalucía y Madrid y sobrepasan las de los ayuntamientos, especialmente el de Sevilla. Sería necesario un estudio más detallado y de carácter evolutivo que pudiera explicar las razones de estas diferencias comparadas.

El estudio señalado debería tratar también de objetivar la gran dispersión de los abanicos salariales retributivos, desde el 1,86 en el Ayuntamiento de Bilbao y el 1,88 en la Comunidad Autónoma del País Vasco hasta el 5,78 en la AGE. El resto de los casos estudiados se mueve entre el 3,19 y 3,83, salvo las diputaciones que presentan un abanico más estrecho. Hay que señalar que se trata de retribuciones máximas y mínimas, aunque el análisis del tercer cuartil muestra una significativa concentración de puestos en los tramos superiores. La estrechez de algunos abanicos salariales llama la atención y hace preguntarse sobre el incentivo y la motivación que existe para asumir responsabilidades en la cúspide de la organización. Sería conveniente indagar en la evolución de los procesos de negociación colectiva en las últimas décadas para ver su influencia en el estrechamiento de los abanicos salariales.

La situación de los abanicos salariales y de la alta concentración del subgrupo A1 en los puestos mejor retribuidos, la inexistencia de una dirección pública profesional reglada y las posibles presiones sindicales para no ampliar las retribuciones ligadas a la carrera de los cuerpos superiores podrían tener un efecto en la politización del sistema de función pública. Así, podría plantearse la hipótesis de que estas limitaciones impulsarían a aceptar un modelo que prolonga la carrera profesional en los puestos de nombramiento político, lo que obligaría a desarrollar otras capacidades a la función pública superior más allá del mérito y la capacidad. Se produciría así una alianza natural entre los responsables políticos que no desean ver mermada su capacidad de nombramiento en el ápice de las organizaciones administrativas y la función pú-

blica superior, que vería ampliada su carrera sin mayores limitaciones que las derivadas de sus relaciones políticas o personales.

La implantación de una dirección pública profesional introduciría criterios de concurrencia y de mérito ligados a la posesión de determinadas competencias profesionales y haría que se desequilibrase la alianza mencionada. Por el contrario, el resultado de la situación actual es una alta politización que no es homologable con lo que sucede en los países de nuestro entorno.

En una investigación que tiene como objetivo estudiar la equidad interna, la estructura retributiva y cómo pueden estas incidir en la motivación funcionarial, es necesario reflexionar sobre la correspondencia que existe entre la responsabilidad y las competencias asignadas a los distintos niveles de gobierno y, dentro de ellos, a los diferentes puestos de la jerarquía administrativa. La conclusión no puede ser otra, a la luz de los datos expuestos en la investigación realizada, que la responsabilidad no está bien compensada, lo que justifica la movilidad entre algunas Administraciones y el blindaje retributivo en la élite administrativa de algunas de ellas. Esta situación es singular en la AGE, donde la carrera profesional prosigue, mediante la vinculación a la política, en los puestos directivos de la organización, la reserva para determinados cuerpos de puestos relevantes en la Administración exterior e incluye la ocupación de asientos en los consejos de Administración en el amplio sector público del Estado.

El escenario descrito no incitaría a apoyar con fuerza una mayor profesionalización de los puestos directivos profesionales por parte de los cuerpos superiores más relevantes de la AGE. Esta es una de las razones por las que hasta ahora el cambio de modelo en la carrera profesional sea una línea roja que no se ha sobrepasado (Arenilla, 2021).

Como se ha apuntado anteriormente, la implantación de una futura carrera horizontal en nuestras Administraciones públicas se encontraría con importantes dificultades a la luz de los datos evidenciados de las relaciones de puestos de trabajo estudiadas. Existen varias Administraciones que ofrecen poca diversidad salarial en un mismo nivel de complemento de destino, especialmente en los niveles inferiores que se han considerado en la investigación. La implantación de la carrera horizontal supondría la ampliación de tramos de progresión retributiva que casi inevitablemente implicaría tomar como base las retribuciones actuales, lo que conduciría a una elevación de la masa salarial. Se cumpliría así el ya viejo aserto de que cualquier reforma de la función pública conlleva un significativo incremento del gasto, lo que no suele ser del agrado de los departamentos de hacienda ni de la opinión pública.

A falta de una carrera horizontal, el sistema retributivo y de carrera en todas las Administraciones estudiadas muestra que los cuerpos superiores están inevitablemente condenados a moverse de puesto de trabajo en los niveles superiores para mejorar sus retribuciones; es decir, se basa en un modelo de carrera vertical. La consecuencia es la dificultad en la retención del talento, la falta de especialización y una gran presión organizativa para crear puestos con una elevada retribución, como se ha podido constatar en la investigación. El envejecimiento de las plantillas es un factor que presiona también en ese sentido.

En muchas Administraciones, no hay recorrido retributivo en la cima de la organización, por lo que, como se ha apuntado, el paso a los puestos de designación política aparece como natural, aunque sea a costa de desprofesionalizar las carreras. En este sentido, hay que señalar que resulta decepcionante que casi cuatro décadas después de aprobarse la reforma de función pública de 1984 no esté implantada la figura del directivo público profesional, salvo algunos intentos, lo que también nos diferencia y separa claramente de los países de nuestro entorno.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El estudio de nuestra función pública sigue centrándose preponderantemente en los aspectos normativos al carecerse de datos que evidencien su funcionamiento real. Es necesario que la sociedad y la academia dispongan de datos abiertos, convenientemente anonimizados que permitan conocer en profundidad los distintos subsistemas de la función pública que, hay que recordarlo, se encuentran profundamente interrelacionados. La aplicación de las herramientas vinculadas a los grandes datos y la inteligencia artificial, además, de aportar transparencia sobre el funcionamiento de las Administraciones, permitiría adoptar decisiones mejor fundamentadas.

La insuficiente equidad retributiva de nuestras Administraciones se debe a que es un factor de la política retributiva, en la que priman más los aspectos políticos que los propiamente salariales, ya que se fija anualmente en las disposiciones de los Presupuestos Generales del Estado. Estos se encuentran sometidos a

muchas presiones e intereses políticos y electorales y están condicionadas por el entorno económico y financiero. Así, los incrementos retributivos establecidos para todas las Administraciones públicas no se vinculan a una política de recursos humanos definida ni a las políticas públicas a las que atienden (Luxán, 2016).

El análisis de más de veinte mil puestos de trabajo en once Administraciones arroja una serie de rasgos de nuestro modelo retributivo que eran parcialmente intuitivos por la academia o que resultan conocidos por los gestores de personal de nuestras Administraciones públicas. La investigación realizada ofrece una realidad amplia del sistema retributivo público español de los puestos de la Administración general y central.

La evolución de nuestro sistema administrativo ha puesto de manifiesto que no es posible transformarlo sin reformar su función pública. Desde 1963, la carrera profesional consiste en la sucesiva ocupación de puestos de trabajo a la búsqueda de mejores retribuciones y condiciones laborales, lo que conduce a una inflación estructural y de puestos, especialmente en la cúspide de las organizaciones. A esto hay que añadir que los puestos superiores de la Administración se proveen mediante libre designación y, salvo cuando se exige el requisito de pertenecer al subgrupo A1, los de director general o equivalentes mediante nombramiento político sin mayores limitaciones. El resultado es el de una profesionalización de la función pública española no homologable a los países de nuestro entorno.

Hay una alta coincidencia en la academia de que la carrera profesional debe ser esencialmente horizontal completada con otra vertical basada en una serie de puestos mucho más reducidos que en la actualidad (INAP, 2021). Entre las dificultades para su implantación, la investigación realizada ha puesto de manifiesto la escasa variedad de complementos específicos que existen en algunos puestos con el mismo nivel de complemento de destino, lo que podría incrementar significativamente la masa salarial en algunas Administraciones públicas.

La motivación de los empleados públicos ha ido adquiriendo más relevancia al vincularse con la retención y captación del talento. Este se ha convertido en el factor más relevante para las organizaciones de todo tipo en los últimos años. Uno de los componentes de la motivación depende del subsistema retributivo o de compensación, en el que es necesario incluir los aspectos relacionados con la evaluación del desempeño.

La carrera profesional de tipo vertical que se produce en la actualidad en las Administraciones españolas ha de permitir incrementos retributivos proporcionales y significativos a las responsabilidades y la complejidad técnica asumidas, de otra forma el empleado público no tendrá motivación para desempeñar un puesto de trabajo de superior categoría. Como se ha comprobado en la investigación, esto no siempre sucede al darse una falta de equidad interna debido, por ejemplo, a los solapamientos retributivos entre puestos de distinto nivel de responsabilidad. A esto hay que sumar que la equidad externa, o comparación retributiva con otras Administraciones, puede incitar a la movilidad, con los efectos de descapitalización que esto conlleva.

La movilidad entre Administraciones se ve favorecida por la estructuración de los puestos de trabajo. Las posibilidades de carrera se encuentran limitadas en los puestos superiores, ya que, en ocasiones, el número de puestos es más reducido y el recorrido entre los puestos de acceso y los de la cima es corto, lo que sucede con frecuencia en algunos cuerpos superiores. Esto hace que los funcionarios deban permanecer durante mucho tiempo en sus puestos iniciales, especialmente en organizaciones medianas y pequeñas, hasta lograr la promoción. Esta situación debe mover a introducir la carrera horizontal o promoción en los grados de un mismo puesto mediante la especialización y los méritos que se obtengan, así como la movilidad entre las diversas áreas funcionales de una Administración.

Las recomendaciones que se pueden hacer después de la investigación realizada confirman las que la academia viene haciendo desde hace tiempo, incluso desde hace décadas. Así, es necesario abrir el abanico salarial, lo que podría verse acompañado de la reducción significativa de los puestos y plazas de apoyo administrativo y su sustitución por plazas de nivel intermedio, de especialización y superiores; establecer una gradación retributiva que permita una carrera larga, especialmente en los puestos superiores; primar la responsabilidad, especialmente en los puestos de especialista y en los superiores; referenciar la retribución con el sector privado; e introducir el componente retributivo vinculándolo a los resultados y a las habilidades y competencias puestas en práctica para su logro.

Finalmente, es preciso recordar que el subsistema de retribuciones está estrechamente vinculado con otros subsistemas que definen la planificación y la gestión del empleo público y, en especial, con la carrera administrativa y la promoción profesional de los funcionarios de carrera. Es decir, no es conveniente abordar el modelo retributivo sin contemplar simultáneamente el resto de los elementos del sistema de función pública que, a su vez, forma parte del sistema político-administrativo.

PUESTOS DE TRABAJO

- Bases de ejecución del presupuesto 2020. Diputación Provincial A Coruña. https://www.dacoruna.gal/files/1315/7441/8074/Bases_de_execucion_orzamento_2020.pdf
- Relación de Puestos de Trabajo. Administración General del Estado. https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo.html
- Relación de Puestos de Trabajo. Ayuntamiento de Bilbao. <https://www.bilbao.eus/cs/Satellite/transparencia/es/ambitos/el-ayuntamiento/organizacion-y-recursos-humanos>
- Relación de Puestos de Trabajo. Ayuntamiento de Sevilla. <https://www.sevilla.org/transparencia/informacion-sobre-la-corporacion-municipal/r-p-t-ayuntamiento-vigente-por-generos-20-05-2020-2.pdf>
- Relación de Puestos de Trabajo. Comunidad de Madrid. https://datos.comunidad.madrid/catalogo/dataset/relacion_puestos_trabajo/resource/c67bee39-3fc9-4bc8-8c8f-3f533b27b85b
- Relación de Puestos de Trabajo. Diputación de A Coruña. https://bop.dacoruna.gal/bopportal/publicado/2020/07/13/2020_0000004487.pdf
- Relación de Puestos de Trabajo. Diputación de Barcelona 2020. <https://transparencia.diba.cat/ca/relacio-de-llocs-de-treball#overlay-context=>
- Relación de Puestos de Trabajo. Generalitat de Cataluña. <https://governobert.gencat.cat/es/transparencia/Funcion-publica/empleats-publics/relacio-dels-llocs-de-treball/>
- Relación de Puestos de Trabajo. <https://opendata.euskadi.eus/catalogo/-/relacion-de-puestos-de-trabajo-rpt-de-los-departamentos-y-organismos-autonomos-de-la-administracion-de-la-comunidad-autonoma/>
- Relación de Puestos de Trabajo. Junta de Andalucía. <https://www.juntadeandalucia.es/datosabiertos/portal/dataset/relacion-de-puestos-de-trabajo-de-la-junta-de-andalucia>
- Relación de Puestos de Trabajo. Xunta de Galicia. <https://abertos.xunta.gal/catalogo/administracion-publica/-/dataset/0372/relacion-actual-postos-traballo-rpt-ambito>
- Retribuciones funcionarios año 2020. Ayuntamiento de Bilbao. <https://www.bilbao.eus/opendata/es/catalogo/dato-retribuciones-funcionarios-2020>
- Tabla retributiva anual 2020. Ayuntamiento de Madrid. https://transparencia.madrid.es/FWProjects/transparencia/RecursosHumanos/Retribuciones/ficheros/TablaRetributivaAnual_2020.pdf

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABC (2022, 4 de julio). *Montero pretende limitar la movilidad y promoción de los funcionarios*. https://www.abc.es/economia/abci-montero-pretende-limitar-movilidad-y-promocion-funcionarios-202207040841_noticia.html
- Adams, J. S. (1965). Inequity in social Exchange. En L. Berkowitz (ed.), *Advances in Experimental Social Psychology* (pp. 267-299). Academic Press.
- Arenilla, M. (2021). Cuerpos y puestos en la función pública española. Diagnóstico, propuestas y líneas rojas. En J. Cantero (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿Qué función pública necesita España?* (pp. 177-217). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Arenilla, M. y Delgado, D. (2019). Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. 16, 36-53. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpg.16.2019.03>
- Arenilla, M., Llorente, J. y Redondo, J. C. (en prensa). La equidad retributiva en las Administraciones públicas españolas. Un estudio comparado. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*.
- Castillo, F. A. (2002). *El sistema retributivo en la función pública española*. Marcial Pons.
- CORA (2013). *Reforma de las Administraciones Públicas*. Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. Disponible en <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF>
- FEDECA (2018, 17 de septiembre). *El Estatuto del Directivo Público*. <https://fedeca.es/noticias/fedeca-presenta-su-propuesta-de-estatuto-del-directivo-p%C3%BAblico>
- Gómez, L., Balkin, D. y Cardy, R. (2016). *Gestión de Recursos Humanos*. Pearson.
- Herzberg, F., Mausner, B. y Snyderman, B. (1959). *The motivation to work*. Wiley.
- Hood, C. y Lodge, M. (2006). *The Politics of Public Service Bargains: Reward, Competency, Loyalty and Blame*. Oxford University Press.
- Huseman, R. C., Hatfield, J. D. y Miles, E. W. (1987). *A new perspective on equity theory: The equity sensitivity construct*. *Academy of Management Review*, 12(2), 222-234. <https://doi.org/10.5465/amr.1987.4307799>
- INAP (2021). *Grupo de análisis y propuesta de reformas en la Administración Pública. 13 propuestas para reformar la Administración del Estado* [serie: Innap Innova]. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Kreab (2018). Innovación sector público y atracción de talento: recomendaciones y plan de acción [documento interno del INAP no publicado]. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP. Disponible en https://bci.inap.es/alfresco_file/58b26113-8e96-4a50-bafa-f2aef2ef9690

- López, J. (2012). Carrera administrativa: identificación de las Áreas Funcionales. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, 30-44. <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=3&tipo=R&seccion=51&correlativo=1&contenido=2&locale=es>
- Luxán, J. M. (2016). El impacto de la crisis en las retribuciones del sector público. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 3(2), 143-169. <https://doi.org/10.5209/CGAP.55085>
- OCDE (2014). *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264210592-en>
- OCDE (2018). *Panorama de las Administraciones Públicas 2017*. OECD Publishing e Instituto Nacional de Administración Pública – INAP. <https://doi.org/10.1787/9789264304543-es>
- Porret, M. (2014). *Gestión de personas: Manual para la gestión del capital humano en las organizaciones* (6.ª ed.). ESIC.
- Taylor, J. y Westover, J. H. (2011). Job satisfaction in the public service. *Public Management Review*, 13(5), 731-751. <https://doi.org/10.1080/14719037.2010.532959>
- Thijs, N., Hammerschmid, G. y Palaric, E. (2017). *A comparative overview of public administration characteristics and performance in EU28*. Comisión Europea. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8072>



Referencia: Iglesias González, F. (2022). Alcance de la afectación y desafectación del dominio público y sus efectos sobre el derecho de reversión. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 156-172. <https://doi.org/10.24965/reala.11105>

Alcance de la afectación y desafectación del dominio público y sus efectos sobre el derecho de reversión

Scope of the affectation and disaffectation of the public domain and its effects on the right of reversal

Iglesias González, Felipe
Universidad Autónoma de Madrid (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1380-6738>
felipe.iglesias@uam.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid. Líneas de investigación: derecho urbanístico, derecho a la vivienda, dominio público, régimen jurídico actuación administrativa.

RESUMEN

La mecánica de la afectación y desafectación para distinguir los bienes patrimoniales de los demaniales se encuentra en evidente crisis. Frente a la legislación y doctrina que continúan afirmando la necesidad de la afectación y desafectación formal, una nítida jurisprudencia enfatiza tanto la necesidad de afectación material como la existencia de desafectación tácita. Esta línea jurisprudencial tiene un evidente efecto en el ejercicio del derecho de reversión en supuestos expropiatorios. De esta forma, una línea jurisprudencial, ciertamente minoritaria, reconoce el derecho de reversión bien cuando se demuestra la falta de afectación material, bien cuando se acredita la existencia de una desafectación tácita. Sin embargo, una jurisprudencia mayoritaria supera este análisis, haciendo hincapié, por ejemplo, en el cumplimiento de la finalidad urbanística conjunta.

PALABRAS CLAVE

Dominio público; Afectación material; Desafectación tácita; Derecho de reversión.

ABSTRACT

The assignment and reversal mechanism separating public assets and publicly owned assets is in a clear state of crisis. Whereas the legislation and academic legal opinion affirm the need for formal assignment and reversal, a clear line of case law emphasises the practical need for material assignment and tacit reversal. This case law clearly acknowledges the right of reversion in the event of expropriation when there is no material assignment, or when a tacit reversal is proven. However, the majority of the case law goes beyond this analysis and focuses instead on the accomplishment of the overall urban purpose.

KEYWORDS

Public domain; Material assignment; Tacit reversal; Right of reversion.

SUMARIO

ABREVIATURAS. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA AFECTACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO. LA RELEVANCIA DE LA AFECTACIÓN MATERIAL. 3. LA DESAFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO. ALCANCE DE LA DESAFECTACIÓN TÁCITA. 4. DISCUSIÓN Y RESULTADOS. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN Y DESA-

FECTACIÓN SOBRE EL DERECHO DE REVERSIÓN. 4.1. EFECTOS DE LA FALTA DE AFECTACIÓN MATERIAL SOBRE EL DERECHO DE REVERSIÓN. 4.2. DISTINCIÓN ENTRE FALTA AFECTACIÓN MATERIAL Y PARCELAS SOBRANTES. 4.3. EFECTOS DE LA DESAFECTACIÓN TÁCITA SOBRE EL DERECHO DE REVERSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABREVIATURAS

- LEF:** Ley de 16 de diciembre 1954 de expropiación forzosa.
LOE: Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.
LPAP: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
RBEL: Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.
RGU: Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978 de 25 de agosto.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta claro que la mecánica de la afectación y desafectación para distinguir los bienes patrimoniales de los bienes demaniales se encuentra en evidente crisis. Por una parte, en la práctica real hay un número considerable de bienes patrimoniales que, a pesar de no haber sido formalmente afectados a un uso o servicio público, se encuentran materialmente destinados a fines públicos¹. Por otra, la propia legislación no ha podido evitar reconocer la existencia de bienes que, a pesar de no ser formalmente dominio público, les resulta aplicable alguno de los privilegios que caracterizan al dominio público² o ha establecido por Ley el carácter patrimonial de conjuntos de bienes que se destinan (o se han destinado) a usos o servicios públicos³.

Finalmente, la jurisprudencia ha huido en múltiples ocasiones de las formalidades para determinar la existencia o inexistencia del dominio público y ha terminado por convertir los actos de afectación y desafectación en meros indicios no determinantes del carácter demanial o patrimonial de los inmuebles de titularidad pública.

Analizamos, a continuación, la situación actual de las técnicas de afectación y desafectación, para ponerlas en relación con el derecho de reversión, auténtica prueba del alcance real de la afectación y desafectación del dominio público.

2. LA AFECTACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO. LA RELEVANCIA DE LA AFECTACIÓN MATERIAL

La normativa reguladora del dominio público continúa manteniendo los cánones tradicionales reguladores de la mecánica de la afectación y desafectación del dominio público, impertérrita ante las construcciones jurisprudenciales (y académicas) que enfatizan esquemas diferentes para la afectación y desafectación de los bienes demaniales.

La LPAP parte de una definición del dominio público que pivota sobre la afectación, estableciendo en su artículo 5.1 que «son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales». A estos efectos, la LPAP continúa estableciendo que la afectación «deberá hacerse en virtud de acto expreso por el órgano competente» (art. 66.1 LPAP), contemplando como única excepción legal que la afectación derive «de una norma con rango legal»⁴, de forma que la norma

¹ Baste al efecto los ejemplos que utiliza Chinchilla Marín (2001, p. 171).

² *Vid.*, al respecto, art. 30.3 LPAP.

³ *Vid.* Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal (arts. 29.1 y disposición adicional 2.^ª) o Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras, en relación con el patrimonio aeroportuario (art. 9).

⁴ Una de estas modalidades de afectación legal (y que por lo tanto no precisaría de acto administrativo expreso) se encontraría en el propio art. 5.3 LPAP que prevé que «los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público». De esta forma, cualquier oficina propiedad de la Administración General del Estado (o del resto de organismos públicos) tendrá la consideración «en todo caso», esto es

establece que la afectación a través de acto administrativo expreso es el mecanismo más idóneo⁵, la regla general⁶ o el supuesto ordinario⁷.

Además de esta afectación por acto administrativo, que tradicionalmente se denomina formal o expresa, se prevén las siguientes modalidades de afectación que podríamos denominar implícita⁸ y que surten, se dice expresamente, los mismos efectos que la afectación formal (art. 66.2 LPAP): i) Afectación por expropiación forzosa; ii) Afectación por la aprobación por Consejo de Ministros de planes y proyectos cuando de «ellos resulte la vinculación de bienes o derecho determinados a fines de uso o servicio público» o iii) Afectación de bienes muebles. Igualmente, puede considerarse como afectación implícita la adscripción regulada en el art. 73 LPAP.

El art. 66.2 LPAP también contempla mecanismos que podríamos denominar como afectación tácita, aunque no utiliza esta expresión, tales como: i) Afectación por utilización pública, notoria y continuada por la Administración de bienes para un servicio o para un uso público, sin que se establezca cuál es el plazo requerido para que esta modalidad de afectación sea eficaz y ii) Afectación por prescripción adquisitiva, debiéndose entender que la modalidad anterior es diferente de los mecanismos legales de la prescripción adquisitiva. Esta definición legal de las modalidades de afectación mejora con creces la limitada previsión que al respecto se recogía en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, que se limitaba a recoger la afectación formal en su art. 123.

De esta forma, la LPAP recoge prácticamente todas las modalidades de afectación que, por ejemplo, propusieron Parejo Gámir y Rodríguez Oliver (1976, p. 20), desde la afectación por norma, pasando por la afectación expresa, la implícita (por expropiación o aprobación de planes y proyectos) o la presunta (por prescripción adquisitiva o por utilización pública, notoria y continuada por la Administración de bienes).

La normativa patrimonial autonómica ha sido algo más atrevida a la hora de denominar las modalidades de afectación; por ejemplo, la legislación patrimonial catalana prevé la afectación al uso general o a los servicios públicos «implícita de planes, programas, proyectos o resoluciones aprobados por el Gobierno de la Generalidad»⁹.

Finalmente, el RBEL (art. 8) recoge la regulación más completa de la afectación de los bienes de las Administraciones Locales, distinguiendo tres clases: i) Expresa: mediante un expediente en que se acredite la oportunidad y legalidad de la afectación; ii) Implícita: no se requiere un expediente administrativo específico sino que se entiende afectado un bien cuando la corporación local ha manifestado su voluntad con iguales o superiores requisitos que para la afectación expresa; se da en dos supuestos: aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana y con la aprobación de los Planes de obras y servicios; iii) Presunta o tácita: no se requiere de ningún acto formal, de forma que la afectación de determinados bienes locales al dominio público se produce por el paso del tiempo, contemplándose dos supuestos: que un bien patrimonial sea utilizado de un modo general durante veinticinco años y que la Corporación Local adquiera por usucapión (de acuerdo a las reglas generales del Derecho Civil) un bien privado que haya sido utilizado por la generalidad.

La gran diferencia cualitativa que presenta la afectación en el ámbito local es la relativa a la afectación «automática» a través de la aprobación del planeamiento urbanístico, regla que, naturalmente, únicamente puede funcionar mecánicamente para los bienes de titularidad pública local (nunca para los de titularidad privada¹⁰, ni con respecto a los que resulten titularidad de otras Administraciones públicas¹¹), pero que provoca evidentes efectos sobre los mecanismos de afectación y desafectación de los bienes de otras Administraciones públicas. De esta forma, la afectación automática a través del planeamiento prevista en el art. 8.4 RBEL jugará directamente en relación con los bienes que sean en ese momento titularidad de la Administración local, pero, inevitablemente, se diferirá su aplicación a aquellos terrenos que, aunque el planeamiento dibuja

(puede interpretarse) sin necesidad de afectación formal, de bien demanial, sin perjuicio (obvio es) de su eventual desafectación en el supuesto de no mantenerse el uso de oficinas.

⁵ *Vid.*, en este sentido, González García (2005, p. 90).

⁶ Así lo afirma expresamente Climent Barberá (2004, p. 718).

⁷ *Vid.*, en este sentido, Rodríguez-Arana (2007, p. 93).

⁸ *Vid.*, en idéntico sentido, Climent Barberá (2004, p. 720).

⁹ *Vid.* art. 8.1.c) del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña. En similar sentido, la legislación patrimonial aragonesa contempla, además de la aceptación formal y de las modalidades recogidas en la legislación patrimonial estatal, la afectación por la «aprobación por el Gobierno de Aragón de programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios, cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público» (art. 83.1.d del Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre).

¹⁰ En idéntico sentido, se manifiesta Escuin Palop (1999, p. 64).

¹¹ Se analiza esta cuestión en Iglesias González (2016).

afectos a un uso o a un servicio público, todavía no son propiedad de la Administración municipal y que pasarán a serlo en el momento en el que se apruebe y sea firme en vía administrativa el correspondiente proyecto de equidistribución¹², tal y como se prevé expresamente en el art. 124 del RGU. En conclusión, los terrenos que se deriven de la cesión del correspondiente porcentaje de aprovechamiento urbanístico se incorporarán al Patrimonio municipal del suelo, habida cuenta su carácter patrimonial, mientras que todos los que se deriven de cesiones dotacionales se afectarán al dominio público¹³ cuando se apruebe la reparcelación, puesto que con anterioridad será de propiedad no municipal (esto es, privada); de forma que, no basta con la aprobación del planeamiento para la afectación demanial, sino que es necesaria la aprobación (y firmeza en vía administrativa) de la reparcelación¹⁴.

A la vista de todo lo anterior, para que un bien de titularidad de una Administración pública pase a ser dominio público, y le resulte aplicable las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, resulta necesario que la Administración competente acuerde su afectación en cualquiera de las modalidades analizadas, con evidente predominio de la afectación formal.

Esta situación legal coincide plenamente con el énfasis que la doctrina ha venido realizando sobre la afectación como elemento clave del dominio público. Desde García de Enterría (1954, p. 20) hasta García-Trevijano Fos (1959, p. 18), pasando por Ariño Ortiz (1973, p. 45), Sánchez Blanco (1979, p. 232) o Sainz Moreno (1999, p. 491).

Pero, ¿y si el bien en cuestión, a pesar de la afectación formal, no se destina materialmente al fin previsto? ¿Puede haber real afectación sin que un bien se destine efectivamente a un uso o a un servicio público? ¿Tiene sentido que un inmueble se considere inalienable si no se dedica efectivamente a un uso o servicio público?

La respuesta a todas estas preguntas es rotunda a la vista de la legislación que hemos analizado. Una vez afectado un bien al dominio público (formalmente por una norma, por un acto expreso o de forma automática, implícita, tácita o presunta)¹⁵ le resultará aplicable el régimen jurídico del dominio público hasta su

¹² En este sentido, la STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2007 (JUR 2007\265374; rec. núm. 359/2006) concluye: «Es cierto que el art. 8.4 dispone que la alteración de la calificación jurídica se produce automáticamente con la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obra, pero también lo es que el art. 3.1 establece que sin perjuicio de la vinculación del suelo a su destino urbanístico desde la aprobación de los Planes, la afectación de los inmuebles al uso público se producirá, en todo caso, en el momento de la cesión de derecho a la Administración actuante conforme a la legislación urbanística, por lo que se hace preciso analizar ésta, especialmente cuando se trata de suelo total o parcialmente sin desarrollar».

En similar sentido, la STSJ de Cataluña de 30 mayo de 2007 (JUR\2007\303045; rec. núm. 37/2007) concluye que «ineludiblemente una figura de planeamiento urbanístico por su mera naturaleza se halla imposibilitada de producir una transmisión de una titularidad dominical o de otro orden o una transmutación de esa titularidad ya que sólo por los procedimientos de gestión o ejecución urbanística puede lograrse esa resultancia».

¹³ Interpretación que queda corroborada con la expresión del apartado segundo del mismo art. 124 del RGU que prevé que «los terrenos que el plan destine al dominio público municipal quedarán afectados al mismo sin más trámites».

¹⁴ Interesante, a estos efectos, resulta la posición de Bremond Triana (2011a, p. 30) que niega que la afectación automática del RBEL pueda ser aplicada a los bienes afectos a servicios públicos a la vista del diferente tratamiento que, precisamente, en relación con la afectación, se establece en el RBEL para los bienes destinados a un uso público (art. 3) y los destinados a un servicio público (art.4). Idéntica argumentación se puede encontrar en Bremond Triana (2011b).

Aun tratándose de un argumento inteligente, muy bien articulado y defendible *lege ferenda*, no puede dejar de tenerse en cuenta que estos preceptos son superados por la alteración automática de la calificación de los bienes locales recogida en el art. 8.4 RBEL a través del planeamiento urbanístico. Hoy por hoy, todos los terrenos destinados a dotaciones públicas (incluidos los equipamientos) deben destinarse a un uso o a un servicio público, lo que provoca, inevitablemente, su afectación «automática» a un uso o servicio público desde el momento de la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento de que se trata, y esto es lo que se establece, con meridiana claridad, en el citado art. 8.4 RBEL. Aunque es claro que esta afectación únicamente podrá producirse a partir del momento en el que el Ayuntamiento sea titular a través de la reparcelación.

Pascual Martín (2020, p. 1) realiza un estudio concienzudo y definitivo sobre esta cuestión descartando expresamente la posibilidad de una «demanialidad *in itinere*».

De forma didáctica, Menéndez Rexach (2005, p. 21) ha afirmado que «la naturaleza demanial de los terrenos dotacionales debe determinarse con arreglo a los criterios establecidos con carácter general para la calificación de un bien como de dominio público: titularidad pública del bien y afectación al uso o servicio público». Aunque no puede dejar de tenerse en cuenta que diversas normas autonómicas prevén expresamente que parcelas dotacionales pueden pertenecer al patrimonio público del suelo, lo que explica que la Dirección General de los Registros y Notariado haya afirmado que «son viables e inscribibles en el Registro de la Propiedad los derechos de superficie sobre parcelas dotacionales integrantes en el Patrimonio Municipal del Suelo» (Respuesta de 29 de mayo de 2013 a consulta del Ayuntamiento de Madrid). Aunque la jurisprudencia ha afirmado que el derecho de superficie no es viable en suelos demaniales, únicamente sujetos a concesión administrativa; ejemplos rotundos de declaración de nulidad lo encontramos en las STSJ del País Vasco de 20 de enero de 2004 (JUR 2004\101181; rec. núm. 839/2000) y STSJ de Andalucía de 2 de junio de 2016 (JUR\2016\218482; rec. núm. 198/2014).

¹⁵ Un intento de distinguir estas modalidades de afectación, habitualmente utilizados de forma indistinta, se puede encontrar en Franch i Sauer (2004, p. 399). *Vid.* también Climent Barberá (2004, p. 715) que afirma que en la LPAP pueden clasificarse las afectaciones en «expresas y tácitas o implícitas, formales y no formales, y administrativas y legales».

desafectación formal o expresa. También buena parte de la doctrina ha apoyado esta posición¹⁶, admitiéndose expresamente que la afectación tácita implica la necesidad de aplicación del especial régimen jurídico del dominio público¹⁷.

Sin embargo, parte de la jurisprudencia y de la doctrina han recorrido otros caminos. Por una parte, la jurisprudencia viene exigiendo que la afectación formal venga acompañada de la afectación material.

Un buen ejemplo lo encontramos en la STS de la Sala de lo Civil de 21 de septiembre de 2011 (RJ/2011\6574; rec. núm. 561/2008)¹⁸ que concluye:

«(...) según se deduce de lo dispuesto por el artículo 339 del Código Civil son bienes de dominio público los destinados al uso o al servicio público y ello requiere no sólo una afectación formal sino también una adscripción efectiva que lógicamente, por su propia naturaleza, comporta la atribución a dichos bienes de un carácter inalienable e imprescriptible por razón del destino al interés general que le es propio, de modo que “no existiendo tal afectación material, los bienes han de ser considerados como patrimoniales o de propiedad privada perteneciente al Estado”».

Resulta espectacular no sólo el razonamiento de esta Sentencia, sino también la cita del Código Civil, cuyo artículo referenciado vigente desde 1889 no ha sido formalmente derogado, en lugar de la legislación administrativa, a pesar de que, a estos efectos, tienen contenidos idénticos; cita del Código Civil que pone en evidencia a la jurisdicción civil, más acostumbrada a utilizar el Código Civil que la legislación administrativa. En cuanto al razonamiento utilizado, sorprende su sencillez: si, con base en la definición legal, son dominio público aquellos bienes que se destinan a un uso o servicio público, será determinante la afectación material (real y efectiva) a un uso o servicio público, por encima de la afectación formal, concluyendo tajantemente que si no hay bien adscripción efectiva, bien afectación material (aunque exista afectación formal, ha de entenderse), no podrán ser considerados como dominio público, sino como bienes patrimoniales. Se trata de una perfecta descripción del triunfo de la relevancia de la afectación material sobre la formal, por otra parte ya consolidada en otras sentencias del orden jurisdiccional civil, pudiéndose citar al respecto, por ejemplo, la STS de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009\5829; rec. núm. 351/2005)¹⁹.

Obvio es que, como veremos en el siguiente apartado, la falta de afectación material implica la consideración del bien en cuestión como patrimonial. Es la otra cara de la moneda. Un clamoroso ejemplo se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 19 de diciembre de 2013 (JUR\2013\313036; rec. núm. 151/2013) que, en relación con una acción declarativa de dominio presentada por un particular frente a un Ayuntamiento, afirma:

«Por tanto, en aplicación de esta doctrina, al no constar afectación material a uso o servicio público alguno (más allá de las afirmaciones de la propia parte demandada, sin sustento probatorio alguno –ni siquiera los testigos que declararon pudieron dar razón de tal uso o servicio, afirmando que el pilar era un elemento más de ornato que destinado a uso alguno–), o si ese uso se extendía a toda o parte de la parcela en cuestión (en el catastro aparecía como “improductiva”, y la definida como subparcela b, que sería el propio pilar, no aparece como destinada a uso alguno), y habiendo constancia documental de la posesión pacífica, pública, a título de dueño y sin interrupción durante más de treinta años, el dominio se habría adquirido a través de la figura de la prescripción adquisitiva del dominio».

¹⁶ Baste a estos efectos la referencia a Clavero Arévalo (1958, p. 62) que concluye que «en los supuestos de falta de simultaneidad entre la afectación formal y la fáctica (...) juega ya desde el momento de la afectación formal el régimen de inalienabilidad, por cuanto la afectación formal es determinante del dominio público, sin que pueda perderse dicho carácter porque transcurran unos meses sin trasladar el servicio a su nueva sede».

¹⁷ *Vid.*, al efecto, Climent Barberá (1979, p. 58).

¹⁸ Esta Sentencia recoge la jurisprudencia explicitada en la STS de la Sala de lo Civil de 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1788; rec. núm. 484/2007).

¹⁹ En esta sentencia, se afirma: «Por otra parte, el precepto constitucional (se refiere al art. 132 CE), en cuanto establece que la ley regulará la desafectación de los bienes de dominio público, no elimina, en rigor, la posibilidad de que ésta se produzca tácitamente en cuanto la misma no se excluya legalmente, siendo de notar que no existe objeción esencial alguna –sino más bien lo contrario por cuanto la imprescriptibilidad deriva conceptualmente de las características del dominio público y no debe extenderse al supuesto en que el bien se ha desafectado, aun no expresamente– a que opere en casos como el que nos ocupa en que, como se declara en la sentencia impugnada, “las fincas litigiosas nunca fueron destinadas al servicio público para el que se afectaron, produciéndose una situación de hecho que contradecía el requisito de la afectación”; ha de advertirse, por último, que los arts. 120 y 121 de la Ley del Patrimonio del Estado, si bien regulan la desafectación expresa de bienes que no sean precisos al uso general o a los servicios públicos, no excluyen la posibilidad de la desafectación tácita».

Esta sentencia del TS no se puede considerar una extravagancia de la jurisdicción civil, sino que encuentra un evidente reflejo y claros antecedentes en la jurisdicción contencioso-administrativa. Un buen ejemplo lo encontramos en la STS de 1 de octubre de 2003 (RJ\2003\8133; rec. núm. 7253/1999) en la que se afirma de forma concluyente:

«Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades Locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así la Sentencia de 28 de marzo de 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal, y las de 5 de abril de 1993 y 23 de mayo de 2001 se manifiestan en el mismo sentido»²⁰.

Un representativo número de decisiones de Tribunales Superiores de Justicia ha reproducido esta jurisprudencia, entre las que merece destacar las siguientes entre las más recientes: STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2022 (rec. núm. 160/2020), STSJ de Andalucía de 12 de septiembre de 2019 (rec. núm. 3860/2019) o STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2018 (rec. núm. 97/2018).

Por parte de la doctrina, Chinchilla Peinado (2009, p. 241) ha resumido esta línea jurisprudencial afirmando que la afectación a un uso o servicio público debe ser inmediata, real y efectiva.

Debe enfatizarse que no nos encontramos ante un problema meramente teórico, sino que tiene una perspectiva práctica inmediata, por ejemplo, si la mera expropiación de un terreno conlleva su conversión en un bien demanial, aunque no se destine materialmente a un uso o servicio público.

Ya hemos comprobado la disparidad entre legislación y jurisprudencia, siempre esta última mucho más cercana a las necesidades reales del tráfico jurídico, por lo que no podemos sino concluir la conveniencia de que la legislación se adapte a la evolución jurisprudencial y se enfatice el destino real de los inmuebles para determinar su efectivo régimen jurídico. Basta, para concluir, acoger la sencillez con la que la STS de 6 de julio de 2011 (RJ 2011\5006; rec. núm. 1409/2007) afirma que «es la voluntad de quien era su titular la que debe comprobarse para poder confirmar si el bien sigue o no afectado al servicio público».

3. LA DESAFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO. ALCANCE DE LA DESAFECTACIÓN TÁCITA

Un esquema jurídico similar al que acabamos de analizar para la afectación se produce en los supuestos de la desafectación, puesto que los legisladores estatal y autonómico, continúan enfatizando la relevancia de la desafectación expresa mediante un acto administrativo en el seno del correspondiente expediente administrativo, que se convierte en la regla general²¹, pretendiendo excluir cualquier otra modalidad de desafectación²². Así, en el ámbito estatal, el art. 69. 2 LPAP establece que «salvo en los supuestos previstos en esta Ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa», aunque no es menos cierto que la LPAP también prevé supuestos de desafectación implícita²³; pudiendo ampliar este criterio al ámbito autonómico²⁴ y local (art. 8 RBEL). Son excepcionales las normas que referencian la desafectación implícita o tácita²⁵, también denominada ésta última de forma poética «desafectación silenciosa»²⁶.

²⁰ Otro buen ejemplo en la jurisprudencia contencioso-administrativa se puede encontrar en la STS de 24 de febrero de 2004 (RJ 2005\2586; rec. núm. 7627/1998) que distingue entre la «aprehensión» formal y material del dominio público.

²¹ *Vid.*, en idéntico sentido, Climent Barberá (2004, p. 738).

²² En estos términos, se manifiesta Climent Barberá (2004, p. 741).

²³ Por ejemplo, para el ejercicio del derecho de reversión (art. 24.4 LPAP), la enajenación de bienes muebles (art. 142.2 LPAP) o la cesión de bienes muebles (art. 143.3 LPAP). Analiza estos supuestos Climent Barberá (2004, p. 740).

²⁴ Sirva como ejemplo la Ley de Patrimonio de la Región de Murcia cuyo art. 28 establece: «La desafectación procederá cuando los bienes o derechos de dominio público dejen de estar destinados al uso general o a la prestación de servicios públicos. La desafectación será, en todo caso, expresa. Sin perjuicio de lo anterior, respecto de aquellos bienes o derechos que hayan sido adquiridos mediante expropiación forzosa, el reconocimiento del derecho de reversión llevará implícita la desafectación del bien o derecho a que se refiera».

²⁵ Por ejemplo, *vid.* art. 35.2 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de las Islas Baleares, art. 64.2 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de Canarias, art. 58 de Ley del Patrimonio del País Vasco, aprobada mediante Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, o el art. 16 del Decreto 78/2021, de 2 de febrero, de la Junta de Andalucía, por el que se establece el procedimiento para la enajenación de tierras vacantes precedentes del extinto Instituto Andaluz de Reforma Agraria.

²⁶ *Vid.* STS 25 de mayo de 1995 (RJ 1995\4264; rec. núm. 72/1992).

Esta situación legal actual contrasta abiertamente con la legislación administrativa del siglo XIX y de comienzos del XX que abiertamente establecía, incluso en el supuesto de dominio público natural, la propiedad privada si se acreditaba la innecesariedad pública.

Por ejemplo, en materia de costas, el art. 4 de la Ley de Aguas de 1866 establecía que «cuando ya no los bañen las aguas del mar, ni sean necesarios para los objetos de utilidad pública, ni para el establecimiento de especiales industrias, ni para el servicio de vigilancia, el Gobierno los declarará propiedad de los dueños de las fincas colindantes en aumento de ellas». Esta especie de desafectación tácita se articula con posterioridad a través de la práctica del deslinde en la Ley de Puertos de 1880²⁷, manteniéndose en el Real Decreto-Ley de enero de 1928, pero varía radicalmente en la siguiente legislación de costas. En efecto, la Ley 28/1969, de 26 de abril, de Costas, establece un rígido régimen de la desafectación estableciendo la necesidad de recepción expresa para dejar de ser bienes demaniales, en evidente influencia de la legislación de patrimonio del Estado²⁸; este cambio de tendencia también ha provocado que la jurisprudencia haya cerrado la vía de la desafectación tácita en el ámbito del dominio público natural²⁹.

Esta victoria final de la desafectación expresa como única pieza jurídica contrasta abiertamente con el artículo 341 del Código Civil, por cierto, todavía formalmente vigente, que establece, sin contemplar la necesidad de especial trámite, que «los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado».

En el ámbito del derecho local, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955 contemplaba la desafectación tácita en su art. 8.5, cuando hubieren dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de la afectación pública, pero esta previsión ha desaparecido en la redacción del vigente RBEL.

En cambio, y como perfecto contrapunto, tanto la doctrina³⁰ como la jurisprudencia han venido aceptando abiertamente las desafectaciones tácitas. Así, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la regulación de la desafectación expresa no significa necesariamente la negación de la desafectación tácita³¹ y por ejemplo la STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015\185; rec. núm. 967/2012) ha admitido expresamente la desafectación tácita de bienes previamente expropiados «cuando se deduzca de hechos que por su evidencia la revelen, correspondiendo su prueba al solicitante por constituir esta forma o modalidad de desafectación una excepción a la regla general» y ha concluido que también debe considerarse que la desafectación tácita «alcanza a aquellos supuestos de cese definitivo de las obras o servicios que motivaron su permanente afectación»³². Es habitual que esta defensa de la desafectación tácita venga acompañada de la cita de la STS de 30 de noviembre de 1965, el dictamen del Consejo de Estado de 14 de febrero de 1949³³, el artículo 341 del Código Civil o las doctrinas francesa e italiana³⁴. Aunque, a pesar de admitir la desafectación tácita,

²⁷ Así, el art. 2 de la Ley de Puertos de 1880 establecía que «(...) cuando por consecuencia de estas accesiones y por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos sobrantes de lo que era antigua zona marítimo-terrestre pasarán a ser propiedad del Estado, previo el oportuno deslinde por los Ministerios de Hacienda, Fomento y Marina, y el primero podrá enajenarlos para servicios marítimos u otros de utilidad pública. Si se enajenasen con arreglo a las leyes, se concederá el derecho de tanteo a los dueños de terrenos colindantes».

²⁸ El apartado 2 del artículo 5 de la Ley de Costas de 1969 establecía que «cuando por consecuencia de estas accesiones o por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquel, los terrenos de la zona marítimo-terrestre que no constituyan playa y no sean necesarios para el uso público, se incorporarán al patrimonio del Estado, una vez recibidos por el Ministerio de Hacienda, con arreglo a la Ley reguladora de dicho patrimonio y previo el oportuno deslinde».

²⁹ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2011 (RJCA 2011\729; rec. núm. 124/2010). También niega la desafectación tácita de bienes demaniales la Sentencia núm. 137/2020 de 2 de septiembre del Juzgado de primera instancia núm. 1 de La Coruña (JUR 2020\277830) sobre el pazo de Meirás.

³⁰ *Vid.*, al respecto, García de Enterría (1954, p. 26 y ss.). Elocuente es Climent Barberá (2004, p. 741) al afirmar que «la exclusión de la desafectación tácita por actos materiales es contradictoria con la propia definición legal del dominio público, pues recordemos que los bienes de dominio público son los vinculados a un uso o servicio público, y si tal vinculación no existe –aunque no venga formalmente declarada– decae el carácter demanial de los bienes».

³¹ Así, la STS de 25 de mayo de 1995 (RJ 1995\4264; rec. núm. 72/1992) concluye que, a pesar de la regulación en los arts. 120 y 121 de la ya derogada Ley de Patrimonio del Estado, «la desafectación expresa de bienes que no sean precisos al uso general o a los servicios públicos, no excluyen la posibilidad de la desafectación tácita».

En idénticos términos, la STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015\185; rec. núm. 967/2012) afirma que «los artículos 120 y 121 de la Ley del Patrimonio del Estado, si bien regulan la desafectación expresa de bienes que no sean precisos al uso general o a los servicios públicos, no excluyen la posibilidad de la desafectación tácita».

³² Un comentario a la Sentencia referenciada en el texto se puede encontrar en Murga Fernández (2015).

³³ Un análisis al referido Dictamen se puede encontrar en García de Enterría (1954, p. 27).

³⁴ En este sentido, cabe citar la STS de 2 de junio de 1989 (RJ 1989\4322).

la jurisprudencia también ha advertido que «no puede haber duda de que ésta ha de resultar probada por actos concluyentes que de modo claro y rotundo pongan de manifiesto que la misma se ha producido»³⁵.

A pesar de lo anterior y tal como ocurría en los supuestos de afectación, existe una práctica jurisprudencial que pone en duda la virtualidad de la desafectación tácita enfatizando que la normativa estatal únicamente reconoce la desafectación de forma expresa³⁶.

Es evidente que la necesidad de afectación material para que pueda hablarse de auténtica afectación a un uso o servicio público y la posibilidad jurídica de desafectación tácita son vasos comunicantes y, como hemos anticipado antes, caras de la misma moneda, puesto que la justificación de la necesidad de afectación material puede implicar (para los supuestos de previa afectación formal) la aplicación de la desafectación tácita (siempre y cuando no se haya producido una desafectación formal). Pero también es claro que, si no se ha producido la afectación formal, será innecesario hablar de la necesidad de propia desafectación tácita, pues bastará con justificar que no se ha producido auténtica (y completa) afectación.

De todo lo anterior, se colige que las técnicas de la afectación formal y de la desafectación formal no tienen sentido ante las necesidades sociales actuales que requieren mecanismos más ágiles. Esto es, no es razonable establecer complejos mecanismos de defensa jurídica para muchos bienes públicos que, sencillamente, no necesitan la protección que caracteriza al dominio público que, como inteligentemente ha propuesto Menéndez Rexach (2007, p. 83), debería reducirse al dominio público natural, en el que, evidentemente, pierden sentido las técnicas de la afectación y desafectación³⁷.

Resulta claro que uno de los ámbitos jurídicos en los que resulta clave el régimen jurídico de la afectación y desafectación demanial es el del derecho de reversión, puesto que, precisamente, la falta de afectación y la desafectación son supuestos de hecho determinantes del ejercicio de este derecho. A continuación, analizamos su régimen jurídico, desde la perspectiva de las herramientas de la afectación y desafectación.

4. DISCUSIÓN Y RESULTADOS. EFECTOS DE LA FALTA DE AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN SOBRE EL DERECHO DE REVERSIÓN

Resulta claro que uno de los ámbitos jurídicos en los que resulta clave el régimen jurídico de la afectación y desafectación demanial es el del derecho de reversión, puesto que, precisamente, la falta de afectación y la desafectación son supuestos de hecho determinantes del ejercicio de este derecho.

El derecho de reversión se encuentra regulado en dos legislaciones diferentes, en función de la modalidad expropiatoria de que se trate: si la expropiación tiene un origen urbanístico (régimen especial) se aplicarán los criterios definidos en el artículo 47 del TRLS/15, mientras que en el resto de supuestos (régimen común) se aplicarán los criterios recogidos en el art. 54 de la LEF en la redacción dada por la LOE. Es conocido que la regulación dada por la LOE al régimen común se basó en algunos aspectos que había anticipado el régimen especial³⁸, de forma que hay bastantes elementos comunes en ambos regímenes del derecho de reversión. En nuestra opinión, estos dos regímenes deberían unificarse definitivamente puesto que no tiene sentido, hoy en día, mantener este doble régimen, sobre todo para ser congruentes con la configuración de la reversión como un derecho de configuración legal³⁹ que se rige por el derecho vigente en el momento de ejercitarse⁴⁰, puesto que si para el ejercicio del derecho de reversión no resulta relevante el régimen del derecho de reversión vigente en el momento de la expropiación (potencialmente, recogido en normas diferentes), sino el aplicable en el momento del ejercicio del derecho de reversión, ¿qué justifica mantener dos regímenes diferentes del derecho de reversión?

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Un magnífico ejemplo se encuentra en la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2016 (JUR 183705; rec. núm. 575/2015).

³⁷ En similar sentido, Santamaría Pastor (2004, p. 82) afirma, en términos que compartimos, que «en una economía de mercado, basada en la libre circulación de bienes, la técnica de la extracomercialidad debe limitarse exclusivamente a aquellas masas de bienes cuya preservación u otros valores equivalentes o aconsejen: a todos los necesarios, pero ni a uno más de los necesarios».

³⁸ En idéntico sentido, se manifiesta De Castro Vítóres (2001, p. 28).

³⁹ *Vid.*, por ejemplo, STC 67/1988, de 18 de abril. García de Enterría (2001, p. 266) realiza una abierta crítica a esta consideración de la reversión como «derecho de configuración legal», afirmando que la reversión se encuentra vinculada al contenido esencial del derecho de propiedad. En similar sentido, De Castro Vítóres (2001, p. 61) afirma que «el derecho de reversión no es algo posterior, o secundario, sino la consecuencia natural, desde el punto de vista de la garantía constitucional, de una privación sin causa». En idéntica línea se manifiesta el derecho alemán, analizan este régimen Baño León (1990, p. 218) y García Luengo (2000, p. 193).

⁴⁰ Un completo análisis de este paradigma se puede encontrar en Horgué Baena (2011, p. 155).

A continuación, analizamos el régimen jurídico del derecho de reversión, desde la perspectiva de las herramientas de la afectación y desafectación.

4.1. Efectos de la falta de afectación material sobre el derecho de reversión

Ha de tenerse en cuenta, desde el primer momento, que la normativa urbanística reguladora del derecho de reversión no hace referencia alguna a la afectación o desafectación como supuesto de hecho de la reversión⁴¹, centrándose prácticamente en exclusiva en el cambio de uso por planeamiento, lo que permite, sorprendentemente, que la falta de construcción de una dotación no genere la existencia del derecho de reversión, puesto que bastará para negar la existencia del derecho de reversión con acreditar que el planeamiento continúa estableciendo la afectación formal del suelo a un uso público⁴². Diferente es el régimen de las expropiaciones no urbanísticas, estableciendo expresamente el primer inciso del artículo 54.1 LEF que existe el derecho de reversión «en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación».

La jurisprudencia ha resumido con claridad los supuestos en los que la legislación de expropiación forzosa admite el ejercicio del derecho de reversión, afirmando por ejemplo la STS de 3 de junio de 2013 (RJ 2013\5264; rec. núm. 4476/2010) que «del estudio concordado de los artículos 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 y siguientes de su Reglamento se deduce que la reversión de los bienes o derechos expropiados procede en tres supuestos: a) cuando no se ejecute la obra o no se establece el servicio que motivó la expropiación; b) cuando, realizada la obra o establecido el servicio, quede alguna parte sobrante de los bienes expropiados, y c) cuando desaparezca la afectación de los bienes o derechos de las obras o servicios que motivaron la expropiación, pudiendo ser la desafectación expresa, mediante acuerdo de la Administración, o tácita, deduciéndose de otros acuerdos o actos que claramente impliquen dicha expresión de voluntad (...)».

Si nos centramos en el ámbito del derecho de reversión en expropiaciones no urbanísticas, resulta clave distinguir entre los supuestos de ejercicio del derecho de reversión por falta de afectación material y por desafectación tácita, porque los primeros no se encuentran sujetos a plazo alguno (una vez pasados los primeros cinco años desde la toma de posesión del bien ex art. 54.3.b LEF) mientras que los supuestos de desafectación (cabe entender que tanto la formal como la material) se encuentran sujetos a un plazo de veinte años también contados desde la toma de posesión (art. 54.3.a LEF).

La jurisprudencia ha reconocido abiertamente la existencia del derecho de reversión en las expropiaciones no urbanísticas en los supuestos en los que se ponga de manifiesto que no se ha ejecutado la obra o no se ha implantado el servicio que motivó la expropiación, supuesto de hecho que podemos identificar sin ninguna dificultad con la falta de afectación material, en los términos que hemos analizado *supra*, con independencia de que haya habido afectación a través de la propia expropiación forzosa. A pesar de que una línea jurisprudencial afirma que el punto de partida de este supuesto de reversión reside en la «inactividad absoluta»⁴³ de la Administración, otra línea ha admitido sin dificultad el contraste de la ejecución de la obra o servicio que justificó la expropiación parcela a parcela. Un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial se encuentra en la STSJ de Madrid de 12 de julio de 2012 (JUR\2012\318015; rec. núm. 981/2007) que afirma:

«En el supuesto de autos no existe prueba alguna de que alguna vez se estableciese la obra o se implantase el servicio. El Abogado el Estado, en la contestación a la demanda, parece

⁴¹ Vid. art. 47 TRLS/15.

⁴² Vid., en este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2010 (JUR 2010\313129; rec. núm. 229/07) que afirma: «Encontrándonos ante una expropiación urbanística y atendiendo a la causa de excepción prevista en la Ley del Suelo, y teniendo en cuenta que la norma de aplicación no exige la ejecución de las obras, sino que el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público, por tratarse como se deduce de lo anteriormente expuesto ante un expropiación urbanística, que se rige por la Ley del Suelo y en particular por lo dispuesto en el artículo 40.2 en cuanto a los supuestos de excepción de las causas de reversión, hay que concluir que estando destinados los terrenos expropiados cuya reversión se pretende a Campus científico, el nuevo fin al que se destinan los terrenos es dotacional y de interés público o social y por tanto no procede la reversión». Doctrina que es reiterada en otras muchas decisiones del TSJ de la Comunidad Valenciana, ninguna de ellas casadas por el Supremo, bastando la cita de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2012 (JUR 2013\63256; rec. núm. 2405/2008).

⁴³ Vid. en este sentido, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 1997 (RJ 1997\3092; rec. núm. 2355/1992). Comenta esta línea jurisprudencial García Gómez de Mercado (2007, p. 309).

ampararse en la tesis de que en las grandes áreas expropiadas no existe el derecho a la reclamación de una finca concreta pues dicha finca se ha diluido en el cómputo global expropiado. Ello no es así. Lo que se ha dicho es que tal cosa sucede cuando la expropiación conlleva transformaciones urbanísticas que provocan que el suelo se ha alterado por el juego de aprovechamientos con lo que no puede predicarse el derecho a un suelo determinado ya que éste no procede del original sino de las transformaciones algo que no guarda relación alguna con el supuesto planteado en las presentes actuaciones».

Esta Sentencia aquilata el deber de la Administración para justificar la efectiva afectación, a pesar del evidente y correlativo deber de prueba de quien solicita la reversión⁴⁴, y justifica la inexistencia de plazos de prescripción o caducidad en estos supuestos al enfatizar, en los siguientes términos, que el único plazo temporal es el referido de cinco años realizar la obra o implantar el servicio:

«El esquema básico de la expropiación forzosa es y debe ser forzosamente rígida en cuanto contiene la delimitación y pretensión del derecho a la propiedad que establece la Constitución. Cualquier persona puede verse obligado a dejar su propiedad, que habrá de sustituirse por su justo precio, en caso de utilidad pública o interés social, la primera concretada es el destino a una obra o servicio público. Correlato necesario de este principio es el de que, desaparecida la causa desaparece el efecto y por ello el bien ha de ser devuelto. Sobre esta principio (sic) ha de dejarse sentado que es el beneficiario de la expropiación quien, por situarse en el seno de un modo excepcional de adquisición de la propiedad, ha de probarse en todo momento que concurren los cambios para esa excepcionalidad. No es admisible, por ello, que la Administración del Estado, como hace a lo largo del procedimiento, pretende imputar al desposeído la carga de probar que hizo la Administración en el bien que expropió. La presunción a favor, de utilización del bien conforme a los términos de la Ley, la asiste únicamente en un primer momento y abarca exclusivamente el plazo de cinco años que contemple el art. 54,3. b) de la Ley de Expropiación para iniciar en obra o implantar el servicio plazo cuya expiración permite el ejercicio de la acción de reversión».

Otro buen ejemplo se encuentra en la STSJ de Madrid de 15 de mayo de 2001 (RJCA 2001\827; rec. núm. 2982/1995) que, en relación con el Decreto-ley, de 27 de junio de 1970, sobre Actuaciones Urbanísticas Urgentes en Madrid y Barcelona, concluye:

«Así las cosas, debe concluirse que la obtención de suelo urbanizado constituyó la auténtica *causa expropriandi* de las actuaciones expropiatorias llevadas a cabo al amparo de dicho Decreto-ley. En contra de lo sostenido por la Comunidad de Madrid, si bien es cierto que la puesta en marcha de las medidas necesarias para atender a la exigencia social de demanda de viviendas sociales permitiría “a su vez, crear una oferta ordenada de suelo, como medio de luchar contra la especulación”, la creación genérica de esta oferta no constituyó, en sí misma, la *causa expropriandi* de las actuaciones que se autorizaban, pues, como se ha expresado, lo relevante era la obtención de suelo “urbanizado”.

En consecuencia, lo determinante para constatar si se ha cumplido o no la *causa expropriandi*, es comprobar si efectivamente la zona expropiada ha sido o no urbanizada, pues solamente en tal caso podría decirse que la finalidad de la expropiación ha sido satisfecha mediante la obtención de suelo urbanizado “con destino a la edificación de viviendas o al establecimiento de actividades productivas con sus correspondientes dotaciones de equipo colectivo y servicios complementarios o para la construcción e instalación de edificios y servicios públicos”.

Pues bien, la documentación aportada y concretamente la certificación emitida por el Ayuntamiento de Tres Cantos, acredita que tanto la finca objeto de expropiación como la zona en la que ésta se encuentra situada (Sector oeste de la Actur) se encuentra en el momento actual sin urbanizar, cuando han transcurrido más de treinta años de la expropiación, por lo que resulta indudable que no se ha dado cumplimiento a la *causa expropriandi*, lo que determina la estimación de la demanda interpuesta».

⁴⁴ A estos efectos, cabe citar la doctrina expuesta en la STS de 14 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 2178; rec. núm. 5472/2008).

Aunque en ocasiones se confunde la falta de afectación material con la desafectación tácita. Un buen ejemplo se puede encontrar en la STSJ de Murcia de 19 de noviembre de 2010 (JUR\2011\122381; rec. núm. 498/2006)⁴⁵:

«Interpone el presente recurso D. Felicísimo, en calidad de heredero de D. Landelino, frente a la resolución del MINISTERIO DE DEFENSA de 21 de Marzo de 2006, que no admitía la solicitud de reversión de la parcela NUM000 Finca NUM001 Tentegorra – Término Municipal de Cartagena, que fue expropiada en el año 57 por el Ministerio de Marina para la construcción de polvorines afectos a la Armada, en el Desarrollo del Convenio Defensivo firmado entre España y los EEUU de América el 26 de Septiembre de 1953. (...). Tales polvorines no llegaron a construirse por lo que los expropietarios realizaron diversas gestiones infructuosas a lo largo de los años para recuperar la finca. (...). En consecuencia, producida tanto la desafectación tácita, por no haberse realizado obra alguna sobre la parcela desde 1957, como por la desafectación expresa por resolución 30 de Diciembre de 2004, procede el derecho de reversión ejercitado por los titulares hereditarios del expropiado».

También es nítida la distinción entre los distintos efectos jurídicos en relación con el derecho de reversión en los supuestos de no implantación de la obra o servicio público (sin límite de plazo) y los relativos a la desafectación (limitados a 20 años) en la STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2012 (JUR 2012\384186; rec. núm. 56/2010)⁴⁶:

«En base a tal regulación legal, entiende la actora que en el supuesto de que la obra o servicio no hubiesen llegado a ejecutarse, si bien es menester que hayan transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien como término inicial, la norma no establece ningún plazo para el ejercicio del derecho de reversión; pues ni la Ley de expropiación forzosa, ni su Reglamento dicen nada respecto a un plazo de prescripción o de caducidad, por lo que éste puede ejercitarse en cualquier momento sin que resulte aplicable el plazo de 20 años señalado para el supuesto de que hubiera un exceso de expropiación o la desafectación del bien expropiado.

Argumento éste, sin duda, de peso y que podría dar lugar a entender que no se ha producido la caducidad del derecho de reversión que aduce el abogado del Estado. Pero es que lo que aquí, según la propia recurrente y según de lo actuado en el proceso resulta, no es una falta de establecimiento del servicio; pues en todo caso y así lo razona la actora la masía Mas Solers y los terrenos de la misma fueron utilizados en un momento posterior a su expropiación y esporádicamente para maniobras militares. Lo que acontece, según la tesis del recurrente, es que tal utilización militar ha dejado de existir; pues hace años que ni se realizan maniobras, ni hay actividad militar alguna en la finca expropiada.

Pero con ello estaríamos ante el supuesto de que desafectación del bien expropiado y sería exigible, para el ejercicio de la reversión, que no hubieran transcurrido 20 años desde la implantación del servicio; por lo cual su ejercicio ahora sería del todo extemporáneo.

Pero es que, además, no resulta de lo actuado en este proceso que aquellos destinos militares de “campo de tiro y maniobras”, para los cuales fue expropiada la finca hayan dejado de cumplirse».

A pesar del análisis de los efectos de la afectación material y de la desafectación tácita finca a finca, existe una línea jurisprudencial mayoritaria que, sin distinguir entre expropiaciones de origen urbanístico o no urbanístico, enfatiza que la existencia o no de derecho a reversión no se puede analizar en relación con una finca aislada, sino teniendo en cuenta la finalidad urbanística conjunta. Un ejemplo de esta línea juris-

⁴⁵ Jurisprudencia reiterada, entre otras, por la STSJ de Murcia de 24 de abril de 2015 (JUR\2015\123340; rec. núm. 7/2012) y de 24 de junio de 2016 (JUR\2016\195167; rec. núm. 152/2015). Probablemente, la ausencia de precisión en la calificación del supuesto como falta de afectación material o desafectación tácita tenga que ver con que la solicitud de reversión se realizó antes de la entrada de las modificaciones que introdujo la LOE.

⁴⁶ Sentencia confirmada por la STS de 17 de abril de 2015 (RJ 2015\1978; rec. núm. 4251/2012). Otro buen ejemplo se encuentra en la STSJ de Madrid de 26 enero de 2010 (JUR\2010\169417; rec. núm. 1592/2005) que afirma: «Entrando en el debate jurídico al que la anterior conclusión nos conduce hemos de ratificar la posición de la demandante cuando dice que la ley considera a la no realización de la obra es una causa previa a todas las consideradas en el art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa que, por ello, tiene su cauce específico y que, caso de estimarse, hace ocioso incidir en la hipotética desafectación o la existencia de un terreno sobrante».

prudencial, reiterada por numerosísima jurisprudencia⁴⁷, se encuentra en la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/6866; rec. núm. 8158/2004) que afirma:

«la determinación de si se ha producido o no el cambio de destino o de la inejecución determinante de la reversión no puede efectuarse desde la perspectiva de la finca aislada, sino contemplada en relación con la finalidad urbanística conjunta y dentro de las tareas de ejecución».

Otro vector de esta línea jurisprudencial mayoritaria descarta la existencia del derecho de reversión a pesar de acreditarse la falta de ejecución del fin expropiatorio en aquellos proyectos en los que es justificable la ejecución de obras en plazos abiertos o en palabras del tribunal «no rígidos», como, por ejemplo, la construcción de campus universitarios. Así, la STS de 26 de junio de 2012 (RJ\2012\8272; rec. núm. 3533/2009) establece:

«Pues bien, el presente caso guarda alguna similitud con un problema bien conocido por la jurisprudencia, como es el de aquellas infraestructuras que, habiendo sido ejecutadas en sus elementos principales, han dejado inactuados aspectos secundarios. Esta Sala viene entendiendo que, si el proyecto que legitima la expropiación ha sido básicamente llevado a cabo, no procede la reversión del terreno no destinado efectivamente al mismo. Véanse en este sentido, entre otras, nuestras sentencias de 20 de diciembre de 2004 y 22 de junio de 2005, ésta última específicamente relativa a la expropiación de terrenos para un campus universitario.

El presente caso, sin embargo, presenta una característica que dificulta su solución mediante la simple aplicación del referido criterio jurisprudencial: tal como se desprende de la sentencia impugnada, aquí más que de aspectos secundarios no ejecutados, se trata de un proyecto no enteramente definido desde el principio; es decir, el Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal “Campus de la Universidad Pública de Navarra” está configurado como un proyecto en cierta medida abierto a la evolución de las necesidades de dotaciones universitarias y, por ello mismo, carente de un plazo rígido de ejecución. El problema es, así, si esa relativa indeterminación del fin que justifica la expropiación es legalmente admisible.

Ciñéndose a las muy particulares circunstancias del presente caso, la respuesta debe ser afirmativa, por varias razones. La primera y más importante es que las fincas cuya reversión se solicita nunca han dejado de estar potencialmente afectadas a la causa de utilidad pública que originó la expropiación, sin que conste que hayan sido utilizadas para ninguna finalidad ajena a la misma. Ello supone, como atinadamente dice la sentencia impugnada, que no ha habido utilización fraudulenta del instituto expropiatorio».

Distintos son los supuestos expropiatorios en los que no se pretende la implantación de un proyecto en concreto, por amplio que sea, sino que expropia por motivos urbanísticos, normalmente a través del sistema de actuación por expropiación (no aplicándose habitualmente el régimen de expropiaciones de la LEF, sino de la legislación urbanística⁴⁸), supuesto en el que no cabrá la reversión si se han ejecutado las obras de urbanización. Que no exista derecho de reversión por haberse ejecutado las obras de urbanización no significa que no quepa el derecho de reversión si se produce un cambio de uso en el ámbito expropiado, tal y como reconoció la jurisprudencia a raíz de la STS de 4 de julio de 2005 (RJ\2005\7086; rec. núm. 709/2002) relativa al Parque Empresarial de Las Rozas, que el legislador ha reconducido como un supuesto de retasación⁴⁹, con la abierta crítica de parte de la doctrina⁵⁰.

En todo caso, la jurisprudencia ha reconocido la legalidad del artículo 54 de la LEF que, en su redacción originaria (y también en la actual, en relación con los supuestos de inejecución de obra o no implantación de servicio), no prevé plazo máximo para el ejercicio del derecho de reversión. Así, se ha manifestado contundentemente la STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1660, rec. núm. 6048/2002)⁵¹ en relación con la

⁴⁷ Por ejemplo, pueden citarse la STS de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018\1377; rec. núm. 2903/2016) o la STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2021 (JUR 2022\59081; rec. núm. 305/2021).

⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, la STS de 28 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7662; rec. núm. 3863/2002).

⁴⁹ *Vid.*, en similar sentido, Muñoz Guijosa (2017, p. 1).

⁵⁰ *Vid.*, por ejemplo, Ramos Medrano (2020, p. 1).

⁵¹ Que encuentra un evidente precedente en el fundamento cuarto del voto particular del magistrado Xiol Ríos en la Sentencia de 9 de diciembre de 1997 (RJ 9351) en el que se afirma: «Cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a la reversión –condición resolutoria, acción reivindicatoria, invalidez sobrevenida por desaparición de la causa, desviación de poder por desviación del fin de la expropiación, vinculación de la propiedad adquirida por vía forzosa, incumplimiento de una carga impuesta a la administración en

redacción originaria del citado artículo 54 LEF, línea jurisprudencial que se mantiene con la redacción actual, por ejemplo, en la STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007, 3677; rec. 5185/2004)⁵².

Sin embargo, no parece en absoluto razonable, desde un punto de vista jurídico, que no exista plazo alguno de ejercicio de la acción de reversión, puesto que siempre debe haber plazos de prescripción de acciones, sobre todo cuando se trata de la actuación de particulares. El resultado final resulta sorprendente: se limita temporalmente el ejercicio de la reversión en supuestos de desafectación y parcelas sobrantes (en los que no cabe reversión si han pasado 20 años desde la toma de posesión), pero no cuando la obra no se ejecutó o no se implantó, siendo este precisamente el supuesto en el que parece más evidente que es contrario a la seguridad jurídica que una acción de reversión se pueda producir 20, 30 o más años después de la evidencia (que el propietario expropiado o sus herederos pueden contrastar) del incumplimiento del fin expropiatorio. Sencillamente, sorprende que no prescriban las acciones (se clasifiquen como reales o personales), por mucho que se haya incumplido o cambiado el fin expropiatorio.

4.2. Distinción entre falta afectación material y parcelas sobrantes

Otra de las posibles confusiones de los supuestos de solicitudes de reversión en supuestos de falta de afectación material se encuentra con su difícil relación con los supuestos de parcelas sobrantes (que sí se encuentran sujetas al límite de los veinte años). Llama poderosamente la atención, en primer lugar, que la dicción del artículo 54 LEF, en la redacción dada por la LOE, haga referencia en el apartado primero, como causa del derecho de reversión, a la existencia de «alguna parte sobrante de los bienes expropiados», pero utilice la expresión de «exceso de expropiación» y no de parcela o parte sobrante en el momento de determinar, en el apartado 3 de este artículo 54 LEF, el régimen del ejercicio del derecho de reversión⁵³. Por otra parte, es claro que por «exceso de la expropiación» no puede entenderse actuaciones materialmente expropiatorias sin cobertura normativa, puesto que esta actuación se trataría sencillamente de una vía de hecho, como han puesto de relieve Galán Galán (2002, p. 133) y Gimeno Feliú (2003, p. 173).

Ciertamente, tanto la expresión «parte sobrante» como la de «exceso de expropiación» resultan imprecisas, puesto que no dejan claro si la parte sobrante o el exceso de la expropiación se refieren a cada una de las fincas expropiadas o se refieren al conjunto de los bienes objeto de la expropiación. La diferencia es notable porque, para el supuesto de las parcelas sobrantes, juega el mismo límite temporal de los 20 años desde la toma de la posesión para el ejercicio del derecho de reversión. Aunque del análisis de la primera normativa reguladora de la expropiación forzosa puede concluirse que se identifica con partes de una finca al utilizarse la expresión «porción»⁵⁴, es lo cierto que jurisprudencia ha entendido, con práctica unanimidad,

el marco de una institución de derecho público— dicha institución tiene una doble vertiente, pues no sólo constituye una garantía de la propiedad, sino que está en estrecha relación con una idea de respeto por el poder público a los fines determinantes de la utilidad pública apreciada y declarada en el momento de acordar la privación forzosa de la propiedad a una persona o personas determinadas, hasta tal punto que la vigente Ley de Expropiación Forzosa no ha sujetado el ejercicio de la reversión a plazo alguno de caducidad».

⁵² Esta sentencia afirma: «no cuestionándose la apreciación de la instancia de que se trata de un supuesto de reversión por falta de ejecución de la obra o no establecimiento del servicio y que no se produjo notificación alguna al respecto a los interesados, es claro que el plazo para ejercitar el derecho de reversión comenzaba transcurridos cinco años desde la toma de posesión de la parcela en 1972 y no se establece en la Ley plazo de prescripción o caducidad del derecho, sin que resulte aplicable, como pretende el Abogado del Estado, el plazo de quince años que con carácter general establece el art. 1964 del Código Civil para la prescripción de las acciones personales, pues tal planteamiento va en contra de una consolidada jurisprudencia en contrario, elaborada en relación con la regulación del derecho de reversión anterior a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, pero perfectamente aplicable al caso al concurrir las mismas razones al efecto, es decir, la falta de previsión por el legislador de un plazo para ejercitar el derecho de reversión, que en la nueva normativa se mantiene únicamente para el supuesto de inejecución de la obra o no establecimiento del servicio».

Esta jurisprudencia se ha mantenido, entre otras, en las SSTs de 25 de enero de 2012 (RJ 2012, 233; rec. 2088/2008), de 3 de junio de 2013 (RJ 2013\4302; rec. núm. 209/2011) o 17 de abril de 2015 (RJ 2015\1978; rec. núm. 4251/2012).

Desde otra perspectiva, pero en íntima relación con la garantía de los derechos del expropiado frente al incumplimiento del fin expropiatorio por parte de la Administración, la jurisprudencia ha negado que la expropiación permita la prescripción adquisitiva por parte de la Administración actuante. Así, la STS de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1660, rec. núm. 6048/2002), ya citada, afirma, en su Fundamento Jurídico quinto, que «(...), por más que la expropiación suponga una posesión de buena fe y con justo título, al ser coactiva la desposesión de los bienes o derechos expropiados, carece de la condición de pacífica, de manera que no es idónea ni hábil para adquirir el dominio por prescripción, y, por consiguiente, no cabe esgrimir la usucapión para denegar la reversión (...)».

⁵³ Comparte la crítica Galán Galán (2002, p. 133).

⁵⁴ A estos efectos, el art. 43 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 establecía: «En caso de no ejecutarse la obra que hubiese exigido la expropiación, en el de que aún ejecutada resultase alguna parcela sobrante, así como en el de quedar las fincas sin aplicación por haberse terminado el objeto de la enajenación forzosa, el primitivo dueño podrá recobrar lo expropiado, devolviendo la suma que hubiere recibido o que proporcionalmente corresponda por la parcela, a menos que la porción aludida sea de las que sin

que el carácter sobrante (o ahora de exceso) se refiere al conjunto de los bienes expropiados y no juega finca a finca.

Una línea jurisprudencial afirma que, en el supuesto de que exista acreditación de la ejecución del fin expropiatorio, únicamente se puede hablar de existencia de parcelas sobrantes. Por ejemplo, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 1997 confirmada por la STS de 25 de septiembre de 2002 (RJ 2003\749; rec. núm. 3809/1998) afirma⁵⁵:

«Por tanto, dado que la finca cuya reversión se solicita está comprendida dentro de los terrenos que componen el cierre de la estación, como complejo ferroviario, esta afecta al servicio para cuyo fin se expropió, aunque en la misma no se haya realizado ninguna construcción fija, lo que excluye la reversión de la mencionada finca, al no darse los supuestos del art. 54 de la Ley de Expropiación. Por lo que debe desestimarse el presente recurso».

4.3. Efectos de la desafectación tácita sobre el derecho de reversión

El tercero de los supuestos que justifican la existencia de derecho de reversión (después de la falta de afectación material y la existencia de sobrantes) reside en que «desapareciere la afectación». La propia expresión normativa permite acoger cualquiera de las modalidades de desafectación que hemos definido, ya se trate de desafectación expresa, implícita o tácita, puesto que cualquiera de ellas conlleva de forma efectiva la desaparición de la afectación. Así lo ha reconocido abiertamente la jurisprudencia que ha listado los supuestos en los que procede el derecho de reversión, admitiendo expresamente la desafectación tácita; así, la ya citada STS de 3 de junio de 2013 (RJ 2013\5264; rec. núm. 4476/2010) afirma tajantemente que la desafectación puede ser expresa, mediante acuerdo de la Administración, o tácita, deduciéndose de otros acuerdos o actos que, claramente, impliquen dicha expresión de voluntad.

Esta admisión expresa de la desafectación tácita al mismo nivel que la desafectación formal plantea el problema de si basta con que concurra cualquiera de las dos o es necesaria la concurrencia de las dos. Este problema tiene una implicación práctica evidente en los supuestos de desafectación automática derivados de la modificación de los usos que justificaron la expropiación a través de una alteración del planeamiento urbanístico; en estos supuestos, ¿basta con la alteración del planeamiento o es necesaria también que la desafectación se produzca de hecho que el uso deje de ejercerse? La respuesta a esta pregunta es clave para las solicitudes de reversión relativas a desarrollos urbanísticos emblemáticos como las denominadas Madrid Nuevo Norte (conocida popularmente como “Operación Chamartín”) u Operación Campamento. La jurisprudencia ha basado el rechazo a la existencia de derechos de reversión en estos supuestos fundamentalmente en que la aprobación del planeamiento no ha provocado la desaparición de uso que justificó la expropiación, enfatizando (además) que no se ha producido la desafectación tácita, siendo pacífico que se ejecutaron las obras que motivaron la expropiación y siendo evidente que no cabe la reversión al haberse mantenido el uso más de diez años.

Baste, para el supuesto de la actuación denominada “Madrid Nuevo Norte” la cita de la STS de 26 septiembre 2012 (RJ 2012\9423; rec. núm. 5405/2009) que resume en los siguientes términos la inexistencia del derecho de reversión⁵⁶:

«Como decimos, la respuesta a tales manifestaciones ha de entenderse comprendida dentro de las justificaciones dadas en los fundamentos transcritos de la sentencia recurrida, y en

ser indispensables para la obra fueron cedidas por conveniencia del propietario, con arreglo a la última prescripción del art. 23 (...). También resulta determinante el contenido del art. 44 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 que establecía: «Para los efectos de esta Ley se entiende parcela en las fincas urbanas toda porción sobrante por expropiación mayor de tres metros que resulte insuficiente para edificar con arreglo a las Ordenanzas municipales. En las fincas rústicas, cuando sea de corta extensión y de difícil y costoso aprovechamiento, a juicio de peritos».

⁵⁵ En la misma línea, se manifiestan, por ejemplo, la STS de 24 de octubre de 2006 (RJ\2006\8957; rec. núm. 5945/2003) o la STS de 3 de junio de 2013 (RJ\2013\5264; rec. núm. 4476/2010).

⁵⁶ La nómina de SSTs que han negado la existencia de derecho de reversión en este ámbito es bien amplia, por ejemplo, las siguientes: STS de 7 de julio de 2008 (RJ\2008\4400; rec. núm. 2039/2005); de 9 de marzo de 2010 (RJ\2010\2464; rec. núm. 4632/2006); de 6 de julio de 2010 (RJ\2010\2642; rec. núm. 4344/2006); de 2 de noviembre de 2010 (RJ\2010\7775; rec. núm. 1660/2007); de 12 de noviembre de 2010 (RJ\2010\8295; rec. núm. 5668/2006); de 16 de marzo de 2011 (RJ\2011\2169; rec. núm. 1515/2007); de 6 de julio de 2011 (RJ\2011\6212; rec. núm. 399/2008); de 10 de mayo de 2012 (RJ\2012\6612; rec. núm. 2310/2009); de 25 de septiembre de 2012 (RJ\2012\9238; rec. núm. 5403/2009); de 26 de septiembre de 2012 (RJ\2012\9423; rec. núm. 5405/2009) o de 3 de junio de 2013 (RJ\2013\5264; rec. núm. 4476/2010).

particular, de las conclusiones alcanzadas por dicha sentencia, referidas a que la aprobación de la revisión del PGOUM no comporta la desafectación tácita de los terrenos incluidos en el ámbito del APR 08.03 (ámbito en que se encuentran incluidas las fincas cuya reversión se solicita); a que el área de planeamiento tiene por misión la fijación de objetivos a desarrollar mediante los correspondientes instrumentos de planeamiento pero que de tales objetivos no se deduce que terrenos incluidos en el área de planeamiento continuarán destinados al servicio ferroviario; a que el acuerdo expreso de desafectación solo puede dictarse por la Administración expropiante; a que la desafectación tácita no puede deducirse de la Revisión del PGOUM realizada por una Administración distinta de la expropiante y a que no se acredita que las fincas cuya reversión se pretende hayan dejado de estar destinadas al servicio ferroviario».

Y en relación con la “Operación Campamento”, la STSJ de Madrid de 3 de abril de 2014 (JUR 2014\122715; rec. núm. 996/2004) concluye:

«Como se puede advertir no se deduce de la mera suscripción de esos documentos (protocolo y convenio) que se haya producido una desafectación tácita, ya sea de ellos mismos, ya sea incluso del propio Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, acordada el 17 de abril de 1997 a cuyo amparo parece que se suscriben (con independencia incluso de que el Plan sea una actuación de una Administración distinta de la expropiante y que por ello no general obligaciones para ella), y tos ello (sic) sin perjuicio de que lo que pudiera determinar el desarrollo y ejecución del planeamiento así revisado en un futuro, cuestión esta, sobre la que solo cabe hacer juicios hipotéticos que no deben presuponer necesariamente la desafectación de aquellos terrenos».

En rigor, nunca debería haber derecho de reversión en aquellos supuestos en los que el fin expropiatorio se cumplió. Muchas veces se justifica el derecho de reversión en lo injusto que resulta que la plusvalía de un nuevo destino de un bien expropiado «favorezca» a la Administración y no al expropiado o sus causahabientes. Pero si el fin expropiatorio ya se ha cumplido y el propietario ha cobrado su justiprecio, no existe ningún motivo, en nuestra opinión, para que se pueda revertir la expropiación, por mucho que haya un incumplimiento (sobrevenido) de la *causa expropriandi*. En última instancia, la nueva plusvalía en la que participe la Administración por el nuevo destino lucrativo del bien expropiado acrece al interés público (esto es, a todos) y no al particular, por lo que ningún reproche debería haber⁵⁷. Y si de lo que se trata es de evitar usos torticeros de la expropiación, hay otras herramientas jurídicas como la desviación de poder.

A estos efectos, debe recordarse que el TC ha afirmado que la reversión es un derecho de configuración legal, de donde se puede colegir sin dificultad que es perfectamente legal la supresión (total o parcial)⁵⁸ del derecho de reversión⁵⁹. Naturalmente, a una conclusión radicalmente diferente ha de llegarse si se afirma que la propia Constitución garantiza el derecho de reversión⁶⁰.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariño Ortiz, G. (1973). *La afectación de bienes al servicio público*. ENAP.
Baño León, J. M. (1990). Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania. *Documentación Administrativa*, 222, 199-221. <https://doi.org/10.24965/da.v0i222.5188>
Bremond y Triana, L. M. (2011a). Las parcelas dotacionales de equipamiento sin servicio público establecido: ¿son bienes demaniales? *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, (45)264, 13-70.

⁵⁷ Vid., en similar sentido, Gallego Córcoles (2006, p. 545). También parece mantener un planteamiento similar Ramos Medrano (2020, p. 3) que en relación una actuación concreta afirma que «hay que reconocer que no tiene ningún sentido dar protagonismo a una tercera o cuarta generación de herederos de los propietarios iniciales de unos terrenos que han adquirido un mayor valor por la propia evolución urbana de la ciudad». En sentido contrario, se manifiesta, por ejemplo, García Luengo (2000, p. 197).

⁵⁸ La jurisprudencia admite sin dificultad la eliminación parcial del derecho de reversión. A estos efectos, entre otras muchas, la STS de 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\5777) afirma que «tal derecho puede ser eliminado o modulado por el legislador en supuestos específicos, encontrándose en la propia Ley de Expropiación, de 16 diciembre 1954, modalidades expropiatorias en que se elimina explícita o implícitamente la garantía de la reversión, artículos 74 y 75 de la Ley».

⁵⁹ En idénticos términos, se manifiesta Carrasco Perera (2000, p. 528) admitiendo expresamente la posible supresión del derecho de reversión.

⁶⁰ Por ejemplo, García Luengo (2000, p. 198) afirma que no es posible «prescindir del derecho de reversión con carácter general», aunque reconoce que el legislador puede regular las condiciones de su ejercicio.

- Bremond y Triana, L. M. (2011b). La desafectación singular de terrenos demaniales locales mediante la aprobación de planes urbanísticos. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 22, 2617-2626.
- Carrasco Perera, A. (2000). Regulación del derecho reversión. En C. González Carrasco, E. Cordero Lobato y Á. Carrasco Perera (auts.), *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Ed. Aranzadi.
- Chinchilla Marín, C. (2001). *Bienes Patrimoniales del Estado*. Marcial Pons.
- Chinchilla Peinado, J. A. (2009). Los bienes de dominio público de las entidades locales: especialidades. En L. J. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (dirs.), *Derecho de los bienes públicos* (tomo I, pp. 223-280). Aranzadi.
- Clavero Arévalo, M. (1958). La inalienabilidad del dominio público. *Revista de Administración Pública*, 25, 11-84. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-25-eneroabril-1958/la-inalienabilidad-del-dominio-publico-3>
- Climent Barberá, J. (1979). *La afectación de bienes al uso y servicio público*. Diputación Provincial de Valencia.
- Climent Barberá, J. (2004). Afectación, desafectación y mutación de destino de los bienes y derechos (artículos 65 a 72). En J. F. Mestre Delgado (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentario a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre* (pp. 719-773). El Consultor de los Ayuntamientos y del Juzgado.
- De Castro Vitores, G. (2001). *Reversión expropiatoria. Una reflexión, en la perspectiva civilista*. Tirant lo Blanch.
- Escuín Palop, V. (1999). *El acto administrativo implícito*. Civitas.
- Franch i Saguer, M. (2004). Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos. En M. C. Chinchilla Marín (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (pp. 385-410). Civitas.
- Galán Galán, A. (2002). *El derecho de reversión en la Ley de expropiación forzosa. Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial*. Lex Nova.
- Gallego Córcoles, I. (2006). *El derecho de reversión en la expropiación forzosa*. La Ley.
- García de Enterría, E. (1954). Sobre la imprescriptibilidad del dominio público. *Revista de Administración Pública*, 13, 11-52. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-13-eneroabril-1954/sobre-la-imprescriptibilidad-del-dominio-publico-3>
- García de Enterría, E. (2001). La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después. *Revista de Administración Pública*, 156, 251-268. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-156-septiembrediciembre-2001/la-ley-de-expropiacion-forzosa-de-1954-medio-siglo-despues-2>
- García Gómez de Mercado, F. (2007). *Gestión de la expropiación forzosa (Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados)*. Ed. Comares.
- García-Trevijano Fos, J. A. (1959). Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Administración Pública*, 29, 11-57. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-29-mayoagosto-1959/titularidad-y-afectacion-demanial-en-el-ordenamiento-juridico-espanol-3>
- García Luengo, J. (2000). Algunas consideraciones sobre el tratamiento normativo del derecho de propiedad: sucesión normativa y derecho de reversión. *Revista española de derecho administrativo*, 106, 187-200.
- Gimeno Feliú, J. M. (2003). *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentos y condiciones de ejercicio*. Civitas.
- González García, J. V. (2005). Notas sobre el régimen general del dominio público. En J. V. González García (dir.), *Derecho de los Bienes Públicos* (pp. 67-108). Tirant lo Blanch.
- Horgué Baena, C. (2011). Sobre el derecho de reversión en la expropiación forzosa. En F. López Menudo (coord.), *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (pp. 139-179). Iustel.
- Iglesias González, F. (2016). El concepto de dominio público propuesto por el Dr. Ballbé Prunés y su actualidad. El alcance del dominio público y su destino urbanístico. En J. Gifreu i Font, M. Bassols Coma, y A. Menéndez Rexach (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios homenaje a Manuel Ballbé Prunés* (pp. 685-699). INAP.
- Menéndez Rexach, A. (2005). Contra la privatización del dominio público. La naturaleza demanial de los sistemas generales: Comentario a la STSJ de Madrid de 6 octubre 2004 (Ciudad del Fútbol de Las Rozas). *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, 13, 15-31.
- Menéndez Rexach, A. (2007). El concepto de patrimonio de las Administraciones públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público. En C. Horgué Baena (dir.), *Régimen Patrimonial de las Administraciones públicas* (pp. 41-48). Iustel.
- Muñoz Guijosa, M. A. (2017). El derecho de retasación urbanística y su aplicación jurisprudencial. *Revista de urbanismo y edificación*, 40, 57-75.
- Murga Fernández, J. P. (2015). Desafectación tácita de bienes de dominio público y la configuración del presupuesto de buena fe de principio de fe pública registral: a propósito de la STS de 12 de enero de 2015. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 15.
- Parejo Gámir, R. y Rodríguez Oliver, J. M. (1976). *Lecciones de dominio público*, Ediciones Icaí.
- Pascual Martín, J. I. (2020). Las dotaciones públicas y su demanialidad. *Revista de urbanismo y edificación*, 45, 137-170.
- Ramos Medrano, J. A. (2020). Los remates del derecho de reversión en la legislación urbanística. *Práctica urbanística. Revista mensual de urbanismo*, 162.

- Rodríguez-Arana, J. (2007). Afectación, desafectación y mutaciones demaniales. En C. Horgué Baena (dir.), *Régimen Patrimonial de las Administraciones públicas* (pp. 85-111). Iustel.
- Sainz Moreno, F. (1999). El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración pública. *Revista de Administración Pública*, 150, 477-514. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-150-septiembre-diciembre-1999/el-dominio-publico-una-reflexion-sobre-su-concepto-y-naturaleza-cincuenta-anos-despues-de-la-2>
- Sánchez Blanco, A. (1979). *La afectación de bienes al dominio público*. Instituto García Oviedo.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). Objeto y Ámbito. La tipología de los bienes público y el sistema de competencias. En M. C. Chinchilla Marín (coord.), *Comentarios a la Ley 33/3003, del patrimonio de las Administraciones públicas* (pp. 43-110). Civitas.



Referencia: Casal, D. (2022). El sistema político vasco. Cuatro décadas construyendo una cultura de estabilidad en un entorno de fragmentación. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 173-198. <https://doi.org/10.24965/reala.11040>

El sistema político vasco. Cuatro décadas construyendo una cultura de estabilidad en un entorno de fragmentación

The basque political system. Four decades building a culture of stability in an environment of fragmentation

Casal, Daniel

Instituto Complutense de Ciencia de la Administración (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8960-5350>

dancasal@ucm.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Ciencia Política por la Universidad Complutense. Máster en Gestión de la Comunicación Política y Electoral por la Universitat Autònoma de Barcelona. Licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III. Profesor Asociado del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la UCM. Investigador del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración y del Grupo Politis.

RESUMEN

El presente paper analiza como durante más de cuatro décadas las instituciones de autogobierno del País Vasco han construido un sistema político estable en el marco de un entorno de fragmentación política de tipo ideológico e identitario. Para estudiarlo el artículo construye un marco analítico que parte de la definición teórica de los elementos principales que definen los modelos de democracia a partir de la clasificación de Lijphart (2016) que se complementa con un análisis de las características del Parlamento Vasco, como institución central del sistema y el modelo de relaciones con el Gobierno en tres dimensiones: el impacto de la proporcionalidad del sistema electoral en el sistema de partidos resultantes; el grado de concentración del poder ejecutivo y las relaciones Gobierno-Parlamento en el periodo 1980-2021.

PALABRAS CLAVE

Sistema político vasco; autogobierno; modelos de democracia; descentralización.

ABSTRACT

This paper analyzes how, for more than four decades, the self-government institutions of the Basque Country have built a stable political system within the framework of an ideological and identity-like political fragmentation environment. To study it, the article builds an analytical framework that starts from the theoretical definition of the main elements that define the models of democracy based on the classification of Lijphart (2016) that is complemented with an analysis of the characteristics of the Basque Parliament, as a central institution of the system and the model of relations with the Government in three dimensions: the impact of the proportionality of the electoral system on the resulting party system; the degree of concentration of executive power and Government-Parliament relations in the period 1980-2021.

KEYWORDS

Basque political system; selfgovernment; democracy models; decentralization.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL DISEÑO Y LOS MODELOS DE DEMOCRACIA. 2. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL PARLAMENTO VASCO. 2.1. LA CONFIGURACIÓN DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2.2. LA CONFIGURACIÓN DEL PARLAMENTO VASCO EN EL ESTATUTO DE 1979. 2.3. LA COMPOSICIÓN DEL PARLAMENTO VASCO. 2.4. EL CONTROL PARLAMENTARIO. 3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN. 3.1. LA RELACIÓN ENTRE SISTEMA ELECTORAL Y SISTEMA DE PARTIDOS. 3.2. GRADO DE CONCENTRACIÓN DEL PODER EJECUTIVO. 3.3. RELACIONES EJECUTIVO-LEGISLATIVO. 4. RESULTADOS. 4.1. SISTEMA ELECTORAL Y SISTEMA DE PARTIDOS EN EL PAÍS VASCO. 4.2. EL GRADO DE CONCENTRACIÓN DEL GOBIERNO VASCO. 4.3. LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y EL PARLAMENTO VASCO. 5. DISCUSIÓN DE RESULTADOS. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El próximo 31 de marzo se cumplirán 42 años desde que tuvo lugar, en la Casa de Juntas de *Guernika*, la constitución del primer Parlamento Vasco al que el artículo 25 del Estatuto de Autonomía de 1979 encomienda la potestad legislativa, la función presupuestaria, el impulso y control político del Gobierno.

El nacimiento de la autonomía vasca se fundamenta en las prescripciones del artículo 152 de la Constitución, que establece un sistema parlamentario de sesgo consociativo para las Comunidades Autónomas históricas, de forma similar a como se han realizado procesos de descentralización o *devolution* del poder político por ejemplo en el Reino Unido o Dinamarca (Gibernau, 2010, p. 56; Bertlesen, 2014, p. 15).

El proceso tuvo lugar en un contexto multicausal extraordinariamente complejo marcado por la Transición Española, las altas expectativas ciudadanas en torno a la descentralización como vía para el desarrollo territorial en un contexto de crisis industrial, la existencia de una polarización entre opciones políticas nacionalistas y no nacionalistas y bajo la tensión constante provocada por la actividad violenta de la organización terrorista ETA (Pérez Ares, 2000, p. 615; Llera, 1985; Tezanos et al., 1993).

El presente *paper* tiene como pregunta principal de investigación conocer si el empleo de modelos consociativos en el diseño de las instituciones de autogobierno genera sistemas políticos estables. Para responderla el artículo se divide en cuatro partes claramente diferenciadas: en primer lugar construye un marco analítico que parte del estudio teórico de los elementos principales que definen los modelos de democracia a partir de la clasificación de Lijphart (2016) entre sistemas de corte mayoritario frente a modelos de tipo consociativo, complementada con un análisis de las características del Parlamento Vasco, como institución central del sistema y el modelo de relaciones con el Gobierno.

En segundo lugar se plantea el diseño metodológico consistente en el estudio de indicadores vinculados a tres dimensiones analíticas: rendimiento del sistema electoral vasco y sistema de partidos resultante, grado de concentración gubernamental y el modelo de relaciones entre ejecutivo-legislativo. A partir de ello el *paper* presenta y discute los resultados de la investigación cuyas conclusiones constituyen el elemento de cierre del presente artículo.

1. EL DISEÑO Y LOS MODELOS DE DEMOCRACIA

Una de las dimensiones que adquiere mayor importancia, en lo referente al estudio de los diferentes sistemas políticos, tiene que ver con el trabajo de modelización y clasificación teórica.

En el ámbito politológico se puede afirmar que existe una gran variedad de tipologías. En este sentido la clasificación más comúnmente aceptada es aquella que, en el marco de los sistemas políticos de naturaleza democrática, toma como referencia la organización de la separación de poderes distinguiendo entre modelos presidencialistas frente a parlamentarios.

Su empleo es de una extraordinaria validez para poder explicar cuáles son las principales dimensiones de un sistema político a partir del grado de separación rígida de los poderes a partir de su legitimación directa (modelo presidencialista) que conlleva para cada centro de poder su propia agenda política (Nohlen 2013, p. 8; Shugart y Haggard, 2001, p. 64; Alcántara, 1995, p. 104). Frente a modelos parlamentarios en los que el poder legislativo se erige en la única institución que cuenta con una relación directa con el titular de la soberanía y que, en consecuencia, es preceptiva para legitimar la constitución y el funcionamiento del

conjunto de poderes siendo buena muestra ello los procesos de otorgamiento y retirada de la confianza al ejecutivo o la designación de miembros de órganos como las defensorías del pueblo, los tribunales de cuentas o de gobierno del poder judicial (Sánchez y Sánchez, 2014, p. 18; Anduiza, 2000, p. 380; López et al., 2018, p. 218). No obstante, existe un segundo tipo de clasificación que se basa en el rendimiento de tipo mayoritario o consensual que caracteriza al conjunto de instituciones que conforman los sistemas políticos de naturaleza parlamentaria (Lijphart, 2016).

Esta clasificación parte de la existencia de dos tipos de sistemas democráticos. Según Dixon (1968, p. 10) existen modelos políticos que articulan los procesos de toma de decisiones sobre la base del principio mayoritario que se contraponen a sistemas que según Lewis (1965, p. 65) se sustentan en la negociación, la transacción, el pacto y la concertación entre los diferentes actores políticos que participan en las instituciones y que va más allá de su posición coyuntural como gobierno u oposición.

Para operacionalizar los modelos Lijphart (2016, p. 15) define diez variables dicotómicas que diferencian los sistemas entre mayoritarios o *Westminster*, ya que se inspiran en el modelo británico, frente a sistemas de tipo consociativo.

TABLA 1. DIMENSIONES DE LOS MODELOS DE DEMOCRACIA

Modelo Westminster	Modelo Consociativo
Gabinetes Monocolor	Gabinetes de amplia coalición
Predominio del Gabinete	Equilibrio Ejecutivo-Legislativo
Sistema bipartidista	Sistema multipartidista
Sistema electoral mayoritario	Sistema electoral proporcional
Pluralismo de los grupos de interés	Corporativismo de los grupos de interés
Estado unitario y centralizado	Estado federal o políticamente descentralizado
Predominio de la Cámara baja	Bicameralismo fuerte
Flexibilidad Constitucional	Rigidez Constitucional
Ausencia de Revisión Judicial	Mecanismos de Control Judicial y Constitucional
Banco Central controlado por el ejecutivo	Independencia del Banco Central

Fuente: Elaboración propia.

En los sistemas políticos mayoritarios el punto de partida recae en el principio mayoritario como base fundamental que sirve para explicar los procesos políticos de toma de decisiones. De este modo el modelo funciona a partir de la dialéctica entre el gobierno, que controla una mayoría parlamentaria que le permite llevar adelante sus políticas públicas, y una oposición que tiene como principal finalidad conformar una mayoría alternativa que le permita alcanzar el gobierno (Lawson, 1993, p. 192; Huntington, 1991, p. 266).

Las diez dimensiones analíticas que definirían las democracias de tipo mayoritario se concentran en tres grandes categorías. En primer lugar la consideración de que la victoria electoral se tiene que traducir en una mayoría absoluta que permita el gobierno el control total de la agenda política y todos los procesos de toma de decisiones.

Por tanto serían elementos característicos de este tipo de democracias: la existencia de gabinetes monocolor que concentren el poder en un solo partido que cuenta con una mayoría escasa, cuando no artificial así como el predominio del gabinete, que representa a una mayoría de escaños, un modelo territorial unitario que no contemple centros de poder alternativos y el control, por parte del gobierno de la política monetaria (Lijphart, 2016, p. 22).

La segunda categoría tiene que ver con el diseño del sistema a partir de modelos de elección de tipo binario. De esta manera las democracias mayoritarias se caracterizarían por sistemas bipartidistas de ejes unidimensionales, que excluyan a terceras opciones de la facultad de acceder al poder, el uso de fórmulas electorales mayoritarias, cuya prioridad no sea la correcta traducción de votos en escaños sino la conformación de amplias mayorías y el predominio absoluto de la cámara baja.

Finalmente el tercer elemento está vinculado a los controles *ex post* de los actos determinados por las mayorías parlamentarias de manera que en los modelos *Westminster* serán dimensiones características que el marco constitucional sea flexible e incluso no se prevean mecanismos de revisión de los actos parlamentarios.

Por su parte el modelo consensual, según Lewis (1965, p. 64) tiene como premisa inicial que, en sociedades caracterizadas por una pluralidad interna fuerte, el principio mayoritario puede conllevar dinámicas de exclusión de minorías y que para que el sistema funcione correctamente es preceptivo que los grupos ganadores y perdedores participen de manera integrada en los procesos de toma de decisiones.

En los sistemas consociativos, por tanto, la victoria electoral no es sinónimo de acceso al gobierno, sino que incluso puede conllevar que el ganador de unos comicios se sitúe en la oposición. De esta manera la clave para la conformación del gobierno estaría en los acuerdos y coaliciones conformados entre actores políticos.

Por tanto serían elementos definitorios de este tipo de modelos de democracia: la existencia de gabinetes de amplia coalición, integrados por una pluralidad de partidos, el equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo a partir de una mayor debilidad gubernamental que tiene que acordar con el parlamento las políticas que quiere llevar a cabo y la independencia de la política monetaria.

Además en los modelos consociativos los procesos de toma de decisiones no se basan en un funcionamiento binario sino multicausal a partir del empleo de fórmulas electorales proporcionales que traduzcan correctamente los votos en escaños, que tengan como principal consecuencia la conformación de sistemas multipartidistas y que coexistan con una organización territorial federal o descentralizada en la que existan centros de poder que reflejen la pluralidad cultural interna y que además las cámaras parlamentarias estén en una posición de igualdad entre ellas.

Finalmente en este tipo de sistemas juega un papel crucial la definición clara de las reglas de los procesos de toma de decisiones de forma que son elementos identificatorios de los mismos la existencia de un marco constitucional rígido así como de revisión judicial y constitucional que actúen como mecanismos de contrapeso frente a actuaciones de una mayoría parlamentaria simple.

Según Lijphart (2016, p. 45) los ejemplos más claros de democracias consociativas estarían en Bélgica así como en Suiza. No obstante señala también que la Unión Europea se asemejaría este modelo ya que es un sistema federal de naturaleza incipiente cuyos procesos de toma de decisiones sustentan en procesos de concertación, negociación y pacto en el marco de un sistema de reglas claras y bajo control (Pérez, 2009, p. 68; Tamames y López, 1999, p. 69; González y Ahijado, 2000, p. 97).

2. EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL PARLAMENTO VASCO

2.1. La configuración de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas

La Constitución de 1978 determina en su artículo 152 que cuando una Comunidad Autónoma se constituya al amparo del procedimiento previsto en el artículo 151, que abre la vía al máximo nivel competencial, deberá contar en su Estatuto de Autonomía con una organización institucional de estructura consociativa basada en tres órganos: asamblea legislativa, un consejo de gobierno con un presidente y la existencia de un tribunal superior de justicia.

La asamblea legislativa se convierte en el órgano central del sistema político autonómico puesto que el artículo 152 establece en primer lugar que es la cámara que asegura la representación de todas las zonas del territorio mediante el empleo de un sistema electoral de tipo proporcional y que además tiene entre sus funciones la de otorgar la confianza al jefe del gobierno regional que deberá ser uno de sus miembros (Visedo, 2012, p. 144).

En paralelo se establece la necesidad de que exista un consejo de gobierno liderado por un presidente que actúe como jefe del poder ejecutivo regional. La propia Constitución refuerza el sesgo parlamentario, y consociativo del sistema, al determinar que debe el presidente debe ser investido por la asamblea legislativa de la que, además, tiene que formar parte.

Finalmente el artículo 152 determina que deberá existir un Tribunal Superior de Justicia en cada una de las Comunidades Autónomas que culmine la organización jurisdiccional en el territorio.

El empleo de esta configuración de un modelo institucional de corte parlamentario y consociativo tiene dos importantes consecuencias. En primer lugar que teniendo en cuenta que los primeros territorios que

emplearon esta vía: Cataluña, País Vasco y Galicia (lo hicieron mediante el procedimiento simplificado previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución ya que en la II República habían plebiscitado estatutos de autonomía) son territorios con una fuerte identidad nacionalista lo que consigue con este diseño evitar que desde la imposición de mayorías construidas artificialmente que excluyan a sectores importantes de la sociedad.

Por otro lado este modelo ha tenido carácter expansivo hacia el conjunto de las Comunidades Autónomas, donde no era preceptivo seguirlo, a partir de las Sentencias del Tribunal Constitucional 16/1984 y 17/1989.

2.2. La configuración del Parlamento Vasco en el Estatuto de 1979

La norma básica de autogobierno de Euskadi determinó en el Título II que la Comunidad Autónoma ejerce sus potestades competenciales a través del Parlamento, el Gobierno y el Lehendakari.

La posición del *Euskal Legebiltzarra*, por tanto, no es casual ya que en el diseño institucional autonómico se erige en el centro de gravedad del sistema político puesto que al ser el único órgano que cuenta con una legitimidad directa, porque es elegido por parte de la ciudadanía, su actuación es preceptiva para constituir y legitimar al conjunto de instituciones y, muy especialmente, al Gobierno.

En este sentido el artículo 25, de forma prácticamente idéntica a lo que dice la Constitución Española en relación a las Cortes Generales, encomienda al Parlamento la potestad legislativa, la función presupuestaria así como el impulso y control de la acción del gobierno.

Adicionalmente el legislativo tiene encomendadas diversas funciones complementarias vinculadas a funciones que se pueden dividir en lo que Sáiz Arnáiz (1985, p. 155) denomina como funciones constitucionales: la designación de los senadores autonómicos de acuerdo al procedimiento contemplado en el artículo 69.7, la iniciativa legislativa ordinaria, de reforma constitucional así como la interposición del recurso de inconstitucionalidad y funciones reglamentarias: como la designación del *Arateko* que es el alto comisionado parlamentario para la protección de los derechos humanos, el nombramiento de los miembros del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas y el control del Ente Público *Euskal Irrati Telebista*.

TABLA 2. ESTRUCTURA DEL EUSKO LEGELBITZARRA

Órgano	Funciones	Regulación
Presidencia	Dirección de la Mesa y Representación de la Cámara.	Artículo 28 RPV.
Mesa	<ul style="list-style-type: none"> • Presupuestos del Parlamento Vasco. • Aprobación de gastos. • Tramitación de escritos. 	Artículo 35 RPV.
Junta de Portavoces	<ul style="list-style-type: none"> • Criterios de ordenación y trabajo del Parlamento. • Tramitación de iniciativas. 	Artículo 40 RPV.
Pleno	<ul style="list-style-type: none"> • Tramitar el orden del día fijado por la Junta de Portavoces. • Sesiones de control. • Debates de Política General. 	Artículo 62 RPV.
Comisiones	<ul style="list-style-type: none"> • Funciones sectoriales vinculadas a áreas de gobierno o temas. • Control parlamentario. • Investigación. 	Artículos 41-61 RPV.

Fuente: Elaboración propia.

Para desarrollar sus funciones el Parlamento Vasco tiene un modelo de dirección colegiada es dirigido por su Presidente, electo por la cámara a partir de un procedimiento de doble vuelta basado en que si en una primera votación ningún candidato obtiene la mayoría absoluta se celebra una segunda entre los dos candidatos con mayor número de votos bastando la mayoría simple para la elección definitiva

(artículo 30 del Reglamento del Parlamento Vasco –RPV–). A la presidencia le apoyan dos órganos: la Mesa integrada por dos vicepresidencias y dos secretarios, elegidos por el Pleno, de la que forma parte el letrado mayor de la cámara y que actúa como órgano rector del Parlamento, y la Junta de Portavoces conformada, según el artículo 40 del RPV, por el portavoz de cada Grupo Parlamentario que se constituya así como por un representante del Gobierno y cuyas funciones se centran en la preparación de los trabajos parlamentarios.

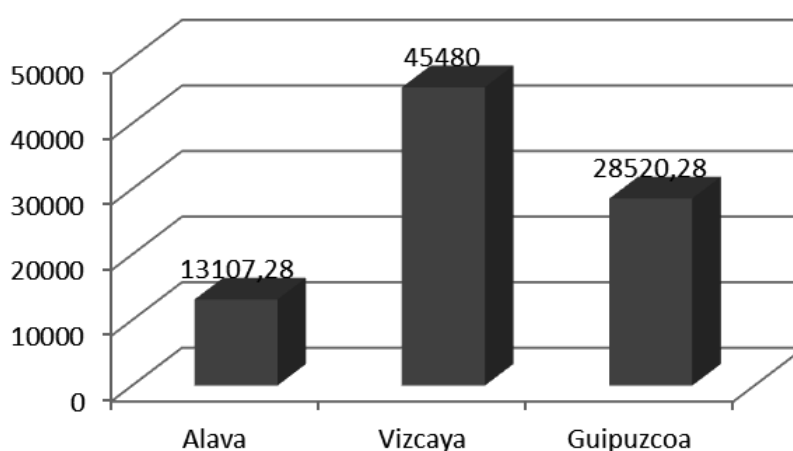
Además desarrolla sus tareas en Pleno integrado por todos los miembros de la cámara, regulado en los artículos 62 a 64 del RPV así como en las Comisiones Parlamentarias que se constituyan de acuerdo a los principios generales previstos en los artículos 41-61 del RPV.

2.3. La composición del Parlamento Vasco

Un elemento de diferencia sustancial entre la Constitución y los estatutos de autonomía se puede apreciar en la escasa regulación electoral de estos últimos (Baras y Botella, 2000, p. 131; Sanz Pérez, 2007, p. 169). La principal característica en relación con el Estatuto Vasco es que define la composición del legislativo a partir de un número igual de representantes electos por cada Territorio Histórico (provincia) de acuerdo a un sistema de elección proporcional en el marco de la legislación ordinaria (Llera, 1999, p. 4).

Por lo tanto, el sistema electoral autonómico no atiende a los criterios demográficos de cada uno de los territorios que conforman la comunidad, sino que establece una representación igual que hace que de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 5/1990 de Elecciones al Parlamento Vasco cada provincia elija 25 escaños.

GRÁFICO 1. RELACIÓN ESCAÑO-HABITANTES POR PROVINCIA



Fuente: Elaboración propia a partir de INE.

De esta manera se puede observar que mientras cada escaño de Álava (300.000 habitantes) representa a poco más de mil personas, en Guipúzcoa (700.000) y Vizcaya (1,1 millones) esta cifra se multiplica por 21 y por 34 respectivamente.

Para la distribución de escaños la Ley 5/1990 ha optado por el método D'Hondt que tiene carácter proporcional ya que traduce correctamente los votos en escaños a partir de la elección de los cocientes más elevados obtenidos de realizar divisiones sucesivas entre los sufragios obtenidos y el número de escaños a distribuir por aquellas candidaturas que hayan superado el 3% de los votos (Loján, 2012, p. 31).

Para desarrollar sus funciones los parlamentarios tienen la capacidad de constituir Grupos Parlamentarios que, según el artículo 24 del Reglamento de la cámara, deben contar al menos con tres diputados estando prohibida la división en grupos diferentes de aquellos miembros del Parlamento que no se hubiesen enfrentado ante el electorado.

Los parlamentarios que no pudiesen integrarse en ningún grupo se adscribirán al Grupo Mixto que actuará como una bancada más en las diferentes labores parlamentarias (artículo 25 del Reglamento de la Cámara).

El mandato del Parlamento Vasco dura 4 años y fue una de las primeras cuatro comunidades autónomas que junto con, Andalucía, Cataluña y Galicia, otorgó a su jefe de gobierno la potestad de definir calendario electoral propio con la capacidad plena de disolución de la cámara, convocatoria de elecciones e inicio de una nueva legislatura (García Roca, 1985, p. 189; Llera, 1999, p. 7; Oliver, 2011, p. 72).

2.4. El control parlamentario

La función de control ha ido adquiriendo con el paso del tiempo una mayor centralidad en los sistemas políticos parlamentarios. Según Fernández Sarasola (2000, p. 90) se puede entender desde una perspectiva amplia proyectado hacia cualquier trabajo de la actividad parlamentaria porque toda iniciativa posibilita la fiscalización y el debate entre mayorías y minorías (Montero y García, 1984, p. 26).

No obstante conviene tener en cuenta que la labor de control parlamentario se basa, en el caso del sistema político vasco tal y como se ha visto en la configuración institucional de la comunidad, en la responsabilidad que tiene el Gobierno hacia el Parlamento en donde conviviendo con una mayoría que respalda las políticas públicas del ejecutivo coexisten opciones políticas que se sitúan en oposición legítima con la finalidad de construir una alternativa que aspira a alcanzar el poder (Vergottini, 1973, p. 49).

De esta manera la labor de control busca que el legislativo imponga su voluntad al ejecutivo o bien le someta al escrutinio público pudiendo hablarse, por tanto, de un control de tipo constitucional-estatutario, proactivo o crítico.

TABLA 3. TIPOLOGÍAS DE CONTROL PARLAMENTARIO POR VOCACIÓN

Tipo de Control	Características
Estatutario	Vincula al gobierno con la separación de poderes.
Proactivo	Orienta la acción gubernamental hacia los deseos de la mayoría parlamentaria.
Crítico	Determina la responsabilidad política.

Fuente: Elaboración propia.

Su materialización funcional se traduce en un conjunto de figuras políticas contempladas en los diferentes reglamentos parlamentarios y que se pueden sistematizar en dos grandes grupos de mecanismos: fiduciarios cuando examinan la relación de confianza entre el Parlamento Vasco y el Gobierno y fiscalizadores cuando tienen una finalidad analítica de la actuación gubernamental.

TABLA 4. MECANISMOS FUNCIONALES DE CONTROL PARLAMENTARIO

Tipo	Ejemplos	Artículos RPV	Formalización
Fiduciarios	<ul style="list-style-type: none"> • Investidura. • Moción de Censura. • Cuestión de Confianza. 	<ul style="list-style-type: none"> • 164-166. • 170-171. • 168. 	Oral
Fiscalizadores	<ul style="list-style-type: none"> • Preguntas. • Interpelaciones. • Solicitudes de Información. • Propositiones No de Ley. • Comparecencias. 	<ul style="list-style-type: none"> • 182-190. • 177-181. • 10-11. • 172-177. • 192-201. 	Oral: Preguntas, interpelaciones, Propositiones No de Ley, Plenos y sesiones extraordinarias o comparecencias. Escrita: Preguntas y Solicitudes de Información.

Fuente: Elaboración propia.

Los mecanismos de control fiduciario o los fiscalizadores de formulación oral se caracterizan porque son un ejemplo de mediatización de la labor parlamentaria a través de los grupos ya que su debate en pleno convierte este tipo de iniciativas en propuestas de partido y su finalidad termina desviándose del control político ya que persigue provocar debates donde se escenifiquen los disensos.

En el caso del *Eusko Legebiltzarra* existen tres mecanismos: la investidura para elegir al Lehendakari que se articula mediante la presentación de candidaturas a la presidencia del gobierno que se debaten ante el pleno y que una vez sustanciado el debate se votan de forma simultánea impidiéndose el voto negativo y sin exigencias de mayorías cualificadas para evitar situaciones de bloqueo; la cuestión de confianza planteada por el gobierno a la cámara para verificar que sigue contando con su confianza y que necesita para prosperar la mayoría simple de los votos y la moción de censura, que en el caso del Parlamento Vasco, tiene carácter constructivo ya que se exige que la firme una sexta parte de los diputados, cuente con un candidato alternativo y que obtenga la mayoría absoluta. No obstante, la peculiaridad del sistema parlamentario vasco es que la censura se puede dirigir al conjunto del gobierno pero también a sus vicepresidentes y consejeros de forma separada (García Roca, 1985, p. 191).

Por su parte los mecanismos fiscalizadores de naturaleza escrita tienen una mayor vinculación con el sentido estricto del control parlamentario ya que son instrumentos de uso individual (Porras, 1981, p. 112). En el Parlamento Vasco las solicitudes de informe son un derecho fundamental de los parlamentarios que no requiere para su ejercicio del aval del portavoz del grupo parlamentario ni se ve limitado por cuestiones de cupo, otro tanto sucede con las preguntas para respuesta escrita, en donde el artículo 186 del Reglamento no limita su uso de ninguna manera.

En ambos casos el empleo de estas iniciativas permite al parlamentario, centrar su actuación en aspectos sectoriales o territoriales obteniendo cierta relevancia ante determinados grupos sociales (Burdeau, 1976, p. 418; Solé, 1980, p. 40) y obliga al ejecutivo a atenderlas ya que el RPV contempla dos reproches parlamentarios puesto que si pasados 15 días desde la formulación de la pregunta escrita el gobierno no la responde el parlamentario puede solicitar su conversión en pregunta oral ante la comisión correspondiente gozando la iniciativa de prioridad. Mientras que si en 20 días el Gobierno no atiende una solicitud de información la Presidencia del Parlamento tiene que dar cuenta al Pleno del incumplimiento y remitir un requerimiento al ejecutivo.

3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

A partir de la definición de los modelos de democracia y del análisis del Parlamento Vasco como institución central del sistema político se hace preceptivo recuperar la pregunta principal que orienta la presente investigación consistente en conocer si el empleo de modelos consociativos en el diseño de las instituciones de autogobierno genera sistemas políticos estables.

Por tanto, el objetivo principal de la investigación lo constituye analizar la adecuación del sistema político vasco al modelo de democracia funcionalmente consociativo que se define en el artículo 152 de la Constitución.

Como objetivos específicos se plantea comprender las dinámicas de funcionamiento de los sistemas políticos subnacionales en modelos políticamente descentralizados, así como elaborar una metodología que permita detectar el grado de estabilidad de sistemas políticos consociativos.

Para responder la pregunta de investigación y dar cumplimiento a los objetivos general y específicos de este *paper* se ha trabajado el análisis de las dimensiones de relación entre gobierno y parlamento planteadas como relevantes en los procesos de toma de decisiones (Lijphart, 2016, p. 15):

1. El impacto de la proporcionalidad del sistema electoral en el sistema de partidos resultantes.
2. El grado de concentración del poder ejecutivo.
3. Las relaciones Gobierno-Parlamento en el periodo 1980-2021.

Para medirlo se ha realizado la construcción de una base de datos que a partir de estas tres variables analíticas integra un conjunto de ocho subvariables con 16 indicadores.

TABLA 5. VARIABLES ANALÍTICAS, SUBVARIABLES E INDICADORES

VARIABLES	SUBVARIABLES	INDICADORES
Sistema de partidos	No	<ul style="list-style-type: none"> Número Efectivo de Partidos Parlamentarios. Numero Efectivo de Partidos Parlamentarios (media 1980-2021).
Grado de concentración del Poder Ejecutivo	<ol style="list-style-type: none"> Tipo de Gabinete. Estabilidad Política del Lehendakari. Estabilidad Política del Gobierno. 	<ul style="list-style-type: none"> Años por tipo de gabinete. Permanencia en el cargo de los Lehendakaris. Duración de las legislaturas.
Relaciones Gobierno-Parlamento en Euskadi	<ol style="list-style-type: none"> Control de la agenda legislativa del partido en la presidencia. Origen de la actividad legislativa. Mecanismos de control fiduciario. Mecanismos de control fiscalizador. 	<ul style="list-style-type: none"> Coincidencia de color político Lehendakari-Presidente de la cámara. Actividad legislativa gubernamental o de los grupos parlamentarios. Empleo de: investiduras, mociones de censura y cuestiones de confianza. Evolución en el número de: preguntas orales (pleno y comisión) comparecencias del gobierno (pleno y comisión) Propositiones No de Ley, Interpelaciones, preguntas escritas y solicitudes de informes.

Fuente: Elaboración propia.

3.1. La relación entre sistema electoral y sistema de partidos

Como se ha señalado en el epígrafe sobre los modelos de democracia es necesario recordar que mientras los sistemas *Westminster* asientan su dinámica de funcionamiento en el principio mayoritario y en sistemas bipartidistas basados en un eje unidimensional, los modelos consociativos emplean fórmulas electorales de tipo proporcional que buscan realizar una correcta traducción de votos en escaños con la finalidad de definir sistemas multipartidistas.

Para determinar el sesgo del sistema vasco de partidos, además de conocer la fórmula electoral, es clave determinar el Número Efectivo de Partidos Parlamentarios (NEPP) que se realiza partiendo de la exclusión de los partidos que no obtienen representación (Blondel, 1968, p. 184; Sartori, 1976, p. 122) y aplicando la fórmula de cálculo diseñada por Laakso y Taagera (1979).

$$NEPP = \frac{1}{\sum_{i=1}^n S_i^2}$$

Una vez determinado el NEPP de cada una de las XII legislaturas del Eusko Legebiltzara se puede obtener el NEPP medio.

$$NEPP \text{ medio} = \frac{\text{Suma (NEPP por legislatura)}}{\text{Numero de legislaturas}}$$

De esta manera se obtiene el NEPP específico, así como en NEPP medio con objeto de determinar si el modelo de partidos es bipartidista y tiene un sesgo mayoritario o si por el contrario es multipartidista que es un indicador de carácter consociativo.

TABLA 6. SISTEMAS DE PARTIDOS EN FUNCIÓN DEL NEPP

Sistema de partidos	NEPP
Bipartidista	2,0
Dos partidos y Medio (bipartidismo imperfecto)	2,6
Sistema multipartidista de partido dominante	3,5
Sistema de multipartidista sin partido dominante	4,5

Fuente: Elaboración propia a partir de Blondel (1968).

3.2. Grado de concentración del poder ejecutivo

Para determinarlo se estudian tres dimensiones: en primer lugar se analiza el tipo de gobierno determinando el número de años que ha habido con gobiernos monocolors de un solo partido en comparación con el tiempo en el que los gabinetes han sido integrados por una coalición de, al menos, dos partidos.

La segunda dimensión se centra en la estabilidad de los Lehendakaris al frente del gobierno que permite observar el periodo medio de permanencia en el cargo y por tanto determinar el grado de estabilidad de los liderazgos políticos.

Finalmente el estudio se centra en la duración media de las legislaturas con el objetivo de identificar si con carácter general los gobiernos agotan el mandato parlamentario o si existe la tendencia a adelantar los comicios como herramienta de resolución de tensiones internas o de dificultades para adoptar decisiones.

3.3. Relaciones ejecutivo-legislativo

La tercera variable analítica se centra en el estudio de la relación entre los dos poderes que conforman el sistema político vasco: Gobierno y Parlamento con objeto de determinar si los procesos de toma de decisiones se caracterizan por el control, que constataría un sesgo mayoritario, o el equilibrio entre instituciones, que es una característica propia de los modelos consociativos.

Para medirlo la investigación analiza cuatro subvariables: la primera de ellas tiene que ver con la existencia del control de la jefatura del gobierno y la presidencia del Parlamento por parte del mismo partido para lo que se ha estudiado la correlación entre ambas a lo largo de doce legislaturas así como el número de años en el que han coincidido ya que, como es lógico, una presidencia parlamentaria afín a una *Lehendakaritza* de su mismo partido facilita la relación institucional.

La segunda de ellas tiene que ver con el origen de la actividad legislativa de la cámara para determinar si las iniciativas planteadas son de origen gubernamental o si por el contrario son los grupos parlamentarios no solo se limitan a controlar y a fiscalizar sino que al contrario fortalecen la posición del legislativo con iniciativas complejas técnicamente que además se pueden traducir en un *indirizzo* parlamentario al gobierno.

Para medirlo se han analizado todas las iniciativas legislativas presentadas en el *Eusko Legebitzara*, y no solo las concluidas, puesto que en el procedimiento parlamentario racionalizado las iniciativas normativas del gobierno tienen una tramitación preferente.

En tercer lugar se ha estudiado el empleo de los mecanismos de control vinculados a la confianza del Parlamento hacia el Gobierno a partir del análisis sobre el uso de las investiduras, mociones de censura y cuestiones de confianza planteadas en el periodo 1980-2021.

Finalmente la investigación se centra en el uso de las iniciativas de control fiscalizadora de la acción de gobierno que se han medido a partir de la evolución en el uso de: preguntas de respuesta oral en pleno y comisión, comparecencias tanto en el pleno como en las diferentes comisiones, interpelaciones, Proposiciones No de Ley, preguntas escritas y solicitudes de informe.

El paso final para responder a la pregunta principal de investigación se ha realizado mediante la integración de las variables que definen el sistema político vasco, su carácter consociativo y el equilibrio entre sus instituciones analizado a través del Parlamento.

4. RESULTADOS

4.1. Sistema electoral y sistema de partidos en el País Vasco

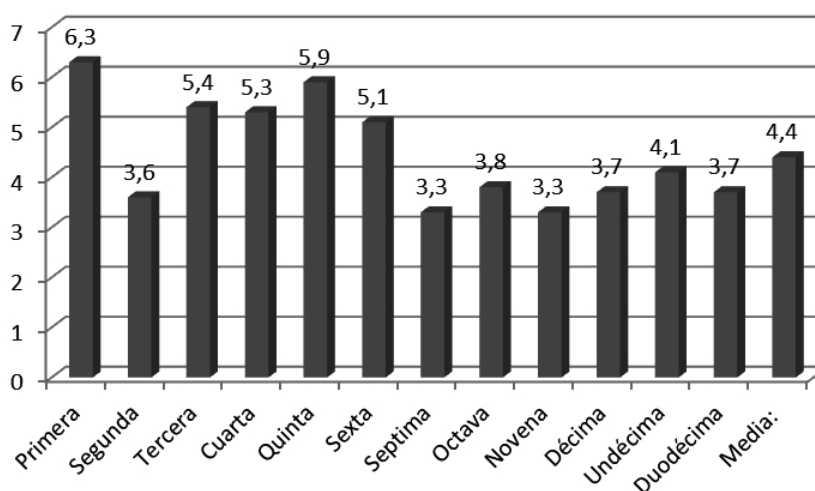
Una de las dimensiones clave para discernir el carácter mayoritario o consociativo de un sistema político se relaciona con la configuración del sistema de partidos. En los sistemas de tipo *Westminster* la regulación del proceso electoral persigue construir modelos bipartidistas basados en un eje unidimensional (generalmente de naturaleza socioeconómica que distinguen entre opciones de izquierda-derecha) para ello utilizan fórmulas mayoritarias, siendo el *first-past-the-vote* británico el mejor ejemplo y cuya finalidad es convertir mayorías relativas en absolutas construyendo lo que Lijphart (2016) denomina mayorías artificiales.

Por su parte los modelos consociativos se asientan en el empleo de fórmulas proporcionales cuya finalidad es traducir correctamente los votos en escaños de manera que el sistema resultante tenga naturaleza multipartidista a partir de ejes multidimensionales.

El sistema electoral vasco está limitado por la prescripción del artículo 152 de la Constitución Española que obliga a las CC.AA históricas a constituir sus asambleas legislativas empleando un sistema electoral proporcional que asegure la representación de todas las zonas del territorio.

En su desarrollo el Estatuto de Autonomía y la Ley 5/1990 han empleado como se ha visto la representación igual de los tres territorios vascos, el empleo de la fórmula D'Hondt en materia de asignación de escaños y la existencia de una barrera electoral del 3%.

GRÁFICO 2. EVOLUCIÓN DEL NEPP EN EL EUSKO LEGELBILTZARRA (1980-2021)



Fuente: Elaboración propia.

A partir de la determinación del NEPP en el Parlamento Vasco y en función de la metodología planteada por Blondel (1968) se pueden extraer dos conclusiones. La primera de ellas es que la apuesta por un modelo electoral proporcional prescrito en la norma fundamental y diseñado, a nivel estatutario y legislativo, se ha traducido en un sistema claramente multipartidista que ha oscilado, en función del periodo temporal.

En este sentido, con excepción de la II Legislatura, entre 1980-2001, los primeros 21 años de autogobierno se caracterizaron por un modelo multipartidista sin partido dominante. Mientras que desde la VII Legislatura, con excepción de la XI, el NEPP constata claramente un sistema multipartidista de partido dominante (el PNV que ha reforzado su posición frente al resto de organizaciones).

La segunda conclusión tiene que ver con que el NEPP medio se sitúa en el 4,4 lo que muestra que el desarrollo del autogobierno ha generado, durante la mayor parte del tiempo un sistema de partidos que tiende hacia el multipartidismo sin partido dominante.

4.2. El grado de concentración del Gobierno Vasco

La segunda dimensión analítica de la presente investigación se centra en el tipo de gobierno. Como se ha señalado, tanto en el epígrafe teórico así como en el diseño metodológico, el tipo de gabinete constituye un elemento clave según Lijphart (2016) para diferenciar sistemas *Westminster* de sistemas consociativos.

De esta manera una característica típica de los modelos de democracia que tienen un sesgo mayoritario se vincula a la conformación de gobiernos monocolor integrados por miembros de una sola formación política.

Esta es una dimensión directamente vinculada al sistema de partidos resultante del modelo electoral puesto que si la fórmula de asignación de escaños tiende a definir una cámara bipartidista de eje unidimensional y dialéctico configurada sobre la base de mayorías artificiales lo normal es que los gobiernos se conformen, en exclusiva, por personas pertenecientes al partido con mayor representación parlamentaria mientras que el principal competidor electoral se sitúa en la oposición.

Por su parte en los modelos de democracia de tipo consociativo se entiende que los procesos de toma de decisiones se tienen que canalizar a partir de la correcta representación proporcional de cada opción

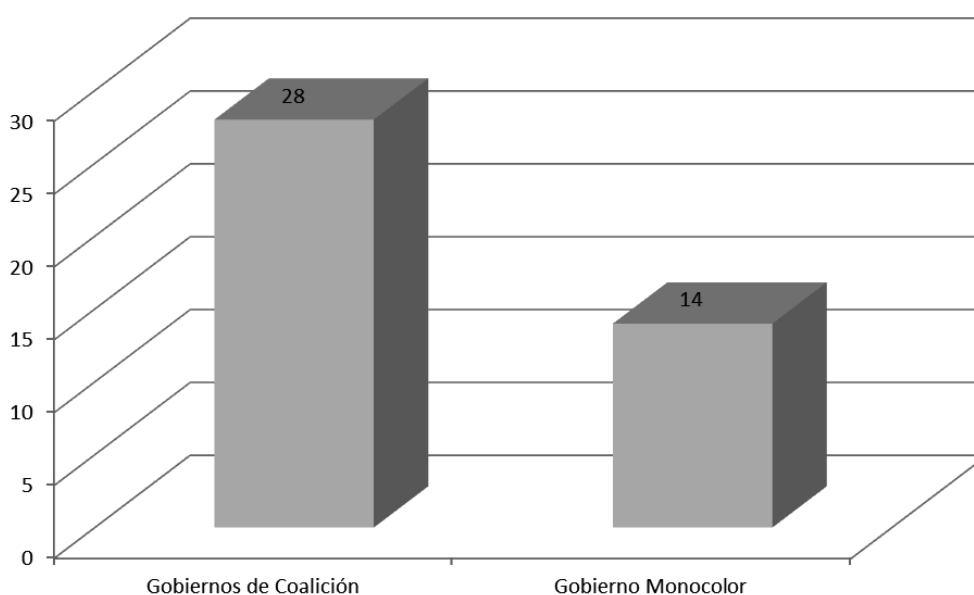
política en sistemas multipartidistas y que, en consecuencia, el gabinete para ser estable debe encontrarse respaldado por una amplia coalición parlamentaria.

La conformación de gabinetes de coalición constituye el principal reflejo de la existencia de un sistema electoral proporcional que crea un modelo multipartidista y, al mismo tiempo, una posición de cierto equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo.

En el caso del País Vasco el estudio de la concentración gubernamental se ha basado en tres elementos definidos en el marco metodológico: tipo de gobierno, permanencia en el cargo de los Lehendakaris y estabilidad de las legislaturas.

Durante el periodo temporal 1980-2021 el País Vasco ha sido gobernado la mayor parte del tiempo por gabinetes conformados por coaliciones de, al menos, dos partidos políticos.

GRÁFICO 3. AÑOS DE GOBIERNO POR TIPO



Fuente: Elaboración propia a partir de <https://www.euskadi.eus/miembros-del-consejo-de-gobierno/web01-s1ezaleh/es/>.

La composición de las coaliciones no ha sido homogénea puesto los gabinetes bipartitos han gobernado durante 12 años mientras que los gobiernos tripartitos lo hicieron durante 16. Todos los gobiernos de coalición que ha conocido el País Vasco contaron con la presencia, y la presidencia, de miembros del PNV.

En este sentido durante 25 años, de los 28, que Euskadi ha contado con gobiernos de coalición es relevante destacar que la misma se ha conformado a partir del pacto entre nacionalistas (PNV y, eventualmente Eusko Alkartasuna –EA–) y no nacionalistas (PSE-EE e Izquierda Unida-Berdeak –IU–).

Durante las legislaturas I, II, IX y X el País Vasco ha contado con gobiernos conformados por un solo partido. Sin embargo no han sido fórmulas ajenas a la inexistencia de coaliciones puesto que éstas se pueden conformar en los gabinetes o mediante fórmulas de apoyo parlamentario (Bogdanor, 1983, p. 264; Reniu, 2001, p. 21; Jiménez y Sáiz, 1992, p. 3). De esta manera en las legislaturas I, II y X el PNV ocupó el gobierno y contó con el apoyo externo de los socialistas, mientras que en la IX fue el PSE-EE quien presidió y conformó un gobierno monocolor asentado en el apoyo del Partido Popular (PP).

El segundo elemento de análisis dentro de esta variable se centra en la permanencia en el cargo de los Lehendakaris que han dirigido la acción del ejecutivo vasco desde 1980 puesto que permite estudiar su capacidad de liderazgo para configurar mayorías de gobierno estables.

Durante cuatro décadas el Gobierno Vasco ha sido presidido por cinco Lehendakaris. Cuatro pertenecientes al PNV (Garaiakoetxea, Ardanza, Ibarretxe y Urkullu) y uno al PSE-EE (López).

La permanencia media en la jefatura del gabinete se sitúa en los 8,4 años lo que equivale a superar las dos legislaturas completas. El Lehendakari que más tiempo ocupó el cargo fue José Antonio Ardanza (14 años) y el que tuvo la permanencia más corte fue Patxi López que, con 3 años, no llegó a agotar la IX Legislatura.

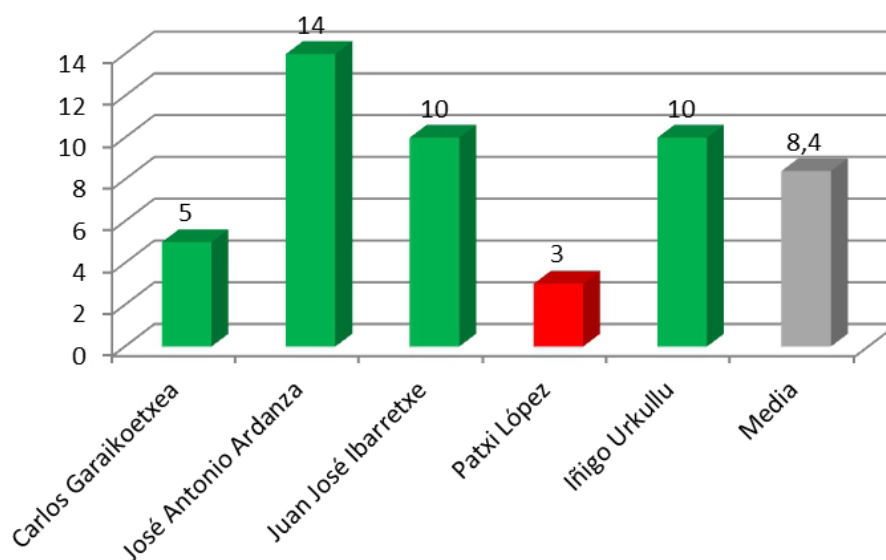
TABLA 7. GOBIERNOS POR TIPO (1980-2021)

Legislatura	Partidos en el Gobierno	Años
I	PNV	4
II	PNV	3
III	PNV / PSE-EE	3
IV	PNV / PSE-EE / EA	4
V	PNV / PSE-EE / EA	4
VI	PNV / EA	3
VII	PNV / EA / IU	4
VIII	PNV / EA / IU	4
IX	PSE-EE	3
X	PNV	4
XI	PNV / PSE-EE	4
XII	PNV / PSE-EE	2

Fuente: Elaboración propia a partir de <https://www.euskadi.eus/miembros-del-consejo-de-gobierno/web01-s1ezaleh/es/>.

En todo el periodo temporal 1980-2021 solamente se ha producido la sustitución de un jefe de gobierno por otro en el marco de la misma legislatura. Fue en marzo de 1985 cuando el primer Lehendakari, Carlos Garaikoetxea, que ante las tensiones que mantuvo con la dirección de su propio partido (PNV) sobre la relación entre las Diputaciones Forales y el Gobierno Vasco, se vio obligado a dimitir y a ser sustituido por José Antonio Ardanza.

GRÁFICO 4. PERMANENCIA EN EL CARGO DE LOS LEHENDAKARIS

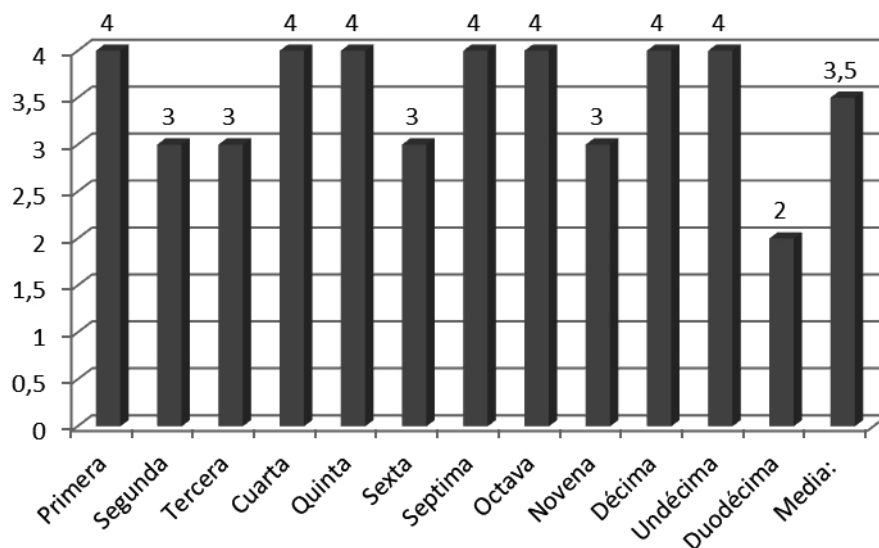


Fuente: Elaboración propia.

El tercer elemento de análisis se vincula con el estudio en torno a la estabilidad de las legislaturas. En este aspecto conviene recordar, como se ha hecho en el apartado teórico y metodológico, que desde la aprobación del Estatuto de Autonomía del País Vasco, esta comunidad ha sido una de las cuatro que, ini-

cialmente, dispuso de calendario electoral propio al otorgar a su jefe de gobierno la potestad de disolver el parlamento vasco y adelantar las elecciones (Oliver, 2011, p. 72; García Roca, 1985, p. 189).

GRÁFICO 5. DURACIÓN DE LAS LEGISLATURAS (1980-2021)



Fuente: Elaboración propia.

Desde el despliegue de las instituciones vascas de autogobierno la duración media de una legislatura se ha situado en los 3,5 años lo cual supone que con carácter general el Gobierno y el Parlamento tienden a agotar su mandato de forma completa evitando recurrir a la disolución anticipada.

En este sentido la mayoría de las Legislaturas (I, IV, V, VII, VIII, X y XI) han tenido una duración completa de cuatro años. Solamente en la II, III, VI y IX se acudió al adelanto electoral. La actual legislatura (XII) lleva dos años y está prevista su finalización para 2024.

4.3. Las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento Vasco

La tercera dimensión analítica se centra en las dinámicas de rendimiento existentes entre el poder ejecutivo y el legislativo. Como se ha señalado en el epígrafe teórico, uno de los elementos dicotómicos entre los modelos de democracia mayoritarios y consociativos tienen que ver con el equilibrio entre ambos poderes.

En las democracias *Westminster* el empleo de fórmulas electorales tiene como principales efectos la conversión de mayorías escasas en absolutas y, por tanto, abre la puerta a la conformación de gabinetes monocolor de un solo partido. De este modo el sistema tiende a favorecer de forma inercial el predominio del gabinete frente al parlamento (Hailsam, 1978, p. 127; Lijphart, 2016, p. 39; Levine, 1979, p. 26) cuyos integrantes no pertenecientes a la mayoría gubernamental tienden a reconducir su actividad hacia la labor de control puesto que no disponen de capacidad de plantear ninguna iniciativa legislativa que tenga posibilidades de prosperar (Cuocolo, 1983, p. 226; Biscaretti di Ruffia, 1965, p. 404; Aragón, 1994, p. 23).

Por su parte en los modelos de corte consociativo la proporcionalidad conlleva la necesidad de construir mayorías gubernamentales a partir de coaliciones amplias (Lijphart, 2016, p. 47). Los acuerdos de gobernabilidad según Reniu (2001, p. 21) se pueden construir con carácter *ex ante*, a la convocatoria de elecciones mediante coaliciones electorales, o *ex post* mediante la configuración de acuerdos parlamentarios (que pueden ser puntuales o de legislatura) así como de coaliciones gubernamentales para compartir las tareas derivadas del poder ejecutivo.

Esta configuración de los pactos vinculados a la gobernabilidad se traduce en un mayor equilibrio entre el poder ejecutivo y el poder legislativo (Lijphart, 2016, p. 15) cuya principal consecuencia es que se refuerza el principio de responsabilidad que une a ambos poderes y el parlamento adopta una posición de impulso político de las iniciativas que debe llevar adelante el gobierno (Duverger, 1970, p. 139; Razquin, 2006, p. 115).

TABLA 8. PROCEDENCIA PARTIDARIA DEL LEHENDAKARI Y EL PRESIDENTE DEL PARLAMENTO VASCO

Legislatura	Presidencia del Parlamento	Partido	Lehendakari	Partido
I	Juan José Pujana	PNV	Carlos Garaikoetxea,	PNV
II	Juan José Pujana	PNV	Carlos Garaikoetxea, José Antonio Ardanza	PNV
III	Jesus Eguiguren	PSE-EE	José Antonio Ardanza	PNV
IV	Joseba Andoni Leizaola	PNV	José Antonio Ardanza	PNV
V	Joseba Andoni Leizaola	PNV	José Antonio Ardanza	PNV
VI	Juan María Atutxa	PNV	Juan José Ibarretxe	PNV
VII	Juan María Atutxa	PNV	Juan José Ibarretxe	PNV
VIII	Izaskun Bilbao	PNV	Juan José Ibarretxe	PNV
IX	Arantza Quiroga	PP	Patxi López	PSE-EE
X	Barkatxo Tejería	PNV	Iñigo Urkullu	PNV
XI	Barkatxo Tejería	PNV	Iñigo Urkullu	PNV

Fuente: Elaboración propia.

No obstante es preceptivo señalar que el peso que han ido adquiriendo los partidos en el proceso político (Paniagua, 2010, p. 4) paralelo al desarrollo del Estado del Bienestar cuyo desarrollo expande la potestad normativa y la búsqueda de la estabilidad del poder ejecutivo para que cuente con capacidades de implementar políticas públicas de corte redistributivo y planificador (Fernández-Valmayor y Gómez-Ferrer, 1980, p. 186; Porras, 1981, p. 108) se ha traducido en mecanismos parlamentarios que, como la exigencia de mayorías cualificadas y constructivas para retirar la confianza al ejecutivo la atribución al poder ejecutivo de capacidad legislativa por urgencia o de refundir normativa de complejidad técnica así como la articulación del trabajo parlamentario a través de grupos políticos dotados de estructuras centralizadas limitan la función parlamentaria de *indirizzo* político y potencia el incremento de las figuras de control político al ejecutivo (García Morillo, 1991, p. 121).

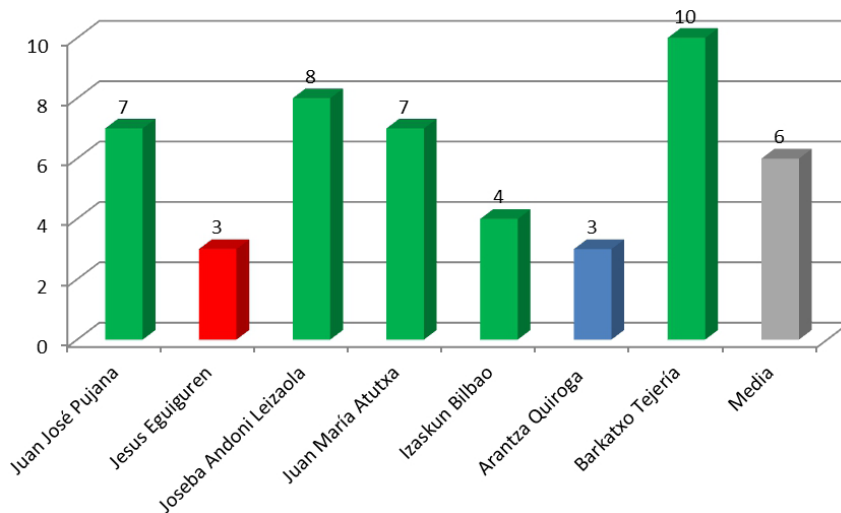
En el caso del País Vasco el estudio de las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo se ha basado en cuatro elementos: el control de la agenda del legislativo por parte del partido que ostentaba la jefatura del gobierno, el origen de la actividad legislativo, el empleo de mecanismos de control fiduciario y el uso de mecanismos de control fiscalizador.

Durante las 12 Legislaturas de funcionamiento del *Eusko Legebiltzarra* la tendencia general ha sido la coincidencia entre el color político del Lehendakari y del Presidente de la cámara. De esta manera se puede observar que con ese alineamiento político el jefe del gobierno ha contado en la presidencia del Parlamento con perfiles afines investidos de funciones clave en materia de agenda y tramitación parlamentaria.

Solamente en dos ocasiones la presidencia del parlamento ha recaído en un miembro de un partido diferente al del jefe de gobierno. Fue el caso de la III Legislatura, cuando el socialista Jesús Eguiguren tuvo que cohabitar con el nacionalista José Antonio Ardanza al frente del gobierno, así como de la IX Legislatura en donde el apoyo del PP a la investidura como Lehendakari de Patxi López (PSE-EE) conllevó la elección de la popular, Arantza Quiroga, como presidenta del poder legislativo.

Esta estabilidad se refleja en que los presidentes del Parlamento Vasco se caracterizan por una presencia larga en el tiempo ya que, con excepción de Izaskun Bilbao, todos los presidentes que pertenecían al PNV ejercieron sus cargos durante más de una Legislatura completa. Mientras que el Socialista Eguiguren y Arantza Quiroga (PP) no pudieron extender su cohabitación con Lehendakaris de otras formaciones políticas durante más de una legislatura.

GRÁFICO 6. PROCEDENCIA PARTIDARIA Y PERMANENCIA EN EL CARGO DE LOS PRESIDENTES DEL PARLAMENTO VASCO

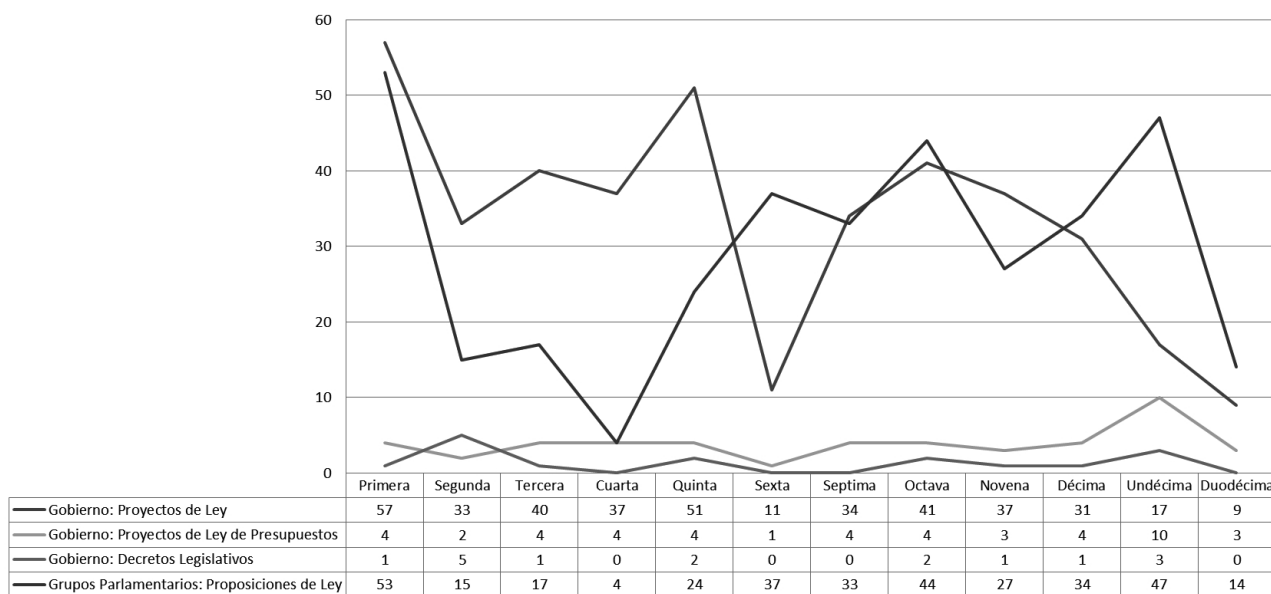


Fuente: Elaboración propia.

El segundo elemento de análisis se vincula con el origen de la actividad legislativa. En la práctica parlamentaria española, que ha sido incorporado en la normativa de las asambleas autonómicas, las iniciativas de tipo legislativo pueden tener de forma ordinaria dos orígenes: gubernamental o parlamentario. Si bien es cierto que también se reconoce de forma limitada el derecho a la iniciativa legislativa popular o en algunas CC.AA esta posibilidad se extiende también al ámbito municipal.

El estudio de la actividad legislativa en función de su origen es clave para comprender las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno puesto que un monopolio o dominio de este tipo de iniciativas por parte del ejecutivo sería un ejemplo de cultura política de sesgo mayoritario, mientras que un equilibrio entre iniciativas de uno u otro poder constataría la existencia de unos grupos parlamentarios activos y con capacidad técnica de plantear propuestas normativas solventes.

GRÁFICO 7. INICIATIVAS LEGISLATIVAS POR ORIGEN GUBERNAMENTAL O PARLAMENTARIO



Fuente: Elaboración propia a partir de <https://www.legebiltzarra.eus>.

En este sentido la actividad legislativa del Parlamento Vasco constata un importante equilibrio entre las iniciativas normativas que se sitúan en un plano de igualdad en función del origen gubernamental o parlamentario de las mismas.

TABLA 9. PORCENTAJE DE INICIATIVAS LEGISLATIVAS POR ORIGEN

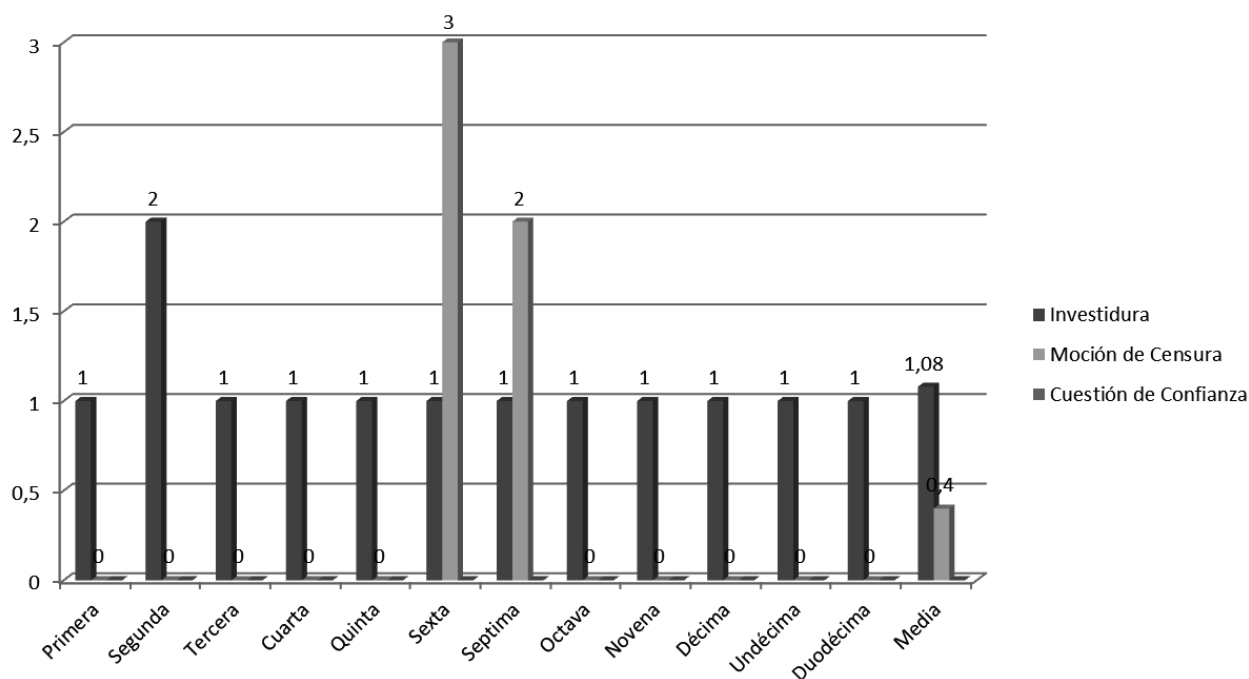
Origen	Porcentaje
Gubernamental	51,51%
Grupos Parlamentarios	48,49%

Fuente: Elaboración propia.

Es especialmente reseñable que durante las Legislaturas VI, X, XI y XII las iniciativas legislativas de origen parlamentario superan ampliamente a las procedentes del Gobierno Vasco. Por lo que se puede concluir que el Parlamento Vasco ha mantenido una posición fuerte en materia legislativa ya que desde hace más de cuatro décadas sus grupos parlamentarios se han caracterizado por una profusa producción de iniciativas legislativas.

El tercer elemento que integra el presente análisis se vincula con el empleo de instrumentos de control fiduciario vinculados al examen o reevaluación de la relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno: la investidura del Lehendakari, la moción de censura o la cuestión de confianza.

GRÁFICO 8. EMPLEO DE MECANISMOS DE CONTROL FIDUCIARIO



Fuente: Elaboración propia a partir de <https://www.legebiltzarra.eus>.

En este apartado es necesario destacar que desde 1980 el Parlamento Vasco se ha caracterizado por una extraordinaria estabilidad. En primer lugar llama la atención que, en un panorama de fragmentación no se ha empleado nunca la figura de la Cuestión de Confianza, en segundo término que el uso de la Moción de Censura (a pesar de estar prevista para el Lehendakari y los miembros del Gobierno por separado) ha sido anecdótico en las Legislaturas VI y VII y finalmente que en cada legislatura ha habido 1,08 procesos de investidura (la única vez en la que hubo una sustitución de un Lehendakari fue en la II Legislatura).

La cuarta parte de este análisis se relaciona con el empleo de mecanismos de control fiscalizador por parte del Parlamento Vasco. En este punto conviene diferenciar entre iniciativas de control oral, cuyo empleo tiene como finalidad la celebración de debates mediatizados entre actores partidistas y gubernamentales, frente a iniciativas de control escrito más vinculadas a la labor individual del parlamentario.

En relación con las iniciativas de control fiscalizador de naturaleza oral durante las 12 legislaturas de actividad del *Eusko Legebiltzarra* se puede observar que la tendencia de los grupos parlamentarios ha sido a plantear un incremento notable de las mismas. Pasando de 456 en la I Legislatura (1980-1984) a 2.749 en la undécima (2016-2020).

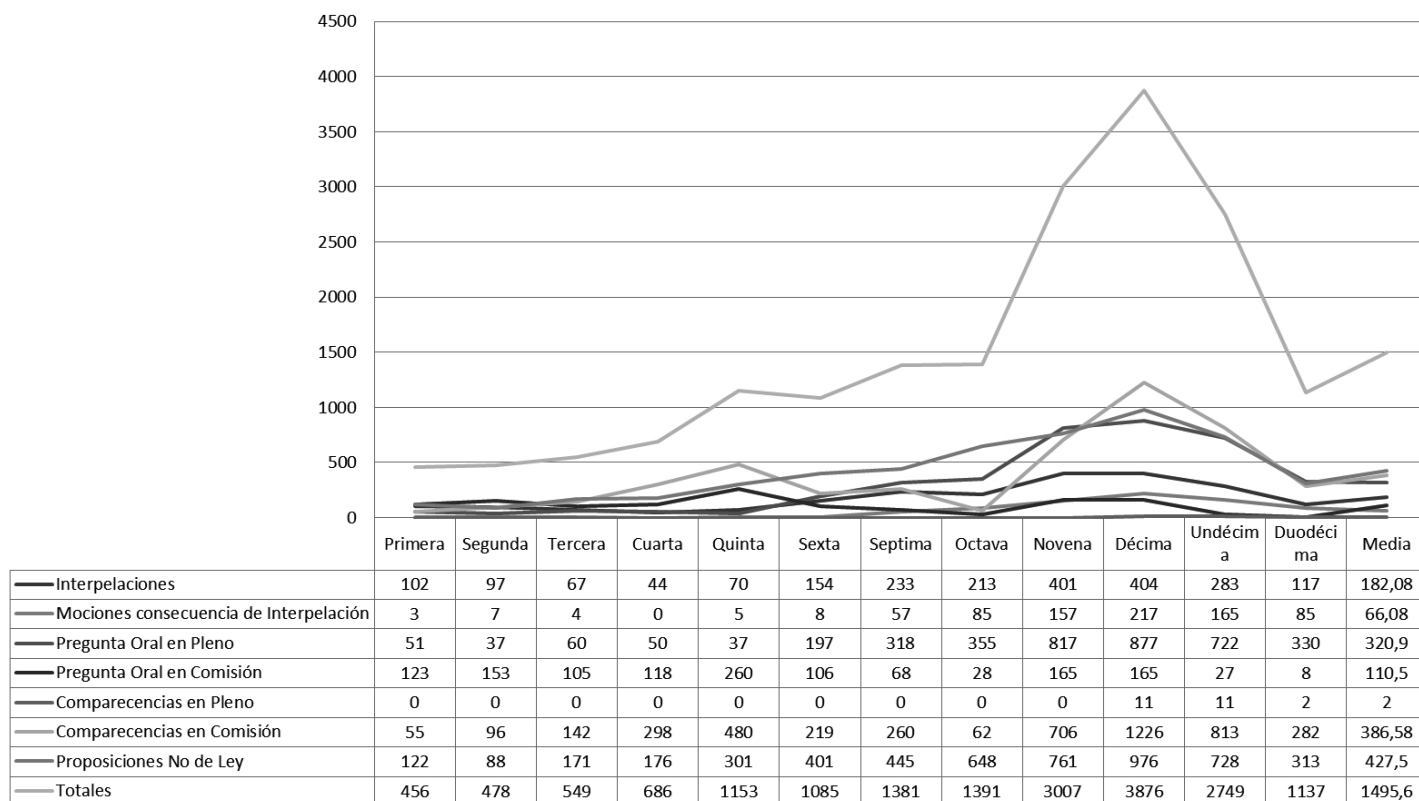
Este incremento es especialmente notable en figuras de alcance contradictorio entre el Gobierno y la oposición como las Interpelaciones, las Preguntas Orales ante Pleno y Comisión, así como en los instrumentos de impulso político declarativo como las Proposiciones No de Ley o las Mociones Consecuencia de Interpelación.

Por su parte las iniciativas de control escrito también presentan un notable incremento a lo largo de las doce legislaturas de actividad del Parlamento Vasco. Esta circunstancia es especialmente reseñable en lo referente al derecho de los parlamentarios a solicitar información del Gobierno Vasco que pasa de 34 solicitudes en la primera legislatura completa a 1.754 en la última.

Aspecto que también se observa en el empleo de las preguntas de respuesta escrita que pasan de las 129 en el periodo 1980-1984 a 2.048 en 2016-2020, teniendo el empleo de estas iniciativas su pico de más actividad en las legislaturas IX y X cuando se superaron las 6.000 preguntas escritas.

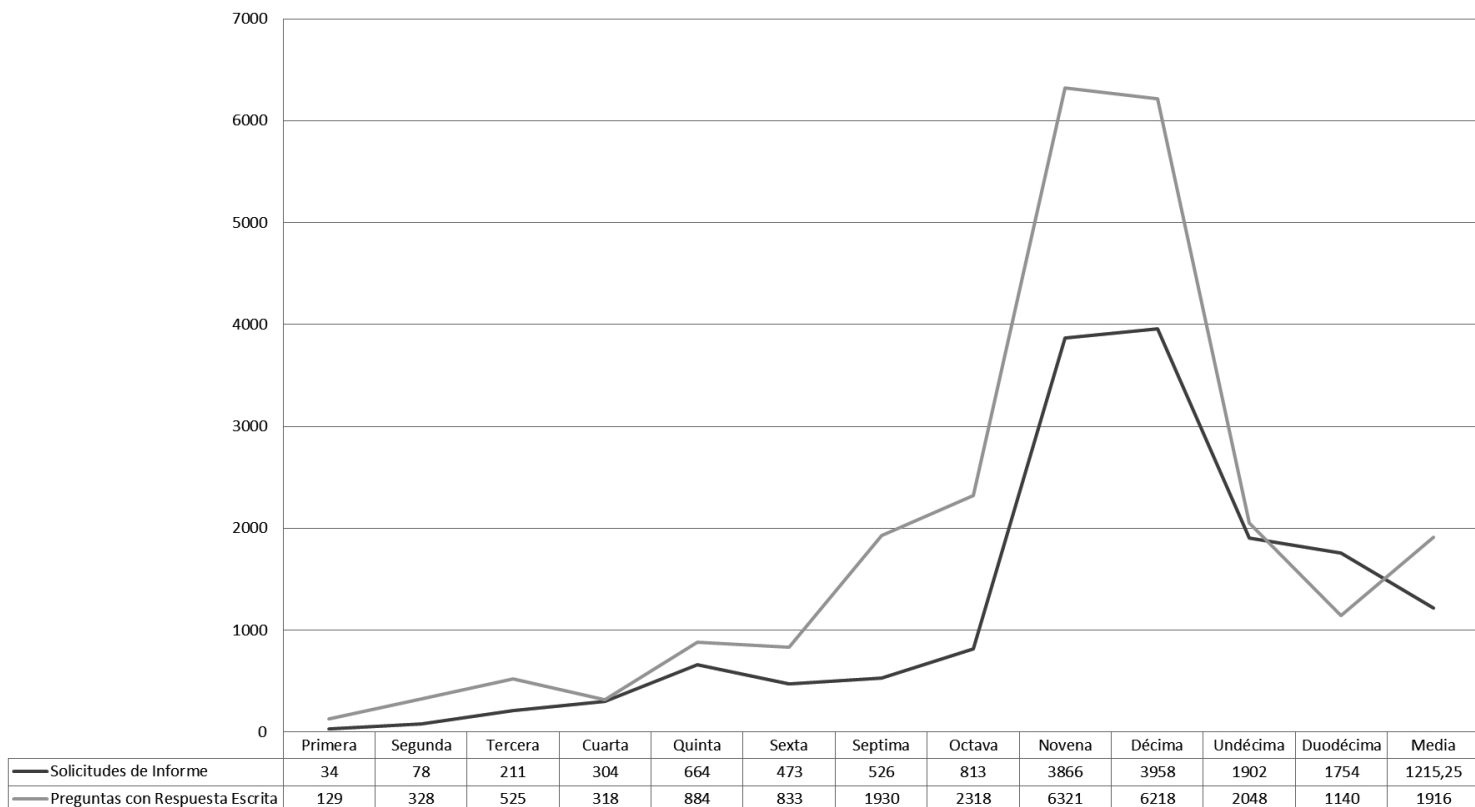
Por lo tanto el estudio de estas cuatro subvariables permite constatar que si bien el Parlamento Vasco ha tenido una actividad dirigida, en su mayor parte, por Presidentes del mismo color político que los jefes de gobierno, en la que se han incrementado notablemente el empleo de iniciativas de control a lo largo de las diferentes legislaturas, lo cierto es que los grupos parlamentarios representados en la cámara han sido también muy proactivos en materia de producción legislativa situando la misma en un plano de fuerte equilibrio con las iniciativas normativas de origen gubernamental.

GRÁFICO 9. INICIATIVAS DE CONTROL ORAL POR LEGISLATURA



Fuente: Elaboración propia a partir de <https://www.legebiltzarra.eus>.

GRÁFICO 10. INICIATIVAS DE CONTROL ESCRITO



Fuente: Elaboración propia a partir de <https://www.legebiltzarra.eus>.

5. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El análisis del impacto de la proporcionalidad del sistema electoral en el sistema de partidos resultantes, el grado de concentración del poder ejecutivo así como las relaciones Gobierno-Parlamento en el periodo 1980-2021 permiten extraer 2 consideraciones previas en relación con el funcionamiento del rendimiento de los poderes que conforman el sistema institucional del País Vasco: la configuración de un sistema político que tiene en la gestión de la pluralidad su principal seña de identidad, la definición de un modelo equilibrado de relaciones entre el ejecutivo y el legislativo así como la consolidación de un modelo caracterizado por una fuerte estabilidad política.

En primer lugar es necesario destacar que desde la puesta en marcha del marco estatutario el sistema político resultante tiene en la gestión de la pluralidad una de sus principales señas de identidad.

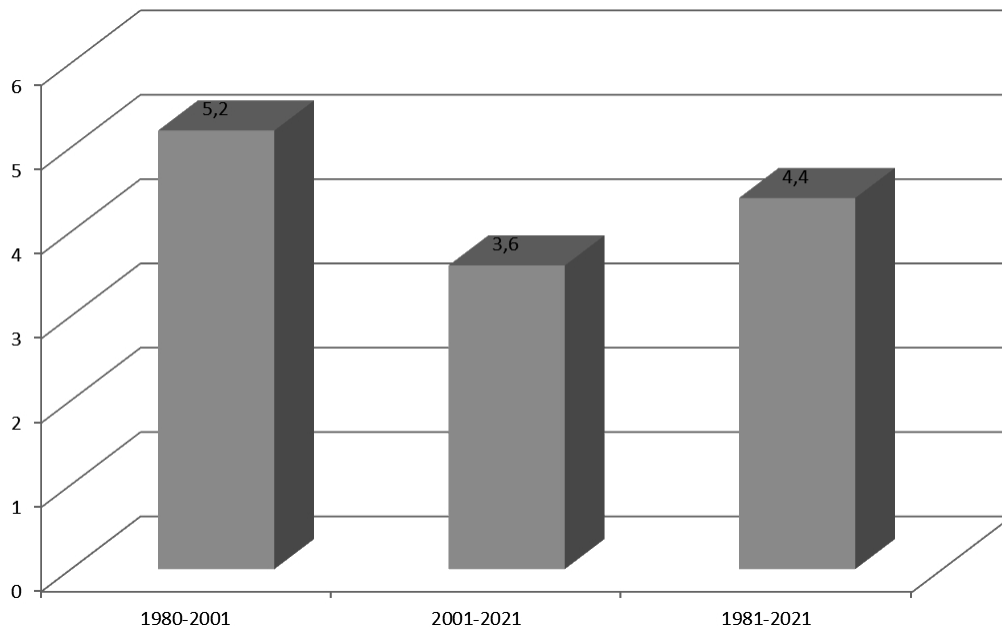
La gestión de una realidad plural y diversa en lo ideológico y lo identitario ha operado en dos planos claramente diferenciados.

Por un lado en el diseño del sistema de partidos resultante del sistema electoral. En este sentido el Gráfico 2 es sumamente clarificador cuando a partir de la determinación del NEPP durante las doce Legislaturas parlamentarias permite observar que el sistema se ha mantenido en un 4,4 lo que lo define como un modelo de multipartidismo sin partido dominante (Blondel, 1968).

En este sentido la observación del sistema determina que a pesar de haber evolucionado no ha perdido su naturaleza multipartidista puesto que si se analiza el NEPP en cada ciclo de 20 años, se puede observar que en las primeras dos décadas de autogobierno el modelo se caracterizó por un fuerte carácter fragmentado con un NEPP que al situarse en el 5,2 mostraba un multipartidismo sin partido dominante.

Mientras que desde 2001 el sistema de partidos ha tenido en el PNV a la fuerza política clave en el marco de un sistema que, de acuerdo a los parámetros de Blondel (1968) expresados en la Tabla 5, se podría definir como un ejemplo claro de multipartidismo de partido dominante.

GRÁFICO 11. EVOLUCIÓN DEL NEPP POR PERIODOS TEMPORALES

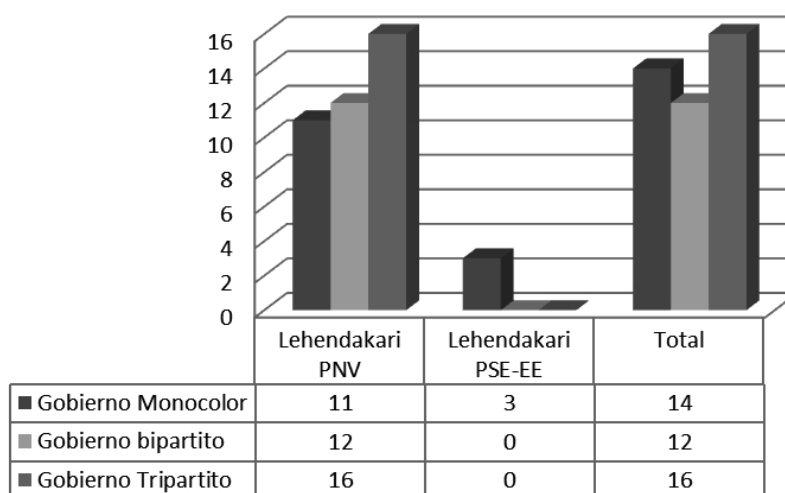


Fuente: Elaboración propia.

El otro plano sobre el cual opera la gestión de la pluralidad tiene que ver con la propia configuración de los gobiernos en Euskadi. Como se aprecia en la Tabla 6 durante la mayoría de las Legislaturas el territorio ha estado bajo mandatos de gobiernos conformados por coaliciones y en los periodos de gobierno monocolor ha sido frecuente la configuración de pactos de investidura o estabilidad que asegurasen que una mayoría de escaños respaldase la acción del ejecutivo.

En este sentido se puede afirmar que la conformación de coaliciones constituye, sin lugar a dudas, una seña de identidad de la cultura política vasca.

GRÁFICO 12. TIPO DE GOBIERNO Y AÑOS DE MANDATO POR COLOR POLÍTICO DEL LEHENDAKARI

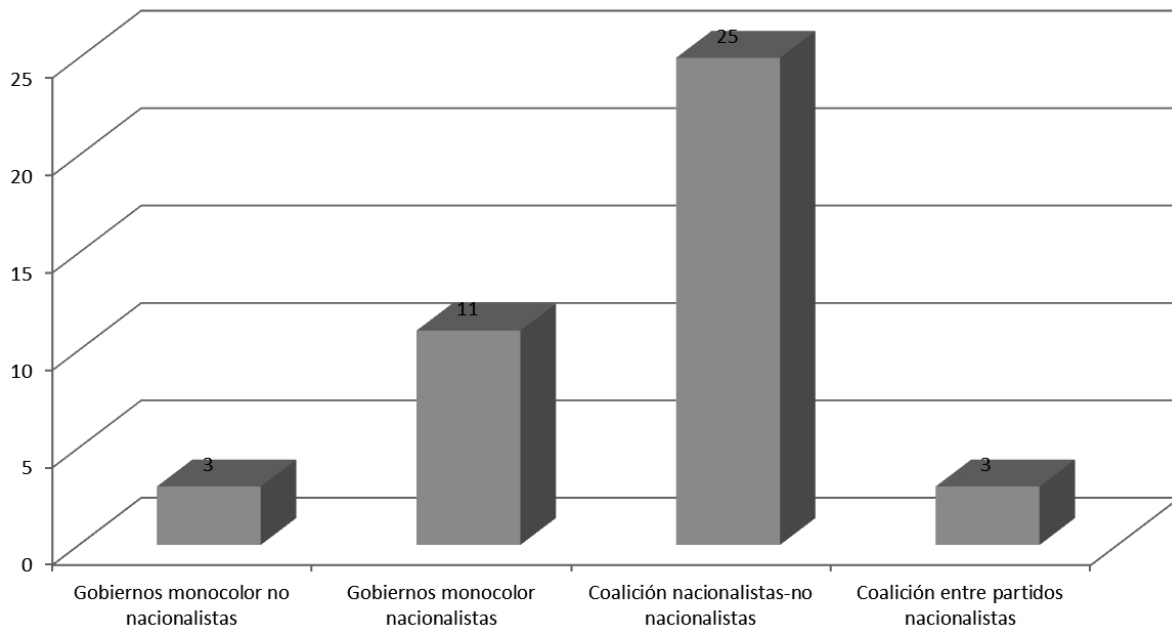


Fuente: Elaboración propia.

Concretamente los gobiernos integrados por dos o más partidos han ejercido su mandato durante 28 años, frente a los 14 en los que el Euskadi ha tenido gobiernos monocolor. En este punto es necesario des-

taçar el carácter transversal de las coaliciones puesto que durante 25 años éstas han integrado a partidos nacionalistas (siempre al PNV y en ocasiones a EA) junto a partidos no nacionalistas (principalmente el PSE-EE y durante dos legislaturas a IU) siendo cortas en el tiempo las coaliciones exclusivamente nacionalistas o los gobiernos monocolor no nacionalistas (3 años cada una).

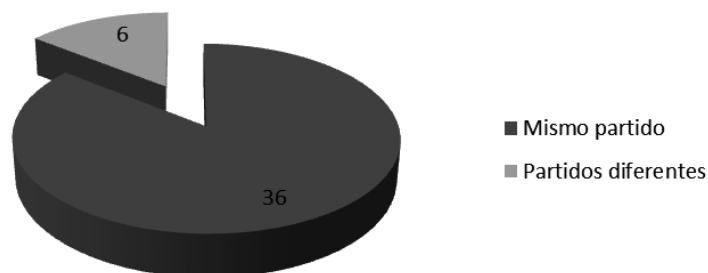
GRÁFICO 13. TIPO DE GOBIERNO Y AÑOS DE MANDATO



Fuente: Elaboración propia.

La segunda consideración previa que se puede extraer de la presente investigación radica en que la gestión de la pluralidad se complementa con un modelo institucional basado en una relación de equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo.

GRÁFICO 14. COINCIDENCIA DEL MISMO PARTIDO EN LA PRESIDENCIA DEL PARLAMENTO Y EL GOBIERNO VASCO POR AÑOS

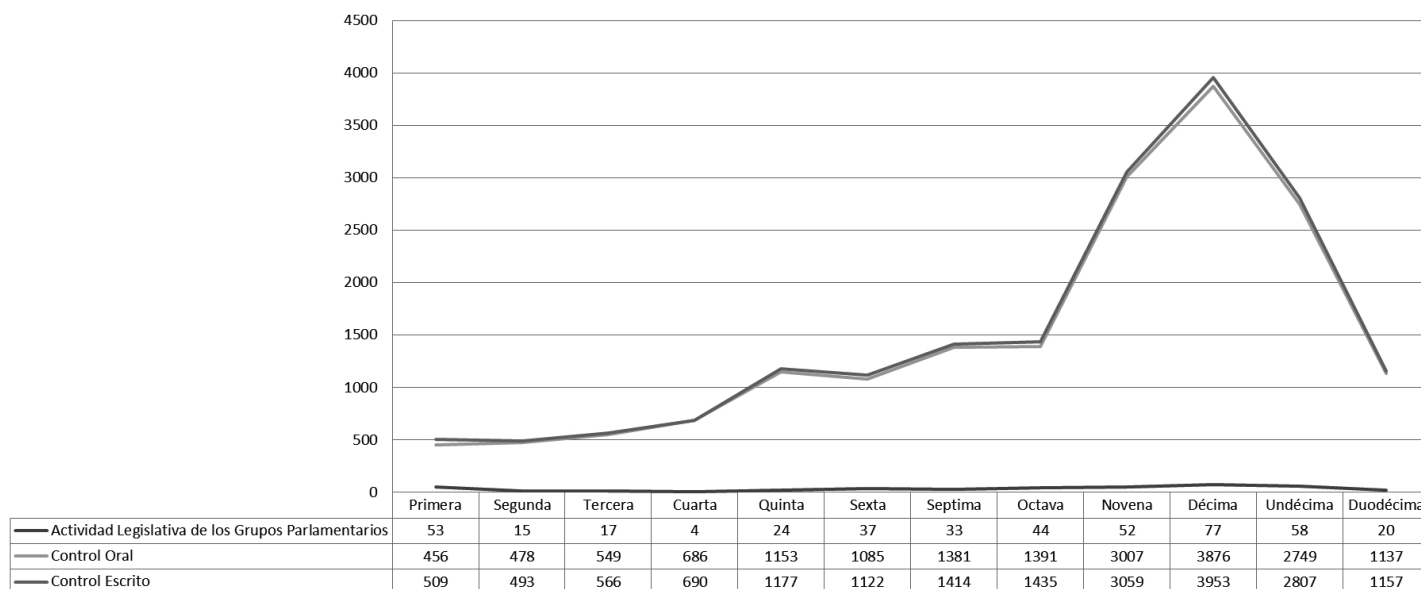


Fuente: Elaboración propia.

Si bien se puede apreciar que existen elementos de una cierta estabilidad puesto que como acertadamente señala la Tabla 8 hay una tendencia a que el control de la presidencia de la cámara recaiga en el mismo partido que ocupa la *Lehendakaritza*, salvo dos legislaturas de menor duración, y al mismo tiempo como se puede observar de forma clara en los Gráficos 9 y 10 la actividad parlamentaria tiende a incrementar el rol fiscalizador del Parlamento a nivel de iniciativas de control oral o escrito.

Lo cierto es que lejos de perder su vocación de órgano de *indirizzo* político, la cámara vasca, se caracteriza por una elevada actividad legislativa de origen parlamentario que, como se puede observar en la Tabla 9 y el Gráfico 7, sitúa a los proyectos normativos que provienen del Gobierno en un plano de práctica igualdad con las iniciativas legislativas que nacen desde los grupos parlamentarios.

GRÁFICO 15. RELACIÓN ENTRE ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS E INICIATIVAS DE CONTROL ESCRITO



Fuente: Elaboración propia.

De este modo se puede concluir que la racionalización, expresada en el incremento de la función de control parlamentario, no se ha traducido en que la actividad parlamentaria se defina por un sesgo mayoritario orientado hacia la preeminencia del poder ejecutivo ya que lejos de reducirse el número de iniciativas legislativas de origen parlamentario se observa una tendencia de mayor producción, especialmente a partir de la VII Legislatura, siendo destacable como dato que frente a las 53 Propositiones de Ley planteadas por los grupos parlamentarios en la I Legislatura completa, la última cerro con un balance de 58.

La tercera consideración previa se vincula a la capacidad del sistema político vasco de combinar la gestión de la pluralidad y un esquema equilibrado de relaciones entre gobierno y parlamento en un sistema dotado de una fuerte estabilidad que se puede apreciar en tres planos: el empleo de los mecanismos de control de tipo fiduciario, la duración larga de los mandatos de los presidentes del poder legislativo así como de los Lehendakaris.

El primer plano sobre el que se proyecta la estabilidad está vinculado al empleo de los 3 mecanismos que caracterizan el control de tipo fiduciario (investidura, moción de censura y cuestión de confianza) cuya finalidad consiste en otorgar o reevaluar la confianza del poder legislativo al poder ejecutivo.

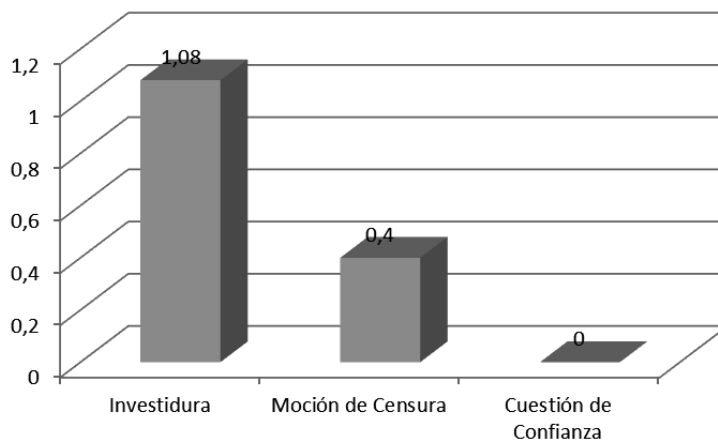
Es necesario destacar que en un sistema institucional caracterizado por un NEPP medio de 4,4 (multipartidismo sin partido dominante) e incluso donde su utilización se contempla en el caso de la censura contra miembros separados del ejecutivo, el empleo de estas tres figuras se caracterice por su uso limitado.

Desde 1980 han tenido lugar 13 procesos de investidura, poco más de 1 por legislatura, la única vez que se sustituyó a un Lehendakari fue en la II Legislatura con la dimisión de Carlos Garaikoetxea. Este desuso es más acentuado en los mecanismos de reevaluación de la confianza ya que como muestra el Gráfico 8 desde 1980 solamente se han planteado cinco mociones de censura (0,4 por mandato) concentradas en la VI y VII Legislaturas y por otro lado el Gobierno Vasco nunca ha tenido que recurrir a la cuestión de confianza para solicitar su confirmación por parte del poder legislativo.

La estabilidad también caracteriza la permanencia en el cargo de los presidentes del Parlamento Vasco que, como muestra el Gráfico 6, tiene una duración media de 6 años lo que supone que es dos años supe-

rior a la de una legislatura completa siendo especialmente reseñables los casos de Barkatxo Tejería (PNV) y Joseba Andoni Leizaola (PNV) que con 10 y 8 años al frente, respectivamente, del Parlamento Vasco son los presidentes que han tenido los mandatos más extensos.

GRÁFICO 16. EMPLEO PROMEDIO DE LOS MECANISMOS DE CONTROL FIDUCIARIO

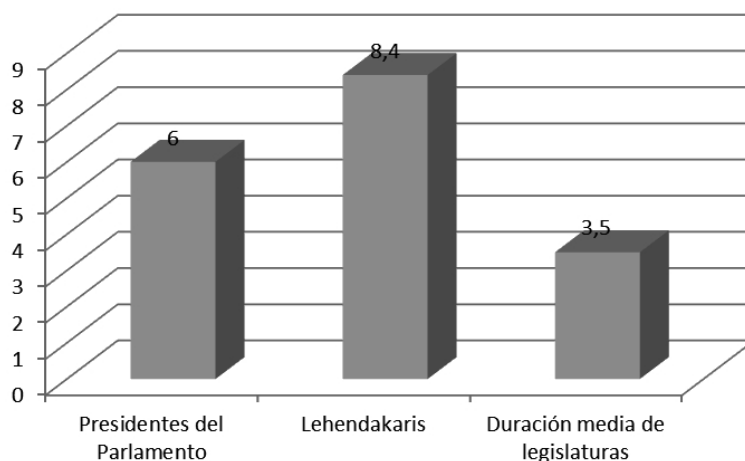


Fuente: Elaboración propia.

Finalmente la estabilidad también se puede observar en la configuración de los gabinetes vascos a partir de dos elementos, por un lado, como acertadamente muestra el Gráfico 4, en la permanencia de los Lehendakaris en periodos de gobierno superiores a los 8,4 años (más de dos legislaturas completas).

De otro, como muestra el Gráfico 5, en que, las legislaturas tienden a agotarse ya que en doce periodos solamente se ha disuelto la cámara y anticipado las elecciones en cuatro ocasiones estableciendo que cada gobierno tenga una duración media de 3,5 años a pesar de ser una comunidad que otorga a su jefe de gobierno la potestad de anticipar las elecciones disolviendo el Parlamento antes de la finalización de su mandato.

GRÁFICO 17. PERMANENCIA EN EL CARGO Y DURACIÓN MEDIA DE LAS LEGISLATURAS



Fuente: Elaboración propia.

6. CONCLUSIONES

Una vez se ha realizado la presentación y discusión de los resultados de la investigación es necesario recordar la pregunta principal de este *paper* consistente en averiguar si el empleo de modelos consociativos en el diseño de las instituciones de autogobierno genera sistemas políticos estables.

En este sentido el artículo permite extraer dos conclusiones principales. En primer lugar que se puede afirmar con carácter general que el sistema institucional que define el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 se alinea de forma clara con el espíritu constitucional del artículo 152 que mandata a las comunidades autónomas constituidas al amparo del artículo 151 a configurar un sistema institucional que asegure la existencia de una asamblea legislativa electa bajo el principio de proporcionalidad, con la finalidad de asegurar una representación multipartidista, y la creación de un consejo de gobierno vinculado a la confianza parlamentaria cuyo presidente debe ser integrante del poder legislativo.

En este sentido la norma básica de autogobierno en Euskadi establece un modelo de corte consociativo cuyo rendimiento se ha caracterizado durante más de cuatro décadas, como se ha visto, por un sistema electoral del que deriva un modelo multipartidista, usualmente sin un partido dominante (Gráfico 11) la conformación de gobiernos de amplia coalición (Gráfico 12) así como por un equilibrio en las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo (Gráfico 15).

La segunda conclusión es que la pregunta principal del papel se puede responder limitadamente, ya que como se ha podido apreciar en el caso del País Vasco, su sistema político de carácter consociativo ha sido capaz de generar un marco de estabilidad política institucional pero no ha sido posible determinarlo en el caso del resto de sistemas consociativos de entidades dotadas de un régimen de autonomía política.

En primer lugar no ha sido posible porque un análisis de estas características requeriría un estudio del rendimiento de instituciones configuradas de manera diferenciada en cada norma básica de autogobierno lo que exigiría un análisis pormenorizado de cada caso que excede las limitaciones de extensión a las que se ven sometidos este tipo de investigaciones.

En segundo término, porque requeriría equiparar rendimiento y procedimientos en torno a las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo que no siempre son idénticos en los diferentes sistemas políticos subnacionales.

No obstante esta metodología de estudio permite mediante el estudio individual de casos concretos establecer un marco analítico válido para comprender si cuando tiene lugar un proceso de descentralización y la configuración de entidades políticas subnacionales dotadas de autogobierno, la imposición de un diseño consociativo de sus instituciones por parte de la constitución del centro territorial conlleva como resultante la configuración de sistemas políticos que combinen este tipo de democracia con la existencia de un marco de estabilidad en el funcionamiento de sus instituciones políticas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcántara Sáez, M. (1995). *Gobernabilidad y crisis*. F. C. E. México.
- Anduiza Perea, E. (2000). El Sistema Político de Italia. En M. Alcántara Sáez (ed. Lit.), *Sistemas Políticos de la Unión Europea*. Tirant lo Blanc.
- Aragón, M. (1994). Información parlamentaria y función de control. En VV.AA, *Instrumentos de Información de las Cámaras Parlamentarias* [col. Cuadernos y debates 52]. Centro de Estudios Constitucionales.
- Baras, M. y Botella, J. (2000). *El sistema electoral*. Tecnos.
- Bertelsen, R. G. (2014). Devolution and Withdrawal: Denmark and the North Atlantic 1800-2000. En L. Heininen (ed.), *Security and Sovereignty in the North Atlantic*. Palgrave Macmillan.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1965). *Derecho Constitucional*. Tecnos.
- Blondel, J. (1968). Party systems and patterns of government in western democracies. *Canadian Journal of Political Science*, 1(2), 180-203. <https://doi.org/10.1017/S0008423900036507>
- Burdeau, G. (1976). *Traité de Science Politique*. LGFJ.
- Bogdanor, V. (1983). *Coalition Government in Western Europe*. Heineman Education.
- Cuocolo, F. (1983). *Instituzioni di Diritto Pubblico*. Giuffrè.
- Dixon, R. G. (1968). *Democratic Representation. Reapportionment in Law and Politics*. Oxford University Press.
- Duverger, M. (1970). *Instituciones y Derecho Constitucional*. Press University France.
- Fernández Sarasola, I. (2000). El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 60, 89-114. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-60-septiembrediciembre-2000/el-control-parlamentario-y-su-regulacion-en-el-ordenamiento-espanol-2>
- Fernández-Valmayor, J. L. C. y Gómez-Ferrer Morant, R. (1980). La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución. *Documentación Administrativa*, 188, 183-232. <https://doi.org/10.24965/da.vi188.4503>
- García Morillo, J. (1991). Mitos y realidades del parlamentarismo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 115-14. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-del-centro-de-estudios-constitucionales/numero-9-mayoagosto-1991/mitos-y-realidades-del-parlamentarismo-1>

- García Roca, F. J. (1985). El sistema de gobierno parlamentario en el País Vasco. *Revista de Estudios Políticos*, 46-47, 183-236. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-46-47-juliooctubre-1985/el-sistema-de-gobierno-parlamentario-en-el-pais-vasco-mocion-de-censura-individual-y-derecho-la-1>
- Gibernau, M. (2010). Devolution and Independence in the United Kingdom: The case of Scotland. *REAF*, 11, 56-82.
- González, R. y Ahijado, M. (2000). *Unión política europea ¿Laberinto, puzzle o mosaico?* Pirámide.
- Hailsam, L. (1978). *The Dilema of Democracy: Diagnosis and prescription*. Collins.
- Huntington, S. (1991). *The Third Wave: Democratization in the late XXth Century*. Oklahoma University Press.
- Jiménez, R. y Sáiz, A. (1992). *Instituciones y partidos políticos en la Comunidad Autónoma del País Vasco: 1986-1991* [Working Papers, 53]. ICPS. https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_53.pdf?noga=1
- Laakso, M. y Taagepera, R. (1979). Effective number of parties: a measure with application to West Europe. *Comparative Political Studies*, 12(1), 3-27. <https://doi.org/10.1177%2F001041407901200101>
- Lawson, S. (1993). Conceptual issues in the comparative study of regime change and democratization. *Comparative Politics*, 25(2), 183-205. <https://doi.org/10.2307/422351>
- Levine, S. (1979). *The New Zealand Political System: Politics in a small society*. George Allen and Unwin.
- Lewis, W. (1965). *Politics in West Africa*. George Allen and Unwin.
- Lijphart, A. (2016). *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países*. Ariel.
- Llera Ramo, F. J. (1985). *Postfranquismo y fuerzas políticas en Euskadi. Sociología electoral del País Vasco*. Universidad del País Vasco.
- Llera Ramo, F. J. (1999). *Pluralismo y gobernabilidad en Euskadi: 1980-1994. WP Institut de Ciències Polítiques i Socials* [Working Papers, 53]. ICPS. https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/1999/hdl_2072_1302/ICPS162.pdf
- Loján Fierro, B. E. (2012). Análisis matemático al método D'Hondt de asignación de escaños parlamentarios. *Ingeniería Revista de Ciencia y Tecnología*, 8, 30-37. <https://doi.org/10.17163/ings.n8.2012.04>
- López Guerra, L., Espín, E. y García Morillo, J. (2018). *Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanc.
- Montero Gibert, J. R. y García Morillo, J. (1984). *El control parlamentario*. Tecnos.
- Nohlen, D. (2013). El presidencialismo comparado. *Revista del Instituto de Altos Estudios Europeos*, 1, 6-23. <https://www.iaee.eu/riaee/num1/riaee1art1.pdf>
- Oliver Araujo, J. (2011). *Los sistemas electorales autonómicos*. Institut d'Estudis Autònoms (Con(textos)A, 15).
- Paniagua Soto, J. L. (2010). *Sobre la Forma de Gobierno Parlamentario en España: Un parlamentarismo racionalizado de corte presidencial* [ponencia de Juan Luis Paniagua, en la Universidad Complutense de Madrid, con motivo del Seminario Internacional El parlamentarismo europeo y el presidencialismo latinoamericano, celebrado los días 17 y 18 de marzo de 2010, en el Palacio de la Aljafería, sede de las Cortes de Aragón]. Fundación Manuel Gimenez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/sobre-la-forma-de-gobierno-parlamentario-en-espana-un-parlamentarismo-racionalizado-en>
- Pérez, G. (2009). El modelo federal de la Unión Europea. *El Cotidiano*, 24(158), 67-74. <https://biblat.unam.mx/hevila/EICotidiano/2009/no158/10.pdf>
- Pérez Ares, M. I. (2000). El Consejo General Vasco y el Estatuto de Autonomía: redacción y referéndum. En C. Navajas Zubeldia (ed.), *Actas del III Simposio de Historia Actual*. Instituto de Estudios Riojanos.
- Porrás Nadales, A. (1981). Las preguntas escritas en la práctica parlamentaria española. *Revista de Estudios Políticos*, 19, 107-133. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-19-enerofebrero-1981/las-preguntas-escritas-en-la-practica-parlamentaria-espanola-1>
- Razquin Lizárraga, M. M. A. (2006). El control parlamentario del Gobierno de España. *Revista Jurídica de Navarra*, 41, 113-126. <https://academica-e.unavarra.es/xmlui/handle/2454/27334>
- Reniu Villamala, J. M. (2001). *Las teorías de las coaliciones políticas revisadas: la formación de gobiernos minoritarios en España 1977-1996*. Universitat de Barcelona.
- Sartori, G. (1976). *Parties and party systems: a framework for analysis*. Cambridge University Press.
- Sáiz Arnáiz, A. (1985). El Parlamento vasco: relieve constitucional, organización y funcionamiento. *Revista de Estudios Políticos*, 46-47, 151-182. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-46-47-juliooctubre-1985/el-parlamento-vasco-relieve-constitucional-organizacion-y-funcionamiento-1>
- Sánchez Medero, G. y Sánchez Medero, R. (2014). El sistema político y sus elementos. En G. Sánchez Medero y R. Sánchez Medero (dirs.), *Sistemas Políticos de Europa*. Tirant lo Blanc.
- Sanz Pérez, A. L. (2007). El sistema electoral en las Comunidades Autónomas: la economía normativa exagerada. *Revista Parlamentaria Asamblea de Madrid*, 17, 167-204. <https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.17.%20Angel%20Luis%20Sanz%20Perez.pdf/377dd155-c8a0-8a31-98e1-fd296f2f7196>
- Shugart, M. y Haggard, S. (2001). Institutions and public policy in presidential systems. En S. Haggard y M. McCubbins (eds.), *Presidents, Parliaments and Policy*. University of California Press.
- Solé Tura, J. (1980). El control parlamentario en el periodo constituyente y en la Constitución de 1978. En M. A. Aparicio (coord.), *Parlamento y Sociedad civil (Simposium)* (pp. 31-47). Universidad de Barcelona.
- Tamames, R. y López, M. (1999). *La Unión Europea*. Alianza Editorial.
- Tezanos, J. F., Cotarelo, R. y De Blas, A. (1993). *La Transición Democrática Española*. Sistema.

Vergottini, J. (1973). *Lo «Shadow Cabinet». Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*. Giuffrè.

Visedo Mazón, F. J. (2012). La realidad de los parlamentos autonómicos desde la aprobación de la Constitución española de 1978. *Revista de Derecho del Estado*, 28, 143-169. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3182>



Referencia: García-Villanova Zurita, G. (2022). Una nueva valoración de la no adscripción a la luz del nuevo pacto antitransfuguismo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 199-214. <https://doi.org/10.24965/reala.11080>

Una nueva valoración de la no adscripción a la luz del nuevo pacto antitransfuguismo¹

A new assessment of non-assignment through the new anti-transfugism pact

García-Villanova Zurita, Gustavo
Vicesecretario General del Ayuntamiento de Granada (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0484-7263>
ggarciav@granada.org

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho y Graduado en Ciencias Políticas. Habilitado Nacional en la Subescala de Secretaría categoría Superior. Doctorando del programa de Ciencias Sociales y Jurídicas en la UGR. Sus líneas de investigación son la autonomía local, el derecho de representación y la no adscripción y la dirección pública profesional.

RESUMEN

La firma del nuevo pacto contra el transfuguismo y dos sentencias del Tribunal Supremo ponen de nuevo en cuestión la figura de la no adscripción. La posición de los partidos políticos pone el foco del problema en la alteración de la representatividad ya que los casos de transfuguismo afectan a los partidos y a la gobernabilidad. Por el contrario, el transfuguismo es más un problema que golpea las políticas locales y a la política local antes que a los partidos. Esa realidad no ha tenido entrada en el debate sobre la no adscripción, como tampoco lo ha tenido la realidad de comprobar que tanto los no adscritos como los tráfugas no tienen la obligación o la oportunidad de explicar ante el resto de representantes que motivos han pesado en la toma de la decisión que los convierte en tráfugas. Así, esa rendición de cuentas solo se evidencia por la exclusión o la inclusión en unas listas electorales bloqueadas y cerradas, desvirtuando así la responsabilidad interelectoral. Así se analizan los elementos que rodean la no adscripción, tales como la representatividad, la representación, el mandato representativo, los grupos municipales y el propio pacto todo ello en el gobierno local.

PALABRAS CLAVE

Transfuguismo; no adscripción; representación política; representatividad.

ABSTRACT

The signing of the new pact against transfugism and two sentences of the Supreme Court once again call into question the figure of non-attachment. The position of the political parties puts the focus of the problem on the alteration of representativeness since the cases of turncoats affect the parties and governability. On the contrary, transfugism is more of a problem that hits local politics and local politics than the parties. This reality has not entered into the debate on non-attachment, nor has the reality of verifying that both those not attached and the defectors do not have the obligation or the opportunity to explain to the rest of the

¹ Mi agradecimiento a mis dos codirectores de tesis, Profesores Zafra Víctor y Oliver León por sus interesantes aportaciones, sugerencias y comentarios que han mejorado sin duda el texto que se ofrece en esta Revista.

representatives what reasons have weighed on making the decision that turns them into turncoats. Thus, this accountability is only evidenced by exclusion or inclusion in closed and blocked electoral lists, thus distorting inter-electoral responsibility. Thus, the elements that surround the non-ascription are analyzed, such as representativeness, representation, the representative mandate, the municipal groups and the pact itself, all of this in the local government.

KEYWORDS

Transfugism; non-attachment; political representation; representativeness.

SUMARIO

1 INTRODUCCION. 2 REPRESENTATIVIDAD Y REPRESENTACION. 3 MANDATO IMPERATIVO, MANDATO REPRESENTATIVO Y DISCIPLINA DE VOTO. 4. LOS GRUPOS MUNICIPALES Y LOS NO ADSCRITOS, COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA. 5. OPCIONES DE REGULACIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE NO ADSCRITO. 6. EL NUEVO PACTO ANTITRANSFUGUISMO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Las alteraciones en la conformación de los grupos municipales, tildados en numerosas ocasiones de patologías de la democracia, han dado lugar a movimientos en los partidos y en la legislación creando a partir de 2003 la figura del concejal no adscrito.

Estas alteraciones dieron lugar a que los partidos políticos firmaran de un primer acuerdo contra el transfuguismo en 1998, al que siguieron tres adendas, la última firmada en 2020 y objeto parcial de nuestro trabajo. Añadamos a esto dos² sentencias del Tribunal Supremo, la 72/2020 y la 1401/2020 y comprobaremos que la no adscripción, sigue planteando problemas y que la lucha por evitar la patrimonialización (Alguacil, 2013, p. 102) del acta por el no adscrito es algo que están dispuestos a mantener pese la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC).

Buena prueba es la nueva addenda al pacto antitransfugista de 1998, la tercera ya, red denominada ahora como “Pacto por la Estabilidad Institucional” (en adelante el Pacto) y subtítulo como “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las instituciones democráticas” aprobado por PSOE, PP, Unidas Podemos, Ciudadanos, PSC, PNV, Izquierda Unida, BNG, Partido Aragonés Regionalista, Foro Asturias y Galicia en Común³. Conscientes de que el transfuguismo genera problemas de alteración de mayorías, los partidos políticos fuerzan y presionan con sus medios para disminuir hasta el máximo el contenido esencial de la función representativa, proponiendo medidas que «permitan avanzar en el esfuerzo de aislamiento y erradicación de esta lacra».

Esos problemas presentan un marcado interés en el ámbito local, que es el objeto de nuestro estudio. Los motivos vienen no por la mayor amplitud de la planta local frente a la autonómica, sino por la mayor fragilidad, la desnacionalización de la política local, entendiéndose por tal la ausencia de un voto en clave nacional⁴ y por la propia composición de los gobiernos locales, que se integran dentro del conjunto gobierno/administración al que alude el artículo 140 de la Constitución y que los singularizan en el diseño institucional.

² Sentencia 72/2020 (ECLI:ES:TS:2020:212) y 1401/2020 (ECLI:ES:TS:2002:3320). Existe una tercera Sentencia, la 1742/2020 (ECLI:ES:TS:2020:4353), pero reitera la doctrina de la 1401/2020. Para la primera, las alteraciones internas de una coalición de partidos que se presentan a unas elecciones no supone la consideración de no adscritos de los concejales de la formación que se aparta. Conforme a la segunda la prohibición «deducible del citado artículo afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde como ser designado teniente de alcalde e integrarse en la Junta de Gobierno... los cargos por delegación del alcalde... así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, todo lo cual es corroborado por las sentencias del Tribunal Constitucional 9 y 246/2012». En su Fundamento sexto, 2, limita la afirmación anterior a los cargos o retribuciones que antes no ostentaban o percibían, con excepción de las comisiones informativas. Puede consultarse Flores Domínguez (2022, pp. 31-55).

³ Es de destacar de modo importante una ausencia previa, la de VOX y la retirada del Partido Popular tras los sucesos de Murcia.

⁴ Es evidente la mayor cercanía y por tanto identificación entre elector y elegido en la política local, quizá con la excepción de los grandes municipios. De ahí que entendamos que el voto deja de involucrarse en clave nacional para obtener una mayor identidad especular en el caso de las elecciones locales.

El problema del transfuguismo no es, pues pacífico, es difícil de conceptualizar y esa dificultad tiene varias aristas cortantes. De una parte, las decisiones jurisprudenciales del Tribunal Supremo han potenciado más el contenido jurídico de un derecho sujeto a configuración legal, que su contenido político, más analizado por el Tribunal Constitucional. Aunando ambas partes creemos que es posible configurar mejor el contenido esencial del derecho fundamental de representación, ahondar en él y proporcionar claves para una interpretación más profunda.

Por otra parte, y pese al carácter peyorativo del concepto de tráfuga, no es razonable incluir en él toda actitud desafiante o discrepante que pueda darse a lo largo de la vida del representante municipal. Esa opción solo tiene un punto de vista, el del partido político, que además sanciona al representante en su calidad de militante, haciendo derivar de una cuestión de naturaleza civil consecuencias políticas, lo cual presenta rasgos jurídicos confusos (Navarro, 2000, p. 43⁵).

Tampoco los tráfugas se ven forzados a justificarse ante el Pleno, impidiendo así la defensa de su postura ante sus compañeros de consistorio y por tanto su crítica por el resto de concejales en el mismo foro. Entendemos que sólo asumiendo la responsabilidad política a través de la explicación ante el pleno de las razones que le llevan a consumir su «felonía» o su discrepancia, puede mejorarse la responsabilidad interelectoral al tiempo que aumentarán más los elementos críticos que pueden aportar reflexión y debate a esta figura.

Ahora bien, sabemos que el transfuguismo puede examinarse desde el punto de vista politológico y también del jurídico, de forma que el presente trabajo, por tanto, pretende analizar estas cuestiones, iniciando las reflexiones por el estudio de la representación y la representatividad, lugar donde se produce su nexo de unión. Posteriormente pasaremos a analizar las soluciones que aportan los partidos políticos y su idea de la no adscripción, examinando las relaciones entre el mandato representativo y el mandato imperativo mediante el estudio de los grupos municipales y su teórica independencia del partido político para finalizar con algún comentario acerca del nuevo pacto.

2. REPRESENTATIVIDAD Y REPRESENTACION

Sartori afirma que la representación política se desarrolla en tres direcciones opuestas, mandato, representatividad y responsabilidad. Desde su óptica, la representatividad tiene incidencia en tanto nos sentimos representados por quien pertenece a nuestra «matriz de extracción». Es un «idem sentire»⁶, un sentirse igual a otro y por tanto posee un claro aspecto subjetivo, de naturaleza sociológica que tiene connotaciones con la idea de legitimación. Esta representatividad, ese sentimiento de pertenencia no tiene naturaleza política, al tiempo que no supone representación en tanto «puede muy bien plantear la hipótesis de un parlamento que sea un perfecto espejo de similitudes de extracción y que, sin embargo no reciba las demandas de la sociedad que refleja» (Sartori, 2005, p. 267)⁷.

Greppi afirma que la representatividad es la capacidad para reflejar intereses o encarnar voluntades (Greppi, 2022) y asimila la falta de sentido de la representación entre otros aspectos a la mutación del conjunto de instancias intermedias, políticas o administrativas, formales e informales que se integran en los sistemas democráticos, más preocupados por la imagen que por el fondo, y conscientes de la necesidad de parecerse a la sociedad antes que en la definición de los problemas con independencia de la asunción de soluciones que enfurezcan al electorado. De ahí que la clave esté ahora en la puesta en escena, en el control de aquellos issues que fomenten la creencia del gobierno para todos, de gestos más que de decisiones, de forma más que de fondo, al margen de que eso sea o no una realidad.

Ese aspecto sociológico están en la raíz de los movimientos que anudan la crisis de representación a esta idea de similitud social, sobre la base del slogan «no nos representan» o «casta», fenómenos que no incidían tanto en el aspecto político de la representación como en esa teórica identidad que se generan entre el representante y el representado sobre la base de la creencia en que son como nosotros. Es ese desapego

⁵ «...debe recordarse que... los procedimientos partidistas de expulsión de afiliados no encuentran en la actualidad un marco adecuado para su desenvolvimiento con el cumplimiento de un mínimo de garantías imprescindibles para que no se produzca la indefensión del afectado y para que se realice con el debido acatamiento la exigencia constitucional de democracia interna que el artículo 6 CE impone a las formaciones políticas» (Navarro, 2000, p. 43).

⁶ «En la representación sociológica, lo decisivo no es el método para designar representantes, sino el idem sentire, constatar la existencia de la opinión común o sentimiento compartido» (Zafra, 2015, p. 51).

⁷ También sobre esta cuestión puede verse Martínez (2004, pp. 661-710).

el que está en la base de determinados populismos y ha profundizado en la crisis de la representación hasta el límite de contemplar como necesaria una reforma del propio sistema político con el fin de obtener esa identidad que los haga sentirse representados⁸. Estos movimientos entienden que es preferible un aumento de la democracia directa como medio para evitar la ausencia de identidad con el Partido, algo que Sartori denuncia sobre la base de un argumento sólido. Si el cirujano es malo, operémonos nosotros mismos (Sartori, 1999).

Para este autor, la crítica a la representación política deriva en la diferencia entre un gobierno responsable a un gobierno que responde, de un gobierno que asume la representación para la gestión política frente a un gobierno más empeñado en parecerse a sus votantes y por tanto proclive a gobernar mediante fórmulas de identidad con el electorado.

La representación por su parte, parece inclinarse hacia el ejercicio del derecho, hacia el contenido del desempeño efectivo de tal actividad, al *ius in officium*. Bajo esta perspectiva, tanto los no adscritos como los adscritos a grupo municipal, ejercen el mismo derecho y tienen el mismo contenido de representación. No parece razonable que si el electo representa a todo el cuerpo electoral, su no inclusión en un grupo municipal pudiera generar la consecuencia de una disminución de su ejercicio en la medida en que el mandato representativo supone la capacidad del pleno y total ejercicio de la representación en todo momento.

La representatividad por otro lado también deriva hacia la legitimidad de la designación, haciendo cierta la afirmación de que el no adscrito mantiene la representación, pero pierde la representatividad. Es decir, que pierde la legitimidad que deriva de su inclusión y elección dentro de unas listas, su desempeño del ejercicio dentro del grupo correspondiente y por tanto las garantías inherentes a la legitimidad para ese desempeño.

La representatividad alude a la identidad sociológica del representado en el representante. Es la asunción de que nos sentimos representados por que somos como ellos, porque aquellos que nos representan tienen una similitud con nosotros, nos sentimos como iguales (*idem sentire*).

La cuestión por tanto, radica en asumir que de esa identidad que es sociológica, podamos extraer consecuencias jurídicas, ya que las soluciones han venido desde el punto de vista de la juridicidad del problema y no tanto de la representatividad, cuestión esta sobre la que se vuelcan los intereses de los partidos. En ese sentido cobra especial relevancia la solución aportada por la STC 10/1983⁹. Es decir, si prima la representatividad o por el contrario prima la representación y ese es el punto de entronque a partir del cual nace el análisis político y el jurídico. Y ello porque el transfuguismo es antes que un problema de orden jurídico, un problema de orden político y como afirma Santaolalla (1992, p. 114) los problemas políticos solo tienen soluciones políticas.

La posición institucional de los partidos políticos, derivada de su necesaria existencia en la democracia representativa, les ha llevado desde una primera fase en la que estaban legalmente capacitados para alterar la representatividad popular mediante la expulsión del partido, al amparo del artículo 11, 7 de la Ley 39/1978, a la actual en la que tras el dique jurisprudencial ya no se contempla esa opción.

Contra esa regulación, se alzaron sendas resoluciones del TC, la 5/1983 en primer lugar y con mayor fuerza interpretativa la 10/1983, que fijaron una rebaja en la posición inicial del partido político al dictaminar que la representación la ejerce el concejal en cualquier caso (sea o no expulsado del Partido político) y que la simple elección les permite el ejercicio de ese derecho en todo momento sin posibles interferencias del partido ya que el representante *tránsfuga* podía cambiar de grupo (y de partido) sin problema ni merma en su capacidad representativa. Es representante de la ciudadanía y no representante ante el partido. En definitiva, de la representación sociológica no podían extraerse consecuencias jurídicas. Hasta este momento, la tesis de la militancia como forma de vida y la financiación del partido en las elecciones fue la *ratio decidendi* de las resoluciones que analizaron la expulsión de concejales¹⁰.

Contra esa opinión, la STC 10/1983 y partiendo de la misma cuestión y argumentación, la vida del partido como fundamento de la representación, se fijaron dos vías interpretativas que otorgaron naturaleza jurídica a una opción sociológica, de modo que mientras que el fallo interpretativo de la Sentencia atribuye

⁸ Sobre esta cuestión, puede verse García y Cavero (2012, pp. 233-240).

⁹ Para Perícola y Linares, el problema del transfuguismo si es esencialmente jurídico permite sostener una legislación específica en la materia, pero analizado desde el punto de vista descriptivo o sociológico, «en cuanto a la identificación subjetiva entre el ciudadano y su representante, y de legitimidad en términos de creencia política, resulta claro que no constituye –o no debería constituir– materia objeto de legislación». En Perícola y Linares (2013).

¹⁰ Sentencias de la Audiencia de Madrid de 18 de marzo de 1983, de Palma de Mallorca de 15 de noviembre de 1980, de Bilbao de 10 de marzo de 1982, de Sevilla de 19 de abril de 1982 o del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1981.

la titularidad del cargo al representantes por razones de ubicación institucional del partido, al carecer de naturaleza de institución pública, los magistrado disidentes del fallo optaron por atribuir la condición de representantes al conjunto de los concejales y no a cada uno de modo individual.

En ese orden de cosas, en el año 1987, el Profesor Bastida Freijedo, analizando el contenido de las interpretaciones de las dos Sentencias citadas y el concepto que utiliza el TC para la definición de la representatividad, afirmaba la posibilidad de convertir al partido político en garante de ésta, sobre la base de la consideración de la representación como «un medio de participación y de aproximación de los ciudadanos a los órganos y decisiones de una Estado, cuya legitimidad deriva, precisamente, de su referencia de un modo u otro a la voluntad popular» (Bastida, 1987, p. 210). A esto añadía la naturaleza jurídica de las funciones de los partidos políticos y su legitimidad. Para finalizar afirmando que la representación era una institución y los partidos, aun no siendo titulares del derecho de representación, «sí pueden ser garantes de la representatividad».

Según su tesis, los partidos podrían ser los vigilantes de la voluntad programática que se expresa en las elecciones con ciertos requisitos, supuestos y garantías fijadas por el ordenamiento jurídico. Así «la decisión de los partidos sobre los representantes surgidos de sus listas electorales no tendría por qué ser una actuación ajena a la voluntad popular», anudando este supuesto al de abandono de la formación o del grupo que pudiera efectuar el representante, regulándose como una forma más de incompatibilidad. Dado que la representación es un medio de participación en la que los partidos políticos son vitales, lo realmente importante es la naturaleza jurídica de tales funciones, de forma tal que «los partidos no son titulares de los cargos representativos, pero sí pueden ser garantes de la representatividad».

Esta opción fue secundada por Arce Janáriz, quien insiste en la idea de la garantía de la representatividad sobre la base de que quien abandona la lista por la que fue elegido y pasa al grupo mixto mantiene la representación pero pierde la representatividad que, en el caso del sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas la absorbe la lista sometida a la votación del electorado, «de modo que el abandono por el electo de la lista que compareció ante el electorado le acarrea la pérdida de la representatividad, que permanece en la formación política de origen y que no se lleva consigo el Diputado por más que sí conserve intacta su representación» (Arce, 1997, p. 161).

En una línea similar pero no idéntica, González del Teso (2005, p. 58) predica la representatividad en el grupo municipal en el que el representante debe integrarse. En concreto para el autor citado la representatividad le corresponde a la lista y no al partido, lo que supone apartarse de la opción anterior, según la exigencia legal de la constitución en grupos municipales para la actuación corporativa. Para Alonso Mas «es el concejal el que ostenta la condición de representante y no su partido, que es un simple instrumento de participación...» (Alonso Mas, 2005, p. 125).

Esta alteración de la representatividad ha sido analizada desde múltiples opciones que han pasado desde la exigencia de mayor cultura política (Santaolalla, 1992), la atribución de la representatividad al Partido Político (Presno, 1998), o el cese en el cargo (De Esteban, 1990).

Por lo tanto parece no existir consenso académico sobre los conceptos de representación y representatividad y a efectos de tomar partido, quizá fuera necesario adelantar qué significado tienen en democracia ambos conceptos para una mejor delimitación de la no adscripción.

Desde nuestro punto de vista, esa capacidad del partido político de asumir la representatividad la sitúa más cerca de la representación descriptiva que de la representación política, por varias razones, la primera de las cuales radica en que las funciones de los partidos pasan por la presentación de listas que posteriormente darán lugar a representantes electos y que, conformados en grupos ejercen, ahora sí, la representatividad. No se elige a partidos sino a listas presentadas por éstos que suelen conformarla con arreglo a la sociedad a la que se dirigen, manifestaciones todas estas de la consideración de representación descriptiva de Pitkin (2014).

En segundo lugar porque de ser así, el nombre del electo sería contingente. La desnacionalización de la política local y la cercanía del gobierno local a la ciudadanía convierten al elemento personal en un aspecto muy importante. A nadie puede escapar que en las elecciones locales, las listas presentan no solo a miembros del partido político sino a personas de especial relevancia capaces por sí mismas de atraer votos con independencia del partido por el que se presentasen.

En tercer lugar porque otorgar la representatividad al partido político y no al grupo o incluso al concejal en sí mismo considerado, supone determinar que el monopolio de la representación le corresponde en exclusiva al partido, que éste es el único actor capacitado legalmente para la presentación de listas de modo que la presentación por coaliciones electores o agrupaciones electorales carecería de posibilidad al estar ante un derecho de configuración legal, por lo que solo se votaría a partidos y no a personas.

Cierto es que el argumento de las listas bloqueadas y cerradas y la financiación de la campaña por parte de los partidos (argumento de la representación del PCE en la Sentencia 10/1983) resulta complejo de discutir, salvo en el hecho de que la conformación de las listas es cuestión jurídica y además, existe el reembolso del Estado de tales importes, circunstancia a la que añadir que no solo de partidos políticos viven las elecciones locales sino de agrupaciones de electores y en las elecciones locales, la identidad votante-electo o, si se quiere representado-representante es mucho mayor por la mayor cercanía de los electores a los elegibles.

Sin embargo, la Ley 7/1985, de 2 de abril (en adelante Ley de Bases) parece estar más en la tesis del Profesor Bastida en tanto que su artículo 73.5 otorga al partido y no al grupo municipal la capacidad de otorgar la legitimidad de la representación, frente a la portavocía o al resto de integrantes del grupo, lo que sería más lógico, porque no es lo mismo formación política que grupo municipal. (STC 30/1993 o STS de 28 de junio y 29 de noviembre de 1990¹¹).

Sin embargo, la presencia cada vez mayor de distintas formas de presentación de listas, la integración de independientes, la no exigencia de militancia activa para la inclusión en las listas, la exigencia de creación de grupos municipales y la desnacionalización de la política local, sobre todo, deja un poco en entredicho la tesis anterior, ya que obvia el ejercicio de la representación para poner el énfasis en la representatividad, lo que en un exceso de interpretación llevaría a pensar que lo importante es exclusivamente el número de puestos obtenidos por los partidos y no los nombres y personalidades de quienes obtuvieran cargo electo, aspecto que sería irrelevante, lo que carece de sentido ya que en las contiendas electorales locales es a veces más la persona que el partido a efectos de obtener representación¹².

En definitiva, lo que se pone de manifiesto con esas tesis es que el comportamiento electoral viene más condicionado por las siglas de los partidos que presentan sus respectivas listas que por los nombres que las componen, algo que trasciende el marco normativo de la representación política y que en las elecciones locales no es tan cierto.

Tampoco hay que olvidar que al representante le une una relación directa con el cuerpo de los representados, lo que cualifica su posición respecto de las obligaciones que puedan tener un militante. Y aquí está la cuestión, es decir, el papel que juegan los partidos en esa relación directa del representante con el representado nacida a raíz de un proceso electoral y a través del cual se concreta el principio de representación. Es decir, esta doble dependencia del representante (por una parte del partido y por otra del electorado) es lo que genera la tensión que la figura del concejal no adscrito representa en el intento de conjugar principios, valores y derechos constitucionales que, en principio, son contrarios y cuya solución deben venir de la mano de su ponderación, para evitar que lleguen a ser contradictorios¹³. De esta forma podrá cada parte hacer valer su derecho sin que la representación o el partido salgan perdedores y gane en suma la democracia.

Es vital en este sentido atender que una de las funciones más importantes de los partidos es la de aportar actores que gobiernen y que lo hagan con total libertad ya que, como se ha dicho, «...si el electo no puede actuar debidamente sus derechos como tal, lo que se está poniendo en cuestión es el derecho de sufragio pasivo, en definitiva la democracia misma» (Lagasabaster, 2014, p. 227). Es decir, que esa libertad individual es fundamental para la salud de nuestra democracia. No es lo mismo un militante que un representante. En el primero, la simple afiliación limita sus facultades críticas al asumir voluntariamente la disciplina del partido o asociación, pero en el segundo, la exigencia de una responsabilidad en la toma de decisiones y la afectación e importancia de esas decisiones implica la existencia y el respeto a un margen de libertad responsable que, ni puede, ni debe basarse en la simple obediencia debida.

Efectivamente, la actividad de los partidos políticos en esta función es esencial y consustancial a la democracia misma, en el sentido descrito por Antonia Martínez (2006) porque uno de los principios que caracterizan a la democracia representativa sería, precisamente, la elección de los representantes a intervalos regulares. Esta elección conlleva la necesaria libertad de acción en el ejercicio de ese derecho de repre-

¹¹ ECLI:ES:TS:1990:5032 y ECLI:ES:TS:1990:8702.

¹² Casos como el GIL en la Costa del Sol, o del Alcalde de Vigo, Cádiz o la Alcaldesa de Barcelona, son claros ejemplos de lo afirmado.

¹³ Quizá el principio interpretativo de concordancia práctica argumentado por Hesse (Hesse et al., 2011) pueda ser utilizado en este supuesto. Según esta teoría, deberá ponerse en concordancia el derecho del representante con el del Partido y con el de los electores, el derecho a ejercer la función representativa sin menoscabo de la capacidad del Partido para disponer de los representantes que el sistema proporcional ha otorgado a sus listas en unas elecciones. Equilibrar sin eliminar, contextualizar sin desnaturalizar, ponderar y arbitrar para que «el sacrificio de uno de los términos de la ponderación no vaya más allá de las necesidades de realización del interés preponderante» (ATC 166/2005).

sentación de modo que no se vea afectado por injerencias externas que impidan el desenvolvimiento de la acción política por vinculaciones del electorado.

Una elección no supone un contrato con el elector, (cuestión que ya en puso de manifiesto Burke en su discurso a los electores de Bristol¹⁴) más allá de la exigencia abstracta de cumplimiento del programa y de la necesaria rendición de cuentas, sea al final del mandato o durante el mismo. Fearon (citado por Martínez, 2006) afirma a este respecto que «los electores llevan a cabo un análisis prospectivo sobre las actuaciones que los representantes harán en el supuesto de que sean electos»¹⁵.

Como puede apreciarse sin especial dificultad, es imposible que el representante electo siga los pasos que el representado exige porque esto impediría la adopción libre de decisiones en el marco del ejercicio político. Adoptar decisiones requiere la suficiente libertad para poder hacerlo en función de las condiciones en las que se mueven los problemas. Si esa libertad no fuera posible, el ejercicio político de la representación quedaría convertido en un simple contrato con vinculación jurídica no exento de problemas, uno de los cuales sería conocer quiénes son las partes contratantes y que éstas actuarán como una sola parte. El pueblo no tiene una sola voz y es consustancial a la democracia la pluralidad de tonos y de voces del pueblo¹⁶.

Ahora bien, coincidimos con Martínez (2006), en que el mandato representativo, en la teoría moderna de la representación, tiene una vertiente doble. Por un lado la independencia del electo frente al elector (clave en una democracia representativa) y de otra la idea ya expresada por el TC, como veremos más adelante, de que el representante no lo es de su electorado, sino de todo el cuerpo electoral.

Esa idea se plasma de modo efectivo en la independencia de criterio del representante político o, en el caso de los municipios en la dicción del artículo 69.2 de la Ley de Bases cuando prescribe que «las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley» por más que la participación ciudadana mejore la representación como es evidente.

3. MANDATO IMPERATIVO, MANDATO REPRESENTATIVO Y DISCIPLINA DE VOTO

Cabe preguntarse ahora qué relación existe entre el mandato representativo, el imperativo y la disciplina de voto imperante en los grupos políticos, sean parlamentarios o municipales puesto que la respuesta valdrá para ambos. Esta prohibición del mandato imperativo, ¿afecta por igual a los grupos políticos?, ¿cabe romper la disciplina de voto sin asumir consecuencias? La respuesta que demos a estas cuestiones verificarán el concepto de no adscripción¹⁷.

Uno de los argumentos a favor de la disciplina de voto consiste en que de esa forma se mantiene la cohesión del partido, cuestión fundamental en política. No cabe pensar en que un partido político autorice a que sus representantes fijen aisladamente la posición de voto, sino que la presencia de un bloque permanente y compacto avala la adopción de esa decisión. Como los grupos políticos son los encargados de la adopción de las decisiones, la misma queda avalada si es adoptada de modo unánime por sus miembros.

Garorena y Porras¹⁸ afirman que el verdadero mandato representativo es el que liga a electores y representantes, pero este mandato está acompañado del mandato imperativo que caracteriza la relación entre

¹⁴ «Dar una opinión es derecho de todos los hombres; la de los electores es una opinión de peso y respetable, que un representante debe siempre alegrarse de escuchar y que debe estudiar siempre con la máxima atención. Pero instrucciones imperativas, mandatos que el diputado está obligado ciega e implícitamente, a obedecer, votar y defender, aunque sean contrarias a las convicciones más claras de su juicio y su conciencia, son cosas totalmente desconocidas en las leyes del país y surgen de una interpretación fundamentalmente equivocada de todo el orden y temor de nuestra constitución» (<http://efrueda.com/textos/discurso-a-los-electores-de-bristol>).

¹⁵ En el mismo sentido Manin (2017, pp. 223 y ss.).

¹⁶ Basta con recordar decisiones de calado internacional como el ingreso de España en la OTAN, o el discurso de investidura de Mariano Rajoy en diciembre de 2011 para poner dos ejemplos en los que los dirigentes abandonaron sus opciones programáticas previas para adoptar decisiones contrarias a esos programas.

¹⁷ «En estas condiciones no puede hablarse de una situación real de mandato representativo individual del parlamentario tal como viene constitucionalmente establecida en el artículo 67.2 de la Constitución, sino de un genérico mandato representativo entre partido y el votante, por el que el partido político tiene garantizada su irresponsabilidad para el cumplimiento de su programa político, sin sujeción a su electorado en las votaciones parlamentarias, en la ejecución de su programa, o en la iniciativa legislativa de las leyes que promete en su campaña electoral» (Balaguer, 2001, p. 42).

¹⁸ Citados por Martínez (2006, p. 24).

representantes y las cúpulas de los partidos en tanto que es el éste el que determina el sentido del voto de sus representantes. Ese mandato imperativo interno opera en una cuádruple dirección:

1. Entre el votante y el programa político, en tanto que «pseudcontrato» firmado con los electores sin vinculación jurídica y, por tanto, sin consecuencias legales por incumplimiento. Así los electores pueden asumir un cierto componente de rendición de cuentas en la medida en que el partido en primer lugar, y el grupo en segundo cumplan aquello que prometieron en la campaña y que pudo servir de base para que el electorado escogiera esa opción.
2. Entre el representante y el partido porque con el voto unánime y disciplinado se asegura la lealtad con la formación en la que se milita o se simpatiza y por la que salió electo.
3. Entre el grupo en sí porque solidifica las relaciones internas al asegurar una unidad en la dirección política y reafirma, al menos teóricamente, la unidad de acción del grupo.
4. Entre el representante y la comunidad a la que la política se dirige porque tranquiliza las relaciones internas y externas al asegurar seguridad y unanimidad del bloque gobernante en el ejercicio de la política local.

Además, si esa relación de lealtad grupo-partido-representante no se verifica mediante esa disciplina, la rendición de cuentas supone un verdadero desgaste electoral y por lo tanto un auténtico drama¹⁹. De ahí la importancia de ese mandato imperativo que una y cohesione al grupo y al partido.

Para Solozábal Echavarría la virtualidad del mandato representativo impide la exigencia de obediencia al dictado del partido, en tanto supone una vinculación imperativa excluida de amparo legal.

«La idea constitucional del libre mandato impide la utilización de sanciones jurídicas por parte de la fracción para que el diputado vote en consonancia con lo establecido por el grupo; pero dicho tipo de mandato no hace inconstitucional la disciplina del grupo, entendiéndose por tal los esfuerzos de este por actuar de modo unificado, decidiendo por anticipado su voluntad interna, siempre que tal disciplina consienta al diputado la libertad de apartarse con razones fundadas, en caso de conflicto de conciencia, de la posición del colectivo.» (Solozábal Echavarría, 2004, p. 193).

Desde la Sentencia 10/1983, el TC ha venido afirmando, en una sólida posición jurisprudencial que, más allá del especial vínculo que une a representante y partido, el acta pertenece al Concejal que es elegido representante de todo el cuerpo electoral, sosteniendo una idea que arranca desde Sieyès y que en un sistema electoral con listas bloqueadas como el español, puede tener cierto nivel de discusión. Llama la atención entonces la opción determinada por los firmantes del pacto que no solo desconocieron esta opción sino que la negaron. El pacto de 1998 ya afirmaba que «...existen problemas sin resolver en la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la titularidad del cargo cuando el concejal abandona voluntariamente a su grupo...». A día de hoy parece que la idea ha calado en los firmantes de forma que la lucha se dirige a impedir el pleno ejercicio de los derechos políticos que integran el contenido esencial del derecho de representación²⁰.

Forzoso, en ese sentido, es coincidir con la tesis mantenida por Ortega Santiago para el que la consideración del derecho de representación sujeto a configuración legal desconstitucionaliza su naturaleza al permitir a la ley configurar las facultades del sujeto parlamentario, dificultando la determinación de los límites constitucionales por lo que la exégesis del artículo 67.2 de la Constitución determina una garantía constitucional natural para «tutelar la posición autónoma del Diputado y del Senador» (Ortega Santiago, 2005, p. 76).

El Pacto de 2006 y el de 2020 incluyen una mención ajena a la interpretación constitucional del artículo 23 al señalar que «No existe, pues, un derecho del concejal no adscrito a participar en todas las Comisiones plenarias» cuando ya las primeras sentencias del Tribunal Supremo²¹ empezaban a diseñar la defensa de los no adscritos mediante la obligación de creación de grupo mixto y su derecho a su integración en ese

¹⁹ A título de ejemplo, valga lo sucedido en el Ayuntamiento de Granada tras las elecciones del 26 de mayo de 2019. De un grupo formado por tres ediles que mantuvieron serias disputas entre ellos a lo largo del mandato 2015-2019 y que acabó con una concejala no adscrita y votos contradictorios de sus otros dos miembros, surgieron tres candidaturas distintas, ninguna de las cuales ha obtenido representación y el total de votos obtenidos por los tres partidos no ha llegado ni a la barrera electoral del 5%.

²⁰ Lo que viene a demostrar la tensión entre un marco normativo que, por lo que se refiere al principio de la representación nace en el siglo XIX y la tensión que se dan entre la praxis política y dicha concepción de la representación.

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:8857), 26 de septiembre de 2002 (ES:TS:2002:6198) o 21 de marzo de 2006 (ES:TS:2006:2231).

grupo. De la misma manera, a partir de 2004, comienzan a surgir las primeras sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en el mismo sentido²².

Bajo ese prisma no parece lógico pensar en un aislamiento de los partidos políticos que les impida conocer el alcance de las resoluciones judiciales, de forma que la idea marcada por el texto del pacto, antes que en la fase de desconocimiento hay que incluirla en el capítulo de batallas por ganar, en tanto que reinvención personal de un concepto de representación que es de configuración legal. Así se pretende conseguir que sea la propia ley la que excluya al disidente de un órgano vital para la formación de la voluntad política como son las comisiones informativas como forma de evitar la actividad política del tráfuga. Es decir, mantener la idea política de exclusión de los foros de discusión previa a las decisiones plenarios, es un deseo de los partidos políticos que pretenden su inclusión en la vía reglamentaria, algo poco razonable en tanto que derecho de configuración legal y como tal no susceptible de interpretación municipal.

El nuevo Pacto reitera la misma idea. Como no es lógico entender esta afirmación como un ejemplo de miopía, cabe afirmar que esta consideración conlleva que sea la vía del Reglamento Orgánico el elemento de fuerza necesario para impedir la participación política del disidente. Una idea a la que no es ajena tampoco la lentitud de los procesos judiciales, incluido la apelación al TC en un eventual recurso que ningún grupo político firmará por la firma del Pacto.

4. LOS GRUPOS MUNICIPALES Y LOS NO ADSCRITOS, COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La capacidad del ser humano para cambiar de opinión y la lealtad para sus ideas son algo consustancial con su naturaleza y también algo legítimo en la sociedad occidental. No solo la experiencia en la vida política, sino la evolución de nuestro pensamiento o la evolución personal puede hacernos cambiar de ideas u opiniones. Lo llamativo del caso es que esa variación siempre se anuda en el Pacto a una alteración de las mayorías y a problemas de gobernabilidad, opinión muy discutible como puede entenderse sin excesiva complejidad.

La existencia del mandato representativo es consustancial con la idea de representación política. Torres del Moral (1982) tras exponer la grandeza de la representatividad para los autores clásicos, deriva el estudio hacia la vigencia del mandato representativo y a sus consecuencias en cuanto la libertad de decisión del representante, llegando a afirmar la antijuridicidad de las prácticas tales como las sanciones al diputado indisciplinado, las dimisiones sin fecha y, añadido, la consecuencia del abandono del grupo o del partido, es decir, la no adscripción.

Desde el punto de vista municipal, que la actuación de los representantes políticos municipales esté vehiculada por los grupos políticos no tiene más explicación que la simple eficacia. Es obvio que es más rápido y más valioso, más eficaz en definitiva, relacionarse con tres o cinco grupos que con once o veintisiete concejales.

Pensar que por la pertenencia a un grupo la responsabilidad queda diluida en el grupo podrá serlo sólo a nivel político. Otros tipos de responsabilidad como la penal o la administrativa lo es a título individual, y el ejercicio del derecho de representación no deriva de la pertenencia al grupo, sino de su condición de representante. De ahí que podamos afirmar sin problema que la actuación del concejal no está exenta de individualidad dentro de la colegialidad.

Efectivamente, los derechos del representante le son concedidos utti singuli y son ejercidos de forma individual siendo su responsabilidad también individual. De nada vale escudarse en la actuación corporativa fuera de la responsabilidad política pura y dura. Por lo tanto si su responsabilidad es individual, si el acta es del representante en tanto que elegido por el cuerpo electoral²³, la actuación corporativa sólo tiene efectos organizativos e internos y la permanencia en el grupo carece de más consecuencias jurídicas.

Visto de otra forma, aceptar que el ejercicio del derecho de representación se desarrolla por medio del grupo sin aporte individual, supone que la elección del representante es puramente contingente, cuando es

²² TSJ Cataluña de 28 de enero de 2004 (ECLI:ES:TSJCAT:2004:945), o TSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2004 (ECLI:ES:TSJM:2004:11192).

²³ Cuestión que sería discutible en el sistema de listas cerradas y bloqueadas actual, pero que no lo sería tanto si la lista fuera desbloqueada, algo que mejoraría la calidad de la representación en unos momentos, como los actuales tan necesitados de reformas que aumenten la calidad de la democracia.

precisamente esa elección individual la que genera el contenido esencial y no esencial del derecho que analizamos. Una cosa será el ejercicio del derecho de representación, que vendrá determinado por la inclusión en el grupo municipal y otra distinta es la responsabilidad que asume y el conjunto de actividades que puede realizar para el cumplimiento del mandato de representación otorgado por el cuerpo electoral.

El ejercicio del derecho de representación no es un derecho colectivo. En la medida en que el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre determina en su artículo 99.5 que el voto es personal e indelegable está reconduciendo la responsabilidad a un título particular, y por lo tanto alejado de su pertenencia al grupo. Es principio democrático básico que a cada representante le corresponde un voto. Lejos queda que la actuación corporativa sea la forma de ejercicio del derecho de representación, porque éste se ejerce por medio de la voluntad personal del representante, pese a que su inclusión en el grupo municipal sea un ejercicio de autolimitación legítima de las condiciones en las que se va a desarrollar el ejercicio pleno del derecho de representación. Pero esa limitación no elude ni la responsabilidad personal ni las consecuencias de la misma por más que el voto sea congruente con las decisiones colectivas que adopten el partido o el grupo.

Además de lo anterior, es igualmente cierta, como han señalado las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1990²⁴ o el TC en la Sentencia 36/1990, reiterada en la 251/2007,

«la relativa disociación conceptual y de personalidad jurídica e independencia de voluntades presente entre ambos [partido y grupo], de forma que no tienen por qué coincidir sus voluntades (como sucedería en los supuestos en que los grupos parlamentarios estén integrados por parlamentarios procedentes de distintas formaciones políticas, integrantes de coaliciones electorales y que hayan concurrido conjuntamente a las elecciones), aunque los segundos sean frecuentemente una lógica emanación de los primeros (FJ 1). Individualización de los grupos parlamentarios respecto de los partidos políticos, por otra parte, específicamente asumida tanto en los reglamentos parlamentarios como en la doctrina de este Tribunal (así, STC 64/2002, de 11 de marzo). Este Tribunal Constitucional ha asumido que partidos políticos y grupos parlamentarios son realidades conceptualmente distintas, por lo que la afirmación de su identidad fáctica en un caso concreto no puede erigirse en criterio que impida al grupo parlamentario concernido el acceso al proceso precisamente para cuestionar esa identidad, ya que de ese debate dependerá el que finalmente se decida su disolución o su continuidad.»

De esta forma no es posible en buena lógica y a salvo de una distorsión de la realidad política de la representación, que un partido pueda establecer relaciones de responsabilidad hasta el límite de ligar la disidencia de sus planteamientos a la modulación, en más o en menos, del *ius in officium* del representante. Sin embargo, pese a esta explicación lógica y consecuente, será el partido el que otorgue el marchamo de la representación cuando existan dudas sobre quien la ejerce, cuestión que supone el triunfo del partido político sobre el grupo municipal, y por tanto la reducción a la nada de las opiniones jurisprudenciales que se convierten, de facto, en papel mojado²⁵.

No cabe duda que la existencia de grupos municipales presenta bondades en cuanto a la conformación de las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos pues:

- De una parte asegura la unidad de criterio en los distintos miembros del grupo en orden a la adopción de los acuerdos.
- Facilita la unidad de opinión en el ejercicio de la acción política.

²⁴ ECLI:ES:TS:1990:16448 y ECLI:ES:TS:1990:8702. Esas sentencias han conformado una pacífica opinión jurisprudencial que se ha visto reflejada en las sentencias de diversos tribunales superiores como por ejemplo las de Castilla León de 26 de febrero de 2001 o 6 de febrero de 2009 o de Cantabria de 21 de mayo de 2004, 23 de noviembre de 2006 o 20 de junio de 2007.

²⁵ Los grupos parlamentarios han sido entendidos en una doble consideración, por una parte como un órgano interno de la Cámara de representación en tanto que articula el funcionamiento de la institución y por otra parte como un órgano de los partidos cuya organización y funcionamiento depende del partido y una mixta que los entiende como un puente entre la Cámara y el partido. Bajo ese prisma no se puede obviar que los grupos parlamentarios y los municipales dependen para su constitución de los resultados electorales del partido, de tal manera que su constitución, aunque regulada por el órgano de representación, depende de la cantidad de representantes obtenidos por cada partido, lo que justifica en buena medida el nexo entre el partido y el grupo parlamentario. Ahora bien, ese nexo se rompe precisamente en el caso de los grupos mixtos donde predomina el carácter de órgano interno sobre el carácter de órgano de partido. La no previsión de un grupo mixto en los ayuntamientos podría llevarnos a pensar que en el caso de los concejales no adscritos predominan los criterios organizativos de la corporación sobre los criterios de carácter político que modulan y desdibujan la teoría de la representación de los concejales adscritos a un grupo municipal.

- Ejerce de correa de transmisión de la opiniones políticas del partido al que pertenecen los representantes políticos.
- En tanto siga el sistema de listas bloqueadas, prolonga la actividad del partido dentro de las instituciones, ya que la elección no permite la competitividad entre los distintos integrantes de la lista.

Pero esto no implica el ejercicio como tal de actividad política alguna ya que el ejercicio del derecho de representación no es del grupo sino del concejal y tiene plena libertad constitucional para decidir en función de los intereses que conciba como necesarios y útiles en cada momento. El mandato representativo faculta para opinar libremente en función de los criterios que cada cual entienda y no puede reconducirse a una simple asunción de opinión del partido puesto que en ese caso en lo que queda convertido el representante es en un simple mandatario suyo y no en un representante del electorado.

Surgen por tanto dos preguntas. La primera es hasta qué punto es políticamente posible que una asociación privada, por muchas funciones constitucionales que cumpla, pueda determinar cómo ejercer un derecho fundamental del calibre del derecho de representación política. La segunda es cómo es posible la existencia de no adscritos si la representación política se ejerce por igual por parte de todos los representantes.

La primera es una pregunta cuya respuesta aún no tiene argumentos convincentes salvo para los partidos políticos, que, repito, no asumen su incapacidad para limitar la libertad de opinión. Una libertad consustancial con la democracia como ha explicado Manin (2017, pp. 206 y ss.) en tanto que su ejercicio requiere tanto de libertad de expresión (y por tanto de votación) como de publicidad de los actos representativos, es decir, acceso a la información. Y es precisamente en la primera variante en la que falla el sistema de la no adscripción.

Efectivamente, la modulación del ejercicio de la representación política viene condicionada de una parte por su consideración de derecho sujeto a regulación legal, y en este caso además por la injerencia doble de los partidos políticos, de una parte mediante su capacidad de producir leyes, en este caso, ad hoc, y de otra por la necesaria configuración legal de este derecho que la Ley de bases ha reconducido a carácter reglamentario orgánico municipal.

La segunda, debe buscarse en el principio de igualdad. Un principio que el TC ha señalado que no debe buscarse en el artículo 14 de la Constitución, sino en el seno del 23, un artículo cuyo núcleo esencial ha sido buscado y criado a la luz de la jurisprudencia, que se ha convertido así en el baluarte de la defensa del derecho de los no adscritos.

Por su parte la Sentencia 30/1993, afirma en ese sentido que cuando está en juego, como es aquí el caso, el ejercicio de las facultades legalmente reconocidas a los cargos públicos, es el artículo 23.2 de la CE el directamente afectado, puesto que el mismo comprende no sólo el acceso a los cargos y empleos públicos en condiciones de igualdad y en los términos que señalan las leyes, sino también la permanencia en dichos cargos en iguales términos, sin la cual el acceso podría devenir en un derecho meramente formal (STC 81/1991, fundamento jurídico 2.º). De la misma forma, la STS 72/2020, afirma que el contenido del artículo 73 de la Ley de Bases en cuanto a la actuación corporativa, tiene sentido dentro del contenido del artículo 23 de la Constitución «pues la circunstancia de dejar de ser o no legítimo integrante de un determinado grupo municipal puede afectar al derecho de participación política cuando se haya producido una limitación injustificada²⁶».

5. OPCIONES DE REGULACIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE NO ADSCRITO

Intentando poner un poco de orden en este palimpsesto, hay que resaltar la injerencia de los partidos políticos en la no adscripción en una doble perspectiva, política y jurídica. La primera por la multiplicación de pactos y adendas y la segunda por la llamativa capacidad de la Secretaría de los Ayuntamientos que, en caso de duda respecto de la legítima representación puede dirigirse «a la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas» (artículo 73, 3 in fine LRBR), cuando lo coherente sería que se pudieran dirigir al grupo correspondiente, en tanto que es a éste a quien le corresponde la acción corporativa. Como sabemos, el acta pertenece al

²⁶ STS 72-2020 (ECLI:ES:TS:2020:212). El asunto enjuiciado se refiere a un acuerdo plenario por el que se declaraban no adscritos los integrantes de un partido que había formado parte de la Federación de Izquierda unida que posteriormente se desvinculó de tal federación.

representante, éste actúa corporativamente, además es independiente del Partido, luego carece de sentido atribuir al partido político funciones de legitimación de representatividad democrática, lo cual es una clara ruptura de la idea de que el órgano de representación nunca se relaciona directamente con los partidos sino es a través de sus grupos lo que en el ámbito municipal es un supuesto claro de reconocimiento a los partidos como agentes que determinan el funcionamiento interno de la institución.

La multiplicación de las adendas presenta por un lado una suerte de anticipo legal del discurrir de la no adscripción. Un análisis de las manifestaciones contenidas en los distintos acuerdos conlleva a una modificación del estatuto legal del representante. De eso, poca duda cabe. Si hasta ahora parece que el transfuguismo afecta a los partidos políticos y posteriormente a las mayorías surgidas de las elecciones, hay que dejar sentado otra realidad tan cierta como aparentemente es la anterior y que afecta a los gobiernos locales. Nos referimos a la evidencia de que estas alteraciones ideológicas o incluso presuntamente corruptas a quien de verdad afectan es a la gobernabilidad en sí misma considerada y no a los Partidos, los cuales pueden, y de hecho hacen, expulsar al disidente y no integrarlo en las listas electorales, algo que de por sí suele ser suficiente castigo.

La defensa de la exigencia de convertir al Pleno en el foro donde exigir la justificación de la disidencia deriva de la representación política, frente a la representatividad sociológica o descriptiva que ejerce el partido. Justificar equivale a rendir cuentas y ese mecanismo nace directamente de la representación política y no de la representatividad. Exigir que sea el partido el que proceda a accionar el mecanismo deriva por contra de la representación sociológica entendida como representación «ante» y no «por», como exigencia de justificación exclusiva ante el partido quien por mucho que este aporte a la democracia representativa no ejerce representación política²⁷. Ésta, por el contrario, concede relevancia a quien disiente máxime si además tiene la oportunidad y obligación de explicar ante sus electores y compañeros de consistorio los motivos que llevan a alejarse de las posiciones de su partido. Por el contrario, la representación «ante», concede más validez a un tercero, el partido, cuyo ámbito de representación se desarrolla ante una sociedad cuyo interés tiene que concitar para optar a que los integrantes que presenta en su lista puedan ejercer, ahora sí, representación política. Así entendido, es el punto de engarce de la representación política desde los puntos de vista politológico y jurídico. A tal efecto solo debería modificarse el artículo 73 de la Ley de Bases, integrando la necesidad de un pronunciamiento previo del pleno una vez otorgado el derecho a la explicación pública de un cambio de posicionamiento político o simplemente asociativo.

De ahí que sea sensato defender la necesidad de que la consideración de tráfuga debiera ser adoptada en el seno de la Corporación, en el Pleno, a través de un procedimiento contradictorio recogido en ley de mayoría reforzada que lo regulase, y permitiera la explicación y el debate sosegado porque ya sabemos que la disidencia afecta a las políticas públicas, afecta a los gobiernos locales y a la comunidad local muchos más que a los partidos políticos. Esa es la postura mantenida por Blanco Valdés (2003, p. 50) cuando defiende la exigencia de un procedimiento para la declaración de indignidad política sustentada en el voto por mayoría reforzada amparándose en el antecedente del artículo 9.5 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Puesto que la no adscripción local, a quien únicamente afecta es a los gobiernos locales, deberían ser ellos, por aplicación del principio de autonomía quienes determinaran cómo se llega a ser no adscrito y qué consecuencias tendría tal calificación todo ello bajo el paraguas común de la identificación por ley de mayoría reforzada, mediante la determinación del contenido esencial del derecho fundamental de representación política y de la explicación de la discrepancia en el seno de los Plenos de cada Corporación. La afectación real del transfuguismo en el ámbito local es exclusiva del gobierno local, luego no cabe duda de la exigencia de explicación, y debe ser en el seno de ese órgano donde esa exigencia de responsabilidad tenga lugar.

Esta idea puede ser volcada en el seno de las Corporaciones Locales otorgando el derecho al disidente de explicarse ante el electorado, dando publicidad a su visión de la disidencia de una parte y reduciendo el peso de los partidos en el control de los electos. En la medida en que ese debate, que ya hemos dicho afecta sólo y exclusivamente a las políticas locales, se debe verificar y debatir en el Pleno corporativo, se satisface así la exigencia de la rendición de cuentas y se neutraliza la capacidad del partido de anular la acción política en tanto que podrá o no expulsarlo, pero no podrá influir en la capacidad autónoma de los Ayuntamientos en orden a conformar sus mayorías de gobierno o el control que ejerce quien está en la minoría.

²⁷ Esa es la argumentación que en la STC 10/83 esgrime la representación legal del Partido Comunista al entender que «... los planteamientos políticos de un partido significan un sistema de vida, una forma de conocimiento de las cosas...» lo cual lleva a su posición jurídica para afirmar que el voto no se otorga solo a personas sino más bien a conceptos.

Si la autonomía puede definirse como atribución de competencias propias con funciones claras y efectivas sobre materias concretas y es un requisito básico del ejercicio de políticas públicas que, a su vez, es contenido del derecho de representación, debe dejarse a la responsabilidad de los entes locales la gestión de sus propios intereses sin injerencias que no sean exclusivamente legales. Ese es el camino, a nuestro entender, fijado por la Ley de Autonomía Local de Andalucía, en su artículo 4, o de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi también en su artículo 4²⁸ configurando la autonomía como un ejercicio de responsabilidad propia de los gobiernos locales que pueden, así adoptar decisiones de mayor calado político asumiendo de esta forma el postulado de la Carta Europea de Autonomía Local.

Efectivamente, la no adscripción local afecta a la representación política, al ejercicio efectivo de la representación, pero no a los partidos políticos en tanto que su función no es la de gobernar sino la de aportar efectivos al ejercicio de este derecho. A quien afecta es al ejercicio de la autonomía local, al gobierno local, al desarrollo de políticas públicas bajo la responsabilidad del propio ente local y por tanto a sus representados, a la ciudadanía, pero no al partido político puesto que bastará con que no sea incluido en las listas electorales para las siguientes elecciones.

Si reducimos el pleno de las Corporaciones a una sede en la que solo se debatan expedientes, surge la duda razonable respecto a qué margen queda para la política local. ¿Dónde se puede desarrollar debates políticos sino es en la sede de la democracia local representativa? Kelsen lo expresa de otra forma al hablar del parlamentarismo y su crisis «En la república democrática-parlamentaria el problema del parlamentarismo es una cuestión vital. La existencia de una democracia moderna depende de que el Parlamento sea un instrumento útil para resolver las cuestiones sociales de nuestro tiempo» (Kelsen, 2009, p. 91).

La razón por la que se opta por blindar mediante ley de mayoría reforzada el procedimiento descrito tiene su fundamento de una parte en la mayor dificultad para su aprobación y modificación, en tanto es necesario un quórum especial que requeriría teóricamente de la negociación y del acuerdo político. Por otra parte, en tanto que afecta a la descripción del núcleo esencial de un derecho fundamental es plenamente respetuosa con la configuración que el TC ha efectuado respecto de la reserva de ley orgánica, sin olvidar que impediría la posibilidad actual de concebir múltiples configuraciones municipales del derecho de representación susceptibles de ser anuladas por los tribunales, pero capaces de anular voluntades mientras durara el procedimiento de impugnación.

6. EL NUEVO PACTO ANTITRANSFUGUISMO

Desde el momento en que es necesaria la conformación de una mayoría absoluta para la obtención del poder local, los partidos han utilizado al transfuguismo como modo de obtener el poder o evitar que otros lo obtengan, ejemplos de ello no faltan. Tamayo y Sáez²⁹ o los cambios de grupo en Melilla evidenciaron una patología perversa en los gobiernos locales. Eso unido a la capacidad de los partidos de auparse o beneficiarse sin tapujos de estas conductas, ha conducido a la necesidad de poner freno a actuaciones de este tipo. Ciertamente podrían haberse buscado otras alternativas desde la propia legislación electoral, como la designación directa del cabeza de la lista más votada, o la ausencia de actuación corporativa, que podrían haber evitado estos problemas. Sin embargo, los partidos políticos no han pasado de simples apelaciones a los probables cambios sin llegar a tomar más decisiones que los pactos y las medidas antitransfuguismo.

Ya decíamos al inicio del presente trabajo que se había firmado una nueva adenda al pacto que analizamos. Desde el año 1998, fecha del primero, se han firmado en forma de renovaciones o adendas hasta cuatro documentos que, en mayor o menor medida han tenido su impacto en diversas modificaciones legislativas, lo cual nos lleva a la primera reflexión.

Efectivamente, los pactos han sido diseñados por y para los partidos políticos. Esa capacidad de verter sus problemas de disciplina interna sobre las representantes locales, único e inicial objeto del primer pacto, pretende generar la convicción social de la existencia de un problema institucional de primer orden que origina a su vez una necesidad irreal de acabar con él. Presumir que todo cambio de posición ideológica, todo cambio de grupo municipal esconde una pretensión de modificación del statu quo surgido de las elecciones

²⁸ Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía y Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

²⁹ Blanco, (2003). En este artículo, al autor describe de modo magistral el caso de Tamayo y Sáez, que supuso un punto de inflexión en el transfuguismo español.

alterando «la representación política» o cambiando «la orientación de la relación de fuerzas surgidas de las urnas³⁰», es una presunción que admite prueba en contrario, una sinécdoque de dudoso sostén por varios motivos:

1. Porque es imposible asimilar que todo voto obtenido por un partido lo ha sido por ser la mejor opción. Los votos locales no sólo se obtienen a partir de una premisa de selección ideológica, sino que el fenómeno de la desnacionalización permite optar a una pluralidad de motivos de voto, que pueden pasar desde la opción ideológica a la simpatía personal por el candidato o incluso a su conocimiento personal. De hecho, el voto local está bastante más desideologizado que el autonómico o el estatal.
2. Porque la existencia de listas bloqueadas y cerradas impide establecer preferencias personales y atribuir el voto a una lista a la preferencia por el orden de ubicación carece de lógica puesto que el elector no puede aportar retroalimentación a los distintos candidatos.
3. Porque la exigencia de la mayoría absoluta para la elección del Alcalde obliga a veces a coaligarse y en esas circunstancias son los partidos políticos los que lo hacen en clave interna y en detrimento claro de los intereses de la ciudadanía, dando lugar a pactos que, a priori, pueden ser tildados de raros o antinaturales. No son raras las coaliciones entre partidos de ideología opuesta para evitar que otro partido obtenga la Alcaldía³¹.

La segunda reflexión viene de la mano de la aceptación incondicionada de que cualquier cambio tiene como misión la alteración de las mayorías. Ciertamente es que esa opción ha sido la elegida en numerosos casos, y ejemplos hay por doquier, pero eso supone satanizar la no adscripción hasta el límite de confundirlo con el transfuguismo y eso debe ser objeto de matización.

La Real Academia de la Lengua identifica al tráfuga con el cambio³² en tanto que lo define como aquel que al pasar de una ideología a otra o teniendo un cargo público no lo deja al separarse del partido que lo presentó como candidato, en términos muy similares a como los define el propio pacto, de forma que ni esta definición ni la del pacto tiene en cuenta las circunstancias en las que se produce ese cambio. Tráfuga es un concepto peyorativo por esencia, pero no todo lo adscrito es un tráfuga. «Es preciso un concepto estricto de transfuguismo, basado en una reflexión constitucional que eluda apresuradas situaciones de linchamiento colectivo» (García Roca, 2007, p. 29). Basta pensar que no es lo mismo, ni siquiera desde el punto de vista moral, quien es expulsado por mantener una coherencia ideológica que le impide votar decisiones con las que no está de acuerdo que quien lo hace con el ánimo de obtener un cargo que le procure algún tipo de rédito y, sin embargo, esas dos opciones opuestas mantienen el mismo calificativo, lo que acredita la opinión de Carl Schmitt al afirmar que la lucha política también se desarrolla en el lenguaje. No tiene mucho encaje politológico conceder el mismo status a una decisión privada que a una pública, otorgar un mayor peso a la decisión de una asociación que a la igualdad en el ejercicio de un derecho fundamental y eso es, precisamente, lo que sucede con las reformas legales que han disminuido el peso de la representatividad del representante con independencia de la razón que eventualmente esgrimiera el «tráfuga» ya que su derecho de defensa pasa por la vía civil.

La tercera reflexión es la evolución del pacto. Si uno contrasta las ideas vertidas en el pacto de 1998 con el nuevo pacto de 2020, observará una mayor agresividad en este último que en el primero, donde apenas se esbozan consecuencias jurídicas. Y no es que el escenario haya cambiado desde ese momento hasta ahora, sino que responde desde nuestro punto de vista a la polarización en la que se encuentra inmersa la clase política española, incapaz de ofrecer un escenario de diálogo, cesión, responsabilidad y altura de miras sea el momento que sea³³.

Efectivamente, el primer pacto se mantiene dentro de los límites de la cortesía, de forma que es antes un acto de pedagogía para partidos políticos que un intento por modificar la Ley de bases, algo radicalmente distinto a lo sucedido con el pacto de 2020 en el que se establecen unas medidas concretas a desarrollar por los partidos políticos en el ámbito de los Parlamentos autonómicos y en el ámbito de los Reglamentos

³⁰ Expresiones recogidas en el Pacto de 1998.

³¹ Baste con ver el pacto de Granada entre el PP y Ciudadanos que ha originado una situación cuando menos extraña, o como el pacto ha saltado por los aires en Jaén. O el caso de Murcia sin ir más lejos.

³² Utilizo la versión web del diccionario alojado en la página www.rae.es.

³³ Buena prueba de ello han sido las dos crisis seguidas (financiera la de 2008 y sanitaria la de 2020) en la que han sido incapaces en muchas ocasiones de generar un clima de responsabilidad compartida que hiciera pensar en liderazgo, altura de miras y dominio de las situaciones.

Orgánicos Municipales. Frases como «es preciso reflexionar e impulsar de forma consensuada iniciativas legislativas» o las alusiones a la «lealtad recíproca entre las fuerzas políticas» han pasado a convertirse en «...manifestando nuestro firme compromiso de continuar combatiendo el transfuguismo», «la incorporación de otros supuestos de deslealtad política que alientan fenómenos de transfuguismo como la usurpación de identidad de coaliciones y agrupaciones electorales...» o incluso la propia definición de tráfuga que el amplían a «los y las representantes locales, autonómicos y estatales», sin olvidar al concepto de tráfuga indirecto, recogido en el párrafo cuarto del primer acuerdo del pacto de 2020³⁴.

Este cambio también se podría explicar por la constatación que la práctica política ofrece en tanto las medidas previstas en el pacto no son efectivas por su mera formulación y que su eficacia no es posible sino mediante las correspondientes previsiones legislativas, evidenciando un reconocimiento implícito por parte de los partidos de su falta de voluntad por ajustarse a lo pactado. De la misma manera que la ampliación del concepto de transfuguismo puede deberse a un cambio en el sistema de partidos en España que ha pasado de un bipartidismo casi perfecto a un sistema multipartidista cada día más polarizado.

Una cuarta nos parece igualmente poderosa. Llama la atención que los partidos políticos son en este tema y a la vez jueces y parte en la causa. Jurídicamente, el poder judicial se ha convertido en el dique de contención racional de la no adscripción a través del análisis del núcleo esencial del derecho de representación. Sin embargo desde el punto de vista politológico el pacto viene a ser el lecho de Procusto donde los partidos políticos convierten sus problemas internos de militantes convertidos en representantes, en problemas de interés general ajustándolos al alza o a la baja en función de sus necesidades, prueba de lo cual es el llamativo hecho de no haberse reunido el Pacto en casi diez años, lo cual sugiere que en ese tiempo o no hubo problemas de transfuguismo, o si los hubo, no afectó a la vida de los partidos en su diario discurrir por las instituciones.

Finalmente, y en quinto lugar, hay que significar que, en términos de los artículos 9, 23 y 103 de la Constitución el pacto no es más que un constructo moral sin apego ni subordinación real al derecho positivo hablando en términos comtianos. Es necesario, por tanto su traducción a derecho positivo. De ahí que las diferentes versiones del pacto han fijado líneas de actuación para la modificación del régimen legal previsto, evidenciando que los partidos políticos firmantes (y no firmantes) son conscientes de esta falta de vigor de un pacto interno que requiere del trasfondo de la adaptación legal para su vinculación a jueces y tribunales, sin que sea posible en rigor, apelar a la capacidad hermenéutica del pacto para su vinculación a nivel de antecedente jurídico a los jueces y tribunales, ya que ni siquiera las resoluciones de la Comisión de expertos tiene carácter normativo o administrativo, más allá de su valor interpretativo, pero sin carácter vinculante³⁵.

Así se expresan los dos últimos dictámenes de 2021 emitidos con relación al caso de Tenerife y al más reciente de Murcia. Desde esa óptica, ni existe el derecho a la impugnación del dictamen, ni sus consecuencias pasan por un estadio superior al de refuerzo argumental a favor del partido para exigir determinado comportamiento político ya que la consideración de tráfuga solo tiene efectos jurídicos si expresamente le es reconocido por el ordenamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alguacil González-Aurioles, J. (2013). *Estado de partidos: participación y representación*. Marcial Pons.
- Alonso Mas, M. J. (2005). El discutible régimen jurídico de los Concejales no adscritos. *Revista de Administración Pública*, 168, 95-130. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-168-septiembrediciembre-2005/el-discutible-regimen-juridico-de-los-concejales-no-adscritos-2>
- Arce Janáriz, A. (1997). Tráfugas y portavoces en el Grupo Mixto: Dictamen sobre la constitucionalidad de la regulación de la portavocía del Grupo Parlamentario Mixto [preparada por el grupo de trabajo para la reforma del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias]. *Revista de las Cortes Generales*, 40, 155-169. <https://doi.org/10.33426/rcg/1997/40/934>
- Balaguer Callejón, M. L. (2001). La relación entre los grupos parlamentarios y los partidos políticos en el ordenamiento jurídico-constitucional español. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 10, 39-50. https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/39_0.pdf

³⁴ «Las medidas previstas en este acuerdo con respecto a los tráfugas serán igualmente de aplicación a aquellos miembros de las entidades locales que se benefician de su conducta».

³⁵ Tampoco es que este pacto tenga suerte dado que, como consecuencia de lo acaecido en Murcia, el Partido Popular lo ha abandonado, tras diez años de inactividad en la que casos de transfuguismo han continuado.

- Bastida Freijedo, F. J. (1987). Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos [Comentario sobre la idea de representación política en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional]. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 199-228. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-21-septiembrediciembre-1987/derecho-de-participacion-traves-de-representantes-y-funcion-constitucional-de-los-partidos-politicos-2>
- Blanco Valdés, R. (2003). Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid. *Claves de razón práctica*, 135, 44-51.
- De Esteban Alonso, J. (1990). El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 70, 7-32. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-70-octubre-diciembre-1990/el-fenomeno-espanol-del-transfuguismo-politico-y-la-jurisprudencia-constitucional-1>
- Fenichel Pitkin, H. (2014). *El concepto de representación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Flores Dominguez, L. E. (2022). Transfuguismo y coaliciones electorales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 17, 31-55. <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11053>
- García Guitián, E. y Cavero Cano, G. (2012). La (siempre controvertida) representación política. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 223-239.
- García Roca, J. (2007). Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato. *Cuadernos de Derecho Público*, 32, 25-68. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9503>
- García-Villanova Zurita, G. (2014, 13 de julio). Impeachment municipal. *Diario Ideal*.
- González del Teso, T. (2005). Transfuguismo y concejales no adscritos. (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003). *Justicia Administrativa*, 27, 35-74.
- Greppi, A. (2022). *Teoría constitucional y representación política. La doctrina estándar y su obsolescencia*. Marcial Pons.
- Hesse, K., Cruz Villalón, P. (ed.) y Azpitarte Sánchez, M. (ed.) (2011). *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kelsen, H. (2009). *De la esencia y valor de la democracia*. KRK Ediciones.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2014). Partidos políticos y grupos municipales: un debate no cerrado sobre sus relaciones jurídicas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 98, 225-250. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.98.2014.07>
- Manin, B. (2017). *Los principios del gobierno representativo*. Alianza Editorial (6.ª reimpresión. Original publicado en 1998).
- Martínez Rodríguez, M. A. (2004). La representación política y la calidad de la democracia. *Revista Mexicana de Sociología*, 66(4), 661-710. <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/6001>
- Martínez Rodríguez, M. A. (2006). *Representación y calidad de la democracia en España*. Tecnos.
- Navarro Méndez, J. I. (2000). Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios? *Revista de las Cortes Generales*, 49, 7-55. <https://doi.org/10.33426/rcg/2000/49/541>
- Ortega Santiago, C. (2005). *El mandato representativo de los diputados y senadores*. Congreso de los Diputados.
- Perícola, M. A. y Linares, G. J. (2013). El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política. *Revista Pensar en Derecho*, 3, 249-281. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/el-transfuguismo-politico-como-elemento-distorsionador-de-la-representacion-politica.pdf>
- Presno Linera, M. A. (1998). La supresión del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 277, 117-136. <https://doi.org/10.24965/reala.vi277.8992>
- Santaolalla López, F. (1992). Partido Político, Grupo Parlamentario y Diputado. En J. J. González Encinar (coord.), *Derecho de Partidos*. Espasa Calpe.
- Sartori, G. (1999). *En defensa de la representación política*. Claves de la razón práctica, 91, 2-6.
- Sartori, G. (2005). *Elementos de Teoría Política*. Alianza Editorial.
- Solozábal Echevarría, J. J. (2004). Representación y Partidos [volumen general La representación en el derecho]. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 8, 181-194. [https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/8/6900844%20\(181_194\).pdf](https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/8/6900844%20(181_194).pdf)
- Torres del Moral, A. (1982). Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos. *Revista de Derecho Político*, 14, 7-30. <https://doi.org/10.5944/rdp.14.1982.8163>
- Zafra Víctor, M. (2015). El concepto de representación política en la teoría de la democracia de Giovanni Sartori. *Revista Española de Ciencia Política*, 39, 43-66. <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/38507>

REALA, número 18, octubre de 2022
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 14-07-2022
Modificado: 16-09-2022
Aceptado: 16-09-2022
Publicado: 17-10-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11099>
Páginas: 215-235



Referencia: González Iglesias, M. Á. (2022). La asistencia y coordinación sociosanitaria en el medio rural en Castilla y León. Aspectos a mejorar tras la pandemia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 215-235. <https://doi.org/10.24965/reala.11099>

La asistencia y coordinación sociosanitaria en el medio rural en Castilla y León. Aspectos a mejorar tras la pandemia¹

Socio-health assistance and coordination in rural areas in Castilla y León. Aspects to improve after the pandemic

González Iglesias, Miguel Ángel
Universidad de Salamanca (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4423-0388>
miguelin@usal.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de la Universidad de Salamanca (área de Derecho Administrativo) desde el año 2012 y doctor en Derecho por la misma Universidad desde el año 2000. Forma parte, como investigador, de la Unidad de Investigación Consolidada de Castilla y León –UIC 198–. En el año 2010, formó parte del equipo dirigido por el profesor Tomás Quintana López que obtuvo el premio: “Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León”, sobre el tema de la colaboración público-privada. Tiene reconocido el segundo sexenio de investigación (año 2019) e interviene, actualmente como investigador, en varios proyectos de investigación, siendo el más reciente: “La inclusión social a través de la renovación de elementos de estructura, relación y contenido en la negociación colectiva” (PID20221-122631OB-C21). Ha investigado y publicado sobre variados temas: contratos del sector público; medio ambiente; planificación hidrológica; régimen local; urbanismo; la profesión de dentista; publicidad de productos y servicios sanitarios, etc.

RESUMEN

Nuestra sociedad envejece, lo que conlleva una mayor presencia de enfermedades crónicas, dependencia y los necesarios cuidados personales de quienes las padecen. Para estos pacientes, el logro de una asistencia sociosanitaria integral, sobre todo en el medio rural, requiere, entre otras cuestiones, de una adecuada coordinación y planificación de los servicios sanitarios y sociales, lo cual se ha puesto de manifiesto, más aún si cabe, con la irrupción de la pandemia del COVID.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sociosanitaria; coordinación sociosanitaria; servicios sanitarios y sociales; planificación; medio rural.

ABSTRACT

Our society ages, which entails a greater presence of chronic diseases, dependency and the necessary personal care of those who suffer from them. For these patients, achieving comprehensive socio-health care, especially in rural areas, requires, among other issues, adequate coordination and planning of health and social services, which has been shown, even more so if possible, with the outbreak of the COVID pandemic.

¹ Artículo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación: LE013P20-2021-2023, titulado: “La prestación de servicios socio-sanitarios en el ámbito rural en Castilla y León: apostando por un bienestar integral”; dirigido por el Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de León, D. Juan José Fernández Domínguez (ORDEN EDU/1192/2020, de 4 de noviembre, por la que se resuelve la convocatoria de subvenciones del programa de apoyo a proyectos de investigación cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, BOCYL del 6 de noviembre).

KEYWORDS

Socio-sanitary assistance; socio-sanitary coordination; social and health services; planning; rural environment.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS GENERALES. 2. CONCEPTOS: LA ASISTENCIA SOCIOSANITARIA Y EL MEDIO RURAL. 2.1. CONCEPTO DE ASISTENCIA SOCIOSANITARIA. 2.2. CONCEPTO DE MEDIO RURAL. EL PROBLEMA DE SU DESPOBLAMIENTO. 3. LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIOSANITARIA. 3.1. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL MODELO DE GESTIÓN DESCENTRALIZADO: ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA COORDINACIÓN COMO MECANISMO DE GARANTÍA DE LA ASISTENCIA SANITARIA. 3.2. EL CONTENIDO DE LA ASISTENCIA SANITARIA: LA ASISTENCIA SOCIOSANITARIA COMO PRESTACIÓN INCLUIDA EN LA CARTERA DE SERVICIOS COMUNES. 3.3. LAS COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS EN MATERIA SOCIAL Y SANITARIA. 3.4. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SOCIALES; EN ESPECIAL, EN EL MEDIO RURAL EN CASTILLA Y LEÓN. 4. LA COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ESTRUCTURAS DE COORDINACIÓN Y LA PLANIFICACIÓN SOCIOSANITARIA EN CASTILLA Y LEÓN. 5. EL MEDIO RURAL EN LA LEY DE ORDENACIÓN, SERVICIOS Y GOBIERNO DEL TERRITORIO DE CASTILLA Y LEÓN. 6. CONCLUSIONES: ASPECTOS A MEJORAR TRAS LA PANDEMIA EN LA ATENCIÓN SOCIOSANITARIA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN. ASPECTOS GENERALES

La defensa y garantía de las prestaciones y servicios públicos básicos en el medio rural debería ser una prioridad para nuestras Administraciones Públicas, aparte de servir como instrumento de lucha contra la despoblación, dado que ambos son elementos imprescindibles para el logro de una población estable, además de contribuir a la conservación de un entorno clave para la vertebración del territorio en nuestro país.

Efectivamente, la despoblación del medio rural supone una hemorragia continua que puede conllevar la desaparición de muchos municipios de nuestro interior peninsular, pues nos encontramos ante extensas áreas escasamente habitadas por una población cada vez más envejecida, sin suficientes fuentes de trabajo ni adecuado acceso a servicios básicos, entre ellos, la sanidad y los servicios sociales².

Por ello, para luchar contra este fenómeno sería importante intentar romper el círculo vicioso: pérdida de población-desmantelamiento de servicios-pérdida de población, para sustituirlo por el consistente en: refuerzo de servicios-atracción de población-refuerzo de servicios³. Ello exigiría llevar a cabo una coordinación más efectiva y una gestión más eficiente de los recursos públicos y privados existentes en dicho territorio.

Por otra parte, nuestra sociedad envejece, especialmente en Castilla y León⁴, lo que viene acompañado de una mayor presencia de enfermedades crónicas y de la consiguiente necesidad de cuidados personales de quienes las padecen. Así, la protección de la salud se ha convertido en algo más complejo fundamentalmente debido a ese envejecimiento de la población y a la necesidad de atender otros factores de carácter social más allá de la patología. Ello obliga a replantearse las vías clásicas de atención con la finalidad de otorgar a estos pacientes sociosanitarios una prestación de servicios lo más ajustada a sus necesidades particulares dentro de los recursos disponibles, con independencia del lugar en el que residan. Por lo tanto, se debe situar al ciudadano con problemas de salud y de tipo social en el eje del nuevo diseño de nuestros sistemas de bienestar⁵, sanitario y social, para otorgarles una atención de calidad e integral; es decir, adaptada a sus necesidades particulares⁶. Así, uno de los grandes desafíos de nuestro Estado del Bienestar será el de procurar que la cobertura de sus prestaciones se vea mejorada y garantizada⁷. Para ello, entre otras cuestiones, deberá garantizarse la calidad de las prestaciones ofrecidas a las personas con enfermedades

² Así se expone en el informe: Pérdida de Servicios en el Medio Rural y Despoblación (SEFAR, 2018, pp. 10-11).

³ Cruz Roja Española (2020, p. 8).

⁴ Como señala el Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Castilla y León 2017-2021 (Servicios Sociales de Castilla y León, 2017, pp. 11-13), «El proceso de envejecimiento en Castilla y León es más acusado que el experimentado en el contexto español y europeo... Así, la población mayor para el 2029 será de 708.582 personas. Esta población supondrá el 31,2% de la población total; el panorama demográfico futuro presenta una sociedad envejecida en la que tres de cada diez personas serán mayores de 65 años».

⁵ En este sentido, Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España, IMSERSO (2011, p. 11).

⁶ Así, López Peláez y Castillo de Mesa, (2020, pp. 21-32).

⁷ Sobre la necesidad de la continua actualización de las carteras de servicios sociales, Ezquerro Huerva (2020, pp. 416-436).

crónicas que necesiten cuidados continuados, así como desarrollar medidas orientadas a la mejora de la coordinación de los sistemas sanitario y social⁸.

Y es que la apuesta por un modelo de coordinación sociosanitaria debería servir para conseguir dos objetivos: el de optimizar los recursos públicos destinados a la atención de las personas con enfermedades crónicas o en situación de dependencia y el de procurar una atención de calidad y eficaz teniendo como eje de acción las personas y sus necesidades reales.

En definitiva, el sistema sanitario y el sistema social han de emprender un camino común y compartido que busque la eficiencia y la mejor rentabilidad de sus acciones; teniendo presente que la mejora de la calidad en los sistemas sanitario y social es una responsabilidad compartida entre todas nuestras administraciones territoriales; como es sabido: Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

2. CONCEPTOS: LA ASISTENCIA SOCIO SANITARIA Y EL MEDIO RURAL

2.1. Concepto de asistencia sociosanitaria

La asistencia sociosanitaria aparece definida en el art. 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud –en adelante, LCCSNS– de esta manera: es aquella que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos⁹, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales¹⁰.

La finalidad de esta asistencia es aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social –art. 14.1 LCCSNS–. En estos casos, la continuidad del servicio será garantizada por los servicios sanitarios y sociales mediante la adecuada coordinación entre las administraciones públicas correspondientes –art. 14.3 LCCSNS–.

Específicamente, en el ámbito sanitario, la atención sociosanitaria se llevará a cabo en los niveles de atención que cada comunidad autónoma determine y, en todo caso, comprenderá –art. 14.2 LCCSNS–: los cuidados sanitarios de larga duración; la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

En definitiva, este concepto engloba la prestación de cuidados continuados o de larga duración que se dispensan a personas que padecen dependencia o enfermedades crónicas –causantes muchas veces de la situación de dependencia– y que, bien simultánea o sucesivamente, necesitan de cuidados personales y sanitarios. La misma definición implica la colaboración entre los sectores sanitario y social, que deberá abordarse desde una perspectiva holística y sinérgica, garantizando un tratamiento global de la situación que permita, además, la optimización de los recursos existentes.

De hecho, el objetivo esencial de la atención sociosanitaria es proporcionar al paciente una atención integral, es decir, que satisfaga las necesidades que puedan plantearse a lo largo de su proceso asistencial. De esta manera, el paciente se convierte en el eje sobre el que pivota la organización y el funcionamiento de los servicios, buscando la orientación de los servicios a la demanda: el cuidado social y el sanitario ha de basarse en la necesidad individual y en la diversidad que esta pueda conllevar. Estamos ante un método de atención en red que favorece un estilo de intervención asistencial basado en la coordinación de ambos sectores y en la multidisciplinariedad de profesionales y conocimientos¹¹.

⁸ IMSERSO (2011, p. 9).

⁹ La cronicidad supone la permanencia en el tiempo de una enfermedad que, o bien es incurable por el tipo de patología o bien porque no es posible su curación por falta de respuesta al tratamiento completo o por la carencia de éste. Estamos, pues, ante enfermedades que persisten a lo largo del tiempo y que requieren de un tratamiento constante durante toda su duración, siendo su evolución poco predecible. Ello genera una gran carga social, tanto desde la perspectiva de dependencia social e incapacitación como desde el punto de vista económico por la repercusión que tiene sobre los diversos servicios prestadores de asistencia social y sanitaria. La relación directa de la edad con las enfermedades crónicas y con la utilización de los servicios sanitarios existe, pudiendo señalarse que las mismas y la situación de dependencia que generan son actualmente un problema que dificulta y puede llegar a cuestionar la sostenibilidad de los sistemas sanitarios y sociales si estos no son capaces de adaptarse a esta nueva situación. Ya lo advertía el Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España, IMSERSO (2011, pp. 229-231).

¹⁰ Análoga definición de la asistencia sociosanitaria se contiene en el art. 18 de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León.

¹¹ IMSERSO (2011, p. 245-246).

Pues bien, la realidad sociodemográfica de las zonas rurales, marcada por el fuerte peso en la población de las personas de edad avanzada y, en consecuencia, por la mayor importancia de la morbilidad crónica y los problemas de dependencia, aconseja realizar un mayor esfuerzo en términos de coordinación sociosanitaria, asegurando la continuidad asistencial¹². En efecto, dicha coordinación, como método de gestión eficaz y eficiente de los servicios sociosanitarios, es clave ya que debe tenerse presente que la localización residencial de las personas mayores es una cuestión primordial para la organización y administración de las políticas sociales. Además, en el medio rural, la dispersión en núcleos pequeños y distantes dificulta la organización de actividades y la prestación de servicios que, además, exigen la proximidad entre el prestador de los servicios y la persona mayor que los necesita. En las zonas rurales, entonces, se debe hacer frente a las dificultades que genera la prestación de determinados servicios tales como la salud, la dependencia, el transporte, etc.

En concreto, en Castilla y León, el envejecimiento de la población viene agravado por la fragmentación del mapa municipal, con un elevado número de municipios –2.248– de las cuales la mayoría –2.119– no llegan a los dos mil habitantes, el 94 % de ellos localizados en el medio rural, y 1.989 ni siquiera tienen mil residentes; siendo las áreas rurales las que contienen una proporción mayor de personas mayores, con tasas de sobre envejecimiento del 43,65% y la edad media superando los 50 años¹³. En este contexto, cobra especial relevancia el mandato recogido en el art. 47 de la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León¹⁴ cuando dispone que corresponde a la Junta de Castilla y León el establecimiento de las estructuras de coordinación sociosanitarias precisas para la mejor garantía de la atención integral, y que todas las Administraciones Públicas y entidades vinculadas a los Sistemas de Acción Social y de Salud han de facilitar el funcionamiento de las estructuras de coordinación establecidas.

2.2. Concepto de medio rural. El problema de su despoblamiento

Tradicionalmente, la definición de medio rural se ha concebido en oposición a lo urbano. No obstante, desde la segunda mitad del siglo XX este concepto tradicional de lo «rural»¹⁵ ha ido transformándose debido a que el mundo rural se ha vuelto más diverso y complejo, siendo mejor hablar de distintos espacios rurales que abarcan desde las pequeñas aldeas que pueblan el interior del noroeste del país, hasta las villas del litoral mediterráneo o del extrarradio de las grandes capitales. En todo caso, nos hallamos ante particularidades que impiden una consideración uniforme de esta realidad¹⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista normativo, debemos acudir a la definición que, sobre el medio rural, se contiene en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, de Desarrollo Sostenible del Medio Rural –en adelante, LDSMR–.

En primer lugar, el art. 3 LDSMR define el medio rural como el espacio geográfico formado por la agregación de municipios o entidades locales menores definido por las administraciones competentes que posean una población inferior a 30.000 habitantes y una densidad inferior a los 100 habitantes por km².

El mismo precepto define zona rural como el ámbito de aplicación de las medidas derivadas del Programa de Desarrollo Sostenible del Medio Rural regulado por la Ley, de amplitud comarcal o subprovincial, delimitado y calificado por la comunidad autónoma competente; siendo el art. 10 LDSMR, el que clasifica dichas zonas rurales en:

- Zonas rurales a revitalizar: aquellas con escasa densidad de población, elevada significación de la actividad agraria, bajos niveles de renta y un importante aislamiento geográfico o dificultades de vertebración territorial.
- Zonas rurales intermedias: aquellas de baja o media densidad de población, con un empleo diversificado entre el sector primario, secundario y terciario, bajos o medios niveles de renta, y distantes del área directa de influencia de los grandes núcleos urbanos.
- Zonas rurales periurbanas: aquellas de población creciente, con predominio del empleo en el sector terciario, niveles medios o altos de renta y situadas en el entorno de las áreas urbanas o áreas densamente pobladas.

¹² Consejo Económico y Social de España (2021, p. 227).

¹³ Servicios Sociales de Castilla y León (2017, p. 20).

¹⁴ BOE, núm. 108, de 6 de mayo de 2003.

¹⁵ Caracterizado por cuatro ideas: la capacidad de explotar los recursos cercanos; la preponderancia de la actividad agraria; la intensa relación con el medio natural y la presencia de fuertes vínculos sociales entre los habitantes, enclavados en colectividades de reducido tamaño y relativamente estables. Ver: Consejo Económico y Social de España (2018, p. 15).

¹⁶ Consejo Económico y Social de España (2018, p. 19).

Y, municipio rural de pequeño tamaño, es aquel que posee una población residente inferior a los 5.000 habitantes y esté integrado en el medio rural.

Ahora bien, el medio rural se enfrenta actualmente a un problema capital, que afectará a su futuro, al condicionar tanto su actividad económica como su propia existencia: su despoblamiento. Así, siguiendo el criterio establecido en la LDSMR, en 2019 la población en el medio rural alcanzaba un volumen de 7,57 millones de personas –16 % de la población española–, viviendo en 6.678 municipios. Desde el año 2018, la población rural se ha reducido en un 3,6 % continuando con la tendencia de la última década, pero a un ritmo si cabe más acelerado¹⁷.

Y ello se agudiza en Castilla y León, donde el medio rural profundo, es decir, los núcleos más pequeños de la Comunidad –municipios de menos de 2.000 habitantes que no ejercen funciones de centros comarcales y de servicios, que representan un total de 1.970 municipios en todo el territorio– sigue desangrándose, pues perdió un total de 7.682 habitantes al pasar de los 486.740 que había en 2019 a los 461.058 del año 2020, lo que supone una caída del 1,64 %. Esta situación provoca que el medio rural profundo, que en cuanto a extensión sobre el territorio y número de localidades agrupa la gran mayoría de Castilla y León, al suponer el 87,59 % de los municipios, represente cada vez menos porcentaje poblacional de la Comunidad, pasando del 19,52 % que suponía en 2019 al 19,24 % que representa en 2020¹⁸. Así es, en Castilla y León, los 16 municipios de más de 20.000 habitantes (el 0,7 % del total) concentran algo más de la mitad de la población de la Comunidad (el 52,4 %), mientras que en los 2.006 municipios menores de 1.000 habitantes (el 89,2 % del total) reside el 18,4 % de la población, lo que manifiesta el minifundismo municipal de la Comunidad¹⁹.

En definitiva, el despoblamiento constituye uno de los problemas más importantes en el medio rural y actualmente afecta a zonas que llevan décadas inmersas en procesos de pérdida de población, lo que imprime un carácter estructural a un fenómeno que puede abocar a la imposibilidad de mantener la actividad económica y, en último término, a la desertización. En efecto, el 60 % de los municipios no supera los 1.000 habitantes. Esta dinámica alerta del peligro de disolución de las identidades locales y de desaparición de las redes administrativas locales, con consecuencias negativas en el acceso a los servicios públicos básicos²⁰.

El problema del despoblamiento del medio rural y las formas de afrontarlo se han ido incorporando paulatinamente a la agenda política española²¹.

La Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico adoptada en 2019²² prevé, como objetivo general, el sentar las bases para que en nuestro país se garantice la igualdad de oportunidades y el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio. Para ello, de entre sus siete objetivos transversales destacamos, en relación con el tema que nos ocupa, los siguientes: la consecución de la plena conectividad territorial; unos servicios básicos para todos en condiciones de equidad; la incorporación de la perspectiva territorial en la elaboración de leyes; la simplificación normativa para los pequeños municipios; y el poner en valor la imagen de los territorios con riesgo demográfico.

En línea con esta Estrategia Nacional, se aprobó, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia²³, el Plan de Medidas ante el Reto Demográfico²⁴ –PMRD, en adelante– como marco de actuación transversal para establecer una agenda de igualdad y cohesión territorial, incorporando a los pequeños municipios. Así, dicho PMRD deberá afrontar el desafío de garantizar la igualdad de derechos, entre otras cuestiones, en el acceso a los servicios básicos²⁵.

¹⁷ Consejo Económico y Social de España (2021, p. 21).

¹⁸ Consejo Económico y Social de Castilla y León (2021a).

¹⁹ Consejo de Cuentas de Castilla y León (2022, p. 41).

²⁰ Consejo Económico y Social de España, (2021, p. 22).

²¹ Ya el Acuerdo, adoptado por la Conferencia de Presidentes, del 17 de enero de 2017, impulsó la elaboración de una Estrategia ante el reto demográfico. La creación, por Real Decreto 40/2017, de la figura del Comisionado del Gobierno para el Reto Demográfico, supuso un paso necesario para la elaboración y desarrollo de la Estrategia Nacional. Y la nueva Secretaría General para el Reto Demográfico, dependiente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, pretende consolidar una estructura específica que permita abordar esta problemática desde la Administración General del Estado. Si bien, esa estructura nace en un contexto particularmente difícil provocado por la pandemia de 2020.

²² Las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico fueron aprobadas por el Consejo de Ministros del 29 de marzo de 2019.

²³ Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se aprueba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que se aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, BOE, de 30 de abril de 2021.

²⁴ Ver, en este sentido, <https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/>

²⁵ Consejo Económico y Social de España (2021, p. 30).

Así, para garantizar, entre otras cuestiones, la adecuada prestación de servicios en el territorio, este PMRD se organiza en torno a 10 ejes de acción, entre los que destacamos el séptimo –el necesario refuerzo de los servicios públicos e impulso de la descentralización para garantizar, especialmente, la prestación de los servicios sanitarios– y el octavo –sobre el bienestar social y la economía de los cuidados que busca una prestación de servicios básicos, como los sanitarios y los asistenciales, próximos y en condiciones de equidad para, por ejemplo, atender a la población mayor de las áreas rurales, el impulso de la atención a los colectivos más vulnerables en las áreas rurales o el garantizar la igualdad de trato, la inclusión y la diversidad sin brechas en el territorio²⁶–. Pues bien, para la consecución de dichos ejes, dicho PMRD propone 130 medidas tales como las consistentes en la mejora de los servicios prestados por la Administración General del Estado en el territorio a través de la aprobación del correspondiente Plan Estratégico Integral²⁷ o el fortalecimiento del Marco Estratégico de Atención Primaria y Comunitaria como eje vertebrador del sistema sanitario español, apostando por las estrategias de salud para realizar una atención integral y centrada en el paciente, interdisciplinar, experta y personalizada –Estrategias para el abordaje de la Cronicidad, la Estrategia en Salud Mental y la Estrategia en Enfermedades Neurodegenerativas–; o la activación del Fondo de Cohesión Sanitaria como mecanismo para garantizar la cohesión y la equidad en el acceso de la ciudadanía a la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en todo el territorio español; o la ampliación de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud mediante los servicios de atención bucodental, genética, prestación ortoprotésica y atención temprana; o el reforzamiento de las dotaciones de médicos y enfermeras en el Sistema Nacional de Salud contratando personal que permita una mayor flexibilidad en zonas de difícil cobertura como las rurales; o la mejora del Sistema para la autonomía y la Atención a la Dependencia (SAAD) mediante un Plan de Choque en Dependencia 2021-2023²⁸; o, por último, la aprobación de un plan de modernización de los servicios sociales que apueste por la innovación y el uso de las nuevas tecnologías que favorezcan la identificación de las necesidades de atención, la actualización de los profesionales y la cohesión de servicios en el territorio²⁹.

No obstante, la pandemia ha puesto de manifiesto la urgente necesidad de emprender reformas que garanticen el acceso, en condiciones de igualdad y calidad, a los servicios públicos básicos, sanitarios o sociosanitarios, a toda la población que lo necesite con independencia del lugar en el que residan³⁰.

3. LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIOSANITARIA

3.1. La protección de la salud y el modelo de gestión descentralizado: Estado y Comunidades Autónomas. La coordinación como mecanismo de garantía de la asistencia sanitaria

En el marco de los principios rectores de la política social y económica se reconoce el derecho a la protección de la salud en el art. 43 CE³¹. Ahora bien, ¿cuál es el modelo de gestión de la asistencia sanitaria por el que se ha optado en España para preservar la salud?

Pues bien, nuestra CE prevé un reparto competencial en el que a las Comunidades Autónomas se le atribuye, de acuerdo con lo establecido en sus estatutos de autonomía, las competencias en materia de sanidad e higiene –art. 148.1.21 CE– mientras que al Estado se le reserva la competencia exclusiva sobre sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos –art. 149.1.16 CE–.

²⁶ Consultar eje 8, p. 100 en: <https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/>

²⁷ Consultar medida 7.22. p. 98 en: <https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/>

²⁸ Con fecha 15 de enero de 2021, el pleno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia aprobó el denominado «Plan de Choque». No obstante, el diagnóstico efectuado por el XXII Dictamen del Observatorio Estatal de la Dependencia resalta los problemas y las dificultades que sufren, actualmente, las personas dependientes en estos términos: «...la burocracia y la impericia de algunos gobiernos autonómicos no permiten lograr el objetivo de la reducción de la lista de espera y ni siquiera ejecutar el incremento presupuestario. Mientras 46.300 personas fallecieron en España en las listas de espera de la dependencia, 75.776.923 millones de euros no se gastaron de las cantidades presupuestadas... Se está abandonando sin atenciones a las 396.787 personas que están a la espera de un procedimiento. El tiempo de espera medio es de 421 días». Ver en: <https://directoressociales.com/xxii-dictamen-del-observatorio-de-la-dependencia/>, p. 1.

²⁹ Consultar las medidas 8.1, 8.2, 8.3, 8.4, 8.5, 8.8 y 8.9, pp. 100-108, en: <https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/>

³⁰ Por ejemplo, el Plan de Acción de Atención Primaria y Comunitaria, 2022-2023, aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el 15 de diciembre de 2021, en su p. 7, reconoce que la pandemia «...ha puesto de relieve la necesidad de fortalecer la Atención Primaria y ha aumentado el sentido de urgencia para priorizar la asignación de recursos económicos... para hacer frente a la crisis de salud y a la crisis social».

³¹ Sobre el derecho a la protección de la salud, Pemán Gavín (2020, pp. 25-72).

La competencia del Estado prevista en el art. 149.1.16 CE, relativa a la coordinación general de la sanidad, debe concebirse como una competencia íntimamente relacionada con la competencia estatal de garantía del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales –art. 149.1.1 CE– y con la coordinación de la planificación general de la actividad económica –art. 149.1.13 CE–. Y la STC 32/1983, de 28 de abril resaltó que una de las competencias que más claramente correspondían al Estado era la de coordinación con las Comunidades Autónomas, pensando en clave de servicio general para el conjunto de los ciudadanos y con independencia de su ubicación territorial³².

De igual manera, de otros preceptos del texto constitucional debe deducirse la exigencia de que la organización territorial del Estado no debe traducirse en desigualdades entre territorios y personas. Así, el art. 138.2 CE reconoce que las «diferencias entre los estatutos de las distintas comunidades autónomas no podrá implicar, en ningún caso, privilegios económicos y sociales»; y el art. 139.1 CE dispone que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

Reconociendo estas premisas constitucionales, las comunidades autónomas, de forma progresiva, fueron recibiendo transferencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria. A partir de ese momento, todas las comunidades autónomas crearon sus propios servicios de salud y elaboraron normas sobre la organización y la prestación de la asistencia sanitaria, dentro de lo dispuesto por la legislación básica del Estado³³.

Por lo tanto, actualmente tenemos una pluralidad de servicios autonómicos de salud lo que se traduce en diferencias territoriales en materia de prestaciones sanitarias. Ello no debe sorprendernos pues nuestra Constitución consagra la diversidad territorial sanitaria, lo que conlleva la heterogeneidad en la oferta de prestaciones por parte de las distintas comunidades autónomas, aunque dentro de ciertos límites. Y precisamente, en la concreción de esos límites es donde tiene especial trascendencia la labor del Estado a la hora de elaborar la legislación básica y coordinar el sistema en su conjunto. Por lo tanto, lo trascendente será la búsqueda del ansiado equilibrio, lo que exigirá un importante esfuerzo de coordinación y cohesión³⁴.

No obstante, debido al evidente riesgo de fragmentación y la falta de uniformidad que planeaba sobre el modelo sanitario público descentralizado, el art. 44 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –en adelante, LGS– dispuso que todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarían el Sistema Nacional de Salud, que estaría conformado por el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Además, para garantizar el acceso igualitario y equitativo de todos los ciudadanos a la asistencia sanitaria pública, el art. 3.2 LGS recalcó que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva. Además, la política de salud ha de estar orientada a la superación de los desequilibrios sociales y territoriales –art. 3.3 LGS–.

Para ello, la LGS otorgó una importancia capital a la coordinación como mecanismo de garantía de dicha asistencia sanitaria en todo el territorio nacional para los ciudadanos. Así es, específicamente el Capítulo IV del Título III LGS se dedicaba a la coordinación general sanitaria³⁵ contemplando, también, el establecimiento de planes de salud conjuntos Estado-Comunidades Autónomas –arts. 70 y 71 LGS– que debían elaborarse bajo el prisma de la solidaridad interterritorial.

No obstante, la consolidación de la coordinación sanitaria como herramienta para combatir las desigualdades territoriales se produjo con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud –en adelante, LCCSNS– a través de las dos siguientes novedades: una, la consolidación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, ya creado por la LGS, como órgano competente de coordinación de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado para promover la

³² Sobre ello, Trillo García (2021, p. 492).

³³ Así es, en el año 1981 se inició el traspaso de los servicios sanitarios gestionados por el INSALUD –el primero a la comunidad autónoma de Cataluña–. Posteriormente –años 1984 a 1994– se realizaron transferencias del INSALUD a seis comunidades autónomas: Andalucía, Valencia, País Vasco, Navarra, Galicia y Canarias. En el año 2002, se produjeron las transferencias a las diez comunidades autónomas regidas por el art. 143 CE. Así pues, después de veinte años de la primera transferencia del INSALUD, se ha logrado el objetivo de un Sistema Nacional de Salud totalmente descentralizado con autonomía de gestión en las diecisiete comunidades autónomas. Sobre ello, Bohigas (2003).

³⁴ Díaz Aznarte (2021, pp. 432-433).

³⁵ Debemos recordar que el art. 47 LGS creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y el Comité Consultivo. Este precepto se suprimió por la Disposición Derogatoria 1.ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. El art. 69 de esta norma define al Consejo como «el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado».

cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado –art. 69.1 LCCSNS–; y otra, la regulación de los denominados «servicios de referencia» –art. 28 LCCSNS–, financiados con cargo al Fondo de Cohesión Sanitaria, como elemento esencial para la consecución de una coordinación sanitaria de calidad, eficaz y eficiente³⁶.

No obstante, estos mecanismos de coordinación se han mostrado francamente deficientes como se ha puesto de manifiesto con la pandemia, sobre todo en sus primeros meses del año 2020. Así, hoy, sigue sin haberse cumplido el objetivo de superar los desequilibrios territoriales y sociales para los que, en teoría, la política de salud estaba orientada –art. 3.3 LGS–, ni se han corregido las desigualdades territoriales sanitarias en el sentido previsto en el art. 12 LGS³⁷. Y tampoco se ha llevado a la práctica lo previsto en el art. 81 LGS, que apunta a que la generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público se efectuará mediante una asignación de recursos financieros adecuada para corregir las desigualdades territoriales sanitarias. Evidentemente, para que la coordinación en materia de asistencia sanitaria sea efectiva se requiere que se asignen los recursos necesarios para ello, pues el camino contrario, la descoordinación, hemos sido conscientes, nos conduce a efectos nocivos e irreversibles para la salud de los ciudadanos³⁸.

3.2. El contenido de la asistencia sanitaria: la asistencia sociosanitaria como prestación incluida en la cartera de servicios comunes

La determinación de las prestaciones que integran el contenido de la asistencia sanitaria se lleva a cabo por la LCCSNS, bajo las premisas de su art. 7.1. En concreto, la delimitación de dichas prestaciones se realiza en el Catálogo de Prestaciones de Atención Sanitaria del Sistema Nacional de Salud, que incluye, entre otras, la correspondiente a atención sociosanitaria. La estructura de este Catálogo se apoya sobre una herramienta básica, la Cartera de Servicios Comunes, definida por el art. 8.1 LCCSNS, como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. Pues bien, esta Cartera Común de Servicios se articula alrededor de tres modalidades –art. 8.2 LCCSNS–:

1.^a La Cartera Común Básica de Servicios Asistenciales. Comprende todas las actividades asistenciales que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública –art. 8.2 bis LCCSNS–. A toda la población cubierta, se le reconoce la garantía de accesibilidad y equidad a los servicios incluidos en dicha cartera común –art. 8 bis 2 LCCSNS–.

2.^a Cartera Común Suplementaria. Incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario; en concreto: prestación farmacéutica, prestación ortoprotésica, prestación con productos dietéticos, transporte sanitario no urgente, sujeto a prescripción facultativa, por razones clínicas y con un nivel de aportación del usuario acorde al determinado para la prestación farmacéutica –art. 8 ter LCCSNS–.

3.^a Cartera Común de Servicios Accesorios. Abarca todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario –art. 8 quáter LCCSNS–.

En definitiva, tomando como premisa la garantía de igualdad y equidad en el acceso a las prestaciones sanitarias incluidas en el SNS –tal y como resulta de los arts. 3.2 y 3.3 LGS, del art. 2, letra a) LCCSNS y del art. 2.4 del Real Decreto-Ley 103/2006, de 15 de septiembre por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización–, debe concluirse que lo que el legislador garantiza a los titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública es el acceso a las prestaciones recogidas en la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud. Con carácter general, pues, sólo en el caso de que el servicio de salud autonómico del lugar de residencia del usuario no disponga de alguno de los servicios comprendidos en la aludida cartera, se abre la posibilidad del desplazamiento a otro territorio para recibir la asistencia sanitaria indicada³⁹.

³⁶ Díaz Aznarte (2021, p. 438).

³⁷ Según dicho art. 12 LGS: los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio español, según lo dispuesto en los arts. 9.2 y 158.1 CE.

³⁸ Díaz Aznarte (2021, p. 435).

³⁹ Díaz Aznarte (2021, p. 445).

Precisamente, el RD 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, creó el Fondo de Garantía Asistencial –art. 3–, con naturaleza extrapresupuestaria, cuya finalidad es la compensación entre comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de dicha condición de asegurado en sus desplazamientos temporales⁴⁰.

Por último, hemos de ser conscientes que tanto nuestro legislador –art. 8 quinqués LCCSNS– como nuestro TC –STC 139/2016, de 21 de julio– comprometen la existencia de carteras de servicios complementarias de las comunidades autónomas al hecho de que exista suficiencia financiera para ello en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria.

En resumen, el objetivo prioritario de este modelo organizativo de prestaciones sanitarias debiera ser que el SNS configurara una cartera de servicios comunes lo más amplia, actualizada, eficaz y eficiente posible. Ahora bien, la efectiva consecución de los principios de igualdad y equidad, como medio para combatir o corregir las posibles desigualdades territoriales, exige que en nuestro sistema sanitario descentralizado se apueste por la cohesión y la coordinación, sin que hasta la fecha se hayan alcanzado efectivamente⁴¹.

3.3. Las competencias de los municipios en materia social y sanitaria

Actualmente, las competencias en materia sanitaria y social pasan por un intenso proceso de descentralización hacia las Comunidades Autónomas⁴² y, en parte, también, hacia las Corporaciones Locales⁴³. Así, tanto la redacción originaria de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local –en adelante, LBRL–, como las distintas leyes sectoriales de las Comunidades Autónomas han venido reconociendo competencias específicas a los municipios en estas materias⁴⁴. En efecto, el art. 25 LBRL incluía dentro del ámbito de las competencias propias de los municipios las materias de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social –art. 25.2, letra k)– así como en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud –art. 25.2–⁴⁵.

Ahora bien, la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local –en adelante, LRSAL– modificó sustancialmente la atribución competencial a los municipios, en especial en estas dos materias: atención social y atención sanitaria.

En efecto, se procedió a la modificación del art. 25.2 LBRL de la siguiente manera: primero, se suprimió la posible intervención de los municipios en materia sanitaria y, segundo, se limitó la competencia municipal en materia de servicios sociales para redirigirla sólo a las funciones de evaluación e información de situaciones de necesidad social –art. 25.2, letra e)–. Y, en el caso de los municipios de más de 20.000 habitantes, se incorpora como obligatorio el servicio de atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social –art. 26.1, letra e)–, corrigiendo la anterior dicción de «prestación de servicios sociales»⁴⁶.

A mayores, el contenido competencial sobre estas materias se vio afectado por la LRSAL, en dos direcciones:

⁴⁰ El problema es que la implementación de este Fondo de Garantía Asistencial, como figura destinada a sustituir al Fondo de Cohesión Sanitaria, se ha ido posponiendo sucesivamente durante años.

⁴¹ Díaz Aznarte (2021, p. 447).

⁴² En concreto, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León –tras la reforma aprobada por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre (BOE, núm. 288, de 1 de diciembre de 2007)– reconoce competencia exclusiva a la Comunidad en materia de asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitarios. Promoción y atención de las familias, la infancia, la juventud y los mayores. Prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad, la dependencia o la exclusión social –art. 70.1.10–. Y, también son de competencia exclusiva de la Comunidad, sin perjuicio de las facultades reservadas al Estado, las funciones en materia de sanidad y salud pública, la promoción de la salud en todos los ámbitos, la planificación de los recursos sanitarios públicos, la coordinación de la sanidad privada con el sistema sanitario público y la formación sanitaria especializada –art. 74–.

⁴³ Sin dejar de reconocer el fundamental papel que jugó el INSALUD, hasta que tuvo lugar la descentralización en las Comunidades Autónomas, debe reconocerse que, desde los inicios del Estado contemporáneo, tanto la materia de sanidad como la de servicios sociales ha sido una típica competencia municipal, situándose la Provincia como institución de segundo nivel que garantizaba buena parte de los servicios de contenido sanitario o social. Sobre ello, Tollívar Alas (2009) y Font i Llovet (2020, p. 22).

⁴⁴ Así, la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León (BOE, núm. 197, de 18 de agosto de 1998), dispone que los municipios de Castilla y León ejercerán competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las leyes de la Comunidad Autónoma, entre otras, en las materias de: l) salud pública y sanidad; y, n) acción social y servicios sociales.

⁴⁵ Sobre ello, Almeida Cerredá (2011, pp. 2702 y ss.).

⁴⁶ Arias Martínez (2014, pp. 373 y ss.).

La primera tuvo lugar con la supresión del art. 28 LBRL, que reconocía la existencia de las mal llamadas «competencias impropias» de los municipios⁴⁷, en cuya virtud se crearon y funcionaban muchos servicios sociales, decididos libremente por aquéllos para atender a las exigencias y las necesidades de la población como, por ejemplo, la atención a los drogodependientes, la atención a las mujeres, etc.

La segunda es que las disposiciones transitorias 1.^a, 2.^a y 3.^a LRSAL ordenaron el traslado de las funciones y servicios que prestaban los municipios en las materias de sanidad y servicios sociales hacia las Comunidades Autónomas, prohibiendo a éstas que pudieran atribuir como propias a los entes locales competencias en dichos ámbitos. Evidentemente, ello suponía una cercenación y un desapoderamiento competencial abusivo de los municipios.

En suma, estas previsiones de la LRSAL, calificadas como auténtica «mutación constitucional»⁴⁸, recibieron contestación adecuada tanto por parte de las Comunidades Autónomas como de los entes locales que plantearon varios recursos de inconstitucionalidad y un conflicto de competencias en defensa de la autonomía local, por entender que dicha legislación era inconstitucional, ya porque se vulneraban las competencias autonómicas en estas materias, bien porque se afectaba a la autonomía local. Y, precisamente, la STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016⁴⁹ reconoció que, en materia de servicios sociales y sanitarios locales, la supresión de las competencias municipales y ese traslado a las Comunidades Autónomas en virtud de una ley estatal era inconstitucional. Así, según expresa la STC 41/2016 los servicios de asistencia social y atención primaria a la salud son competencias de las Comunidades Autónomas que «el nivel municipal venía prestando porque así lo decidieron (o permitieron) las Comunidades Autónomas (al amparo de los Estatutos) o el Estado (en aplicación del art. 149.1.18 CE) o, simplemente, porque fueron desarrollados de hecho por los Ayuntamientos». Y sigue añadiendo la sentencia que el Estado «sólo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga competencia en la materia o sector de que se trate». Por lo tanto, «en materias de competencia autonómica, sólo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales prohibir que el nivel local las desarrolle; sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución». Así pues, en la medida en que impiden a las Comunidades Autónomas descentralizar servicios de su competencia, ambas disposiciones, en palabras del TC, «han superado el ámbito que la Constitución asigna a una regulación básica sobre atribuciones locales (art. 149.1.18 CE) y, con ello, han invadido las competencias autonómicas de asistencia social y sanidad». En definitiva, el Estado carece de competencias para realizar dichas operaciones, ya que esas materias corresponden, vía estatutos respectivos, a las Comunidades Autónomas. Son, entonces, las Comunidades Autónomas las que deben decidir la distribución competencial entre sus propios servicios y los servicios municipales y, por ello, el TC anula esas disposiciones transitorias. Dicha derogación, aunque fundamentada sobre la vulneración de las competencias autonómicas, ha vuelto a elevar el nivel de su garantía legal básica⁵⁰.

Por el contrario, en lo que respecta a la disminución de las competencias propias de los municipios en dichas materias llevada a cabo a través de la reforma del art. 25 LBRL, el TC, tirando de su argumento tradicional de la garantía institucional de la autonomía local, entendió que aunque la autonomía local se ve afectada al disminuirse el ámbito de competencias propias, aun así a los municipios no se les vulnera la autonomía local, porque no se le quitan todas las competencias locales posibles. De conformidad con dicha teoría, es suficiente con que al Ayuntamiento se le reconozca, en palabras de la sentencia «algo de participación» en un tema o asunto de interés local para entender que no se le ha vulnerado su autonomía. Es decir, basta que la supresión no sea absoluta y que el municipio pueda intervenir en las funciones de evaluación e información de situaciones de necesidad social, pero que luego los servicios los preste la Comunidad Autónoma, para que dicha limitación no afecte a la autonomía municipal. Con ello, el TC sólo ha reparado parcialmente el retroceso que ha significado la LRSAL.

Las Comunidades Autónomas reaccionaron ante la situación de incertidumbre en la prestación de los servicios sanitarios y sociales por parte de los municipios provocada por la LRSAL. Así, Castilla y León, aprobó el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los

⁴⁷ Font i Llovet (2020, p. 24) Como señala Tolivar Alas, no hay nada más impropio que llamar impropias a esas actividades en materia servicios sociales que son básicas y fundamentales en la actuación de los municipios; en Tolivar Alas (2019). Sobre las competencias locales en materia de servicios sociales, Arias Martínez (2014, p. 373 y ss.).

⁴⁸ Font i Llovet y Galán Galán (2013).

⁴⁹ BOE, núm. 85, de 8 de abril de 2016. Un análisis exhaustivo de la STC 41/2016 lo lleva a cabo Gracia Retortillo (2017, pp. 225 y ss.). Respecto a los aspectos competenciales, ver Medina Alcoz (2017, p. 189 y ss.).

⁵⁰ Font i Llovet (2020, p. 26).

servicios públicos en Castilla y León⁵¹. En su art. 4 reconoció que las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la LRSAL, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, en materia de prestación de servicios sociales, y de promoción y reinserción social, a las que se refieren las Disposiciones Adicional 15.^a y Transitorias 1.^a, 2.^a y 3.^a de la LRSAL, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las Leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad de Castilla y León. Y, por último, el art. 8 de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León –LOSSCYL, en adelante– señala que, con carácter general, en el marco de las políticas sanitarias definidas por la Junta de Castilla y León, corresponde a las Corporaciones Locales ejercer las competencias en materia sanitaria y prestar los servicios mínimos obligatorios de naturaleza sanitaria que tienen atribuidas por la legislación de régimen local y demás normativa sectorial de aplicación. En particular, corresponde a los Ayuntamientos, entre otras: la construcción, conservación y mantenimiento de los consultorios locales, así como participar en los órganos de dirección de las Áreas de Salud. Para el desarrollo de sus funciones, los Ayuntamientos deberán actuar de forma coordinada con el personal y los medios de los que dispongan la Administración Sanitaria de la Comunidad de Castilla y León, en la forma que reglamentariamente se establezca.

3.4. La estructura organizativa de los servicios sanitarios y sociales; en especial, en el medio rural en Castilla y León

A nivel estatal, el acceso de la población rural a la asistencia sanitaria en sus dos principales niveles asistenciales –atención primaria y atención especializada– está, en teoría, garantizado a través de la ordenación del Sistema Nacional de Salud –SNS– prevista en la LGS.

Así, la ubicación de los recursos asistenciales se concentra en las Áreas de Salud, estructuras fundamentales del sistema sanitario, que establecen las Comunidades Autónomas teniendo presentes criterios geográficos, demográficos, socioeconómicos, epidemiológicos, de vías de comunicación, pero, sobre todo, atendiendo a la proximidad de los servicios –art. 56.2 y 4 LGS–. En todo caso, cada provincia tendrá, como mínimo, un Área de Salud –art. 56.5 LGS–. Y cada Área de Salud estará vinculada o dispondrá, al menos, de un hospital general, como marco de referencia de la atención especializada y por los centros de especialidades adscritos al mismo –art. 65 LGS–.

Ahora bien, para conseguir la máxima operatividad y eficacia en el funcionamiento de los servicios a nivel primario, las Áreas de Salud se dividen en Zonas Básicas de Salud –art. 62.1 LGS–. Así es, la Zona Básica de Salud es el marco territorial de la atención primaria de salud donde desarrollan las actividades sanitarias los Centros de Salud, centros integrales de atención primaria –art. 63 LGS–. En el ámbito rural, cada Zona Básica de Salud podrá disponer de uno o más centros de atención primaria situados en varias localidades o municipios, para garantizar la accesibilidad geográfica –art. 62.2 LGS–. Ahora bien, la delimitación del marco territorial que abarcará cada Zona de Salud se hará por la Comunidad Autónoma, teniendo en cuenta criterios demográficos, geográficos y sociales; si bien, excepcionalmente, para medios rurales, podrá determinarse una Zona cuya cifra de población sea inferior a 5.000 habitantes donde la dispersión geográfica u otras condiciones del medio lo aconsejen –art. 1.2 del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud⁵². Además, en el medio rural podrá existir un Consultorio Local en cada una de las localidades restantes que constituyan la Zona –art. 2 del aludido Real Decreto 137/1984–.

En resumen, la estructura del SNS diseñada en la LGS señala a la Atención Primaria de Salud –APS– como el eje sobre el que pivota la red integrada de servicios de salud en el territorio y le confiere las características de máxima proximidad y accesibilidad para la ciudadanía. La APS tiene una función primordial en la realización y coordinación de actividades, así como de recursos destinados a la promoción, prevención y atención de las personas con enfermedades crónicas o con necesidades de cuidados paliativos, dado el carácter longitudinal de la asistencia que ofrece, su proximidad al entorno más inmediato y su configuración en equipos multidisciplinares, lo que resulta clave pues la continuidad asistencial es un aspecto esencial en el seguimiento de los pacientes crónicos y dependientes por el sistema sanitario y social.

Aunque ya se recalcó por el Marco Estratégico Para la Atención Primaria y Comunitaria –MAPyC–, de 10 de abril de 2019⁵³ que en nuestra sociedad los problemas sanitarios, sobre todo los de naturaleza crónica

⁵¹ BOCyL, núm. 62, de 31 de marzo de 2014.

⁵² BOE, núm. 27, de 1 de febrero de 1984.

⁵³ Editado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2019).

y los que generan discapacidad, suelen ir acompañados de importantes necesidades en el ámbito social; sin embargo, las competencias y responsabilidades sanitarias y las de asistencia social dependen de distintas Administraciones, observándose déficits importantes de las estructuras responsables de ambos tipos de prestaciones. Por ello, es necesario revisar y fortalecer la alianza entre Salud Pública, APS, otros servicios sociosanitarios y otros sectores de la comunidad para desarrollar estrategias intersectoriales y promover y potenciar el buen funcionamiento de los Consejos de Salud de Área y de Zona y otros espacios de participación. En definitiva, urge dar un nuevo impulso a la APS para que renueve su liderazgo como eje del sistema sanitario y como agente de la ciudadanía ante el mismo⁵⁴. Y así se concibe, también, en el actual Plan de Acción de Atención Primaria y Comunitaria, 2022-2023, aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el 15 de diciembre de 2021⁵⁵.

Pues bien, respetando esta estructura básica sanitaria, la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en uso de su competencia exclusiva en materia de sanidad y salud pública –art. 74 de su Estatuto de Autonomía–, aprobó la LOSSCYL⁵⁶, en cuyo Título III se lleva a cabo la ordenación territorial del sistema sanitario de dicha comunidad.

Dicho sistema se articula en Áreas de Salud y Zonas Básicas de Salud, Demarcaciones Sanitarias y otras divisiones territoriales que puedan crearse en el futuro. Esta organización configura el Mapa Sanitario Público de Castilla y León como instrumento esencial para la ordenación, planificación y gestión del Sistema Público de Salud de la Comunidad y que deberá adecuarse, respecto al ámbito rural, al mapa de unidades básicas de ordenación y servicios del territorio rurales previstas en la normativa de ordenación del territorio –art. 13.1 LOSSCYL–. En todo caso, la organización territorial deberá asegurar la continuidad de la atención en sus distintos niveles y promover la efectiva aproximación de los servicios al usuario, así como la eficiencia y coordinación de todos los recursos –art. 13.3 LOSSCYL–.

En este sentido, las Áreas de Salud son la referencia para la organización de las actuaciones sanitarias –art. 14.2 LOSSCYL–, y garantizan la continuidad de la atención sanitaria en todos los niveles asistenciales coordinando, para ello, los recursos que le correspondan, a fin de asegurar un sistema sanitario coordinado e integral. Así, cada Área de Salud contará, al menos, con un hospital o complejo asistencial que ofrecerá los servicios especializados adecuados a las necesidades de la población –art. 14.3 LOSSCYL–.

Como ya sabemos, las Áreas de Salud se dividen en Zonas Básicas de Salud –art. 14.4 LOSSCYL–, que se delimitarán atendiendo a diversos criterios (geográficos, socioeconómicos, demográficos, etc.), pero teniendo siempre presente la optimización en la ordenación de los recursos y la respuesta a las necesidades sanitarias de los ciudadanos –art. 15.2 LOSSCYL–. En cada Zona Básica de Salud existirá un Equipo de Atención Primaria, que contará con un coordinador de equipo –art. 15.5 LOSSCYL–.

Cada Zona Básica de Salud contará con un Centro de Salud, como estructura física y funcional, que dará soporte a las actividades comunes de los profesionales del equipo de Atención Primaria y, en su caso, a los Equipos de Salud Pública. Excepcionalmente, el Centro de Salud podrá situarse fuera del ámbito territorial de la Zona Básica de Salud, si con ello mejora la accesibilidad o bien se asegura una atención sanitaria de calidad a la población adscrita –art. 15. 3 y 4 LOSSCYL–⁵⁷.

En el ámbito rural, Las Zonas Básicas de Salud, deberán establecerse respetando las unidades básicas de ordenación y servicios del territorio rurales previstas en la normativa de ordenación del territorio –art. 15.1 LOSSCYL–.

Por su parte, las Demarcaciones Sanitarias son las estructuras de ordenación territorial en las que se realizan por los profesionales de los Equipos de Salud Pública, básicamente, las funciones de inspección y control oficial incluidas en las prestaciones de salud pública –art. 16.1 LOSSCYL–.

⁵⁴ Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2019, pp. 23-24).

⁵⁵ Me remito a sus pp. 8, 42 y 43.

⁵⁶ BOE, núm. 235, de 28 de septiembre de 2010.

⁵⁷ Debe reseñarse que en el documento elaborado por la Consejería de Sanidad, Gerencia Regional de Salud, en noviembre de 2019, que lleva por título: «Nuevo modelo de la asistencia sanitaria en el medio rural: documento marco», se preveían toda una serie de actuaciones calificadas como necesarias, para acometer la reordenación de la atención en las Zonas Básicas de Salud en el ámbito rural, entre las que se disponían el concentrar la asistencia médica en el Centro de Salud y en un número pequeños de Consultorios Locales, que pasarían a denominarse Consultorio Rural de Agrupación –CRA–, con consulta médica y de profesionales de enfermería diaria. El resto de Consultorios pasarían a denominarse Consultorios de Proximidad –C-PROX– con actividad periódica en función del volumen de población y según las necesidades clínicas detectadas por la propia población y el personal sanitario, sin detrimento de la atención domiciliar necesaria.

Ahora bien, se permite que cuando existan razones geográficas o de racionalización y eficiencia de los servicios que lo justifiquen, se puedan crear otras divisiones territoriales a fin de mejorar la organización y accesibilidad a las prestaciones sanitarias –art. 17 LOSSCYL–.

Es, en estas estructuras donde se integran y ordenan funcionalmente los niveles de –art. 18 LOSSCYL–: atención primaria, atención especializada, salud pública, atención de urgencia y asistencia sociosanitaria.

Por último, en lo que respecta a los servicios sociales, de conformidad con lo previsto en el art. 148.1.20 CE y en uso de la competencia exclusiva que, sobre esta materia, se le reconoce en el art. 70.1.10 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, nuestra Comunidad aprobó la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León –LSSCyL–⁵⁸.

Pue bien, en lo que respecta a la organización territorial y funcional del sistema de servicios sociales, el primer nivel de atención son las Zonas de Acción Social –art. 24–, unidad básica de articulación territorial y unidad de referencia para la asignación de recursos y la planificación de los servicios sociales –art. 25.1 y 2–. Cada Zona de Acción Social se corresponderá con una demarcación, que en el medio rural estará constituida por una o varias unidades básicas de ordenación y servicios del territorio rurales, previstas en la normativa de ordenación del territorio –art. 25.3–. En este primer nivel, desarrollan su actividad, en los Centros de Acción Social –CEAS–, los Equipos de Acción Social Básica, como unidad funcional de referencia –art. 31–, que prestan una atención generalista a toda la población. Entre sus funciones más destacadas se encuentran las de información, orientación y asesoramiento, detección y valoración de necesidades sociales, la planificación, coordinación y seguimiento del caso, y son quienes asumen el papel de profesional de referencia para el usuario, velando por su atención integral, personalizada y continuada –art. 31.4–.

El segundo nivel de atención lo conforman las Áreas de Acción Social, unidades territoriales que se constituyen como agrupaciones de Zonas de Acción Social del ámbito territorial correspondiente a cada entidad local competente en materia de servicios sociales –art. 26.1 y 2–. En este segundo nivel, desarrollan su actividad los Equipos Multidisciplinares Específicos, que prestan una atención especializada según el tipo de necesidad –protección a la infancia, promoción y atención a la autonomía personal, inclusión social, etc.– que corresponda en su titularidad o gestión a las entidades locales con competencias en materia de servicios sociales –art. 32–.

La organización territorial del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública se instrumentará a través del Mapa de Servicios Sociales de Castilla y León que definirá, sobre la base de criterios sociodemográficos, las Áreas y Zonas, así como las divisiones territoriales cuya creación se justifique por razón de necesidades específicas, determinando las prestaciones a desarrollar en cada ámbito. En todo caso, en el medio rural, dicho mapa deberá diseñarse conforme a las unidades básicas de ordenación y servicios del territorio rurales, previstas en la normativa de ordenación del territorio –art. 28–.

En el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública se integran tanto los servicios sociales de titularidad pública como los de titularidad privada financiados total o parcialmente con fondos públicos. Por ello, partiendo de la complejidad organizativa consecuencia de la distribución de competencias entre distintas administraciones públicas, de los numerosos agentes intervinientes y de las diversas redes de recursos que confluyen en el ámbito de los servicios sociales, resulta necesario el establecimiento de mecanismos de coordinación y colaboración entre todos ellos. Así, el Título VII LSSCYL, entre los instrumentos para lograr la coordinación y cooperación administrativa, crea el Consejo de Coordinación Interadministrativa –art. 79– como órgano asesor para la coordinación y regula la atención integrada de carácter social y sanitario mediante la acción conjunta del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública y del sistema de salud –arts. 82 y 83–.

4. LA COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ESTRUCTURAS DE COORDINACIÓN Y LA PLANIFICACIÓN SOCIOSANITARIA EN CASTILLA Y LEÓN

En España, el acervo normativo de la coordinación sanitaria y social se constituye, además de por la normativa de carácter nacional⁵⁹, por toda la normativa y planes autonómicos que han ido estableciendo e implantando la misma.

⁵⁸ BOE, núm. 7 de 8 de enero de 2011.

⁵⁹ A nivel estatal, apuntar que ya el Plan Estratégico del INSALUD, de 1997, adoptó como estrategia la coordinación integrada de recursos sanitarios y sociales y se crearon, en el año 1999, los ESAD –equipos de soporte de ayuda a domicilio– en el ámbito de

En Castilla y León, la coordinación sociosanitaria surgió por la necesidad de dar respuesta conjunta e integral a aquellas personas con necesidades de atención compleja; es decir, que requieran la prestación, simultánea o sucesiva, de servicios sanitarios y sociales⁶⁰; planteando la corresponsabilidad entre ambos servicios, la participación de distintas administraciones y entidades, así como la necesaria colaboración entre las administraciones públicas y las organizaciones de la sociedad civil. En el futuro, pues, debería seguirse apostando por el avance en la coordinación entre las redes social y sanitaria a través de la planificación conjunta de actuaciones, la utilización compartida de los recursos y la interconexión de sus sistemas de información.

Desde el derecho positivo, se ha venido otorgando una especial relevancia a la atención y coordinación sociosanitaria, tanto en la LOSSCYL como en la LSSCYL y en la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, como aspecto necesario para garantizar una atención integrada.

Respecto al modelo de coordinación sociosanitaria adoptado por Castilla y León, señalar que el mismo aglutina a los profesionales asistenciales de los servicios de salud y de los servicios sociales, así como sus estructuras gestoras y directivas, y se manifiesta en los Planes Sociosanitarios aprobados por la Junta de Castilla y León.

Así, uno de los aspectos más positivos del Plan de Atención Sociosanitaria de 1998⁶¹ fue la puesta en marcha de las estructuras de coordinación sociosanitaria previstas en el mismo. En desarrollo de dichas previsiones, el Decreto 74/2000, de 13 de abril⁶² reguló la estructura de coordinación de atención sociosanitaria de la Comunidad de Castilla y León, compuesta por los siguientes órganos:

- Con carácter regional, el Consejo de Dirección del Plan Sociosanitario –art.1. 2, letra a)–, como órgano superior de la estructura de coordinación de la atención sociosanitaria. Su finalidad: integrar y coordinar las actuaciones de los diferentes Centros Directivos Sanitarios y Sociales vinculados a los objetivos y programas de la planificación sociosanitaria –art. 2.1–.
- En el ámbito de cada Área de Salud –art.1. 2, letras a) b) c) y d)–: las Comisiones de Dirección del Plan Sociosanitario (de naturaleza directiva), así como las Comisiones de Coordinación de la Atención Sociosanitaria y los Coordinadores del Plan de Atención Sociosanitaria –de naturaleza técnica y asesora–.

No obstante, el paso del tiempo puso de manifiesto que la existencia de órganos de coordinación de ámbito regional o provincial, aunque necesaria, era insuficiente; si la coordinación sociosanitaria quería ser efectiva debía de comenzar desde las mismas puertas de entrada de ambos sistemas de protección social: CEAS y Equipos de Atención Primaria. Por ello, se introdujeron los denominados Equipos de Coordinación de Base, como cauce formal de interrelación en el que participan los profesionales que se encargan de pres-

la atención primaria y hospitalaria a la tercera edad y, en general, a pacientes en situación de dependencia y/o con enfermedades terminales. Más recientemente, el marco normativo estatal de carácter general se ha centrado en la regulación y desarrollo de distintos aspectos de la coordinación sociosanitaria, destacando, entre otros: tanto el Plan de Acción para personas mayores 2000-2005 y el de 2003-2007 que proponían el desarrollo de un sistema integral de atención a las personas en situación de dependencia así como la garantía de la accesibilidad territorial de las prestaciones sociosanitarias; o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que consagra el derecho del paciente o usuario a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles; o el Real Decreto 496/2003, de 2 de mayo, por el que se establece el título de técnico de atención sociosanitaria; o la LCCSNS que señala la importancia de la búsqueda de mecanismos de integración en la atención social y sanitaria y establece la garantía de la continuidad del servicio mediante la coordinación de las administraciones públicas que correspondan; o el Libro Blanco de la Dependencia de 2004 que dedicaba su capítulo VII a la coordinación sociosanitaria; o el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización; o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia que crea, como mecanismo de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, atribuyendo a las Comunidades Autónomas la fijación de procedimientos y órganos de coordinación sociosanitaria; o las distintas Estrategias para enfermedades que puedan generar gran dependencia (EPOC, ICTUS, ambas en el año 2009, o la de cuidados paliativos, en el año 2007) que inciden en la importancia de la coordinación sociosanitaria para la atención integral de estos pacientes; o el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del SNS, de contribución a la consolidación fiscal y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 que señalaba que el Ministerio debía elaborar la Estrategia de Coordinación de la Atención Sociosanitaria; o, por último, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que, en su art. 22.2 señala la obligación de las Administraciones sanitarias de instituir procedimientos para una coordinación efectiva de las actividades de salud pública que se desarrollen en un área sanitaria determinada con las realizadas, entre otras, en atención sociosanitaria.

⁶⁰ Como se ha dicho, ello obliga a superar el histórico funcionamiento en paralelo de los sistemas sanitarios y de acción social, lo que exige la creación de un nuevo modelo de atención sociosanitario, compartido y coordinado. Ver: Rodríguez Caldero; Rodríguez Losada Allende; et al. (2011).

⁶¹ Por Decreto 16/1998, de 29 de enero, se aprobó el Plan de Atención Sociosanitaria de Castilla y León (BOCyL, núm. 22, de 3 de febrero de 1998).

⁶² BOCyL núm. 77, de 19 de abril.

tar los servicios sociales y sanitarios básicos a todos los ciudadanos, mediante la modificación del Decreto 74/2000 por el Decreto 49/2003, de 24 de abril⁶³.

Precisamente, la implantación de dichos Equipos de Coordinación de Base es la finalidad que justifica una de las principales apuestas del II Plan Sociosanitario de Castilla y León, aprobado en el año 2003⁶⁴. Dicho Plan apuesta por la organización de una auténtica red de estructuras de coordinación sociosanitaria en torno a, fundamentalmente, cuatro niveles de actuación: Equipos de Coordinación de Base; Comisiones de Coordinación Sociosanitaria; Comisiones de Dirección Sociosanitaria y el Consejo de Dirección Sociosanitaria.

Y, en virtud de la Disposición Adicional Primera del Decreto 74/2000, apartado 2⁶⁵, todas las administraciones públicas, organismos e instituciones vinculados a los Sistemas de Acción Social y de Salud favorecerán el desarrollo de sus funciones por parte de las estructuras de coordinación sociosanitarias establecidas.

Ahora bien, sobre este esquema general debe establecerse tanto un flujo vertical de la información, en cuanto a la detección de problemas y la adopción de soluciones en los niveles en cada caso pertinentes – pues las estructuras de coordinación de cada nivel pueden suponer un auténtico observatorio permanente a este respecto–, como un circuito horizontal que garantice una mínima homogeneidad y coherencia respecto a las medidas emprendidas, lo que facilitará la aplicación de las prácticas más útiles a un contexto local determinado. Así, ambos tipos de funciones permitirán detectar los problemas específicos y aportar las soluciones necesarias a las peculiaridades del ámbito rural. A mayores, se requieren dos premisas más para extraer el máximo provecho de la integración funcional de los servicios⁶⁶:

En primer lugar, debe dotarse a las distintas estructuras de metodologías de trabajo comunes, tanto en lo que respecta a la gestión de procesos como de casos⁶⁷. Precisamente, para gestionar la actividad sociosanitaria se ha diseñado un sistema de información al que se ha denominado GASS⁶⁸ –gestión de la actividad sociosanitaria–. Su puesta en marcha y la integración con sistemas de la gerencia regional de salud y de la gerencia de servicios sociales simplifica los procesos y la normalización de la información gestionada, facilitando a los profesionales la detección de problemas, su análisis, la adecuación de la carga de trabajo y una evaluación continua de las actividades.

Y, en segundo lugar, atendiendo al principio de participación, favorecer el contacto de las estructuras de coordinación sociosanitaria con la sociedad y con las instituciones ciudadanas, permitiendo así canalizar las aportaciones tanto de los propios usuarios como de las distintas entidades que trabajan en el ámbito de los sistemas de protección social⁶⁹.

Pero lo que urge, realmente, es la aprobación de una nueva normativa en materia de coordinación sociosanitaria –el II Plan Sociosanitario se mantuvo en vigor hasta el 31 de diciembre del año 2007⁷⁰– si realmente creemos en estas estructuras como recurso eficaz y eficiente de prestación de servicios sociales y sanitarios y hacer llegar los mismos a toda la población de castellanos y leoneses que los necesiten. En este sentido, entre sus líneas estratégicas podrían apuntarse las de atención a las personas dependientes en el domicilio familiar, la atención a las personas que viven en centros residenciales, la atención a colectivos en situación de vulnerabilidad, el potenciar y desarrollar la coordinación sociosanitaria, la comunicación y sistemas de información y la formación conjunta de los profesionales.

⁶³ BOCyL de 30 de abril de 2003.

⁶⁴ Aprobado por Decreto 59/2003, de 15 de mayo (BOCyL, núm. 95, de 21 de mayo de 2003).

⁶⁵ Añadido por el Decreto 49/2003.

⁶⁶ Así se deduce del Capítulo III, Línea Estratégica 1.2 del Decreto 59/2003, que lleva por rúbrica: «Crear estructuras de coordinación sociosanitarias operativas», pp. 26-29.

⁶⁷ Aquí destacamos la aprobación de la Guía para la gestión compartida de casos de coordinación sociosanitaria: equipos de coordinación de base, editada en el año 2007, que sería el documento de trabajo multidisciplinar que utilizan los ECB para gestionar los casos sociosanitarios de especial complejidad (Junta de Castilla y León, 2007) o la guía para el funcionamiento de las Comisiones de Coordinación Sociosanitaria (https://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/coordinacion-sociosanitaria/estructuras-coordinacion-sociosanitaria/comisiones-coordinacion-sociosanitaria-ccss.ficheros/1225323-Manual_funcionamiento_comisiones.pdf). Sobre ello, Rodríguez Caldero; Melgosa Arcos; et al. (2011, pp. 61-74).

⁶⁸ <https://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/coordinacion-sociosanitaria/sistema-informacion-gass>

⁶⁹ Relevantes son las posibilidades abiertas por la Ley 5/2021 la Ley 5/2021, de 14 de septiembre, de Tercer Sector de Acción Social en Castilla y León y de modificación de la Ley 8/2006, de 10 de octubre, del Voluntariado de Castilla y León (BOCYL, núm. 189, de 29 de septiembre de 2021) debiendo destacarse el papel que juegan las entidades del Tercer Sector Social en el desarrollo de los servicios a las personas, especialmente a las más vulnerables, así como la estrecha cooperación que debe darse entre las Administraciones Públicas y el Tercer Sector, y la opción preferencial por éste, cuando se trata de desarrollar servicios a las personas, constituyéndose la nueva concertación social como el instrumento jurídico por excelencia dentro de las fórmulas idóneas de colaboración con las entidades privadas sin ánimo de lucro que conforman el Tercer Sector Social.

⁷⁰ Así se establece en el art. 2 del Decreto 59/2003, de 15 de mayo, que aprobó el II Plan Sociosanitario de Castilla y León.

5. EL MEDIO RURAL EN LA LEY DE ORDENACIÓN, SERVICIOS Y GOBIERNO DEL TERRITORIO DE CASTILLA Y LEÓN

La ordenación del territorio es un proceso complejo; siendo sus objetivos: la promoción de un desarrollo equilibrado y sostenible, el aumento de la cohesión económica y social y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos; y su finalidad: dar respuesta a la realidad del territorio en que la población se asienta y a sus problemas⁷¹. Su dificultad deriva de la complejidad de la organización de la sociedad a la que sirve y, en el caso de Castilla y León, de sus singularidades territoriales y sociodemográficas. Ante todo, debe garantizar la igualdad de todos los castellanos y leoneses en el acceso a los servicios públicos autonómicos y locales en todo el territorio de Castilla y León, con independencia de su lugar de residencia. Ahora bien, la Comunidad de Castilla y León es muy extensa y diversa lo que dificulta, a veces, la accesibilidad a los servicios; y el reducido tamaño de muchos de sus municipios imposibilita, en ocasiones, la dotación y mantenimiento de los servicios mínimos indispensables e incluso el propio mantenimiento de una estructura administrativa. Por ello, cobra especial importancia en esta Comunidad el papel que juegan las administraciones supramunicipales –Diputaciones Provinciales, comarcas o mancomunidades– en la prestación de estos servicios.

Teniendo esto presente, Castilla y León apostó por un nuevo modelo de ordenación y gobierno del territorio mediante la aprobación de la Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio –en adelante, LORSEGO⁷². Según señala su propia Exposición de Motivos (III), esta Ley esta inspirada, especialmente, en dos principios rectores que han de orientar las políticas públicas de la Comunidad –art. 16 de su Estatuto de Autonomía–: el de la prestación de unos servicios públicos de calidad –apartado 1– y el de la modernización y el desarrollo integral de las zonas rurales de Castilla y León, dotándolas de infraestructuras y servicios públicos suficientes –apartado 10–.

Para ello, su objeto es: delimitar los espacios funcionales para efectuar la ordenación territorial; planificar y programar en el territorio los servicios prestados por la Administración de la Comunidad y potenciar fórmulas de gobierno y administración local más eficientes, especialmente las de carácter asociativo voluntario, así como fomentar la solidaridad de la comunidad municipal –art. 1–. Entre sus fines –art. 2–, destaca el de impulsar la cercanía a los ciudadanos en la gestión y prestación de los servicios y garantizar el acceso, en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos de Castilla y León, a los servicios públicos prestados por la Administración Autonómica, especialmente aquéllos que hacen efectivos sus derechos sociales.

Pues bien, la nueva referencia espacial y funcional, el nuevo parámetro básico para el desarrollo de la ordenación del territorio en Castilla y León son las unidades básicas de ordenación y servicios del territorio; las cuales pueden ser rurales⁷³ o urbanas –art. 3.1 y 3, respectivamente–. Además, la LORSEGO –art. 7– prevé, también, la elaboración de un Mapa de unidades básicas de ordenación y servicios del territorio, que deberá aprobarse mediante una norma con fuerza de Ley, y que requerirá el apoyo de dos tercios de las Cortes de Castilla y León, pero que todavía, actualmente, no se ha aprobado.

Por último, se regulan las Áreas Funcionales⁷⁴ –art. 7–, distinguiendo entre las Estables⁷⁵, dirigidas a impulsar una planificación conjunta de los grandes municipios y su entorno o alfoz –art. 8.1 LORSEGO–, y

⁷¹ Sobre ello, López Ramón, (2005, pp. 213-230).

⁷² BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 2013. Dicha Ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad, con carácter exclusivo, recogidas en distintos apartados del art. 70.1 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre; específicamente, en las siguientes materias: «Estructura y organización de la Administración de la Comunidad» –apartado 2.º–; «Organización Territorial de la Comunidad. Relaciones entre las instituciones de la Comunidad y los entes locales y regulación de los entes locales creados, en los términos previstos en el presente Estatuto» –apartado 4.º–; y «Ordenación del Territorio, urbanismo y vivienda» –apartado 6.º–. Y en el ejercicio de la competencia de desarrollo normativo y ejecución prevista en el art. 71.1.1.ª en materia de «Régimen Local».

⁷³ La unidad básica de ordenación y servicios del territorio rural –art. 4 LORSEGO– agrupa a agrupa a municipios iguales o menores de 20.000 habitantes de una provincia, con contigüidad espacial y con características similares que cumpla, alternativamente, alguna de las siguientes reglas: a. En función de su tamaño, que la población total de la unidad básica tenga como mínimo 5.000 habitantes y como máximo 30.000.; b. En función de la dispersión, que la unidad básica tenga una densidad menor de 15 habitantes por kilómetro cuadrado, y como mínimo agrupe cinco municipios. Si bien, por diversas razones (singularidad geográfica, históricas, económicas, medioambientales, etc.) se podrá disponer de la configuración de unidades básicas que no cumplan las anteriores reglas.

⁷⁴ En virtud de la Ley 9/2014, de 27 de noviembre, se declaran las áreas funcionales estables de la Comunidad de Castilla y León.

⁷⁵ En el Proyecto de Ley de 29 de junio de 2021, de modificación de la LORSEGO se apostaba, como nuevo espacio de distribución territorial o zonificación de servicios, por las áreas funcionales estables, tanto urbanas como rurales, que deberán plasmarse en el mapa correspondiente –art. 6 modificado LORSEGO–. Estas áreas funcionales estables se establecen como los ámbitos territoriales intermedios necesarios y adecuados para el planeamiento y la gestión supramunicipal. Se constituyen pues estas áreas funcionales como la referencia espacial básica para el desarrollo de la ordenación del territorio y la organización de los servicios públicos autonómicos.

las Estratégicas, con una fuerte vocación de dinamización del medio rural, integradas por una unidad básica de ordenación y servicios del territorio o por varias contiguas, para el impulso de programas de desarrollo en aquellas zonas de menor dinamismo económico y demográfico o afectadas por circunstancias extraordinarias; que se extinguirán una vez alcanzados los objetivos perseguidos o cumplido el plazo previsto en el instrumento de ordenación de ámbito subregional que las creó –art. 9 LORSEGO–.

En lo que respecta a la prestación de los servicios autonómicos en el territorio, señalar que la Administración de la Comunidad de Castilla y León utilizará como base territorial para la planificación y programación de sus servicios urbanos y rurales, cuando el ámbito funcional deba ser inferior al de la provincia, la unidad básica de ordenación y servicios del territorio –art. 10.1–⁷⁶. Así, la prestación de todos los servicios autonómicos zonificados en el ámbito rural deberá atender a las unidades básicas de ordenación y servicios rurales, especialmente para, entre otros, la prestación de los siguientes servicios esenciales –art. 11 LORSEGO–: la asistencia sanitaria –cada zona básica de salud deberá coincidir con una unidad básica de ordenación y servicios–; y los servicios sociales básicos –cada Zona de Acción Social deberá comprender un mínimo de una unidad básica de ordenación y servicios y un máximo de tres–.

En todo caso, la Administración de la Comunidad de Castilla y León atenderá a la realidad territorial, especialmente la rural, en la prestación de sus servicios y en la gestión de sus diferentes políticas públicas, garantizando la igualdad de los ciudadanos castellanos y leoneses en el acceso a la prestación de los servicios. A tal fin, constituirá un principio rector de sus políticas la modernización y el desarrollo integral de las zonas rurales, dotándolas de infraestructuras y servicios públicos suficientes –art. 13 LORSEGO–. Particularmente, en materia de administración electrónica, la Junta de Castilla y León impulsará el acceso de toda la ciudadanía en condiciones de igualdad a las redes de comunicaciones en todas las entidades locales de la Comunidad Autónoma, particularmente en las áreas rurales –art. 24 LORSEGO–.

Por otra parte, como entidades locales de base asociativa y carácter voluntario –arts. 32.2 y 33.3 LORSEGO–, se apuesta por las mancomunidades de interés general, clasificándolas en urbanas y rurales⁷⁷ –art. 32.5 LORSEGO–. Pues bien, con respecto a las mancomunidades de interés general rurales, las Diputaciones Provinciales, sin perjuicio de las competencias y funciones que realicen con respecto a los municipios de menos de 20.000 habitantes⁷⁸, ejercerán las mismas competencias y funciones –art. 46.1 LORSEGO–. Así, las Diputaciones Provinciales ejercerán la competencia de coordinación de los servicios de los municipios de menos de 20.000 habitantes que presten por sí o asociados –art. 47.1 LORSEGO–. Y para garantizar la prestación integral y adecuada de servicios, las Diputaciones Provinciales, en el ámbito de la legislación de bases de régimen local, aprobarán anualmente el plan provincial de obras y servicios y podrán otorgar subvenciones y ayudas con cargo a sus fondos propios, a través de planes especiales –art. 47.2 LORSEGO–. Asimismo, las Diputaciones Provinciales prestarán la asistencia y cooperación jurídica, económica, técnica y material a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y a las mancomunidades de interés general rurales –art. 47.3 LORSEGO–.

micos –nueva redacción del art. 3.1 LORSEGO–. Interesante es que en el área funcional rural ha de procurarse la prestación de los siguientes servicios generales –art. 4.3, letra c) modificada de la LORSEGO–: atención sanitaria de nivel primario; educación infantil y primaria; prestaciones sociales esenciales; transporte de público de viajeros, sobre todo en relación con los servicios anteriores; y acceso a internet y a redes de telecomunicaciones. Además, el tiempo de acceso desde cualquier núcleo de población del área funcional rural al lugar más próximo de prestación de los servicios generales anteriores, medida en tiempo de desplazamiento por carretera por los medios habituales de locomoción, será de un máximo de 30 minutos –art. 4.3, letra d) modificada de la LORSEGO–. Lamentablemente dicho proyecto de ley ha quedado en el olvido.

⁷⁶ En este sentido, en virtud de la Disposición Adicional 3.ª LORSEGO, los servicios autonómicos prestados en el ámbito rural que tengan una zonificación territorial específica inferior a la provincia, deberán adaptarse de forma progresiva al mapa de unidades básicas de ordenación y servicios del territorio. La adaptación de la zonificación deberá producirse progresivamente en el plazo de los tres años siguientes a la aprobación del mapa de unidades básicas de ordenación y servicios del territorio, ya sea global o parcial, manteniéndose hasta entonces los servicios públicos prestados por la Administración Autonómica en los mismos lugares en los que radiquen en el momento de aprobarse el mapa.

⁷⁷ La mancomunidad de interés general rural surge de la asociación voluntaria entre los municipios con población inferior o igual a 20.000 habitantes, debiendo sus estatutos contener la cartera común y homogénea de materias, competencias y funciones propias de las mismas de entre las materias previstas en la legislación de régimen local –arts. 37 y 41 LORSEGO–. Dichas mancomunidades podrán solicitar su institucionalización como comarcas, en la forma y términos previstos en el art. 34.2 de la Ley de Régimen Local de Castilla y León –art. 37.5 y 6 LORSEGO–.

⁷⁸ Según el art. 46.2 LORSEGO, las Diputaciones Provinciales ejercerán, al menos, las siguientes competencias: coordinación y aseguramiento de servicios de competencia municipal, estableciendo los mecanismos de cooperación para ello; asistencia y cooperación jurídica, económica, técnica y material; prestación de servicios públicos supramunicipales; cooperación en el fomento del desarrollo económico y social; y, cooperación en la planificación en el territorio provincial.

Además, las Diputaciones Provinciales podrán constituir, junto con las mancomunidades de interés general de su respectivo ámbito territorial, consorcios provinciales denominados de servicios generales para la prestación de servicios en el ámbito local, quedando adscritos a las primeras –art. 48 LORSERGO–.

Por último, la Administración de la Comunidad de Castilla y León podrá integrar en su red de centros residenciales de titularidad pública, las residencias de personas mayores y los centros de personas con discapacidad de titularidad de las Diputaciones provinciales, así como las residencias de personas mayores de titularidad de los municipios, en el marco de la planificación regional y de los principios de estabilidad y suficiencia financiera, en los términos y condiciones que se establezcan en los correspondientes acuerdos –Disposición Adicional 7.ª LORSERGO–.

6. CONCLUSIONES: ASPECTOS A MEJORAR TRAS LA PANDEMIA EN LA ATENCIÓN SOCIOSANITARIA

La irrupción de la pandemia ha hecho que afloren algunas de las carencias más importantes que afectan a los servicios de salud y a los servicios sociales, y, por ello, a la atención sociosanitaria; carencias que se agudizan en el medio rural.

Así, en lo que respecta a la atención sanitaria en el medio rural, la pandemia ha hecho aflorar algunas de las deficiencias del Sistema Nacional de Salud (SNS), exigiendo que se emprendan las reformas oportunas para garantizarse el acceso a aquélla, en condiciones de calidad, igualdad y equidad, a toda la población. Teóricamente, la mayor parte de la atención primaria de salud debería prestarse cerca del domicilio del paciente, reservando los hospitales para la atención especializada. En el medio rural, caracterizado por el mayor envejecimiento de su población, la cercanía reviste una singular importancia al facilitar el acceso a muchas personas con problemas de movilidad. No obstante, existen importantes dificultades debidas tanto a la falta de vehículos privados como a las deficiencias en el transporte público. Ya en 2019, el Marco Estratégico para la Atención Primaria y Comunitaria –MAPyC– puso de manifiesto los problemas más importantes de la atención primaria en el medio rural planteando, entre otras, las siguientes necesidades: el refuerzo de los recursos humanos, la mejora de la coordinación con otros niveles de atención, la potenciación de la dimensión preventiva y el uso de las tecnologías de la comunicación y la información. En efecto, la atención primaria exige que se refuercen sus recursos humanos, especialmente en las zonas rurales, debiendo incentivarse la incorporación de médicos de familia, pediatras, geriatras y del necesario personal de enfermería⁷⁹.

El problema es que la aparición de la pandemia en 2020 trastocó todas estas previsiones dedicando los recursos, fundamentalmente, a la lucha contra el virus lo que ha incidido negativamente en el resto del sistema sanitario. Y así se reconoce, también, en el actual Plan de Acción de Atención Primaria y Comunitaria, 2022-2023, aprobado por el Consejo Interterritorial del SNS, el 15 de diciembre de 2021, cuando indica que la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia ha agudizado los problemas identificados en el MAPyC poniendo en una situación complicada a la Atención Primaria. Precisamente, la pandemia ha puesto de relieve las necesidades de fortalecer aquella y ha aumentado el sentido de urgencia para priorizar la asignación de recursos económicos para hacer frente a la crisis de salud y social originadas por aquélla. Por ello, resulta fundamental tanto la inversión en Atención Primaria para dar respuesta sanitaria y garantizarse el acceso al sistema sanitario universal desde una perspectiva integral; como el que, dentro de las reformas del SNS contempladas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la primera sea la relativa al fortalecimiento de la Atención Primaria y Comunitaria. Pues bien, entre los objetivos de este Plan de Acción de Atención Primaria y Comunitaria, 2022-2023, resaltamos el del refuerzo de los recursos de la Atención Primaria de Salud como pilar esencial del SNS; el de la adopción de medidas para abordar la precariedad laboral y cubrir los puestos poco atractivos; el del necesario impulso a los servicios de Atención Primaria y Comunitaria; y, por último, el del reordenamiento de la Atención Primaria para atender los centros sociosanitarios y para una mejor coordinación con los servicios sociales. Todo ello, con el fin de contribuir al fortalecimiento de la AP y Comunitaria y favorecer su recuperación, para que la misma sea accesible, integral, de calidad y orientada a la comunidad. Por otra parte, en el ámbito rural, la red de consultorios locales se suma a la de los centros de salud rurales jugando un papel esencial para garantizar la asistencia sanitaria

⁷⁹ También así se ha puesto de manifiesto en las Recomendaciones (Tomo II) realizadas por el Consejo Económico y Social de Castilla y León (2021b, p. 70).

adecuada a toda la población. Por ello, debería organizarse la atención y la agenda de los profesionales, con el objetivo de que toda la población tenga acceso a atención diaria, tanto de medicina como de enfermería⁸⁰.

Con respecto a la atención especializada en el medio rural, señalar que esta se presta en los hospitales comarcales; en general, estructuras relativamente pequeñas con recursos limitados en términos de tecnología y capacidad asistencial, si se compara con los grandes centros de referencia, aunque prestan un importante papel en términos de asistencia sanitaria pública en el medio rural. Ahora bien, las particularidades de estos centros comarcales se reflejan en algunos problemas en la asistencia a la población rural. Así, de una parte, las carencias relativas a la dotación de equipamientos y tecnología condicionan en muchos casos la capacidad diagnóstica y el abordaje terapéutico en estos hospitales; y, de otra, las deficiencias en términos de dotación de recursos humanos limitan la capacidad de atención de ciertas especialidades, lo que suele traducirse en la generación de listas de espera para consultas e intervenciones quirúrgicas difícilmente asumibles⁸¹. Además, la falta de atractivo de los puestos ofrecidos para los médicos especialistas, que compiten con los grandes centros hospitalarios, se traduce en deficiencias en la cobertura de plazas en muchas especialidades, por lo que deberían preverse medidas que incentiven y atraigan a dichos profesionales. Todo ello provoca una situación de inquietud por la situación de la sanidad rural, agravada por la crisis del COVID, debido a que el confinamiento o las limitaciones al movimiento adoptadas se han traducido en serias dificultades de la población que habita en este entorno para acceder a los recursos más elementales⁸² como es la asistencia sanitaria. En efecto, durante las semanas más graves de la pandemia se optó por suspender la atención presencial en los consultorios locales, concentrando al personal sanitario en los centros comarcales que dedicaban casi todo su esfuerzo a la lucha contra el virus. Así, la atención se redujo a las consultas telefónicas, tramitación de recetas, urgencias y cuidados indispensables a enfermos crónicos previa citación. También se impuso la telemedicina; si bien las características de las zonas rurales –envejecimiento de la población y su escasa familiaridad con las tecnologías de la información– han dificultado el acceso a los servicios sanitarios de una parte significativa de la población, sobre todo en los núcleos rurales pequeños.

En resumen, la garantía de la asistencia sanitaria, en condiciones de igualdad y equidad, en el medio rural exigirá de un esfuerzo considerable, debiendo reforzarse las medidas ya previstas en el Marco Estratégico para la Atención Primaria y Comunitaria y en el actual Plan de Acción de Atención Primaria y Comunitaria, 2022-2023, pero también incorporando al sistema los elementos positivos derivados de la gestión de la pandemia, tales como el incremento de la atención domiciliaria, la telemedicina o la coordinación con hospitales y emergencias, y siempre atendiendo a las peculiaridades del medio rural. En este marco, la aprobación del Plan frente al Reto Demográfico abre una nueva oportunidad para abordar los retos estructurales de la atención a la salud en las zonas rurales. El Plan considera urgente procurar, a través de las políticas sociales en áreas demográficamente desfavorecidas, una especial atención a las necesidades derivadas del mayor envejecimiento de la población rural y sus implicaciones en la prestación de los servicios sociosanitarios y asistenciales a las personas mayores en condiciones de equidad. En este sentido, establece como objetivo del eje 8 (sobre bienestar social y economía de los cuidados) mejorar la atención sanitaria y asistencial en condiciones de equidad.

En materia de dependencia, el impacto de la pandemia en la población de mayor edad se tradujo en un fuerte golpe al Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, poniendo de relieve sus debilidades estructurales en todo el territorio, incluido el medio rural, donde la mejora de la calidad de vida de las personas en situación de dependencia se enfrenta a retos ya conocidos que demandan, entre otros cambios, adaptar la normativa a las peculiaridades de este entorno; pero también un mayor desarrollo de infraestructuras y servicios vinculados a la atención a la dependencia, teniendo en cuenta las perspectivas demográficas, y sobre todo, reconsiderar su financiación, claramente insuficiente para dar cobertura digna a la población con necesidad de apoyo. En este sentido, el Gobierno, los agentes sociales y las Comunidades Autónomas aprobaron, con fecha 18 de enero de 2021, el Plan de Choque en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia 2021-2023, en el que acordaron el aumento de la financiación de dicho Sistema por parte de la Administración General del Estado, lo que deberá revertir en una reducción sustancial de las listas de espera y tiempos de tramitación de solicitudes; el aseguramiento de las condiciones laborales y profesionales de las personas que trabajan en el SAAD; así como en la introducción de mejoras en los servicios y prestaciones

⁸⁰ Ver las Recomendaciones (Tomo II) realizadas por el Consejo Económico y Social de Castilla y León (2021b, p. 71).

⁸¹ También así se ha puesto de manifiesto en las Recomendaciones (Tomo II) realizadas por el Consejo Económico y Social de Castilla y León (2021b, p. 72). Sobre la problemática de las listas de espera en los hospitales, me remito a Calvo Vérguez (2020, pp. 100-106).

⁸² Procurador del Común de Castilla y León (2021, p. 279).

para garantizar la adecuada atención de las personas dependientes, preferiblemente mediante servicios profesionales de calidad. Y es que la realidad sociodemográfica de las zonas rurales, marcada por el envejecimiento de su población –lo que incrementa la morbilidad crónica y los problemas de dependencia–, aconseja realizar un mayor esfuerzo en términos de coordinación sociosanitaria, asegurando la continuidad asistencial. Ello revertiría en una mayor calidad de vida para las personas y en una mayor eficiencia de los recursos, optimizando la actividad coordinada de los servicios sanitarios y los servicios sociales⁸³.

Por último, los servicios sociales comunitarios en el medio rural, y más aún en los municipios con un bajo número de habitantes, suelen ubicarse en las cabeceras de comarca, por lo que su función de llegar a toda la población vulnerable se ve afectada por la distancia, la débil red de transporte público o la brecha digital. En estos pueblos existen grandes necesidades sociales, principalmente relacionadas con el envejecimiento de la población: tramitación de solicitudes al amparo de la Ley de Dependencia, intervención en la asignación de recursos como el Servicio de Ayuda al Domicilio o la tele-asistencia. En estos lugares, los servicios sociales resultan indispensables, pero son insuficientes. En caso de necesidad, los profesionales de los Servicios Sociales comunitarios tienen que derivar situaciones muy específicas a las entidades del Tercer Sector o a otros Servicios Sociales más especializados en temas específicos. Precisamente, son estos servicios especializados los más difíciles de encontrar en contextos de despoblación. Ante la necesidad de derivación, es probable que las personas sean dirigidas a servicios de intervención que se encuentran en las ciudades, lo cual resulta muy difícil para algunas personas que no tienen cómo afrontar el gasto económico de trasladarse. Así, para realizar una intervención personalizada e integral, los profesionales de los servicios sociales y del Tercer Sector deben trasladarse a cada pueblo o aldea y, para ello, necesitan transporte institucional. En este contexto, pues, los servicios sociales cuentan con un importante aliado para asegurar el bienestar de las personas: las organizaciones del Tercer Sector, que complementan las prestaciones con una gran variedad de recursos, ayudas y proyectos, financiados por Administraciones Públicas y entes privados. Esta coordinación permite llegar a más personas y en el ámbito rural resulta esencial⁸⁴.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida Cerredá, M. (2011). Las competencias de los municipios en materia de servicios sociales. En S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal* [Tomo III], (3.ª ed., pp. 2701-2734). Iustel.
- Arias Martínez, A. (2014). Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. *Revista de Administración Pública – RAP*, 194, 373-410. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-194-mayoagosto-2014/las-competencias-locales-en-materia-de-servicios-sociales-tras-la-aprobacion-de-la-ley-272013-de-27-2>
- Bohigas, L. (2003). La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. *Gaceta Sanitaria*, 17(4), 316-318. <https://www.gacetasanitaria.org/es-pdf-S0213911103717543>
- Calvo Vérguez, J. (2020). *La sanidad en España. Situación actual y perspectivas de futuro*. Dykinson.
- Consejo de Cuentas de Castilla y León (2022). *Informe Anual sobre las cuentas del sector público local de Castilla y León, ejercicio 2020. Plan Anual de Fiscalizaciones 2021*. <https://www.consejodecuentas.es/es/informes/informes/informe-anual-cuentas-sector-publico-local-castilla-le-ae3d>
- Consejo Económico y Social de Castilla y León (2021a). *Informe sobre la Situación Económica y Social* [Anexo Tomo I. Población]. <https://www.cescyl.es/es/publicaciones/informes-anuales/informe-situacion-economica-social-2020>
- Consejo Económico y Social de Castilla y León (2021b). *Recomendaciones. Informe sobre la Situación Económica y Social en 2020* [Tomo II]. <https://www.cescyl.es/es/publicaciones/informes-anuales/informe-situacion-economica-social-2020>
- Consejo Económico y Social de España (2018). *Informe 01/2018: El medio rural y su vertebración social y territorial*. Consejo Económico y Social. <https://www.ces.es/documents/10180/5182488/Inf0118.pdf/6d616668-0cb8-f58c-075b-2251f05dad9f>
- Consejo Económico y Social de España (2021). *Informe 02/2021: Un medio rural vivo y sostenible*. Consejo Económico y Social. <https://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0221.pdf/b3bff689-bd99-6324-5cb2-c2de7b19f154>
- Cruz Roja Española (2020, diciembre). *La vulnerabilidad social en el contexto de la España Despoblada. Boletín sobre vulnerabilidad social*, 21. <https://www2.cruzroja.es/web/cruzroja/-/n-21-la-espana-despoblada>

⁸³ También así, las Recomendaciones que, en el Área de la Economía, se han realizado por el Consejo Económico y Social de Castilla y León (2021b, p. 80).

⁸⁴ Cruz Roja Española (2020, p. 52).

- Díaz Aznarte, M. T. (2021). La estructura de gestión de la asistencia sanitaria en España. Descentralización y papel de las Comunidades Autónomas. En J. L. Monereo Pérez, P. Rivas Vallejo, M. N. Moreno Vida, F. Vila Tierno y J. C. Álvarez Cortés (dirs.) y M. Fernández Ramírez y S. I. Pedrosa Alquézar (coords.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* [Tomo I], (pp. 429-454). Thomson Reuters Aranzadi.
- Ezquerro Huerva, A. (2020). Epílogo. Algunas reflexiones jurídicas acerca del futuro de los servicios sociales. En M. V. Forns i Fernández (ed.), *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinaria* (pp. 401-443). Atelier.
- Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (2013). La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional? En T. Font i Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2013 ¿Un Nuevo Gobierno Local en España? La Reforma de la Administración Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Font i Llovet, T. (2020). Gestión de servicios sociales en el ámbito local. Nuevos planteamientos sobre la ciudad y la contratación pública. En L. Tolívar Alas y M. Cueto Pérez (auts.), *La Prestación de Servicios Socio-Sanitarios. Nuevo Marco de la Contratación Pública* (pp. 21-45). Tirant lo Blanch.
- Gracia Retortillo, R. (2017). La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local. En T. Font i Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2015/2016 Nuevas Exigencias Locales: Servicios Públicos, Economía Colaborativa, la Provincia*. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- IMSERSO (2011, 15 de diciembre). *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España*. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/publicaciones/doc_interes/lb_coorsociosanitaria/index.htm
- Junta de Castilla y León (2007). *Guía para la gestión compartida de casos de coordinación sociosanitaria: equipos de coordinación de base*. Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León. <https://www.saludcastillayleon.es/institucion/es/publicaciones-consejeria/buscador/guia-gestion-compartida-casos-coordinacion-sociosanitaria-e>
- López Peláez, A. y Castillo de Mesa, J. (2020). Prólogo. La atención a la persona. Una visión de futuro. En M. V. Forns i Fernández (ed.), *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinaria* (pp. 21-36). Atelier.
- López Ramón, F. (2005). Introducción a los significados de la ordenación del territorio en Europa. *Revista de Administración Pública – RAP*, 166, 213-230. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-166-eneroabril-2005/introduccion-los-significados-de-la-ordenacion-del-territorio-en-europa-2>
- Medina Alcoz, L. (2017). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013. En T. Font i Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2015/2016 Nuevas Exigencias Locales: Servicios Públicos, Economía Colaborativa, la Provincia*. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (2019, 10 de abril). *Marco Estratégico para la Atención Primaria y Comunitaria*. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social – Centro de publicaciones. https://www.sanidad.gob.es/profesionales/proyectosActividades/docs/Marco_Estrategico_APS_25Abril_2019.pdf
- Pemán Gavín, J. M. (2020). El derecho a la protección de la salud entre aspiraciones y realidades. Marco conceptual y perspectiva internacional. En L. Salamero Teixidó (coord.), *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Procurador del Común de Castilla y León (2021, 20 de abril). *Informe Anual 2020*. Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León. <https://sirdoc.cyl.es/sirdoc/PDF/PUBLOFI/BO/CCL/10L/BOCCL1000231/BOCCL-10-018444.pdf>
- Rodríguez Caldero, C., Melgosa Arcos, A. y Sánchez Hernández, S. (2011). Guía para la gestión de casos sociosanitarios de Castilla y León, una herramienta para la práctica. *Gestión y Evaluación de Costes Sanitarios*, 12(4), 61-74. <https://www.fundacionsigno.com/archivos/publicaciones/Guia%20para%20la%20gestion%20de%20casos.pdf>
- Rodríguez Caldero, C., Rodríguez Losada Allende, M., Fernández Alonso, M. C., Sánchez Hernández, S. y Hernando Monge, A. (2011). La coordinación sociosanitaria en Castilla y León. *Comunidad*, 13(1), 83-86. <https://comunidad.semfycc.es/la-coordinacion-sociosanitaria-en-castilla-y-leon/>
- SEFAR (2018). *Pérdida de Servicios en el Medio Rural y Despoblación. El medio Rural y sus oficinas de farmacia*. Sociedad Española de Farmacia Rural – SEFAR. <https://sefar.org.es/project/perdida-de-servicios-en-el-medio-rural-el-medio-rural-y-sus-oficinas-de-farmacia/>
- Servicios Sociales de Castilla y León (2017). *Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Castilla y León 2017-2021*. <https://serviciosociales.jcyl.es/web/jcyl/ServiciosSociales/es/Plantilla100Detalle/1246991411473/Noticia/1284757107242/Comunicacion>
- Tolivar Alas, L. (2009, 17 de junio). *Servicios sociales y competencias locales «impropias»*. El blog de EsPublico. <https://www.administracionpublica.com/servicios-sociales-y-competencias-locales-%E2%80%9Cimpropias%E2%80%9D/>
- Trillo García, A. R. (2021). El impacto del COVID-19 sobre la gestión de sanidad en España. Implicaciones presentes y de futuro y papel de las entidades locales. En J. L. Monereo Pérez, P. Rivas Vallejo, M. N. Moreno Vida, F. Vila Tierno y J. C. Álvarez Cortés (dirs.) y M. Fernández Ramírez y S. I. Pedrosa Alquézar (coords.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* [Tomo I]. Thomson Reuters Aranzadi.

REALA, número 18, octubre de 2022
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 19-03-2022
Modificado: 08-09-2022
Aceptado: 11-09-2022
Publicado: 17-10-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11072>
Páginas: 236-252



Referencia: Rastrollo Suárez, J. J. (2022). Una función pública estratégica: el teletrabajo en la Administración Autonómica. Análisis jurídico-administrativo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 236-252. <https://doi.org/10.24965/reala.11072>

Una función pública estratégica: el teletrabajo en la Administración Autonómica. Análisis jurídico-administrativo

A strategic civil service: teleworking in the «Comunidades Autónomas» public administration. A legal-administrative analysis

Rastrollo Suárez, Juan José
Universidad de Salamanca (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0521-1045>
rastrollo@usal.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus en Derecho (Universidad de Salamanca/Universidad de Coimbra) y Premio extraordinario de Grado y Doctorado. Secretario de la Revista Documentación Administrativa, del Instituto Nacional de Administración Pública de España y del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Ha sido profesor invitado, entre otras, en las Universidades de los Andes y Nariño (Colombia), Andina Simón Bolívar (Ecuador) o James Madison de Virginia (Estados Unidos). Consultor y docente para servidores públicos en distintas instituciones de América Latina (Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, Contraloría de Costa Rica, Procuraduría de Paraguay). Miembro de los grupos de investigación State and Nation Making in Latin America and Spain (Universidad de Princeton, Estados Unidos), Sustainable cities and communities (Universidades de Coimbra, Ioan Cuza, Jena, Pavia, Poitiers, Salamanca y Turku) y Next Generation EU (Universidad de Salamanca) e investigador de la Unidad de Investigación Consolidada de la Junta de Castilla y León (núm. 302). Autor de cuatro monografías, más de 30 artículos y más de 20 capítulos de libro en revistas y obras colectivas de Europa y América. Sus principales líneas de investigación son el urbanismo, la contratación pública y la función pública y, en general, la reforma y modernización de la administración pública en Europa y América Latina.

RESUMEN

La articulación de un régimen jurídico del teletrabajo en el sector público se ha convertido en un imperativo necesario en las administraciones públicas para hacer frente a situaciones de crisis. Sin embargo, antes de 2020, no existía regulación básica sobre la materia en España. No obstante, algunas comunidades autónomas contaban con experiencias y regulación sobre la cuestión desde principios de la segunda década del siglo XX. A lo largo del presente trabajo, examinamos y analizamos desde una perspectiva jurídico-administrativa la legislación en materia de teletrabajo vigente en la legislación autonómica, centrándonos en los que consideramos aspectos clave para su desarrollo en el marco de la función pública.

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo; estratégico; innovación; sector público; función pública; crisis.

ABSTRACT

The articulation of a legal teleworking regime in the public sector has become a necessary imperative in public administrations to cope with crisis situations. However, before 2020, there was no basic regulation

on the matter in Spain. Nevertheless, some «Comunidades Autónomas» in Spain had experiences and regulations on the issue since the beginning of the second decade of the 20th century. Throughout this paper, we examine and analyze from a legal-administrative perspective the legislation on teleworking in force in the autonomous legislation, focusing on what we consider key aspects for its development within the framework of the civil service.

KEYWORDS

Telework; strategic; innovation; public sector; civil service; crisis.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN ESTATAL DEL TELETRABAJO TRAS LA CRISIS SANITARIA. 3. EL TELETRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA. 3.1. EL SENTIDO DEL TELETRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA: INNOVACIÓN, EFICIENCIA Y ESTRATEGIA. 3.2. PUESTOS SUSCEPTIBLES DE TELETRABAJO Y RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO. 3.3. LA RECUPERACIÓN DEL CONCEPTO «NECESIDADES DEL SERVICIO» O NECESIDADES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 3.4. POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN, PLAN INDIVIDUAL Y PROGRAMA DE TELETRABAJO. 3.5. UNA NUEVA FORMA DE CONTROL. 3.6. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO Y FORMACIÓN. 3.7. DERECHOS Y DEBERES EN EL MARCO DEL TELETRABAJO. 3.8. ENTIDADES DE REGULACIÓN DEL TELETRABAJO. 4. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Pese a la falta de atención que había encontrado en la legislación estatal –más allá de algunas experiencias aisladas, como el plan Concilia, o la referencia contenida y nunca desarrollada en la disposición adicional sexta de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (García Miguélez, 2021, p. 73; Rastrollo Suárez, 2021b, p. 87; Sala Franco, 2020, p. 59)–, la legislación sobre teletrabajo en el sector público ha encontrado, desde principios de la segunda década del siglo xx, un considerable desarrollo en la legislación autonómica.

Antes de promulgarse las primeras normas en la materia encontramos ejemplos en este sentido en los dos programas puestos en marcha por parte de la *Generalitat* de Cataluña durante los años 2008 a 2010, en el programa experimental de teletrabajo «trabajo desde casa» (desarrollado en el marco del plan estratégico de modernización de la Administración de Castilla y León 2008-2011) o en el plan piloto impulsado en Aragón a través de la instrucción de 6 de agosto de 2014. Mediante el segundo un conjunto de empleados públicos con una antigüedad mínima de dos años que desempeñaban determinados puestos teletrabajaron durante seis meses. El tercero llevó a una treintena de trabajadores a teletrabajar durante tres.

A lo largo de las siguientes páginas analizamos la regulación sobre teletrabajo en el sector público de diferentes comunidades autónomas –presente en algunos casos desde una década antes del estallido de la crisis sanitaria– centrándonos en algunos aspectos que consideramos clave, así como su desarrollo y evolución a la luz de la jurisprudencia y la doctrina jurídico-administrativa. De esta manera, acotamos su doble singularidad, por desarrollarse en el entorno de la organización administrativa y, a su vez, en el marco de la regulación autonómica. Ello tiene una especial relevancia dado el limitado alcance de la normativa básica en este ámbito, al considerarse el teletrabajo como una materia fundamentalmente organizativa y no jurídico-sustantiva del régimen de los empleados públicos en sus relaciones con los ciudadanos.

2. LA REGULACIÓN ESTATAL DEL TELETRABAJO TRAS LA CRISIS SANITARIA

La crisis sanitaria motivada por la COVID-19 sorprendió a España sin una legislación básica sobre el teletrabajo en el sector público. No obstante, determinadas previsiones contenidas en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), han venido condicionando la puesta en marcha de su régimen jurídico.

En primer lugar, el artículo 47 reconoce la potestad a la administración para establecer tanto la jornada general como las especiales de trabajo de los funcionarios. Por su parte, el artículo 51 determina que en relación a la jornada de trabajo, los permisos y las vacaciones del personal laboral, se estará a lo establecido en el TREBEP y la legislación laboral correspondiente. Por último, el artículo 14.j) identifica como derecho individual de los empleados públicos –en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio– «la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

Al amparo de estos artículos y a fin de adaptar las necesidades de la actividad administrativa a las circunstancias motivadas por la situación, se aprobó el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (Mellado Ruíz, 2021; García Miguélez, 2021, p. 290). Ello supuso, entre otras cosas, la integración del artículo 47.bis en el TREBEP, lo que conllevó –por primera vez– la existencia de una referencia normativa directa al teletrabajo en la legislación sobre empleo público a nivel estatal.

El teletrabajo en la administración pasó así a definirse como «la modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación», sin indicar expresamente el carácter «exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de comunicaciones», que sí se contiene expresamente en la definición de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que regula la modalidad en el sector privado.

Desde su promulgación el Real Decreto-Ley fue calificado como «enormemente parco y pobre en detalles, limitándose a establecer principios generales sin concreción alguna» (Sala Franco, 2020, p. 157). La sucinta definición del teletrabajo, completada con las alusiones que encontramos en la norma a que el trabajo se realizaría «en los términos de las normas de cada administración pública, siendo objeto de negociación colectiva en cada ámbito» y a que las distintas administraciones deberían adaptar su normativa a sus previsiones en un plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, despertó airadas críticas por la falta de concreción en aspectos como el instrumento normativo de desarrollo o los términos de la negociación colectiva a debatir (Jiménez Asensio, 2020, p. 9).

En todo caso, es preciso destacar que el régimen jurídico básico contenido en el TREBEP se singulariza por establecer una serie de límites que habrán de respetarse por las distintas administraciones al definir el suyo propio (Rastrollo Suárez, 2022):

- En primer lugar, la necesidad de una autorización emitida tras la comprobarse el cumplimiento de determinados requisitos por parte de los solicitantes, como la compatibilidad con las necesidades del servicio la adecuación con los criterios objetivos para su concesión (especialmente la falta de exigencia de una presencialidad total). Por todas estas razones, no podemos conceptualizarlo, sin más, como un derecho subjetivo (Almonacid Lamelas, 2020).
- En segundo lugar, su carácter voluntario y reversible –tanto para la administración como para el teletrabajador–, excepto en supuestos excepcionales que hay que vincular con las necesidades del servicio y que deben tasarse normativamente.
- En tercer lugar, la posibilidad de alternarlo con el trabajo presencial.
- En cuarto lugar, su desarrollo legislativo mediante la negociación colectiva (y, en particular, en relación a los criterios objetivos de acceso a la modalidad de prestación del servicio).
- En quinto lugar, la exigencia de que la adopción de la modalidad permita «contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento», lo que necesariamente implicará el cambio de los parámetros en torno a los cuales se produce la evaluación (Belzunegui Eraso, 2021, p. 122).
- En sexto lugar, la garantía de la igualdad de derechos y deberes individuales y colectivos entre trabajadores –particularmente en lo relativo a la protección de riesgos laborales (Mella Méndez, 2021, p. 173)–, excepto en lo relativo a los inherentes a la presencialidad y a la igualdad entre funcionarios y personal laboral, sujetos a lo determinado por el TREBEP.
- Por último, la obligatoriedad de que la administración proporcione y mantenga los medios tecnológicos necesarios para su actividad a quienes trabajen bajo esta modalidad.

3. EL TELETRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA

A lo largo de las siguientes páginas ahondamos en el análisis jurídico-administrativo del teletrabajo en la función pública autonómica centrándonos en determinados aspectos que consideramos clave, tomando como base las normas en vigor en las distintas comunidades (Rastrollo Suárez, 2021b, p. 145)¹.

3.1. El sentido del teletrabajo en la Administración Autonómica: innovación, eficiencia y estrategia

El derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación reconocido en el artículo 14.j) TRE-BEP ha estado habitualmente muy vinculado al trabajo a distancia, como ha recordado la jurisprudencia en diversas ocasiones, resaltando la necesidad de motivar suficientemente las resoluciones denegatorias. Así lo puso de manifiesto la STSJ Castilla-La Mancha 496/2017 de 14 de diciembre de 2017, al indicar en su FJ 3 que «el objetivo del teletrabajo es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del funcionario (en este caso, tiene dos hijos menores y es tutora de su madre incapacitada)».

No obstante, aunque en principio el teletrabajo se ligó fundamentalmente a la conciliación, las normas que forman parte de la *new wave* dentro de las leyes autonómicas consagradas al teletrabajo –como las normas castellano-manchega, catalana, gallega o vasca (Villalba Sánchez, 2021, p. 372)–, lo conciben como una herramienta clave para incrementar la eficacia y modernizar la organización administrativa mediante el desarrollo del uso de nuevas tecnologías, impulsando una «cultura del trabajo orientada a resultados» (artículo 4.1.b Decreto madrileño), además de contribuir decisivamente a la satisfacción laboral o la conciliación. Como viene indicando el *soft law* comunitario desde la década de los noventa y una parte de la doctrina, el teletrabajo con la única motivación de la conciliación, corre el peligro de acabar suponiendo un instrumento para devolver al hogar a la mujer, reforzando su papel como exclusiva cuidadora (Gala Durán, 2021a, p. 285; Telles Lima, 2021, p. 285; Castillo Ramos-Bossini, 2020, p. 124).

Más allá de que pueda coadyuvar al incremento de la eficacia y la eficiencia, es preciso poner de manifiesto el relevante papel que puede jugar el teletrabajo al combinarse con la posición de la administración como «empleador modelo»: las medidas que se toman en el seno de la función pública pueden contribuir decisivamente al logro de determinados objetivos, vinculados a diferentes políticas públicas. No obstante, es criticable por inducir a confusión la referencia existente en algunas de las normas autonómicas al término «responsabilidad social» (Decretos balear, madrileño o valenciano), toda vez que la persecución del interés general es un presupuesto de la actividad administrativa (Villalba Sánchez, 2021, p. 373).

Aspectos como el medioambiental –a partir de la reducción del coste en desplazamientos–, la lucha contra la despoblación –al impulsar la deslocalización de puestos de trabajo (contemplando los Decretos castellano y leonés y castellano-manchego la residencia en zonas escasamente pobladas como criterio a ponderar al conceder la autorización para teletrabajar)–, el incremento de la seguridad vial a partir de la reducción de los accidentes *in itinere* [como señala expresamente el artículo 4.2.c) Decreto madrileño], la mejora de las condiciones laborales para personas con discapacidad o el alargamiento de la vida laboral para las personas de edad son evidentes, por lo que la evolución futura de la legislación debe bascular en torno a la utilización estratégica del teletrabajo en el seno de la administración.

¹ El Decreto 36/2013 de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Decreto 27/2022, de 23 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, el Decreto 65/2021, de 9 de junio que regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Decreto GOV/77/2020 de 4 de agosto, que regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña, el Decreto 1/2018 de 10 de enero que regula la prestación de servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el Decreto 79/2020 de 16 de septiembre que Regula la Modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid, el Decreto 45/2021, de 28 de julio, por el que se regula el teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos, el Decreto 49/2021, de 1 de abril que regula el teletrabajo como finalidad de prestación de servicios del personal empleado público de la Administración de la Generalitat Valenciana, el Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos, la Orden HAP/320/2021 de 31 la que regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración General de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Públicos y la Orden de 14 de diciembre de 2020 por la que se publica el Acuerdo sobre la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Pero además –como ha demostrado la experiencia británica (Rastrollo Suárez, 2022)–, el impulso al teletrabajo puede ser un importante revulsivo para la atracción del talento a la administración, lo que a su vez conecta con las ideas vertidas en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia sobre la reforma de la función pública (Rastrollo Suárez, 2021a, p. 87).

3.2. Puestos susceptibles de teletrabajo y relaciones de puestos de trabajo

Para poder acceder al teletrabajo, habitualmente se exige una determinada antigüedad en el puesto que se ocupa –de tres meses a un año (requisito que se excluye por la legislación balear o la riojana)– y, en la mayor parte de los casos, la superación de un curso de formación, además de la obtención de un certificado de idoneidad en materia de prevención de riesgos laborales (lo que en el caso balear puede ser acreditado a través de una declaración responsable). Mención especial merece la necesidad de contar con el certificado en competencias digitales del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Como es lógico, la autorización solo se otorgará en los supuestos en los que la presencialidad no es imprescindible.

En algunas legislaciones, los puestos «teletrabajables» se describen genéricamente como «cualquier puesto cuyo contenido competencial pueda desarrollarse fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso exclusivo o prevalente de las tecnologías de la información y comunicación», advirtiéndose que «con carácter general deberán estar identificados en las relaciones de puestos de trabajo o en las plantillas orgánicas» (Decreto castellano y leonés), casos en los que la prestación implique parcialmente actividades que no exigen presencialidad (Decreto castellano-manchego) o aquellos «que pueda desarrollarse de forma autónoma y no presencial, sin necesidad de supervisiones presenciales o continuadas, atendiendo a sus características específicas y a los medios requeridos para su desarrollo» (Decreto catalán).

En otras comunidades autónomas, sin embargo, se describen negativamente:

- Excluyéndose el personal docente y estatutario de los servicios de salud, labores desarrolladas en oficinas de registro, de atención e información al ciudadano, que requieran de la utilización continua y reiterada de documentación oficial en papel que contenga datos confidenciales o protegidos o prestación de servicios presenciales (entendiéndose como tal aquellos cuya prestación efectiva solo se garantiza plenamente con la presencia física del empleado en las dependencias administrativas), así como funciones de dirección, coordinación o supervisión iguales o superiores a jefatura de servicio o asimiladas, y las secretarías de altos cargos (en el caso balear).
- Descartando puestos cuya forma de provisión sea la libre designación con niveles 27 o superiores (en el caso castellano y leonés).
- Exceptuando los puestos que supongan labores de dirección, coordinación, supervisión e inspección, jefaturas de área y de servicio, que requieran un acceso o uso frecuente de datos o información no digitalizados, que generen información masiva en documentos no informatizados que necesiten ser archivados, sobre todo si deben ser consultados posteriormente por terceros, que requieran un contacto directo frecuente con el público o con otras personas que resulte incompatible con la prestación de servicios en esta modalidad, cuyas funciones conlleven necesariamente la prestación de servicios presenciales en el lugar de trabajo o la atención directa al público o que no posibiliten que en el trabajo que el personal desarrolle se puedan establecer objetivos, en el volumen de trabajo y en la calidad de este (en el caso castellano-manchego).
- Prohibiendo que acceda al teletrabajo el personal que preste sus servicios en las dependencias del Servicio Riojano de Salud, al personal docente no universitario, al personal al servicio de la Administración de Justicia (en estos tres primeros casos por estar sometidos a normativa específica en la materia), a quienes ocupen puestos de secretario de Dirección General o Secretaría General Técnica o asimilados, a quienes ocupen puestos cuya prestación efectiva pueda garantizarse plenamente con la presencia en el centro de trabajo o al personal eventual, a los miembros del gobierno, ni aquellos que requieran la presencia física de los trabajadores o que tengan asignada atención presencial al público durante una franja horaria incompatible (en el caso riojano).
- Excluyendo servicios presenciales (cuya prestación efectiva solo se garantiza con la presencia física de las personas) (en el caso valenciano).

- Descartando puestos en oficinas de registro y atención e información a la ciudadanía, conductores y subalternos, técnicos o administrativos de unidades con atención 24 horas, funciones desarrolladas fuera de las dependencias administrativas, secretarías de altos cargos, que impliquen manejo de información y acceso a datos no digitalizados, que requieran prestación de servicios presenciales (cuya prestación solo puede garantizarse con la presencia física del trabajador), incluyéndose los de «personal no docente en centros docentes y en centros de formación e inserción profesional, los destinados en residencias y centros de atención a personas mayores y con diversidad funcional, centros de recepción y acogida de menores, centros especializados en atención a mayores, centros de evaluación de personas con discapacidad y, en general, en todos aquellos otros que determine la comisión técnica de seguimiento del teletrabajo» (en el caso gallego).
- Exceptuando puestos en oficinas de registro y atención e información al ciudadano, cuyas funciones conlleven necesariamente la prestación de servicios presenciales, entendiéndose como tales aquellos cuya prestación solo queda plenamente garantizada con la presencia física, que lleven aparejadas funciones de dirección, coordinación o supervisión, iguales o superiores a Jefaturas de servicio o de secretaría de alto cargo (en el caso vasco).

Por último, en determinados casos, se establece un listado de puestos susceptibles de desempeñarse mediante esta modalidad. Dentro de estos se citan expresamente:

- «Estudio y análisis de proyectos, tareas en soporte electrónico, elaboración de informes, asesoría jurídica y técnica, redacción, corrección y tratamiento de documentos, gestión de sistemas de información y comunicaciones, análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones, grabación de datos en aplicaciones informáticas, tramitación electrónica de expedientes y procedimientos, atención y soporte a usuarios de forma remota por correo electrónico, teléfono, o videoconferencia, atención e información telefónica o telemática a la ciudadanía, cualquier otro que se pueda realizar en soporte electrónico en el que para su desarrollo se pueda ejercer de forma autónoma, no presencial y sin necesidad de trasladar documentación en soporte papel y cualquiera otras funciones y tareas que se consideren susceptibles de ser desempeñadas mediante la modalidad de teletrabajo por la dirección general competente en materia de función pública tras el análisis de las diferentes consultas realizadas por parte de las diferentes secretarías generales técnicas de los departamentos u órganos competentes en materia de personal de los organismos públicos dependientes, y previa negociación en la mesa sectorial de administración general» (en el caso aragonés).
- «Estudio y análisis de proyectos, elaboración de informes y asesoramiento técnico, redacción, corrección y tratamiento de documentos, gestión de sistemas de información y comunicaciones, análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones, traducción y tramitación de expedientes mediante aplicaciones informáticas, ofimáticas o redes corporativas» orientativamente (en el caso valenciano).
- «Informe y asesoramiento técnico, gestión administrativa: solicitud de informes, elaboración de pliegos de contratación, elevación de propuestas, ejecución y control presupuestario, y similares, redacción de memorias, informes, estudios, planes o proyectos, estudios y análisis de proyectos, preparación de borradores de proyectos de disposiciones normativas o de actos administrativos generales, actualización de Registros informatizados, gestión de sistemas de información y comunicaciones, análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones, redacción, corrección y tratamiento de documentos, compilación de información, cualquier otra función que, en virtud de los medios requeridos para su desarrollo, pueda ser ejercida de forma autónoma y no presencial, o constituyan tareas comunes de carácter administrativo» (en el caso riojano).
- «Informe y asesoramiento técnico, gestión administrativa, redacción de memorias, informes, estudios, planes o proyectos, estudios y análisis de proyectos, preparación de borradores de proyectos de disposiciones normativas o de actos administrativos generales, actualización de Registros informatizados, gestión de sistemas de información y comunicaciones, análisis, diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones, redacción, corrección y tratamiento de documentos, compilación de información y cualquier otra función que, en virtud de los medios requeridos para su desarrollo, pueda ser ejercida de forma autónoma y no presencial, o constituyan tareas comunes de carácter administrativo» (en el caso madrileño).
- «Estudio y análisis de proyectos, elaboración de informes, asesoría, redacción, corrección y tratamiento de documentos, inspección, gestión de sistemas de información y comunicaciones, análisis,

diseño y programación de sistemas de información y comunicaciones, traducción y otras funciones que a juicio de la viceconsejería de función pública se consideren susceptibles de ser desempeñadas mediante la modalidad de teletrabajo» (en el caso vasco).

Además, hay que tener en cuenta los baremos incorporados en las distintas legislaciones autonómicas para desempatar en los supuestos en que, por razones legalmente establecidas no se puedan conceder todas las solicitudes de trabajo. Estos se encuentran directamente ligados con las políticas públicas impulsadas a través del teletrabajo en las distintas autonomías, enlazando con el concepto de función pública estratégica al que hicimos referencia en el anterior epígrafe:

- El baremo balear, atribuye una puntuación en función de la situación en la que se encuentre el trabajador e incorpora los criterios de conciliación (hasta 5 puntos), familia monoparental (2 puntos), discapacidad (hasta 5 puntos), alteración de la salud que afecte a la movilidad (3 puntos), distancia al puesto de trabajo (hasta 3 puntos), realización de estudios reglados o relacionados con el puesto (1 punto) y víctimas de violencia de género (4 puntos).
- El baremo castellano y leonés, atribuye una puntuación en base a los criterios de mejora de las circunstancias personales, familiares o laborales de los colectivos de especial protección, con excepción de los afectados por causa de incapacidad, que identifica como personas víctimas de violencia de género, personas que hayan sufrido agresión en el desempeño de sus funciones de la que haya constancia y personas que hayan sufrido acoso sexual o por razón de sexo en el desempeño de sus funciones (hasta 9 puntos), discapacidad (3 puntos), conciliación (de 5 a 0,25 puntos), por criterio de población y dispersión geográfica (hasta 4 puntos), por realización de estudios reglados (1 punto), por no desempeñar otro puesto de trabajo, cargo o actividad compatible en el sector público o privado (0,5 puntos) y por no haber podido haber hecho uso de la modalidad tras solicitarlo en los tres años anteriores (2 puntos).
- El Decreto castellano-manchego no otorga una puntuación, pero establece el siguiente orden de prioridades: empleadas víctimas de violencia de género, discapacidad o enfermedad que curse brotes que dificulten el normal desenvolvimiento de la actividad laboral, conciliación, residencia en zonas escasamente pobladas, tiempo y distancia de desplazamiento o no tener autorizada la compatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo.
- En La Rioja se asignan tres puntos a los supuestos de incapacidad más severos y los supuestos de violencia de género, dos puntos a la alteración que afecte a la movilidad, el cuidado de menores, discapacitados o familiar con enfermedad grave o situación de dependencia, embarazo, familia monoparental, residencia en una localidad situada a más de 30 kms. de distancia del lugar de trabajo o estudios relacionados con el puesto de trabajo y se adjudica un punto por estudios reglados presenciales sin relación con el puesto y por tener más de 60 años. En caso de empate, primará la antigüedad.
- En la Comunidad Valenciana, se atribuye una puntuación en base a los criterios de aspectos relacionados con la vida familiar y laboral –incluyendo la distancia al lugar de trabajo– (hasta un máximo de 19 puntos), antigüedad en la administración (hasta 3 puntos) y otros aspectos, en los que hace referencia al grado de discapacidad igual o superior al 33% y por razón de enfermedad larga o crónica no sea posible realizar la jornada laboral completa (hasta 2 puntos).
- En el caso extremeño, se distingue entre conciliación de la vida familiar y personal con la laboral (hasta 7,5 puntos), familia monoparental (2 puntos) discapacidad o afección a la movilidad (5 puntos), distancia de desplazamientos (hasta 2,5 puntos).
- La Orden gallega establece como criterios de preferencia sin asignar puntuación los de personas víctimas de violencia de género, trabajadoras embarazadas, personas con discapacidad, mayores de 60 años, personas con necesidades de conciliación, tiempo y distancia de desplazamiento al lugar de trabajo y no tener autorizada compatibilidad para el desempeño de un segundo puesto, utilizándose como criterio de desempate el de la antigüedad y pudiendo incluir la Comisión técnica de seguimiento motivadamente algún otro criterio de desempate.
- El Decreto vasco contempla el siguiente baremo en orden de preferencia: salud laboral (discapacidades permanentes o temporales), empleadas víctimas de violencia de género, conciliación de la vida familiar y laboral, tiempo y distancia de desplazamiento al lugar de trabajo o dificultad para acceder al transporte público, realización de estudios relacionados con el puesto, o realización de estudios reglados no relacionados con el puesto o desarrollo de una actividad en el sector público o privado con la que se tiene autorizada la compatibilidad.

Más allá de estas exigencias, la singularidad del empleo público –en el que la prestación presencial y asistencial tiene una radical importancia (Gorriti Bontigui y Jiménez Asensio, 2020)– hace imprescindible un análisis previo de los puestos susceptibles de ocuparse bajo esta modalidad. En este análisis, resulta fundamental una estrecha colaboración entre políticos y técnicos. Además, las particularidades de la organización administrativa obligan a prestar especial atención a la hora de diseñar estos puestos a cuestiones relativas a la protección de datos, comprobando que exista un nivel de seguridad suficiente en el lugar en el que se trabaja para manejar datos sensibles sin peligro de que ello pueda suponer una amenaza para la seguridad de las personas. En conexión con lo anterior hay que destacar que, pese a su importancia, pocas normas autonómicas de las dedicadas a la regulación del teletrabajo hacen referencia específica a la necesidad de tener en cuenta esta circunstancia en las RPT. Como excepción, puede citarse el Decreto aragonés o el castellano y leonés.

La descripción del puesto de trabajo está directamente ligada a la posible prestación del trabajo a través de esta modalidad, como indicó el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 y la jurisprudencia ha tenido la ocasión de aclarar, con base en la normativa autonómica, qué puestos de trabajo son susceptibles de desarrollarse en régimen de teletrabajo.

En este sentido resulta fundamental la referencia a las relaciones de puestos de trabajo como instrumento de ordenación del personal en la administración. La falta de aprobación de las RPT o de referencia directa en ellas a la posibilidad de que un puesto pueda desarrollarse a través del teletrabajo, no limita el derecho de los empleados públicos a ejercerlo. Así lo han indicado sentencias de Tribunales Superiores de Justicia como la Sentencia 78/2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Toledo de 23 de abril de 2019 o la STSJ Castilla-La Mancha 4/2020 de 13 de enero de 2020.

Otra cuestión de singular importancia es la necesidad de repensar la forma de diseñarlas para dar cabida al teletrabajo en el seno de la administración. Además de no reflejar con la suficiente concreción en muchos casos la labor desarrollada por los empleados públicos, las RPT tienen un carácter estático, lo que resulta poco compatible con el teletrabajo.

La llegada de esta modalidad demanda que las RPT se doten de un carácter flexible y dinámico para reflejar, no solo la relación de puestos que son plenamente «teletrabajables» sino también los que no lo son bajo ningún concepto y los que pueden serlo parcialmente, ya que el artículo 47.bis TREBEP indica la compatibilidad en relación de la modalidad presencial con el teletrabajo (Sala Franco, 2020, p. 158). Además, es preciso que indiquen «qué porcentaje de las actividades del puesto de trabajo, o incluso de un servicio pueden realizarse en remoto y cuáles no» (Mazo Somarriba, 2021, p. 138). Ello en plena conexión con los objetivos establecidos, que en el ámbito del teletrabajo deben relacionarse y medirse conforme a términos cualitativos más que cuantitativos.

Resulta fundamental, además, profundizar en los efectos que el teletrabajo tiene en la relación orgánica y de servicio (García-Trevijano Fos, 1954, p. 53). El avance en las TIC ha desdibujado las funciones atribuidas a los distintos empleados públicos obligándonos a replantearlas (sirva como ejemplo que algunas de las actividades tradicionalmente atribuidas a los empleados que desarrollaban un trabajo administrativo, han pasado a ser desempeñadas por otros que no tenían este tipo de funciones atribuidas, con la excusa del necesario uso de la firma electrónica y la informatización de las relaciones intra-administrativas) (Rastrollo Suárez, 2021b, p. 170). Estas circunstancias deben considerarse en los instrumentos de gestión.

3.3. La recuperación del concepto «necesidades del servicio» o necesidades de la organización administrativa

Como causa para denegar, suspender temporalmente o revocar las autorizaciones para teletrabajar, se habla comúnmente de «necesidades del servicio» en las legislaciones autonómicas (Decreto balear, Decreto castellano y leonés, Decreto castellano-mancheño, Decreto riojano, Decreto vasco, Decreto valenciano u Orden gallega) y, como señalamos al inicio de este estudio, el concepto se ha introducido también en el artículo 47.bis TREBEP. Este concepto –cuyo análisis en profundidad es necesario recuperar– es uno de los grandes elementos diferenciales del teletrabajo en la administración con respecto al desarrollado en el sector privado.

El concepto jurídico indeterminado «necesidades del servicio» implica que –a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de que la administración esté ante el ejercicio de una potestad discrecional– esta se ve en la obligación de justificar su decisión. Como dejó de manifiesto el Tribunal Supremo, al hablar de «necesidades del servicio» no nos referimos a la discrecionalidad administrativa, «en la que, por ser indiferentes

las opciones, la administración puede elegir libremente. Al contrario, la valoración de la concurrencia o no de dichas *necesidades* ha de hacerse en función de datos objetivos, contrastables, y, desde luego, es susceptible de revisión judicial» (FJ1 STS de 22 de diciembre de 2006).

Tiene, por tanto, la administración que acreditar el supuesto de hecho concurrente y motivar debidamente la decisión tomada, evitando decisiones carentes de justificación, como han puesto de manifiesto el FJ7 de la STS de 9 de julio de 1987, la SAN de 11 de enero de 2002, el FJ 3 de la STS de 22 de diciembre de 2004 o el FJ 3 de la STS de 7 de abril de 2011. La referencia a las necesidades del servicio, supone la necesidad de «aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifica» (SAN de 11 de enero de 2002). La jurisprudencia ha concluido, además, que el concepto no puede ser utilizado «como excusa o justificación de una denegación fundada en norma jurídica habilitante, cuando no se expresan qué razones o causas integran aquel concepto en una determinada relación jurídica administrativa» (STS de 17 de marzo de 2011).

La ausencia de estos requisitos, implicará la ineficacia de la decisión tomada por la administración al denegar, suspender o revocar las autorizaciones por incumplirse las exigencias contenidas en el artículo 39 LPAC. En este sentido y en relación al teletrabajo, el FJ 5 de la Sentencia 00016/2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Palencia, entendió que no podía motivarse la denegación del permiso para teletrabajar a un empleado público en «una genérica remisión a la plantilla de personal y a la eficacia de las funciones». Por su parte, la Sentencia 29/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León determinó –al referirse a las razones que llevaron a denegar a la recurrente la autorización para teletrabajar amparándose en las «necesidades del servicio»–, que estas no podían justificarse en que «la complicada situación del Centro en materia de personal técnico, (...) ha dado lugar a que existan tareas atrasadas pendientes de realizar, y decimos que tales circunstancias no encuentran acomodo en tal concepto jurídico indeterminado, por cuanto ha sido la propia Administración la que nunca ha designado ninguna persona que sustituyese a la actora durante sus bajas y excedencias, a pesar de las reiteradas solicitudes formuladas al respecto».

La jurisprudencia también ha rechazado el argumento, en el supuesto de denegación de autorizaciones, de que la documentación manejada por el trabajador (concretamente la notificación domiciliaria de resoluciones) esté «sometida a la legislación vigente en materia de protección de datos, no pudiendo autorizarse las salidas de este tipo de material a un domicilio particular sin incumplir las obligaciones en materia de custodia de dicha información» (ST 119/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 3 de Valladolid de 18 de junio).

En un sentido similar el FJ 4 de la STSJ Castilla y León 1701/2019 de 22 de enero de 2019 determinó que «no es suficiente con alegar en términos generales que es necesario proteger los datos sensibles de las personas afectadas por los procedimientos en cuya tramitación interviene (...), sino que es preciso demostrar que tecnológicamente es imposible garantizar la protección de datos y que, por ello, se deniega la solicitud», afirmando a su vez en la misma resolución –con fundamento en el Decreto 9/2011, de 17 de marzo, por el que se regulaba la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo en la administración de la Comunidad de Castilla y León– que «ha de ser la administración quien asegure esa protección de los datos y solo cuando ello fuese imposible por razones tecnológicas podrá denegar, en su caso, la solicitud, pero, como se ha dicho, no hay ninguna prueba de ello, más allá de una alegación genérica».

En este epígrafe se hace preciso poner de relevancia que numerosas legislaciones autonómicas prevén la posibilidad de establecer o paralizar unilateralmente el teletrabajo en la administración pos situaciones extraordinarias. En este sentido, la disposición adicional primera de la Orden aragonesa contempla que el teletrabajo puede suspenderse temporalmente «por circunstancias sobrevenidas que afecten a la persona empleada o a las necesidades organizativas que justifiquen la medida», además de poder ser automáticamente revocada en determinados supuestos expresamente previstos en el artículo 17.1². A su vez, puede acordarse por la Dirección General competente, previa negociación colectiva, la prestación en esta moda-

² a) Por necesidades organizativas debidamente justificadas.

b) Por el transcurso del plazo establecido, salvo prórroga.

c) Por incumplimiento de las funciones, tareas y objetivos establecidos.

d) Por modificación sustancial de las funciones o tareas desempeñadas por la persona empleada pública.

e) Por mutuo acuerdo entre la persona empleada pública y la Administración.

f) Por cese en el puesto de trabajo de la persona empleada pública. La persona que le sustituya deberá presentar la correspondiente solicitud si desea prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo.

lidad aunque no se reúnan los requisitos previstos en casos de extraordinaria y urgente necesidad y/o por razones de interés público legalmente acreditadas. Por su parte, la disposición adicional primera del Decreto castellano-manchego determina que la posibilidad de establecer un régimen excepcional de prestación de servicios en modalidad no presencial por la consejería competente en materia de función pública a iniciativa propia o de otras afectadas, informando a las organizaciones sindicales «en situaciones extraordinarias motivadas por razones de emergencia sanitaria, por necesidades de prevención de riesgos laborales, así como por cualquier otra circunstancia de fuerza mayor que impida o haga no aconsejable el desarrollo del trabajo de forma presencia» o «cuando no sea posible un traslado por motivos de violencia de género o cuando la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo garantice de forma más efectiva la protección de la persona empleada pública víctima de violencia de género».

3.4. Potestad de autoorganización, plan individual y programa de teletrabajo

La proyección del principio de eficacia en el entorno de la organización administrativa se materializa a través del ejercicio de potestad de autoorganización, de la que dispone la administración para ordenar sus recursos en orden a la consecución de los fines que la justifican, como establece el artículo 106.1 CE (Castillo Blanco, 1992, p. 207). Como ha dejado de manifiesto el Tribunal Constitucional, el ejercicio poderes exorbitantes debe orientarse a garantizar la eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos y la satisfacción de otros bienes constitucionalmente protegidos (la consecución, en definitiva del interés general), sin que sean admisibles discriminaciones carentes de justificación suficiente ni invocaciones injustificadas de la potestad que impliquen una actuación arbitraria (STS de 13 junio de 2007).

En tal sentido, la STC 178/1989 de 2 de noviembre puso de manifiesto que el principio de eficacia «debe presidir, junto con otros que ahora no hacen al caso, toda la actuación de la Administración Pública y, por tanto, la de su elemento personal (los funcionarios y, en general, los empleados públicos» incluyendo, como es obvio «lo que es previo a la actividad administrativa, la “organización” y, en consecuencia, el aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida ésta en sentido amplio». Ello deriva directamente de la cláusula de estado social y democrático de derecho a la que hace referencia el artículo 1.1 CE (Arroyo Yanes, 1995, p. 134).

Su desarrollo en el marco de la relación estatutaria otorga a la Administración la posibilidad de determinar las atribuciones asignadas al puesto ocupado por los trabajadores en un determinado momento (Aba Catoira, 2001; Castillo Blanco, 1992; García Macho, 1992; Lasagabaster Herrarte, 1994; López Benítez, 1994; Rastrollo Suárez, 2018). Este puesto de trabajo puede cumplir los requisitos para prestarse mediante modalidad o no, como dejó de manifiesto la STSJ Castilla-La Mancha 132/2018 de 18 junio. No obstante, esa potestad de organización cuenta con límites cada vez más marcados que se han puesto de manifiesto en el ámbito del teletrabajo: la jurisprudencia ha venido a establecer en resoluciones posteriores a la crisis sanitaria de 2020 como medida cautelar que los empleados, que temporalmente venían prestando su actividad laboral mediante teletrabajo, pudieran seguir haciéndolo pese a un pronunciamiento contrario de la administración empleadora, haciendo primar el derecho fundamental a la integridad física y a la protección de la salud. En tal sentido se pronunció la ST 41/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo de 20 de mayo de 2020.

Sobre el ejercicio de la potestad en el marco del teletrabajo ha tenido la oportunidad de pronunciarse el juzgado de lo contencioso-administrativo de Toledo a través del FJ2 de su ST 315/2021, poniendo de manifiesto que aunque la potestad supone autonomía para el diseño de las estructuras organizativas, su ejercicio no está exento de control o fiscalización judicial. Sobre la misma en este entorno se revela fundamental examinar la figura del plan individual. Múltiples legislaciones autonómicas hacen referencia a este (así los artículos 14 Orden aragonesa, 3.8 Decreto castellano y leonés, artículo 3 Decreto castellano-manchego, 3 Decreto catalán, 15 Decreto riojano 7 Decreto valenciano u 8 y 9 Decreto madrileño). Mediante el mismo, se pretende –de forma en buena medida consensuada– planificar el desarrollo de la actividad conforme a determinados parámetros previamente acordados entre administración y empleado, facilitando su evaluación posterior.

El plan cuenta con distintas definiciones en función de la norma autonómica que lo recoja. Así, en el Decreto castellano y leonés se describe como el «instrumento de determinación, seguimiento y evaluación de los objetivos de la persona trabajadora durante las jornadas trabajables» que «(...) deberá mantenerse permanentemente actualizado» y debe cumplimentarse tras cada jornada recogiendo las progresiones efectuadas por el teletrabajador en las funciones encomendadas, detallando además el inicio y la finalización de los periodos de interconexión y los objetivos a cumplir, tras lo que se refrendará por la persona supervisora. En el catalán como el documento suscrito entre supervisor y teletrabajador con el conocimiento del jefe de

la unidad directiva a disposición de la inspección general de servicios de personal, modificable en cualquier momento por mutuo acuerdo de quienes lo suscriben y en el madrileño como el instrumento de seguimiento y evaluación, permanentemente actualizado.

Respecto a la figura, el artículo 6 del Decreto catalán, alude a un contenido mínimo, formado por las tareas a realizar y los objetivos a alcanzar, la concreción de los días semanales a trabajar, las franjas horarias de disponibilidad obligatoria y el régimen de control y seguimiento de los objetivos y la evaluación. Además, en este supuesto, el plan sirve para reflejar el compromiso asumido por el teletrabajador a respetar y aplicar normativa y medidas específicas, recomendaciones de uso y normas de seguridad tanto en materia de ciberseguridad como en relación a la protección de datos y la confidencialidad. El Decreto riojano identifica como responsable al jefe del servicio titular del puesto de estructura de más alto nivel de la unidad administrativa (si bien la función se puede delegar) y las tareas que pueden realizarse bajo la modalidad, identificando objetivos y programación temporal, el horario o los días que se teletrabaja, las franjas de disponibilidad para la interconexión y coordinación y el régimen de control y seguimiento periódico de los objetivos y la evaluación. Por su parte, el madrileño señala la necesidad que su contenido esté formado por objetivos, calendario, controles, indicadores, descripción general del trabajo y organización, jornadas concretas de teletrabajo y presenciales, quién realizará la supervisión y otras cuestiones.

Mención aparte merece el programa de teletrabajo, instrumento particular del Decreto valenciano, concebido como «instrumento de planificación y gestión del empleo público en la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo», en el que constan «los elementos concretos de aplicación a la tipología de los puestos de trabajo incluidos en el mismo». En la normativa valenciana, se complementa la posibilidad de la solicitud individual a partir del plan personal con la lógica colectiva a partir de la cual el acceso al teletrabajo se produce generalmente a partir de la aprobación de un programa dirigido a un colectivo homogéneo de empleados públicos. Se trata de una herramienta interesante, en la medida en que favorece que las autorizaciones en materia de teletrabajo se coordinen en tiempo real con las políticas que se están implementando en la administración en otros aspectos.

3.5. Una nueva forma de control

En el teletrabajo el control y la entrega de trabajo se producen a distancia. La dificultad para controlar el tiempo efectivamente trabajado en un primer momento y el exceso de control y el derecho a lo que hoy se denomina de forma genérica «derecho a la desconexión digital» (Huws et al., 1996, p. 72), han sido importantes obstáculos para impulsar masivamente el teletrabajo en las administraciones.

En las legislaciones autonómicas sobre la materia, el teletrabajo se controla fundamentalmente a partir de la emisión de informes. Hay que distinguir informes fundamentalmente de dos tipos.

En primer lugar, los que se tienen que producir para autorizar el inicio de la actividad laboral en esta modalidad, su extinción, el hecho de que se reúnan determinados requisitos (relativos a la idoneidad del lugar para desarrollar la modalidad o el cumplimiento de los requisitos en materia de prevención de riesgos laborales) o su prórroga, e incluso en relación a la ponderación de las referencias contenidas en el baremo para otorgar preferentemente el acceso al teletrabajo a determinados trabajadores en el supuesto de existir limitaciones. Mención aparte, aunque dentro de este grupo, merece la Orden gallega, que prevé la emisión de un informe para poder teletrabajar aunque el puesto de trabajo ocupado en principio no sea susceptible de prestarse mediante esta modalidad. Entre este tipo de informes nos encontraríamos:

- El caso aragonés, respecto a la prórroga o para acreditar enfermedad grave o accidente de padres o madres, hijos o hijas, hermanos o hermanas, cónyuge o pareja de hecho o estable no casada por parte del órgano de personal (artículo 7 Orden aragonesa).
- El balear, por parte del jefe de la unidad en relación a la concurrencia de los requisitos exigidos (artículo 6 Decreto balear).
- El castellano y leonés, para iniciar el procedimiento de solicitud por parte del superior (artículo 13 Decreto castellano y leonés).
- El caso castellano-manchego, del responsable de la unidad administrativa o centro de trabajo de adscripción del puesto para el inicio del procedimiento (artículo 15 Decreto castellano-manchego).
- El caso catalán, de la unidad directiva para el inicio del procedimiento y de los Servicios y Direcciones de centro sobre si las funciones son susceptibles de ser desempeñadas mediante teletrabajo (artículo 5 Decreto catalán).

- El caso gallego, por parte de los centros directivos competentes sobre la posibilidad de que la actividad pueda desempeñarse mediante teletrabajo aunque inicialmente esté excluida o sobre la presencia mínima y de la Agencia para la Modernización Tecnológica y el órgano de adscripción del puesto sobre si la adaptación del puesto de trabajo a los requisitos exigidos por parte (artículo 5 Orden gallega).
- El riojano, por parte del titular del órgano administrativo o responsable del Organismo Autónomo del que dependa la persona solicitante sobre si el puesto es susceptible de desarrollarse mediante la modalidad y reúne los requisitos exigidos, si es compatible con las necesidades del servicio, el establecimiento del horario o días de trabajo no presencial y la designación del responsable del plan evaluador (artículo 7.3).
- El madrileño, por el centro directivo para iniciar el procedimiento (artículo 5 Decreto madrileño).
- El vasco, por los órganos a los que estén adscritas orgánicamente los solicitantes, que deben emitir un informe favorable en el plazo de diez días.

En segundo lugar, los que tienen que ver con la evaluación y control globales de su desarrollo. Entre estos informes nos encontraríamos:

- El caso castellano-manchego, en el que la Comisión interdepartamental de seguimiento del teletrabajo que tiene atribuido «estudiar, analizar y valorar el resultado de los informes globales de evaluación y seguimiento que tienen que emitir con una periodicidad semestral los jefes superiores del personal de consejerías y sus organismos autónomos sobre su ámbito competencial, realizar un seguimiento de los resultados de las evaluaciones periódicas individuales sobre la prestación, elaborar un informe anual de seguimiento y formular propuestas de mejora».
- El caso valenciano, en el que la Dirección general competente en materia de tecnologías de la información, emite favorable respecto a la idoneidad de los medios tecnológicos necesarios y la Comisión de control y seguimiento analiza los informes presentados con *consellerías* u organismos.
- El caso gallego, en el que la Comisión técnica de seguimiento del teletrabajo elabora un informe anual de seguimiento (artículos 16 y 17 Orden gallega).
- El caso madrileño, en relación a los informes estadísticos de la Agencia para la administración digital sobre incidencias vinculadas a las comunicaciones y los de los órganos competentes en materia de personal (artículo 22 Decreto madrileño) o del informe de seguimiento anual que incluye datos cuantitativos, valoración de los cualitativos, medición de resultados, grado de eficiencia, identificación de incidencias y deficiencias y propuestas de mejora, elaborado por la Comisión interdepartamental (artículo 23 Decreto madrileño).

Cabe resaltar el contenido de la disposición transitoria tercera de la Orden gallega, que determina que el control, hasta que se determinen los procedimientos y herramientas informáticas pertinentes, se llevará a cabo por el propio trabajador con el acuerdo del supervisor mensualmente, a partir de los objetivos establecidos en el plan de trabajo a través de los instrumentos y medios tecnológicos disponibles. En el caso de requerírsele, el teletrabajador también tiene la obligación de emitir una memoria de la actividad, con el visto bueno del supervisor. Además de esta, el teletrabajador debe emitir una segunda memoria en relación con la planificación general del trabajo de los siguientes seis meses, elaborada por el responsable del órgano de adscripción (Villalba Sánchez, 2021, p. 387).

Los celos que despierta la falta de control que se presume del teletrabajador en esta modalidad (Carrodegas Méndez, 2020), aconsejan tener especialmente en cuenta la necesidad de garantizar que los medios digitales utilizados para el control de la actividad laboral expresamente citados por algunas legislaciones autonómicas –como la madrileña–, además de no lesionar el derecho a la intimidad de los trabajadores, tampoco llevan a articular la evaluación en base a criterios meramente presentistas (García Miguélez, 2021, p. 119). El teletrabajo se encuentra inevitablemente vinculado a la consecución de resultados y, por lo tanto, a la evaluación. Este extremo debe conciliarse con otro no menos importante: el de la intimidad.

3.6. Evaluación del desempeño y formación

La evaluación del desempeño tiene una doble dimensión como derecho y deber (Rastrollo Suárez, 2018, p. 262). Por lo tanto, si se desarrolla en un ámbito especialmente sensible a la vulneración de derechos del empleado público, el primer punto que hay que destacar es la necesidad de preservarlo. En segundo lugar, habrá que examinar la forma en la que debe modularse.

La exigencia de impulsar una nueva forma de gestión debe traducirse en el impulso a la colaboración en equipo, evitando que el teletrabajo se traduzca, a consecuencia de los riesgos psicosociales que tiene asociados, en aislamiento (Meléndez Morillo-Velarde, 2014, p. 433; Peres Díaz, 2021, p. 203). En el ámbito autonómico se han producido ya correcciones en este sentido: el artículo 16 del Decreto 45/2013, de 5 de diciembre –ya derogado–, que regulaba la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos sin determinar los parámetros ni la forma, establecía la obligación que Jefe de servicio o superior jerárquico periódicamente y también al final de la prestación, emita un informe determinando el grado de consecución de los objetivos marcados en el informe inicialmente elaborado por él mismo (artículo 16 Decreto riojano).

En lo referente a la dirección y coordinación, es necesario destacar la habilidad –el «talento» al que hace referencia el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Rastrollo Suárez, 2021a, p. 87)– que precisamos buscar en los encargados de dirigir y coordinar, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que envuelven esta modalidad laboral. Ello, en la medida en que los trabajadores resultan en buena medida invisibles a los ojos de sus superiores y el espacio y el tiempo adquieren un sentido distinto, lo que tiene una proyección directa sobre los resultados a evaluar, que debe medirse especialmente en términos de calidad.

Es preciso que la evaluación se realice en este contexto mediante el plan o programa de teletrabajo, con la participación de supervisor y empleado (teniendo en cuenta en todo caso la modulación de la autonomía de la voluntad, condicionada al interés general) y entendiendo que el teletrabajo debe contribuir a «una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento», como determina el Decreto castellano-manchego. Si no lo hace, difícilmente será justificable la adopción de la modalidad en periodos en los que la emergencia no lo exija.

Cabe además destacar en este sentido lo previsto por el artículo 7 del Decreto valenciano, que establece que el control y la evaluación se llevan a cabo en torno al cumplimiento de objetivos o consecución de resultados, por lo que en ella es fundamental lo determinado en el programa de teletrabajo o plan personal de teletrabajo. También, se referencian los periodos mínimos de interconexión y la labor de las personas responsables de las unidades administrativas, que deben llevar a cabo la evaluación. En el mismo sentido se pronuncia el Decreto riojano, ligando el permiso y la continuidad en la modalidad a la consecución de los resultados establecidos en el plan de evaluación. No nos parece sin embargo adecuado en el esquema de la función pública el impulso a mecanismos de autoevaluación, como contiene la Orden gallega. En todo caso, será preciso impulsar una nueva forma de evaluación basada en las características anteriormente apuntadas por parte de supervisores suficientemente capacitados.

En las legislaciones sobre teletrabajo se prevé, por una parte, una obligación de formación previa para acceder a la modalidad y, por la otra, la equiparación del derecho a la formación de teletrabajadores y empleados presenciales como base –entre otros requisitos– para el desarrollo de la carrera administrativa. En este sentido pueden mencionarse las legislaciones catalana, que exige una formación obligatoria previa incorporada en la programación anual de la Escuela de Administración Pública de Cataluña y las unidades responsables de formación de los departamentos (artículo 9 Decreto catalán), extremeña, que determina la formación obligatoria antes del cambio de modalidad (artículo 9 Decreto extremeño), gallega, que menciona la participación directa de la Escuela Gallega de Administración Pública en lo relativo a formación específica (artículo 15 Orden gallega), riojana, que se refiere a la formación obligatoria e impartida por la Escuela riojana de administración pública con anterioridad a acceder a esta modalidad de trabajo (artículos 4.1.d y 18.2 Decreto riojano) o vasca –que hace referencia a la formación organizada por el Instituto vasco de administración pública– (artículos 2, 3, 11, 15 y 16 Decreto vasco).

También, esta formación específica se contempla como un deber de todos los seleccionados para participar en los programas de teletrabajo (artículo 10 Decreto valenciano). Otras legislaciones –como la castellano y leonesa y la valenciana– reconocen expresamente el derecho a la formación respecto a esta modalidad.

Muy criticable resulta, sin embargo, la referencia que encontramos en la legislación balear, que tan solo contempla la obligación de entregar a los teletrabajadores un manual relativo a cuestiones como «la evaluación por objetivos, prevención en laborales, protección de datos, seguridad informática y confidencialidad administrativa» y a los encargados de la supervisión otro referente a «técnicas de evaluación, dirección por objetivos, planificación y gestión y formas de cumplir la jornada de trabajo no presencial», lo que resulta manifiestamente insuficiente (artículo 12 Decreto balear).

3.7. Derechos y deberes en el marco del teletrabajo

Las legislaciones autonómicas suelen referirse a la necesidad de salvaguardar los derechos de los empleados públicos en el marco del teletrabajo, particularmente en lo referente a la intimidad, la formación, la promoción interna, la desconexión digital o la protección de datos. Su garantía en el entorno digital exige poner un especial cuidado en el respeto a la intimidad al diseñar los medios de control. En este sentido, resulta fundamental la determinación de los periodos de interconexión (en los que el empleado debe estar necesariamente disponible) en el plan individual de trabajo, pues como indicó el FJ5 de la Sentencia 151/2021 del juzgado de lo contencioso-administrativo de Toledo de 28 de mayo de 2021 «el teletrabajo no disminuye la disponibilidad ni el horario, lo que modifica es la forma de prestación en relación a dicha disponibilidad».

El derecho a la desconexión digital reconocido por el TREBEP a partir de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, debe ser especialmente tutelado en el ejercicio de esta actividad laboral, impidiendo que los periodos de interconexión establecidos supongan alguna limitación injustificada al mismo. Esta misma norma debe servir como base para proteger los derechos de los trabajadores públicos en lo relativo a la protección de datos.

La formación es un derecho y un deber directamente relacionado con la evaluación del desempeño. De ella dependen el reciclaje y la continua adaptación al entorno de los trabajadores. En el ámbito de esta modalidad laboral esta puede y debe impartirse digitalmente –con las ventajas y oportunidades que ello supone–. Aunque algunas legislaciones autonómicas lo prevén expresamente, no todas hacen referencia a la necesidad de formarse en competencias vinculadas al teletrabajo y menos aún a la relevancia de la formación continua, lo cual debería referenciarse en todas obligatoriamente. En este sentido, destaca la muy generalizada referencia a las escuelas autonómicas de administración pública como órgano encargado de realizar esta actividad (artículos 15 de la Orden gallega, 18 Decreto riojano o 17 Decreto Vasco por ejemplo). Además, debe hacerse una mención expresa a la necesidad establecida en el artículo 6.d) Decreto castellano y leonés de contar con el certificado en competencias digitales³.

También es preciso favorecer que en la situación de posible aislamiento respecto a los compañeros de trabajo se favorezca la relación con ellos y la posibilidad de ejercer derechos sindicales sin restricciones, a través de mecanismos como chats u otros espacios similares alojados en las plataformas. Cabe señalar que muchas normas autonómicas impulsan una activa participación sindical en el seguimiento de la modalidad.

El derecho a ser provisto de los equipos necesarios para la realización del teletrabajo que sirvan para garantizar los derechos anteriormente mencionados –como los relativos a la intimidad y la protección de datos– y la conexión, deben entrañar a su vez una serie de deberes, como la utilización del equipo para las finalidades expresamente previstas, lo cual, como apuntan la mayor parte de las legislaciones autonómicas, es susceptible del pertinente control. Hacen referencia a la obligación de proveer del equipo necesario el artículo 6 de la Orden aragonesa, el artículo 3 del Decreto castellano-manchego o el artículo 16 del Decreto valenciano. Por el contrario, el Decreto balear o el decreto catalán exigen tener un equipo propio. Como vimos en las páginas iniciales, la legislación básica estatal obliga a su puesta a la puesta a disposición de los empleados públicos.

3.8. Entidades de regulación del teletrabajo

Las legislaciones autonómicas contemplan la creación de una serie de órganos, entre los que podemos mencionar los siguientes:

- El Órgano de seguimiento aragonés, dependiente de la dirección general competente en materia de función pública, con funciones de evaluación, estudio y análisis sobre el funcionamiento del teletrabajo o la satisfacción de los empleados, elaboración de propuestas de mejora y solución de las discrepancias que puedan surgir, elaboración de una memoria anual y recopilación y actualización de la legislación y las experiencias desarrolladas sobre la materia en las distintas administraciones.
- La Comisión interdepartamental de seguimiento del teletrabajo castellano-manchega, configurada como «órgano colegiado encargado del seguimiento de la prestación de servicios en modalidad de

³ Según la disposición transitoria quinta, hasta la entrada en vigor de la norma que lo regule «la persona solicitante de teletrabajo deberá presentar una declaración responsable de que posee los conocimientos suficientes en dichas competencias que garanticen la aptitud para el teletrabajo.».

teletrabajo en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus órganos autónomos» (artículo 18 Decreto castellano-manchego). Tiene atribuido el establecimiento de criterios comunes sobre la política de teletrabajo y el estudio, análisis y valoración del resultado de los informes globales de evaluación y seguimiento que tienen que emitir con una periodicidad semestral los jefes superiores del personal de consejerías y sus organismos autónomos en relación a su ámbito competencial. Además, es responsable del seguimiento de los resultados de las evaluaciones periódicas individuales sobre la prestación, elabora un informe anual de seguimiento y formula propuestas de mejora.

- La Comisión de evaluación del teletrabajo en la administración de la *Generalitat* de Cataluña, se define en el Decreto catalán «órgano técnico de seguimiento y evaluación de la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo, adscrito a la secretaría de Administración y Función Pública». Tiene atribuido el seguimiento y la evaluación de resultados, así como la realización de propuestas de mejora de la prestación, habiendo de remitir sendos informes a la Comisión interdepartamental de administración y personal.
- La Comisión de control y seguimiento del teletrabajo de la administración de la *Generalitat* valenciana, que se encarga del seguimiento y evaluación del teletrabajo en la administración autonómica. El Decreto valenciano reconoce entre sus funciones las de responder a las consultas recibidas sobre los procedimientos de gestión y aplicación de programas de teletrabajo y proponer al órgano competente en materia de formación de las características y contenidos de las acciones formativas. Además, es la encargada de centralizar la información sobre propuestas presentadas para la aprobación de programas de teletrabajo, actuaciones resultantes de los procedimientos de incorporación a estos, solicitudes de autorización de planes personales, actuaciones consecuencia de procedimientos contradictorios que den lugar a la finalización en la prestación mediante teletrabajo, modificaciones o suspensiones temporales de autorizaciones para teletrabajar o resultado de la evaluación de la repercusión de la prestación de servicios en esta modalidad realizada por la Inspección general de servicios y, por último, de analizar los informes presentados sobre la materia por las distintas *consellerías* u organismos.
- La Comisión de Seguimiento riojana, es el órgano de seguimiento en el ámbito de la Mesa General de Negociación de la Comunidad que, más allá de actuar como órgano de interpretación y seguimiento del Decreto riojano y de contar con competencias de mediación y arbitraje en caso de conflicto, tiene como competencias específicas las de conocer las incidencias que se produzcan, conocer de las solicitudes autorizadas y denegadas, elaborar criterios interpretativos para la aplicación del Decreto autonómico, arbitrar los problemas o conflictos que se den en el ámbito del teletrabajo y vigilar el cumplimiento de lo establecido normativamente.
- La Comisión interdepartamental y la Comisión de seguimiento se referencian por el Decreto madrileño. La primera tiene como principal atribución elaborar un informe de seguimiento anual en materia de teletrabajo conteniendo los datos cuantitativos, la valoración de los cualitativos, medición de resultados, grado de eficiencia, identificación de incidencias y deficiencias y propuestas de mejora. La segunda, con una composición paritaria entre representantes de la administración y de las organizaciones representadas en la mesa general de negociación en proporción a su representatividad, tiene como principal misión conocer y debatir sobre el informe elaborado por el anterior órgano y proponer medidas de mejora.

Del examen de los órganos anteriormente mencionados, podemos destacar su limitada autonomía y su incapacidad generalizada para resolver recursos, ciñéndose en la práctica su actividad, en muchos casos, a la de consulta, elaboración de informes y seguimiento. Cabe destacar en este punto las dificultades que tienen los legisladores autonómico y estatal en materia de función pública a la hora de impulsar la aparición de órganos verdaderamente independientes en el desarrollo de sus funciones, como la *Merit Systems Protection Board*, propia del sistema estadounidense, o la *Autorità nazionale anticorruzione* característica del italiano instituida a partir de la reforma Brunetta. En este último supuesto –que podría servir como ejemplo, dadas las similitudes de España con el país transalpino– los sistemas de evaluación mediante órganos independientes –especialmente orientados a garantizar la publicidad–, aseguran la participación de académicos, asociaciones de consumidores y usuarios, sindicatos y otros grupos en la fijación de objetivos y la evaluación de los resultados (Rastrollo Suárez, 2018, p. 173). En esta misma línea y en relación con la implantación del teletrabajo en el sector público, la legislación italiana prevé la participación del *Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, per la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni* –Comité único de garantía para la igualdad de oportunidades, para la mejora del bienestar de las personas que trabajan y

contra la discriminación– o del *Organismo indipendente di valutazione della performance* –Organismo independiente de evaluación del desempeño– (Rastrollo Suárez, 2021b, p. 75).

4. CONCLUSIONES

El teletrabajo en el sector público se ha revelado un recurso imprescindible para asegurar la continuidad de la prestación de servicios públicos en situaciones de crisis, por lo que su regulación en el ámbito de la administración supone una exigencia incuestionable. Las nociones esenciales en relación al mismo incorporadas al TREBEP resultan excesivamente parcas y limitadas. El análisis jurídico-administrativo de las legislaciones autonómicas sobre teletrabajo en el sector público, que en algunos casos se remontan a principios de la segunda década del siglo XXI, resulta fundamental para entender su desarrollo y diseñar su futura evolución legislativa.

Pese a que originariamente el teletrabajo se vinculó fundamentalmente a la conciliación, la nueva regulación del teletrabajo debe contribuir decisivamente a la reforma y la modernización de la administración y resulta un pilar esencial para el desarrollo de distintas políticas públicas en aspectos como el medioambiental –reduciendo costes de desplazamiento–, la lucha contra la despoblación –al impulsar la deslocalización de puestos–, la mejora de las condiciones laborales para personas con discapacidad o el incremento en la duración de la vida laboral de los empleados públicos. Ello debe estar presente en los baremos autonómicos en virtud de los cuales se autoriza. El teletrabajo puede y debe ser, además, un reclamo de primer nivel para la atracción de talento al seno de la administración dando lugar, en definitiva, a que la función pública adquiera un carácter estratégico.

El teletrabajo exige repensar las relaciones de puestos de trabajo, incrementando su dinamismo. Estas deben servir para identificar qué puestos son susceptibles de ocuparse mediante esta modalidad y en qué porcentaje. También, ha demandado a la administración la reactivación del concepto «necesidades del servicio», además de la reflexión sobre el sentido y el contenido de la potestad de autoorganización y, con ello, sobre los fundamentos de la relación estatutaria que vincula a la administración con los empleados, en la medida en que el cumplimiento del principio de eficacia y la consecución del interés general condicionan y limitan de forma decisiva su utilización.

El teletrabajo exige la modulación de los derechos y deberes de los empleados bajo esta modalidad. En este aspecto, resulta fundamental la necesidad de luchar contra los riesgos psicosociales asociados al teletrabajo y combatir el aislamiento o las limitaciones al ejercicio del derecho de sindicación, así como de preservar la intimidad, la protección de datos y la protección de riesgos laborales. También exige replantearse las formas de evaluación y control en el seno de la administración, atendiendo ahora a aspectos más cualitativos que cuantitativos y respetando escrupulosamente los periodos de desconexión digital y de interconexión (pues lo que cambia es la forma de prestación y no la disponibilidad).

Por último, no debería perderse la oportunidad que la implantación del teletrabajo supone para reforzar desde el primer momento la autonomía de los órganos dedicados a la regulación de la función pública –en este caso los específicamente creados para el teletrabajo– para actuar de manera independiente en relación a la cuestión, resolviendo controversias, ofreciendo interpretaciones, proponiendo soluciones y garantizando el desarrollo de políticas públicas a largo plazo. Ello con independencia del color político de quien en cada momento gobierne cada administración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aba Catoira, A. (2001). *La limitación de los Derechos Fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*. Tecnos.
- Almonacid Lamelas, V. (2020). Regulado el teletrabajo para las AA.PP: el nuevo artículo 47 bis del TREBEP. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 11.
- Arroyo Yanes, L. M. (1995). *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Tirant lo Blanch.
- Belzunegui Eraso, A. (2021). Teletrabajo, crisis de la COVID-19 y Administraciones Públicas: una mirada sociológica. *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria – Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, número especial 4, 110-125. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpgp.19.2020.ab.06>
- Carrodegua Méndez, R. (2020, 24 de septiembre). La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública. *El Consultor de los Ayuntamientos*.
- Castillo Blanco, F. (1992). *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Civitas.

- Castillo Ramos-Bossini, S. E. (2020). Administración digital y teletrabajo. *Documentación administrativa*, 7, 104-125. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10893>
- Expósito Gázquez, A. (2021). El marco normativo del teletrabajo en el empleo público: delimitación y análisis comparativo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 16, 118-133. <https://doi.org/10.24965/reala.i16.10951>
- Gala Durán, C. (2021a). Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿solución o trampa? En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 285-330). Aranzadi.
- Gala Durán, C. (2021b). El teletrabajo en las Administraciones Públicas. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 3, 69-94. <https://doi.org/10.12795/TPDM.2021.i3.06>
- García Macho, R. (1992). *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*. Tecnos.
- García Miguélez, M. P. (2021). *El teletrabajo: antes, durante y tras el coronavirus*. Aranzadi.
- García-Trevijano Fos, J. A. (1954). Relación orgánica y relación de servicios en los funcionarios públicos. *Revista de Administración Pública*, 13, 53-101. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-13-eneroabril-1954/relacion-organica-y-relacion-de-servicio-en-los-funcionarios-publicos-3>
- Gorriti Bontigui, M. y Jiménez Asensio, R. (2020). Teletrabajo: ¿aporía o ejemplo? [entrada de blog]. *La Mirada Institucional*. Disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/05/10/teletrabajo-aporía-o-ejemplo/> (consultado el 16 de marzo de 2022).
- Huws, U., Podro, S., Gunnarsson, E., Weijers, T., Arvanitaki, K. y Trova, V. (1996). *Teleworking and gender* [IES report 317]. The Institute for Employment Studies, University of Sussex. <https://www.employment-studies.co.uk/resource/teleworking-and-gender>
- Jiménez Asensio, R. (2020). La nueva regulación sobre el teletrabajo: análisis del marco normativo. Protección de los derechos digitales de los empleados públicos y de los ciudadanos en el sistema del trabajo a distancia [ponencia presentada en la sesión del día 29 de septiembre de 2020 en el Seminari de Relacions Collectives organizado por la Federació de Municipis de Catalunya]. Disponible en <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2020/10/fmc-ponencia-teletrabajo.pdf> (consultado el 16 de marzo de 2022).
- Lasagabaster Herrarte, I. (1994). *Las relaciones de sujeción especial*. Civitas.
- López Benítez, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Civitas.
- Mazo Somarriba, L. (2021). Criterios y procedimientos para decidir qué puestos son susceptibles de teletrabajo. *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria – Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, número especial 4, 126-145. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvvgp.19.2020.ab.07>
- Meléndez Morillo-Velarde, L. (2014). Los riesgos psicosociales asociados a las nuevas tecnologías implantadas en los puestos de trabajo. Análisis desde la perspectiva del Derecho del trabajo. En C. San Martín Mazzucconi (dir.), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico* (pp. 433-490). EOLAS Ediciones.
- Mella Méndez, L. (2021). Valoración crítica del RD-Ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 173-202). Aranzadi.
- Mellado Ruiz, L. (2021). La nueva regulación del teletrabajo en las administraciones públicas: entre la urgencia y la flexibilidad «de mínimos» en tiempos de pandemia. *Revista General de Derecho Administrativo*, 57. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423823
- Peres Díaz, D. (2021). Riesgos psicosociales asociados al uso de Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC). La tutela preventiva en el Derecho de la Unión Europea y España con especial referencia al teletrabajo. En M. Rodríguez Piñero Royo y A. Todolí Signes (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 203-227). Aranzadi.
- Rastrullo Suárez, J. J. (2018). *Evaluación del desempeño en la administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*. Tirant lo Blanch.
- Rastrullo Suárez, J. J. (2021a). El talento como fundamento de una función pública postpandemia. En J. J. Rastrullo Suárez (dir.) y A. García Jiménez (coord.), *Guía para la planificación, gestión y ejecución de los fondos del Plan para la Recuperación, Transformación y Resiliencia* (pp. 87-109). Aranzadi.
- Rastrullo Suárez, J. J. (2021b). *Crisis, reacción y evolución: el teletrabajo en el sector público*. Aranzadi.
- Rastrullo Suárez, J. J. (2022). La integración del teletrabajo en la organización administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo*, 59. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424636
- Sala Franco, T. (dir.) (2020). *El teletrabajo*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez Morón, M. (2021). *Derecho de la Función Pública*. Tecnos.
- Thibault Aranda, J. (2000). *El teletrabajo*. Consejo Económico y Social.
- Telles Lima, J. (2021). *Medidas de conciliación de la vida laboral y familiar: arma de doble filo para las mujeres. El caso del teletrabajo*. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 331-352). Aranzadi.
- Villalba Sánchez, A. (2021). *Teletrabajo y empleo público: una perspectiva autonómica*. En M. Rodríguez-Piñero Royo y A. Todolí Signes (dirs.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 367-395). Aranzadi.

REALA, número 18, octubre de 2022
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 01-09-2022
Modificado: 21-09-2022
Aceptado: 23-09-2022
Publicado: 17-10-2022
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11118>
Páginas: 253-266



Referencia: Armas Castilla, N. (2022). Transparencia y participación en el desarrollo de la organización administrativa de La Graciosa. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 253-266. <https://doi.org/10.24965/reala.11118>

Transparencia y participación en el desarrollo de la organización administrativa de La Graciosa

Transparency and participation in the development of the administrative organization of La Graciosa

Armas Castilla, Noel
Universidad de Sevilla (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3171-3279>
narmas@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doble Máster en Abogacía y Derecho Público por la Universidad de Sevilla. Contratado predoctoral (Personal Investigador en Formación del Plan Propio US) del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Actualmente, sus estudios se enfocan en la transparencia de la actividad administrativa, entre otras materias afines.

RESUMEN

La insularidad de La Graciosa ha sido reconocida por las Cortes Generales, tanto a través de su producción normativa con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Canarias (en adelante, el EAC 2018), como a través de la moción que en junio de 2018 aprobó el Senado de España.

En nuestro orden constitucional, la isla es una entidad a la que se le reconoce autonomía y a la que se le atribuye una determinada organización administrativa para la gestión de sus intereses particulares, con lo que nos hacemos la pregunta de saber en qué medida el reconocimiento de la realidad insular de La Graciosa ha afectado a sus elementos organizativos.

La legislación aplicable no ofrece sin embargo opciones para dar encaje a la insularidad de La Graciosa teniendo en cuenta que tal reconocimiento implica dotarla de los atributos propios de una isla. Esto acarrea como consecuencia la necesidad de encontrar en el escaso margen dispuesto por nuestra regulación de régimen local una solución para el desarrollo de la organización administrativa de esta isla.

PALABRAS CLAVE

Islas Canarias; Organización Administrativa; Pedanía; Transparencia; Derecho de Acceso; Participación Ciudadana.

ABSTRACT

Thanks to Law 1/2018, of 5 November, on the reform of the Statute of the Canary Islands (hereinafter, the EAC 2018), as well as the motion passed by the Spanish Senate in June 2018, La Graciosa has been legally recognised as an island.

The island is an entity to which our Constitution recognises autonomy and to which a certain administrative organisation is attributed for the management of its particular interests, so we wonder how this recognition has affected the organisation of La Graciosa.

However, the legislation does not offer any options to accommodate the insularity of La Graciosa. The consequence of this is the need to find a solution for the development of the administrative organisation of this island within the limited margin provided by our local regime regulations.

KEYWORDS

Canary Islands; Administrative Organization; District; Transparency; Right to Access; Citizen Participation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA INSULARIDAD DE LA GRACIOSA EN EL SENADO Y EN EL EAC 2018. II. LAS LIMITACIONES IMPUESTAS EN LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN LOCAL. II.A. LAS POSIBLES VÍAS DE DESARROLLO ORGANIZATIVO. II.B. LA APARIENCIA DE LEY MANIFIESTO Y EL SIMBOLISMO POLÍTICO DE LA INSULARIDAD DE LA GRACIOSA. III. EL CONSEJO DE CIUDADANÍA DE LA GRACIOSA. IV. SOLICITUD DE INFORMACIÓN AL CABILDO DE LANZAROTE. V. SOLICITUD DE INFORMACIÓN AL AYUNTAMIENTO DE TEGUISE. VI. CONCLUSIONES. LEGISLACIÓN DE REFERENCIA. OTROS DOCUMENTOS. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN: LA INSULARIDAD DE LA GRACIOSA EN EL SENADO Y EN EL EAC 2018

El 26 de junio de 2018, la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado aprobó una moción en la que instaba a distintos poderes a la adopción de medidas que favoreciesen el reconocimiento de La Graciosa como isla.

Esta moción fue propuesta por el Grupo Parlamentario Popular, solicitando el apoyo de los demás grupos políticos en la Cámara Baja para la declaración de «La Graciosa como la octava isla canaria habitada, impulsada por el Consejo de la ciudadanía de La Graciosa y apoyada unánimemente por las instituciones canarias». Este texto recibió dos propuestas de adición por parte del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en las que se proponía conminar al Gobierno de España para introducir el supuesto excepcional de La Graciosa como entidad local menor con personalidad jurídica propia en la ley de bases del régimen local, así como instar a los legisladores canario y estatal, que en ese momento estaban ultimando la tramitación del nuevo estatuto autonómico canario¹, para blindar la consideración insular de La Graciosa y su adscripción administrativa a la isla de Lanzarote.

La moción fue aprobada con las antedichas adiciones de manera unánime, con lo que se puede presumir el entero respaldo político al reconocimiento de la peculiaridad de la isla que centra el interés de nuestro artículo.

Así, podemos decir que la Cámara Alta entiende la particularidad de La Graciosa, conminando a otros poderes públicos al respeto y reconocimiento de su insularidad, y promoviendo su trato excepcional como entidad local menor con personalidad jurídica en la regulación de régimen local, pero sin admitir en ningún caso una definición desagregada del Cabildo de Lanzarote y del Ayuntamiento de Teguiise, administraciones a las que esta isla está plenamente adscrita.

Pues bien, han pasado 4 años desde la aprobación de EAC 2018, con lo que estamos en condiciones de empezar a dilucidar en qué ha afectado este texto a la organización administrativa de La Graciosa.

En efecto, una de las novedades que trajo consigo esa reforma fue el reconocimiento de la insularidad de La Graciosa, a la que tradicionalmente se le había dado la misma consideración que al resto de islotes, de pequeña extensión y deshabitados, que se encuentran en el archipiélago canario.

Hasta entonces el EAC 1982 refería que:

«Canarias comprende los territorios insulares integrados por las siete islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, así como por las islas de Alegranza, La Graciosa, Lobos y Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste, agregadas administrativamente a Lanzarote, salvo la de Lobos, que lo está a Fuerteventura»².

La redacción de ese artículo se vio modificada por el art. 1.2 de la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, que dispuso que:

«El ámbito territorial de la Comunidad Autónoma comprende el Archipiélago Canario, integrado por las siete Islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La

¹ Que sustituyó el Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982 (en adelante, EAC 1982) por el EAC 2018.

² Art. 2 EAC 1982.

Palma y Tenerife, así como las Islas de Alegranza, La Graciosa, Lobos y Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste, agregadas administrativamente a Lanzarote, salvo la de Lobos, que lo está a Fuerteventura».

Como vemos, el antiguo EAC, aun en su modificación de 1996, enumeraba a La Graciosa como un ente al mismo nivel que los islotes de Alegranza, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste (que conforman el Archipiélago Chinijo al norte de Lanzarote), y el islote de Lobos. Ciertamente es que formalmente el EAC los denomina islas. Pero habida cuenta de que todas esas entidades (salvo La Graciosa) son en realidad islotes, el estatuyente estaba considerando que La Graciosa era en realidad otro islote, o al menos, tratándola como tal³.

Tras la aprobación del nuevo EAC, el de 2018, son dos las referencias a la insularidad de La Graciosa, y más concretamente, el art. 4 y el art. 65 de dicha norma.

Abordando la primera de esas referencias normativas, debemos destacar que el art. 4 EAC 2018 establece que:

«el ámbito espacial de la Comunidad Autónoma de Canarias comprende el archipiélago canario, integrado por el mar y las siete islas con administración propia de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife, así como por la isla de La Graciosa y por los islotes de Alegranza, Lobos, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste.».

Son varios los comentarios que sugiere esta redacción en torno a la nueva situación de la isla de La Graciosa. La más evidente es que el estatuyente ha decidido reconocerla como isla, frente a la anterior consideración de islote. Esta consideración vendría aparejada a la voluntad de diferenciar a La Graciosa de los islotes del Archipiélago Chinijo en el norte de Lanzarote y el de Lobos en el norte de Fuerteventura. Claramente, el elemento que diferencia La Graciosa de dichos islotes es la presencia de población estable en su territorio. Este rasgo antropocéntrico sería suficiente para reconocer a La Graciosa como un ente diferente a ese grupo de islotes al que tradicionalmente se le ha asociado.

En contraste, el art. 65.1 del EAC 2018 dispone que:

«La organización territorial de Canarias se integra por las islas de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife. La isla de La Graciosa estará agregada administrativamente a Lanzarote, así como los islotes de Alegranza, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste, y el de Lobos a Fuerteventura.».

Es menester realizar una lectura comprensiva de esta referencia normativa, pues es en este artículo donde encontramos la clave de la consideración que el estatuyente guarda para con La Graciosa, y es que expresamente a pesar de denominarla como isla, la pretere de la enumeración de islas incluidas en la organización territorial de Canarias, previendo además que la organización administrativa de La Graciosa se mantenga vinculada a la de la vecina isla de Lanzarote, de cuyo Cabildo depende⁴.

En este estado de cosas, ya no cabe duda de que con esa misma voluntad diferenciadora con la que se ha distinguido a La Graciosa de los islotes con los que ha estado tradicionalmente equiparada, el estatuyente no ha querido darle a La Graciosa un reconocimiento de insularidad al uso. Es decir, reconoce la insularidad de La Graciosa denominándola expresamente como «isla», y separándola de la enumeración de los islotes que conforman el resto del Archipiélago Chinijo y el de Lobos, pero también se la distingue del resto de islas.

Esto se hace patente en la propia redacción del nuevo EAC, que en su artículo 4 enumera de manera separada a La Graciosa como isla sobre la que se extiende el ámbito espacial de la Comunidad Autónoma de Canarias. En esa misma relación, se establece que las islas con administración propia son las de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, Lanzarote, La Palma y Tenerife. Es decir, las entidades que tradicionalmente habían recibido la consideración de islas en el ordenamiento jurídico mantienen su condición, sin confundirse con la isla de La Graciosa.

³ No en vano, y de acuerdo con la RAE, el término islote alberga dos acepciones. La primera de ellas es la de «isla pequeña y despoblada», mientras que la segunda es la de «peñasco muy grande, rodeado de mar».

Sin lugar a dudas, podemos considerar que tanto Lobos, como el conjunto de entes que forman el Archipiélago Chinijo, a excepción de La Graciosa, son islotes. Pero la existencia de una población, escasa pero estable, en La Graciosa difícilmente podía admitir la consideración de islote de este territorio.

⁴ López Aguilar y García Mahamut (2019, p. 24).

Por todo lo anterior, consideramos que existe en realidad una nota común entre el antiguo y el actual EAC, y es que el estatuyente se cuidó en ambas redacciones de hacer una enumeración respetuosa de las islas e islotes que componen el archipiélago, ordenándolas alfabéticamente con la clara intención de establecer una mención ordenada e imparcial de unas islas en que el proceso autonómico se vio claramente condicionado por la sombra del denominado «pleito insular».

Y, en consonancia, con el nuevo EAC se pretende una enumeración más lógica de las islas, creando en realidad tres grupos insulares: el primero de ellos correspondería a las siete islas habitadas con administración propia, o sea, El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, La Palma, Lanzarote y Tenerife; el segundo albergaría a la única isla habitada sin administración propia, esto es, La Graciosa; y el tercer grupo contemplaría los islotes en sentido estricto, es decir las pequeñas y deshabitadas islas de Alegranza, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste, y Lobos.

Con esta solución *ad hoc*, se buscaría pues dignificar a la población de La Graciosa, distinguiéndole de los islotes con los que tradicionalmente se ha vinculado, sin equipararla administrativamente a las siete islas que históricamente han contado con su propia organización administrativa.

II. LAS LIMITACIONES IMPUESTAS EN LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN LOCAL

II.A. Las posibles vías de desarrollo organizativo

A pesar de lo dicho anteriormente, no puede quedar vacío de contenido legal la proclamación de la insularidad de La Graciosa, a la que pretendidamente el estatuyente le veta el acceso a las administraciones e instituciones propias de la isla.

Ya se habían propuesto tres posibles vías⁵:

1. La equiparación administrativa de La Graciosa con el resto de islas, principalmente a través de la constitución de un Cabildo propio.
2. Un ente *ad hoc* que permita una gestión más autónoma de la isla, y que podría encontrarse a medio camino entre un Ayuntamiento y un Cabildo;
3. y la tercera, la más factible, que implicaría la ejecución de un catálogo de políticas de representación y participación más ventajosas para La Graciosa, así como la búsqueda de soluciones alternativas basadas en los actuales modelos de gobernanza.

Las soluciones eran variopintas, y lo cierto es que todas ellas se topaban con su respectivo problema:

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL⁶) imposibilita la creación de un municipio en La Graciosa por la falta de requisitos demográficos y económicos exigidos en la norma. Con este panorama ya es ocioso señalar por inviable una posible reforma específica de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares⁷, que permitiese la creación de esta institución en una isla sin Ayuntamientos propios como es La Graciosa, y ello a pesar de que algunos autores encontraron en la figura de los Cabildos Insulares una institución natural y propia de cada isla, que debía por tanto ser acomodada a cada una de las islas, tal y como sucedió en El Hierro, cuyas circunstancias administrativas a principios del siglo XX no permitían la constitución de un Cabildo en la ínsula más meridional de nuestro archipiélago⁸.

La creación sin embargo de un ente *ad hoc* para una gestión más desconcentrada de los asuntos de interés para La Graciosa contempla una propuesta muy interesante como es la de la constitución de una pedanía. En este sentido: debemos reseñar que a tenor del Pleno de 9 de diciembre de 2021 del Ayuntamiento de Teguiise, se aprobó⁹:

«— Instar al Gobierno de España para que proceda a las modificaciones legislativas correspondientes al objeto de permitir la constitución de una PEDANIA para la isla de La Graciosa (...).

⁵ Armas Castilla (2019, pp. 85-93), donde también se refiere la necesidad de que la proclamación de la insularidad de La Graciosa sea acorde con las previsiones que la Constitución Española de 1978 guarda para con la autonomía local de las islas.

⁶ BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985.

⁷ BOC núm. 70, de 14 de abril de 2015, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

⁸ «Si bien la isla del Hierro no tiene actualmente más que un Ayuntamiento y el Consejo que en ella se cree no puede, por tanto, representar intereses comunes a varios municipios, debe, sin embargo, reconocérsele la facultad de constituirlo por tratarse de una personalidad natural, de una isla con intereses peculiares y propios que no es lícito someter a los de otra». Pérez Díaz (1977, p. 72).

⁹ Punto 12 del Pleno del Ayuntamiento de Teguiise de 9 de diciembre de 2021.

- Instar al Cabildo de Lanzarote la aprobación de una moción para instar al Gobierno de España para que proceda a las modificaciones legislativas correspondientes al objeto de permitir la constitución de una PEDANÍA para la isla de La Graciosa (...).».

Sin embargo, el problema al que se enfrenta una hipotética constitución de una pedanía en la isla de La Graciosa reside en la ausencia de personalidad jurídica que este tipo de entidades inframunicipales presentan tras la reforma operada por la ley LRSAL. Por lo que la promoción de una excepción a las previsiones normativas en torno a la naturaleza de la pedanía en el ordenamiento jurídico español podría ser buena solución para habilitar el desarrollo administrativo de La Graciosa visto el escaso margen legal existente y las condiciones socioeconómicas que presenta ese territorio.

Esta proposición es perfectamente compatible con la tercera vía posible, como es la valoración de medidas genuinas a través de la participación ciudadana en un contexto de gobierno abierto como el que podría inspirarse la solución de esta controversia jurídica. Y es precisamente en el interés y en la participación ciudadana en donde parece sostenerse el afán por encontrar el encaje jurídico de las aspiraciones de La Graciosa en su estrecho estatus administrativo, como vemos con la mención al Consejo de Ciudadanía de La Graciosa, un órgano de participación ciudadana (aun con las sombras que intentaremos exponer en este artículo) a la que hace referencia la moción del Senado, de 26 de junio de 2018 que mencionamos en la introducción de este trabajo.

En este sentido, siguen abiertas distintas opciones que permitan un encaje más respetuoso con la consideración insular de La Graciosa tanto en su organización local como en sus relaciones con el municipio de Tegüise, el Cabildo de Lanzarote y el Parlamento de Canarias, en los que puede institucionalizarse el nombramiento de representantes de la isla para que los vecinos de La Graciosa puedan expresar su parecer en la gestión de los asuntos que son de su interés, operando para ellos las diferentes reformas normativas necesarias. También puede articularse un modelo funcional de participación, sin necesidad de gestionar una estructura orgánica como supondría la elección de representantes específicos en los diferentes escalones de poder insular y autonómico. Esta participación funcional se podría manifestar de diferentes maneras, pero especialmente con la consulta de los asuntos de interés para la gestión de la isla, cuya previsión debería ser expresamente asumida en los reglamentos de funcionamiento del Ayuntamiento y del Cabildo para asegurar su observación en el plano local e incluso respaldar la validez de las decisiones que afecten al ámbito de La Graciosa sin recabar su opinión.

Actualmente, y además de alguna iniciativa como la denominada “La Graciosa, la octava isla canaria”, la fórmula de participación más fácilmente identificable en este contexto es la que representa el Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa, institución que estudiaremos en este trabajo.

II.B. La apariencia de ley manifiesto y el simbolismo político de la insularidad de La Graciosa

A la vista de los avances realizados en la materia, y, sobre todo, contempladas las importantes limitaciones a las que se enfrenta La Graciosa para configurar su propia organización administrativa, se impone la idea de que el reconocimiento de la insularidad de La Graciosa se enfrente a un panorama desolador, y en concreto, la idea de que los preceptos referidos a La Graciosa en el EAC se conformasen como meros manifiestos. La Ley manifiesto es una expresión política nada inusual en nuestro ordenamiento, basada en el mal uso de la técnica legislativa para emitir declaraciones políticas sin voluntad de crear verdadero Derecho¹⁰.

Otra opción reside en la idea de que la insularidad de La Graciosa sea un mero exceso semántico con la que el legislador no pretendía expresar otra cosa que la dignificación de la comunidad que habitualmente reside en La Graciosa, lo cual tampoco excusa la mala técnica legislativa que se habría empleado en una norma del nivel e importancia como es el nuevo EAC.

Así las cosas, no se puede obviar que la institucionalización de la insularidad de La Graciosa sea inviable a la luz de las limitaciones en la legislación estatal y autonómica, ni desconectar este hecho del absurdo que supondría proclamar que una isla es tal vaciándola de todo su contenido jurídico natural.

Pues bien, en ese sentido, parece que el legislador canario ya había dibujado con carácter previo algunos trazos del mapa local de La Graciosa con la previsión de un régimen específico para esta isla en el primer apartado *in fine* del preámbulo de la ley 7/2015, de 1 de abril de municipios de Canarias (en adelante,

¹⁰ También se las puede llamar leyes propaganda (Sánchez Morón, 2018, p. 123).

ley 7/2015¹¹). En esas líneas, el legislador canario lamenta que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local¹² (en adelante, LRSAL) no deja un margen suficiente para la realización de entidades locales inferiores al municipio en la reforma que opera de la LRBRL; sin embargo, el legislador canario avanza en el preámbulo de dicha ley la previsión de reconocer un modelo de gestión desconcentrada para La Graciosa, sin desagregarla en ningún caso del Ayuntamiento de Teguiise al que está inscrita. Y así parece confirmarlo en el art. 2 de la ley 7/2015, cuando incluye en su ámbito de actuación a la entidad de gestión desconcentrada de la isla de La Graciosa, sin definir exactamente a qué tipo de entidad se refiere. La disposición adicional segunda de la ley 7/2015 considera por su parte que

«Constituyendo la isla de La Graciosa un núcleo poblacional físicamente separado del término municipal de Teguiise, que representa intereses colectivos peculiares que hacen conveniente una gestión diferenciada del resto del municipio, el Ayuntamiento podrá constituir una entidad de gestión desconcentrada para el exclusivo ejercicio de las competencias municipales que se determinen en el instrumento de creación o en sus posteriores modificaciones, sin perjuicio, en ningún caso, de la Unidad de Gobierno municipal y de la representación general que ostentan los correspondientes órganos municipales.»

De esta manera, esta disposición adicional esboza algunas de las soluciones que pretende para La Graciosa. La primera de ellas es que ya adelantaba la insularidad de este territorio unos años antes de la proclamación del nuevo estatuto de Autonomía de Canarias, lo que sugiere que las iniciativas en torno a la consideración insular de La Graciosa contarían con respaldo suficiente para su proclamación en el EAC 2018. A través de esta disposición adicional, el legislador canario impone sus límites al reconocimiento de una organización administrativa peculiar para La Graciosa, como es su adscripción al Ayuntamiento de Teguiise y la unidad de ese consistorio. Parece claro en todo caso que el régimen que se prevé para esta isla está constreñido a encontrar una fórmula no definida que permita conjugar los intereses que les son propios a los vecinos de La Graciosa con el escaso margen de desarrollo organizativo que admite la ley 7/2015. Esta limitación viene a confundirse con las limitaciones impuestas en la LRBRL, porque en ambas se condiciona un hipotético desarrollo de la organización administrativa de este territorio. En el caso de la norma canaria se busca habilitar un resquicio que de manera excepcional brinde a La Graciosa una solución a su situación administrativa, pero esta habilitación es ficticia, pues la ley 7/2015 reconoce ya en su preámbulo la inviabilidad jurídica que supone proponer una entidad local menor para La Graciosa con nuestra legislación de bases de régimen local actual. La LRBRL es, en efecto, la norma que restringe la posibilidad de crear una pedanía en este ámbito insular, al menos con la personalidad jurídica propia necesaria para su configuración completa. Por todo ello, podemos afirmar que el legislador autonómico se ha limitado a dejar preparadas sus previsiones en materia de régimen local a la espera de un futuro cambio en la LRBRL que admita la creación de una entidad local menor con personalidad jurídica propia.

Sin embargo, la idea principal de este artículo reside en la toma en consideración de fórmulas ajenas a la constitución de administraciones al uso para la articulación de una isla (en el sentido administrativo de la palabra) en La Graciosa.

Además, se ha propuesto paralelamente el cambio de nombre del cabildo, aunque a la vista de las pesquisas realizadas en esta investigación, parece que se trata de una propuesta política poco madurada que las actuales fuerzas políticas que componen el Cabildo Insular no tienen interés en materializar, como reseñaremos en el epígrafe correspondiente de este trabajo. En todo caso, sí podemos indicar que esta sería una solución que ya cuenta con antecedentes en el hecho insular español, concretamente en el balear¹³, de manera que no resulta extraña a la organización administrativa insular de nuestro país. Esta opción puede ser muy útil si lo que los poderes públicos canarios han pretendido en todo momento es una proclamación formal (un exceso semántico si se prefiere) que dignifique al pueblo de La Graciosa sin dotarle de las ad-

¹¹ BOC núm. 70, de 14 de abril de 2015, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

¹² BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013.

¹³ Donde hasta la reforma del Estatuto de Autonomía Balear en 2007, las islas de Ibiza y Formentera se gestionaban a través de un *consell* (réplica balear de los cabildos insulares canarios) común. En realidad, en la práctica este sobredimensionamiento del Cabildo de Lanzarote ya se da al prorrogarse sobre la isla de La Graciosa, por lo que el cambio de denominación comportaría un mero efecto simbólico. Es ocioso decir que no es extraño que los cabildos prorroguen su jurisdicción sobre otras ínsulas, y el ejemplo se puede encontrar en la vecina isla de Fuerteventura que ostenta competencias sobre la inhabitada Lobos (su población no es estable. El hecho diferencial reside entonces en que el Cabildo de Lanzarote es el único en gestionar al menos dos islas con población estable bajo su jurisdicción.

ministraciones que constitucionalmente se reconocen a las islas. De este modo, la propuesta no resuelve jurídicamente ninguna pregunta en la búsqueda del encaje organizativo de la isla, más allá de dimensionar el nombre de esta institución a la medida de su jurisdicción, lo cual es un mero simbolismo político.

III. EL CONSEJO DE CIUDADANÍA DE LA GRACIOSA

El Consejo de Ciudadanía de La Graciosa es, de conformidad con lo establecido en el art. 1 de sus Estatutos¹⁴, un órgano consultivo del Ayuntamiento de Teguiise, que depende orgánicamente de la concejalía que ostente las competencias en materia de participación ciudadana. Además, resulta mencionado por el Senado en su moción de 18 de junio, reconociendo su labor en la promoción de la insularidad de La Graciosa.

Se trata de una herramienta de participación institucional, en la que el propio Ayuntamiento de Teguiise establece una estructura orgánica para favorecer la participación ciudadana de los vecinos de esta isla. En realidad, se podría establecer cierta analogía entre este Consejo y los consejos de participación ciudadana a los que se refiere el art. 19 de la ley 7/2015, con la salvedad de que el órgano gracioso está dimensionado a la medida de la isla que pretende dinamizar mientras que el legislador autonómico plantea los consejos de participación como órganos de alcance municipal.

Para unidades de territorio inferiores al municipio, el legislador canario ya había ideado otras fórmulas de participación orgánica como las juntas de distrito, o los consejos de barrio, instrumentos que tienen un parecido sustancial mayor con el Consejo de Ciudadanía de La Graciosa¹⁵ que un auténtico consejo de participación en los términos del art. 19. Más bien, nos atreveríamos a tildar a este Consejo como una suerte de consejo de sector en los términos establecidos en el art. 48 de la ley 7/2015¹⁶. De esta manera, el revestimiento que envuelve formalmente a este Consejo parece encuadrarse en estos simbolismos políticos con los que se engalana la participación ciudadana para presentarla con mayor rimbombancia. Pero también debemos decir que esta fórmula *sui generis* es propia del tratamiento singular con el que se ha ido construyendo la nueva organización administrativa de la isla, nuevamente enmascarada en un disfraz de más ostentación que efectividad.

De acuerdo con lo establecido en sus Estatutos, este Consejo tiene la estructura propia de cualquier órgano colegiado dedicado a esta clase de fines. Así, comprobamos que está compuesto por tres órganos: el plenario, la Presidencia, y la Comisión Permanente.

El plenario está conformado por un presidente (que será el concejal del Ayuntamiento de Teguiise que tenga encomendadas las funciones de representante de La Graciosa), un vicepresidente (que será el concejal en materia de participación ciudadana del mismo consistorio), un secretario¹⁷, y diez vocales (todos vinculados a la sociedad civil graciosa, pero cuya procedencia es muy heterogénea, habiendo desde un representante de la asociación de madres y padres del centro educativo de la isla, pasando por un vocal designado en nombre de la parroquia de La Graciosa, y hasta representantes de corporaciones de derecho público arraigadas en ese territorio como es la cofradía de pescadores¹⁸. A esos vocales provenientes del ámbito doméstico de la isla, se suman otros vocales que hacen las veces de representantes de las administraciones públicas con responsabilidades en la isla: así se designa a un vocal en representación del Go-

¹⁴ BOP Las Palmas núm. 155, de 3 de diciembre de 2010, p. 25113.

¹⁵ Aunque invariables desde un punto de vista jurídico al estar vedada su creación a municipios ajenos al régimen de gran población de al menos de 50.000 habitantes (arts. 45 y 50 ley 7/2015).

¹⁶ Que da potestad a los municipios de menos de 50.000 habitantes para la creación de este tipo de órganos complementarios de participación ciudadana para informar y debatir en sectores estratégicos del municipio. Por ello, el encuadre resulta un poco forzado dada la dimensión que tiene el Consejo gracioso, que es de ámbito inferior al municipio y que no pretende alcanzar todas las materias de interés socioeconómico para la isla (turismo, pesca, medioambiente, educación, infraestructuras, ...), pero viable dado que el art. 45 de la ley 7/2015 señala que estos órganos pueden darse en municipios de características especiales (como a todas luces es Teguiise dada su peculiaridad territorial), dejando abierta la materia de atención de dicho órgano («agrícolas, ganaderas, industriales, turísticas u otras» –la negrita es nuestra–).

¹⁷ Que será el secretario general del Ayuntamiento de Teguiise, y presentará las características propias de los secretarios de los órganos colegiados en los términos establecidos en el art. 16 de la ley 40/2015, así como las de asistir con voz, pero sin voto, a las sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente, entre otras.

¹⁸ Completan el elenco de vocales, los representantes del grupo de una asociación deportiva, del claustro de profesores del colegio insular, de los jóvenes, de los mayores, de los empresarios, de trabajadores relacionados con el medio ambiente y del grupo socioeconómico de la isla. Aunque la representatividad de las vocalías es muy amplia, debemos señalar la falta de definición de los requisitos para ser nombrado vocal por alguno de los colectivos afectados, especialmente en grupos cuyos rasgos pueden ser discutibles, como el referido al de los jóvenes, al de los mayores y al socioeconómico.

bierno de Canarias; otro vocal, en representación del Cabildo de Lanzarote, cargo que recae en la persona que ostente la consejería de participación de la corporación insular; y hasta tres representantes de entre los concejales del Ayuntamiento de Tegui¹⁹.

Todos los cargos se ejercen a título gratuito, salvo las indemnizaciones que se puedan percibir por los gastos que impliquen el ejercicio de sus funciones. Los vocales son nombrados por el presidente del Consejo, a propuesta de la entidad a la que representan; y también corresponde al presidente cesar a los vocales cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 6 de esos estatutos.

La primera de las causas tasadas es la de expiración del tiempo de vigencia del cargo o del nombramiento. En este sentido, hay que notar que en los estatutos no se define la duración de estos mandatos, suponiendo que dichos cargos se ejercen de manera indefinida mientras los vocales sigan formando parte de la entidad a la que representan, si es que en los nombramientos de los vocales no se define otra cosa, opción que también sería compatible con la redacción de los estatutos. Estrechamente relacionado con esa causa, se encuentra el cese originado en la pérdida, por cualquier causa, de la condición de miembro de las organizaciones o instituciones designadas.

Otras causas de extinción son la defunción (aunque nada se dice de los supuestos de incapacidad) y la resolución judicial que impide ocupar cargo público de esta naturaleza, especialmente cuando se refiera a una condena por delito doloso. Y finalmente se contempla la posibilidad de renuncia, que debe ser aceptada por el presidente. La renuncia debe ser propuesta por la entidad representada, con lo que puede darse la disfunción de que un representante sea «dimitido» por la pérdida de confianza de la entidad a la que representa, por lo que tal vez hubiera sido más lógico arbitrar un supuesto de renuncia pura y otro supuesto de cese por orden de la entidad representada. Las funciones del Pleno son, primordialmente, las de llevar a cabo los actos necesarios para cumplir las funciones que tiene el Consejo atribuidas²⁰. También tiene funciones relacionadas con las actuaciones de la Comisión Permanente, como son las de aprobar (si procede) sus propuestas y su memoria anual. De manera más específica, también se le encomienda la aprobación de sus normas de régimen interior y cuantas resoluciones sean necesarias para su normal funcionamiento, crear las comisiones de trabajo que considere, aprobar los informes que le sean presentados, y formular propuestas al Ayuntamiento de Tegui en torno a los asuntos que son de interés para la isla de La Graciosa. En cuanto al segundo de los órganos del Consejo, la Presidencia, debemos decir que las funciones de su titular son las propias del presidente de cualquier órgano colegiado²¹, y lo mismo se puede predicar de la figura del vicepresidente²².

Finalmente, y al respecto del tercero de los órganos que componen esta institución, es la Comisión Permanente. Este órgano está compuesto por seis miembros de los distintos grupos que conforman el Pleno (de manera que no se prevé la integración de miembros extraños al Consejo), y su Presidencia corresponde a alguno de los miembros procedentes del Ayuntamiento de Tegui a elección del presidente del Consejo. En líneas generales, las funciones que los Estatutos asignan a la Comisión Permanente son las de impulsar el buen funcionamiento del Consejo, asistir y asesorar a la Presidencia²³.

Dado su carácter temporal y voluntario, no se establecen los grupos de trabajo como órganos necesarios del consejo; sin embargo, los estatutos le atribuyen funciones de realización de estudios y actividades

¹⁹ Llamando la atención el hecho de que no se prevean representantes del Estado, que podía haberse materializado en una vocalía para la presencia del Estado en las islas, como puede ser la Delegación del Gobierno de España en Canarias, la subdelegación del Gobierno de España en la provincia de Las Palmas o la Dirección Insular de la AGE en Lanzarote.

²⁰ Y así, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 de los Estatutos, los de propiciar el acercamiento entre la sociedad civil y la ciudadanía, debatir proyectos estratégicos para la isla, realizar propuestas de interés para el desarrollo socioeconómico, ciertas funciones de fiscalización del presupuesto municipal, participar en la redacción de ordenanzas, reglamentos y bases de subvenciones de interés para la isla, elaborar un informe anual y promover un Plan Estratégico cada cuatro años relacionado con la cooperación al desarrollo insular, promover la creación y vitalidad de las asociaciones y entidades del tercer sector en la isla, fomentar las relaciones de La Graciosa con sujetos públicos y privados que puedan incidir en su crecimiento, difundir su actuación para general conocimiento con una cadencia de seis meses, entre otros. Como vemos sus funciones son numerosas, y entre ellas no sólo se encuentran misiones genéricas, sino obligaciones específicas sujetas a un cumplimiento periódico.

²¹ Y en resumidas cuentas las de representar y dirigir la actuación del Consejo, acordar la convocatoria y presidir las sesiones de los Plenos, acordar la convocatoria de las Comisiones (pero no presidirlas), fijar el orden del día de las sesiones, observar el cumplimiento de las leyes, hacer de correa de transmisión entre el Consejo y el Ayuntamiento, crear grupos de trabajo, ... y las demás funciones que se le encomienden.

²² A quien básicamente le corresponde hacer las funciones de presidente durante sus vacancias, así como asumir las funciones que le asigne el presidente del Consejo.

²³ Función esta última coherente con el hecho de que su designación sea realizada por la propia Presidencia del Consejo, a fin de asegurar la confianza con la que deben comulgar ambos órganos.

que les sean encomendados por el Pleno o por iniciativa propia de la Comisión Permanente. Estos grupos podrán estar integrados por miembros del Consejo que así lo deseen, pero nada se dice de expertos externos que quieran integrarse o que quieran ser invitados a formar parte del grupo por iniciativa del Pleno, de la comisión o del presidente.

Un aspecto de gran interés con respecto al funcionamiento de este Consejo, reside precisamente en su naturaleza. En este sentido, llama la atención el hecho de que el actor más reconocible en el panorama de participación política de La Graciosa sea un órgano dependiente del ayuntamiento del que busca obtener más cuota de autogestión, lo que podría descafeinar las acciones a emprender en la materia.

Precisamente en ese sentido, hay que reseñar que en la práctica el funcionamiento formal de este órgano ha sido testimonial. Para ahondar en este asunto, se ha solicitado al Ayuntamiento de Tegui se copia de las actas de las sesiones del Pleno y de la comisión permanente (a través de dos solicitudes de información pública de la que se hablará en su debido epígrafe), para conocer la intensidad de su funcionamiento. Sin ánimo de adelantar los pormenores de ese epígrafe del trabajo, sí debemos reseñar en este apartado que toda la información que hemos recibido por escrito a través del procedimiento de acceso a la información pública desvela que las actas que constan oficialmente en ese ayuntamiento son las relativas a los Plenos celebrados entre 2011 y 2016. En consonancia debemos significar que si desde entonces no se levantan actas de los Plenos del Consejo, no podemos confirmar que se hayan producido nuevas sesiones ni, por supuesto, acceder al contenido de esas reuniones ni verificar que los Plenos se hayan desarrollado conforme a los estatutos de ese órgano²⁴.

En cualquier caso, el hecho de que no se levanten actas plantea a nuestro juicio un panorama bastante desolador porque ello sugiere que el Consejo está inactivo o su funcionamiento se está separando de lo previsto en sus estatutos²⁵, situación que nos hace preguntarnos sobre su grado de actividad y eficacia, así como el grado de independencia de este órgano con respecto al ayuntamiento al que debe dirigir y canalizar las demandas ciudadanas que tiene encomendadas.

Este funcionamiento en todo caso nos hace reflexionar sobre si se está dando un uso óptimo de esta herramienta que debería funcionar como figura clave en la participación ciudadana de los vecinos de esa isla. Y la más importante de las preguntas que se nos suscitan gira en torno a la conveniencia de usar un modelo de participación orgánica auspiciado desde la misma Administración que puntualmente puede verse afectada por las reivindicaciones que puedan plantear los vecinos.

IV. SOLICITUD DE INFORMACIÓN AL CABILDO DE LANZAROTE

Con el ánimo de aclarar las opciones escogidas por las autoridades competentes para la estudiar la realidad administrativa de la isla, se dirigió en octubre de 2021 una consulta al Cabildo de Lanzarote a fin de conocer los avances jurídicos ya esbozados por esa corporación insular en torno al encaje jurídico con que iba a ordenar la posición de La Graciosa en su organización administrativa. En concreto, se le preguntó al Cabildo acerca de la existencia de cualquier informe relativo al cambio de denominación de esa corporación por un nombre que incluyese a la isla de La Graciosa²⁶. Pero también se le dirigió la pregunta de saber qué informes se habían redactado en torno a las consecuencias jurídicas que acarrea la insularidad que el art. 65 EAC proclama en favor de La Graciosa.

²⁴ A este respecto hemos de recordar que el art. 12 de los Estatutos llama al secretario a levantar acta de las sesiones del Pleno y a custodiar dichas actas respectivamente en las letras b y f.

²⁵ Y, de hecho, según fuentes municipales, nos comunican telefónicamente que en la actualidad el Consejo está funcionando como una «reunión de vecinos» que trasladan sus comentarios a la presidenta del Consejo, para que esta a su vez las traslade al Ayuntamiento en su calidad de concejala del Ayuntamiento, lo que no hemos podido corroborar ante la ausencia precisamente de las actas de las reuniones celebradas en el Consejo.

Fuera como fuese, estos hechos nos hacen preguntarnos si esta mecánica que se sale de las prescripciones estatutarias es la más conveniente para el funcionamiento y el cumplimiento de los fines del Consejo. En efecto, de esta supuesta mecánica podemos deducir que se podrían tamizar algunas de las propuestas y problemas debatidos en el seno del Consejo y que podrían no ser correctamente derivadas a las instancias municipales de Tegui se. Decimos por tanto que no apreciamos garantías suficientes para asegurar el papel canalizador del Consejo a la hora de apurar los asuntos de interés para los vecinos de La Graciosa hasta el Ayuntamiento de Tegui se.

²⁶ Pues así lo había comunicado el entonces consejero de Presidencia, Hacienda y Contratación del Cabildo de Lanzarote a varios medios de comunicación, entre ellos, el periódico local Lancelot Digital, en noticia de 6 de marzo de 2019, donde hablaba de que estaba a la espera de un informe jurídico para iniciar los trámites del cambio de nombre de la Corporación insular. Disponible en <https://www.lancelotdigital.com/lanzarote/cabildo-de-lanzarote-y-la-graciosa> y consultado por última vez el 26 de agosto de 2022.

Cuatro meses después de la realización de la consulta, se recibió respuesta del Cabildo denegando nuestra solicitud de información pública por la supuesta inexistencia de información alguna al respecto. Es decir, el Cabildo aseguraba no tener ningún informe al respecto, lo que motivó por nuestra parte la interposición de la pertinente reclamación al Comisionado de Transparencia de Canarias en los términos establecidos en el párrafo segundo de la disposición adicional séptima Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública²⁷.

La reclamación se basó en varios puntos:

- En primer lugar, expresamos nuestra incredulidad en torno a la inexistencia de la información solicitada. Ello en razón a los anuncios que se han estado publicando en los medios locales sobre los avances en la materia, donde algunas autoridades se presentaban optimistas ante las bondades con las que el estatus administrativo propuesto iba a incrementar el bienestar de los ciudadanos de La Graciosa²⁸; pero también con otros usos más concretos, como el uso de la denominación «Cabildo de Lanzarote y La Graciosa» en cuentas oficiales de la corporación insular como reza en el perfil de ese Cabildo en la plataforma YouTube²⁹.
- En segundo lugar, alegamos el acompañamiento de la resolución reclamada con un informe sin firma ni fecha, anomalía que a nuestro juicio supone un deslucimiento de los principios de buen gobierno y de los requisitos que deben presentar los informes en que reposan las decisiones administrativas para brindar las debidas garantías al ciudadano en sus relaciones con las administraciones públicas.

En el curso de la reclamación, el Comisionado se dirigió al Cabildo para recabar su postura, quien perseveró en el hecho de que esa corporación no contaba con la información solicitada, y que, en efecto, el informe en el que se basó su resolución denegatoria no estaba debidamente firmado.

Y ahí quedó todo. Las pesquisas del Comisionado no ahondaron en averiguar o contrastar la veracidad de los hechos, dando por buenas las explicaciones del Cabildo de Lanzarote, con lo que se resolvió la desestimación de nuestra reclamación³⁰ apoyándose en el fundamento de que la LTAIPBG sólo habilita el acceso a la información existente³¹.

En efecto, es lógico pensar que no se puede acceder a información que no ha sido elaborada, y así se desprende claramente del art. 13 LTAIPBG, pero de ser cierta la inexistencia de esa información, nos llena de perplejidad contemplar que un hito en la consideración jurídica de un territorio tan particular como La Graciosa no haya tenido repercusiones, ni visos de estudio, por parte del Cabildo de Lanzarote. Que esa Corporación insular no cuente, como asegura, con informes relacionados con las consecuencias que ha de acarrear en su organización administrativa nos empuja a preguntarnos sobre la repercusión real de la proclamación de la insularidad de La Graciosa y si, por tanto, esta actitud es reveladora de una de las sospechas

²⁷ BOC núm. 5, de 9 de enero de 2015, BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2015.

²⁸ Así lo anunció el entonces consejero de Presidencia, Hacienda y Contratación del Cabildo de Lanzarote ante un medio de comunicación regional, quien aseguró en 2019 que el cambio de denominación de la corporación insular estaba siendo estudiada por esa institución para incluir a La Graciosa en su nombre; y también se aseguró que se iban a pedir una modificación específica de la legislación tributaria canaria para dispensar un trato singular a los vecinos de la isla, a fin de obtener un reparto específico en los fondos del Régimen Económico y Fiscal canario, para lo que sí existía ya un informe, de acuerdo con las declaraciones recogidas por el periódico regional Canarias7. <https://www.canarias7.es/canarias/lanzarote/votacion-para-tener-cabildo-de-lanzarote-y-de-la-graciosa-YB6737122>, consultado por última vez el 26 de agosto de 2022.

²⁹ Cuyo perfil, visitado por última vez el 1 de septiembre de 2022, se puede comprobar a continuación: <https://www.youtube.com/c/comunicacioncabildolanzarote/featured>

³⁰ Resolución 64/2022, desestimatoria sobre solicitud de información al Cabildo de Lanzarote relativa a informes sobre la insularidad de La Graciosa y cambio de nombre de la corporación insular, del Comisionado de Transparencia de Canarias.

³¹ Y para ello cita la Sentencia 60/2016, de 25 de abril de 2016, del Juzgado Central Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid, a propósito de una solicitud de información dirigida a la RTVE. Que, tras una revisión a varias de las resoluciones publicadas en la página web del Comisionado, pudimos constatar que es una jurisprudencia citada de manera bastante reiterativa por esa autoridad de transparencia cuando la entidad demandada le asegura que la información no existe. A pesar de parecer un criterio decepcionante para la garantía de la transparencia de los sujetos obligados en Canarias, en cierta medida se trata de una solución bastante práctica, puesto que deja expedita la vía contenciosa para resolver la contradicción entre las partes en sede judicial. Esta vía, sin embargo, es mucho más gravosa, lo que no puede ser soportado por cualquier ciudadano; y precisamente nosotros no activamos esa vía dado que rebasaba el objetivo de nuestro trabajo (no tratamos de hacer una investigación periodística tendente a averiguar la veracidad de las declaraciones de nuestros responsables públicos) y tampoco disponíamos del tiempo ni del dinero necesario para activar un recurso contencioso en el marco de esta investigación. Nos conformamos por tanto con dar por buenas las explicaciones dadas por las autoridades insulares, por más que hayamos reseñado declaraciones emitidas por los responsables públicos hablando de la puesta en marcha de informes, así como la existencia de otros elementos que apuntan a una integración de la denominación de La Graciosa en la del Cabildo de Lanzarote.

que nos auspició el curso de esta investigación. Estas circunstancias por tanto dejan en el aire la duda de saber si el tratamiento de la que debiera ser la organización administrativa de La Graciosa por parte del Cabildo de Lanzarote es un caso de «ley manifiesto» operado por el legislador (el canario primero, y el estatal después) en la redacción del nuevo EAC³².

Por ello, debemos valorar como posible conclusión que la gestión constatada y examinada hasta la fecha sea la consecuencia de la aprobación de una mera «ley manifiesto» en la que la voluntad de materializar algún aspecto concreto de esa insularidad sea insuficiente para encontrar la solución jurídica ideal a la organización administrativa de La Graciosa³³.

V. SOLICITUD DE INFORMACIÓN AL AYUNTAMIENTO DE TEGUISE

Los días 18 y 19 de abril de 2022 dirigimos al Ayuntamiento de Tegui se sendas solicitudes de acceso a la información pública, a fin de recabar una serie de datos necesarios para la elaboración de este trabajo. La información que se solicitó fue, en concreto, la siguiente:

- Acta del Pleno del Ayuntamiento de Tegui se de 9 de diciembre de 2021³⁴.
- Copia de la iniciativa popular «La Graciosa, la octava isla» que ha sido recibida en el Ayuntamiento de Tegui se, según se habló en el Pleno de dicho ayuntamiento de 9 de diciembre de 2021.
- Copia de la instancia realizada al Cabildo de Lanzarote para promover la creación de una pedanía en La Graciosa (si es que se ha realizado tal instancia).
- Copia de la instancia realizada al Gobierno de España y a las Cortes para promover la creación de una pedanía en La Graciosa (si es que se ha realizado tal instancia).
- Copia de la instancia realizada al Parlamento de Canarias y al Gobierno de Canarias para promover la creación de una pedanía en La Graciosa (si es que se ha realizado tal instancia).
- Saber cuántas veces se ha reunido el Pleno del Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa y cuántas veces se ha reunido la Comisión Permanente del Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa.
- Copia de las actas de todas las sesiones del Pleno del Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa y de la Comisión Permanente del mismo órgano, para saber qué se ha deliberado y acordado.
- Copia del acuerdo por el que se aprobaron los Estatutos del Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa.
- Toda la información de interés jurídico que me puedan facilitar sobre ese órgano de participación ciudadana dependiente del Ayuntamiento de Tegui se.

Como quiera que estaba a punto de vencerse el mes con el que se activaba el silencio negativo, y con la voluntad de evitar la frustrante experiencia que vivimos con el Cabildo de Lanzarote, decidimos llamar al ayuntamiento a fin de preguntar en qué estado se encontraba nuestra solicitud, en los términos previstos en el art. 53 LPAC³⁵.

La respuesta inicial que nos dieron telefónicamente los empleados municipales fue bastante sorprendente, y ello porque en un primer momento mostraron reticencias a concedernos la información solicitada,

³² Pues no olvidemos la naturaleza dual de la que están imbuidos los Cabildos insulares, como señalan estudios muy interesantes al respecto. Sarmiento Acosta (2003, pp. 1085-1107). Y también Suay Rincón (2006, p. 172).

³³ La otra opción que habría quedado abierta, de haber sido insuficientes las pesquisas del Comisionado e inciertas las afirmaciones del Cabildo durante el procedimiento de acceso, contrastaría con algunas erratas dimanantes tanto de la resolución, como la referencia que el Comisionado hace de la Oficina de Información del Cabildo de Fuerteventura, cuando debía referirse a la de Lanzarote.

³⁴ Pues si bien hemos podido visionar el vídeo colgado en internet con la sesión grabada, no teníamos acceso al acta de ese Pleno, que no estaba publicada en la página web municipal a fecha de la consulta, y ni siquiera a día de 1 de septiembre de 2022, en que se revisaron estos datos por última vez, y como se puede comprobar directamente en el siguiente enlace: <https://sede.teguise.es/transparencia/indice/indicador/GCAN/13>

³⁵ Paralelamente nos pusimos en contacto por escrito con la presidenta del Consejo, quien nos respondió lacónicamente a algunas de nuestras preguntas (no a todas) para poder conocer mejor el funcionamiento del Consejo y las iniciativas realmente practicadas por las autoridades municipales. Para mayor ahondamiento, hemos de decir que algunas de sus respuestas, por ejemplo, las referidas a la existencia de actas del Pleno del Consejo, no concuerdan con la respuesta oficial dada por el Ayuntamiento. Pues mientras la presidenta del Consejo nos ha asegurado que ese órgano se reúne con periodicidad, desde el Ayuntamiento nos aseguran que no existen actas de esas reuniones, con lo que nosotros no tenemos constancia de las mismas. Debemos reseñar que esa actitud, que nos ha sorprendido y nos produce sincera confusión, nos lleva a vivir en primera persona la conclusión de que opacidad e incongruencia en las informaciones que facilitan los gestores públicos generan verdaderamente dudas y sensación de incertidumbre en torno a la gestión de los poderes públicos.

considerando que parte de esa información era accesible en la página web³⁶, otra parte no se podía encontrar en el ayuntamiento³⁷, y la otra no tenía la consideración de información pública³⁸.

Pero esa respuesta institucional rápidamente cambió, ya que ese mismo día nos hicieron llegar vía telemática varios correos sin oficio con parte de la información solicitada como documento adjunto³⁹. Y en concreto:

- Acta del Pleno del Ayuntamiento de Teguise de 9 de diciembre de 2021⁴⁰.
- Copia de las actas de las sesiones del Pleno del Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa desde 2011 hasta 2016⁴¹.
- Copia del acuerdo por el que se aprobaron los Estatutos del Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa.

Con respecto a la otra información, los empleados que nos atendieron nos comentaron telefónicamente que no consta en los registros de ese ayuntamiento que se hayan realizado las instancias de las que se habló en el Pleno de 9 de diciembre de 2021 ni actas de las sesiones de la Comisión Permanente del Consejo. Y nada nos comentaron con respecto a la documentación relativa a la iniciativa «La Graciosa, la octava isla», lo que nos interesaba enormemente dado el papel que parecía estar jugando la participación ciudadana en la conformación de la estructura administrativa de la isla.

A fin de verificar la compleción de esa información, dirigimos dos reclamaciones al Comisionado de Transparencia de Canarias, cuya respuesta fue emitida en sendas resoluciones, la 186/2022 y la 188/2022.

En la resolución 186/2022 la autoridad canaria de transparencia nos reconoció el derecho de acceso, aunque hemos de advertir que no fue posible realizar un examen circunstancial que explicara en qué medida los obstáculos que el ayuntamiento considerase para impedir nuestro acceso debían ser removidos. En realidad, y según la resolución de referencia, el ayuntamiento no presentó alegaciones, ni siquiera aportó expediente administrativo al procedimiento, y la autoridad de transparencia se limitó a estimar nuestro derecho a conocer la documentación ausente en el envío de documentos que el ayuntamiento tuvo a bien realizar el día 12 de mayo⁴².

En lo que respecta a la resolución 188/2022, el Comisionado de Transparencia de Canarias resolvió de manera idéntica. Pues reconoció que la información solicitada era de carácter público y que el ayuntamiento estaba obligado a entregárnosla. Además, se dieron las mismas circunstancias que con respecto a la otra resolución, dado que el consistorio ni presentó alegaciones ni entregó el expediente a la autoridad de transparencia.

A pesar de esas resoluciones, a la fecha de envío de este artículo para su publicación no se ha recibido ninguna información más por parte de ese ayuntamiento⁴³.

De este modo, dejamos explicada así nuestra experiencia en torno a esa solicitud de información pública, cuyo resultado es que no pudimos acceder a toda la información solicitada a ese ayuntamiento, presumiendo entonces su inexistencia por más que algunas de esas documentaciones hayan sido objeto de

³⁶ No era accesible pues la información no se encontraba alojada en la página, y el empleado municipal nos dijo que no conocía la página web del Ayuntamiento, con lo que no nos podía guiar para encontrar los datos necesarios. Es el caso de las actas del Pleno del Ayuntamiento, pues algunas habían sido colgadas en la página web, y otras no (siendo una de ellas precisamente la que queríamos consultar).

³⁷ Es el caso de las actas del Consejo de la Ciudadanía de La Graciosa.

³⁸ Es el caso de las instancias que acordaron enviarse a las distintas autoridades solicitando el cambio en la LRBRL para la excepción en la regulación de las pedanías.

³⁹ Se trataron de varios correos enviados por un empleado municipal sin resolución expresa ni texto en el cuerpo de los correos, solamente los documentos que se detallan en este trabajo.

⁴⁰ Aun asegurándonos que este documento ya era accesible en el sitio web municipal, cosa que no era cierta tal y como pudimos comprobar en varias ocasiones, la última de ellas el 1 de septiembre de 2022, cuyo enlace ya compartimos unas líneas más arriba.

⁴¹ Asegurándonos telefónicamente el empleado municipal que desde 2016 no se levantaba acta de las reuniones porque el secretario no lo consideraba necesario, lo que contradice la versión dada por la presidenta de ese Consejo, quien nos ha asegurado por escrito que el secretario es el primero en sentarse en esas reuniones, las cuales se siguen celebrando en este año de 2022, y que su presencia es un requisito fundamental para el desarrollo de las sesiones y la conformación de las respectivas actas.

⁴² En consonancia, tras realizar por nuestra parte una llamada telefónica al Ayuntamiento interesándonos por su voluntad para el cumplimiento de la resolución, recibimos como respuesta una promesa de un empleado municipal que nos aseguró que el Ayuntamiento no contaba con más información que la que nos facilitaron en su momento, y que me lo haría llegar por escrito para que así constase formalmente.

⁴³ De manera que nos podemos hacer una idea del escaso recorrido que ha tenido el cumplimiento del acuerdo tomado en el Pleno de 9 de diciembre de 2021 a la fecha del envío de este artículo, y de las escasas actuaciones realizadas en torno al Consejo de Ciudadanía de La Graciosa (al menos que hayamos podido constatar). Pero también del trato tan poco proactivo que se ha dado a nuestras solicitudes de información pública y a los requerimientos del Comisionado de Transparencia por parte de ese Ayuntamiento.

debate en el Pleno municipal de 9 de diciembre de 2021 e incluso nos hayan sido comentadas por la presidenta del Consejo de Ciudadanía de La Graciosa. Con estos mimbres solamente podemos dejar expuesta nuestra experiencia sobre la actuación por parte del consistorio, que es por cierto la virtud y finalidad de la transparencia administrativa, para general conocimiento y construcción de la opinión pública con respecto a la eficiencia y eficacia de sus representantes políticos.

VI. CONCLUSIONES

En este tiempo, y tras la aprobación del EAC 2018, no se han producido verdaderas innovaciones normativas alrededor de la cuestión de La Graciosa, hecho que en una primera aproximación podría comprenderse a la luz de los esfuerzos depositados por los poderes públicos para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Sin embargo, son varios los elementos que permiten dibujar cuál será el camino que recorrerá el legislador canario para dar sentido a la nueva consideración de la que ha de gozar la isla de La Graciosa de conformidad con su tratamiento en el EAC.

La primera premisa en la que se asientan nuestras conclusiones reside en la asunción de que la insularidad de La Graciosa en el EAC y en la resolución del Senado es un mero manifiesto, o incluso un exceso semántico, con el que el estatuyente simplemente pretende dotar a esa comunidad de personas de una denominación diferente a la de los islotes, pequeños y deshabitados, que salpican la geografía al noreste del archipiélago canario. Esta proclamación sería por tanto un uso político de las herramientas legislativas disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, que amenaza con vaciar de contenido la autonomía local que la Constitución Española reconoce a las islas de nuestro país.

Con ello, parece que el legislador canario había dejado abonado el campo para habilitar un régimen específico de desconcentración para la isla de La Graciosa, proponiendo una pedanía para la gestión de sus intereses sin desagregarse del Ayuntamiento de Teguiise ni del Cabildo de Lanzarote. Esta propuesta se articula a través de la legislación en materia de régimen local canario, y en concreto en lo establecido en la disposición adicional segunda de la ley 7/2015. Dicha propuesta está en consonancia con lo prescrito en el EAC 2018, pero no así con la regulación de bases del régimen local prescrita por la LRBRL en su actual redacción.

Por todo lo anterior, podemos concluir que la insularidad que se reconoce a La Graciosa no se equipara en el plano administrativo con la insularidad del resto de islas, a las que el orden constitucional ampara reconociendo su autonomía y atribuyéndoles una organización administrativa particular que en el ámbito de Canarias reside en la figura de los Cabildos Insulares. Que la consideración de la realidad insular de La Graciosa presenta un carácter *sui generis* dentro del régimen, ya de por sí especial, que se atribuye a las islas en nuestro ordenamiento jurídico. Y que ese trato específico para La Graciosa supone básicamente una vía de dignificación de los vecinos de esa isla, que en el plano jurídico recibían el extraño trato de islotes deshabitados. Pero la proclamación de la insularidad de este territorio no puede quedarse en una mera declaración, por más que presente los trazos propios de una ley-manifiesto o de un exceso semántico. En efecto, existe un margen para encontrar una fórmula que permita compatibilizar la naturaleza insular de La Graciosa con las escasas opciones que nuestra regulación de régimen local admite.

El legislador canario es consciente, y así parece demostrarlo cuando lo prevé, de que la búsqueda de un régimen específico que permita la organización desconcentrada de esta isla pasa necesariamente por una reforma de la LRBRL. Y hasta entonces se limita a dejar prevista la creación de una entidad desconcentrada con personalidad jurídica propia en La Graciosa, que no podrá materializarse hasta que la LRBRL admita, bien con carácter general o de manera excepcional, dotar de personalidad jurídica a las entidades locales menores.

En todo caso, los resultados de estas investigaciones se han topado con una experiencia bastante interesante en términos de transparencia. La falta de diligencia y proactividad por parte de las autoridades municipal e insular nos ha hecho reflexionar sobre el grado de implantación de la cultura de la transparencia en nuestras instituciones, de la que no podemos dar más datos que los de nuestra experiencia puntual. Asimismo, nos ha parecido que la relativa rapidez que ha mostrado el Comisionado de Transparencia de Canarias para atender a nuestras reclamaciones no iba al son de la efectividad de las funciones que tiene encomendadas, pues por nuestra parte aún no tenemos claro que realmente no existan los documentos solicitados al Cabildo de Lanzarote y no creemos que desde el Comisionado de Transparencia se hayan realizado unas pesquisas demasiado intensas, más allá de dar por buenas las explicaciones ofrecidas por parte de las autoridades reclamadas.

La participación es otro de los elementos clave que se examinan en este trabajo, vista la implantación que se ha pretendido realizar desde el propio Ayuntamiento de Tegui. Nos debemos preguntar si es una medida óptima la de plantear una fórmula de participación orgánica dependiente directamente del ayuntamiento, institución con la que el Consejo de Ciudadanía de La Graciosa podría mantener puntualmente algún conflicto de interés, y para la que actualmente no existen garantías de su efectividad, a la vista del funcionamiento que está experimentando y que no hemos podido fiscalizar como hubiéramos querido. Finalmente, y a fin de matizar el grado de implementación de la participación en el desarrollo administrativo de la isla, debemos señalar que el Consejo de la Ciudadanía es un órgano que debe ser presentado con las debidas cautelas, pues si bien es cierto que presenta un potencial inédito para la promoción institucional de la participación ciudadana, esta participación sería, a nuestro juicio, mucho más efectiva si concursase con otras fórmulas más independientes del consistorio municipal.

LEGISLACIÓN DE REFERENCIA

Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982.

Estatuto de Autonomía de Canarias de 2018.

Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

OTROS DOCUMENTOS

Estatutos del Consejo de Ciudadanía de La Graciosa (BOP Las Palmas, núm. 155, de 3 de diciembre de 2010).

Acta del Pleno de 9 de diciembre de 2021 del Ayuntamiento de Tegui.

Resolución 64/2022 Comisionado de Transparencia.

Resolución 186/2022 Comisionado de Transparencia.

Resolución 188/2022 Comisionado de Transparencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Armas Castilla, N. (2019). Comentarios sobre la insularidad de La Graciosa en el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias, *Anales de la Facultad de Derecho*, 36, 85-93. <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2019.36.03>

López Aguilar, J. F. y García Mahamut, R. (2019). El nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias: «tercera generación», hecho diferencial y nuevo sistema electoral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 13-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.01>

Pérez Díaz, P. (1977). *El problema canario* [Cuadernos Canarios de Ciencias Sociales, 2]. Centro de Investigación Económica y Social de la Caja Insular de ahorros de Gran Canaria. Disponible en <https://mdc.ulpgc.es/utills/getfile/collection/MDC/id/85724/filename/123168.pdf>

Sánchez Morón, M. (2018). *Derecho Administrativo, parte general*. Tecnos.

Sarmiento Acosta, M. J. (2003). Los Cabildos Insulares de Canarias. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 291, 1085-1107. <https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9209>

Suay Rincón, J. (2006). Sobre los Cabildos Insulares y su caracterización institucional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 300-301, 165-197. <https://doi.org/10.24965/reala.vi300-301.9295>