

21. Jurisprudencia sobre materias de Administración Local

Jesús Royo Crespo

Letrado-Asesor de la Diputación Provincial de Zaragoza

SUMARIO

- I. Régimen Local: organización y funcionamiento.
- II. Régimen de sesiones.
- III. Estatuto de los miembros de las entidades locales.
- IV. Las Diputaciones Provinciales y sus competencias. La cooperación con los municipios.
- V. Población y demarcación territorial.
- V. Población y demarcación territorial.
- VI. Procedimiento Administrativo y Administración Electrónica.
- VII. Protección de datos y transparencia.
- VIII. Contratación.
- IX. Personal.
- X. Subvenciones.
- XI. Urbanismo.
- XII. Recursos de las Haciendas Locales y ordenanzas fiscales.

El extenso ámbito objetivo de actuación de las Entidades Locales y el amplio número de pronunciamientos judiciales que sobre dicho ámbito existen, sin duda dificultan establecer una sintaxis de la jurisprudencia en el ámbito local.

Las diferentes competencias que el ordenamiento jurídico en su conjunto, y la normativa sobre régimen local en particular, reconoce a las Corporaciones Locales, permiten que la intervención e incidencia de estas últimas en muchos aspectos en la vida social, económica o cultural de sus ciudadanos, sea cada vez más intensa. Además, debe ser considerado que nos encontramos en un sector jurídico donde las interacciones con otros agentes privados y públicos se han incrementado exponencialmente.

Todo ello ha permitido lograr un mayor conocimiento y experiencia en la implementación de políticas públicas y en general de la actuación de los Entes Locales pero como toda moneda existe otra cara, que en este caso es el de la conflictividad generada por la propia actuación que se realiza por los agentes locales.

En consecuencia con lo señalado en los párrafos anteriores, esa conflictividad se manifiesta en los distintos recursos interpuestos ante los Juzgados y Tribunales, dando lugar a un extenso número de resoluciones judiciales.

En orden a seguir una sistemática que permita conocer algunas de las sentencias más relevantes dictadas en los últimos años procederemos a citarlas efectuando un breve análisis de las mismas y atendiendo a algunos aspectos del índice general de la presente Guía.

I. RÉGIMEN LOCAL: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

En una primera aproximación al régimen local desde la perspectiva de la organización y funcionamiento, sin duda, ocupa un lugar preferente el derecho de participación de los cargos electos locales; pues debe ser considerado como uno de los elementos más elementales en las normas de organización y funcionamiento en las Entidades Locales, de esta forma.

En este sentido, queremos destacar la STSJ Asturias Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 mayo 2014, confirmando la vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 23 CE, imponiendo al Ayuntamiento la obligación de facilitar al concejal recurrente el acceso a la información sobre libros de registros de entradas y salidas, pues el mismo alcanza a toda información que se estime necesaria para el debido ejercicio de la función de fiscalizar y controlar la gestión municipal. Recayendo el derecho a la información sobre los datos recogidos en un registro público, ninguna intimidad cabe invocar por parte de la corporación demandada.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1, Ávila, de fecha 13 de febrero de 2017, núm. 19/2017, rec. 204/2016, sobre concejales no adscritos, establece que el derecho a participar, con voz y voto, en las comisiones informativas de las corporaciones locales forma parte del contenido esencial del derecho de representación del que son titulares los miembros de la corporación individualmente considerados (SSTC 32/1985 de 6 de marzo, 30/1993 de 25 de enero, 141/2007 de 18 de junio, 169/2009 de 9 de julio), sin perjuicio de que en las reglas de voto de dichas comisiones haya de guardarse la debida ponderación del voto que garantice su proporcionalidad con la representación que ostenten los diferentes grupos políticos y los miembros no adscritos.

El derecho de integración en las comisiones informativas de la corporación municipal, no puede configurarse como un derecho que corresponde «exclusivamente» a los miembros de la corporación integrados en los distintos grupos políticos, diferencia de trato entre concejales, según estén o no integrados en un grupo político, que resulta contraria al art. 23.2 CE, pues priva a determinados concejales (los no adscritos) de una facultad que forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental, cuya titularidad corresponde al cargo electo y no al grupo político por el que haya sido elegido.

Sobre la doctrina jurisprudencial de dicho derecho fundamental procede resaltar, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 246/2012, de 20 de diciembre de 2012, dictada como consecuencia de las cuestiones de inconstitucionalidad 1992-2010 y 7128-2010, Sentencia publicada en el BOE núm. 19 de fecha 22 de enero de 2013, «Para dar cumplida respuesta a la cuestión planteada conviene comenzar recordando que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, «el art. 23.2 CE, en lo que ahora interesa, consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando

el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiendo ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el art. 23.2 CE acceso, permanencia y ejercicio está delimitada con arreglo al propio precepto constitucional por la necesidad de llevarse a cabo en condiciones de igualdad y de acuerdo con los requisitos que señalen las leyes». (STC 298/2006, de 23 de octubre, FJ 6).

En consecuencia, hemos destacado el carácter de configuración legal del derecho previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3), en el sentido de que corresponde a la ley fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que «una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en que se integren» (por todas, SSTC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; 169/2009, de 9 de julio, FJ 2; y 29/2011, de 14 de marzo, FJ 4).

Por esta razón, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23 CE es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del art. 23 CE no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante público, «pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa» (por todas, SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 64/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 141/2007, FJ 3; 169/2009, FJ 2 y 29/2011, FJ 4).

Sobre la fijación del número mínimo de concejales necesarios para la formación de los Grupos Políticos, la STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de fecha 28 de noviembre de 2017, núm. 834/2017, rec. 419/2016, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en STS de fecha 20 de mayo de 1988, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 1ª (STS 3792/1988), manifiesta que la composición del número para la constitución de grupos políticos puede ser regulada en los Reglamentos Orgánicos del Ayuntamiento y que ello es más conveniente que establecer una regla general para todos los Ayuntamientos, atendiendo a las peculiaridades de cada municipio, pues hacerlo de otra forma podría impedir en muchos pequeños Ayuntamientos la formación de más de un grupo político o haría excesivamente elevado el número de los que podrían formarse en las grandes poblaciones, razón por la que el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, que dedica a los grupos políticos los artículos 23 a 29, omitió, muy probablemente de forma deliberada, la fijación del número mínimo de Concejales necesarios para la formación de los grupos políticos, por entender que no debe ser uniforme para todos los Ayuntamientos, peculiar por tanto de la organización y funcionamiento de cada Corporación, que por ello debe ser regulada en sus propios Reglamentos.

De manera similar, la STS Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 4ª de fecha 15-09-1995 (STS 4563/1995), al analizar si la constitución del Grupo Mixto puede realizarse por acto administrativo lo niega y en consecuencia afirma como contenido propio del Reglamento Orgánico la constitución del Grupo Mixto «Constituye materia típica de los Reglamentos propios de cada Corporación la regulación de la formación de los grupos políticos y la incorporación a ellos de los Concejales del Pleno como, sobre la base de la redacción muy genérica del ROFRJEL en la materia, que obliga a remitir a las reglas de cada Corporación (así lo hace el art. 26 del referido Reglamento), se afirma en la sentencia de la antigua Sala Quinta de 20 de mayo de 1988».

II. RÉGIMEN DE SESIONES

La STC 81/1991, de 22 de abril, F. 2, ya señalaba que «cuando está en juego el ejercicio de las facultades legalmente reconocidas a los cargos públicos, es el art. 23.2 CE el directamente afectado, puesto que el mismo comprende no solo el acceso a los cargos y empleos públicos en condiciones de igualdad y en los términos que señalen las Leyes, sino también la permanencia en dichos cargos en iguales términos, sin la cual el acceso podría devenir un derecho meramente formal. Ello sin perjuicio de la estrecha relación de ambos apartados del art. 23 CE y de que la vulneración del derecho reconocido a permanecer en el cargo y a ejercerlo sin perturbaciones ilegítimas afecte también como consecuencia al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes». Es precisamente, esta fundamentación la que nos da pie a analizar distintas sentencias en las que se ha podido ver afectados los principios constitucionales a los que la Sentencia del Tribunal Constitucional hacía referencia. De este modo, la STSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 enero 2014, sobre la inclusión de materias propuestas por concejales en un pleno municipal y votación de las mismas, estima el recurso de apelación y declara que se ha violado el derecho fundamental, consignado en el art. 23.2 CE, de los concejales que pidieron la celebración de un pleno extraordinario del Ayuntamiento apelado, y que es radicalmente nulo el decreto municipal en cuanto no recoge la totalidad de los puntos del orden del día propuestos, y no permite la votación del único punto del orden del día discutido. El TSJ considera que las cuestiones rechazadas son materias propiamente municipales y de naturaleza local que afectan al control del actuar del equipo de gobierno y su manera de conducir la corporación y que por lo tanto, son susceptibles de ser debatidas en el pleno por ser el lugar donde deben ser discutidas, sirviendo de medio de control de los ediles de la oposición respecto de la labor del equipo de gobierno.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en Sentencia 2407/2016 de 10 Nov. 2016, Rec. 2937/2015, decide sobre el cómputo del plazo para interponer el recurso de un acuerdo de pleno municipal por los concejales que han votado en contra; considerando la fecha inicial la correspondiente al día de la sesión en que fue votado el acuerdo (art. 211.3 del ROF). Así lo tiene declarado de manera muy reiterada el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias (SSTS de 5 de julio de 1999 -casación 8518/1996-, 3 de abril de 2003 -casación 3245/1996- y 26 de mayo de 2003 -casación 6995/2000-).

Esta última sentencia de 26 de mayo de 2003, que recuerda y reitera esa doctrina jurisprudencial, se expresa en los siguientes términos: «Por lo que atañe al segundo de los motivos, en el que se alega infracción del artículo 58.1 de la Ley Jurisdiccional por defectuoso cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso, no puede prosperar pues la doctrina que sostiene la sentencia de instancia no es distinta de la mantenida por esta Sala en su sentencia de 27 de marzo de 2003 y las que en ella se citan, donde se afirma: «El artículo 211.3 del ROF, es taxativo al afirmar que el plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el mismo. Poco importa la supresión en el caso del recurso de reposición, ya que es necesario mantener la fecha de celebración de la sesión como «dies a quo» para el cómputo de los plazos para recurrir...».

III. ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DE LAS ENTIDADES LOCALES

En materia de retribuciones, y respecto a la determinación del límite total de las retribuciones de los miembros de las corporaciones locales ha de hacerse en atención a los objetivos de estabilidad presupuestaria, de conformidad con los principios y estructura establecidos por la legislación estatal, y dentro de las competencias atribuidas a los órganos (forales) por el bloque de constitucionalidad, que no incluyen las de hacienda general, estabilidad presupuestaria y legislación básica de régimen local (artículo 149-1. 14.ª y 18.ª) que corresponden al Estado, o las de régimen local que corresponden

a la Comunidad Autónoma; En la STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 257/2016 de 15 Jun. 2016, Rec. 386/2016, se procede a la anulación del nuevo régimen retributivo del Alcalde con efectos retroactivos.

Sobre el régimen de incompatibilidades, el deber de abstención que recae en los miembros corporativos hay que enmarcarlo en el principio constitucional por el que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, (artículo 103.1 y 3 CE), siendo consecuencia de este mandato las normas generales sobre abstención y recusación de las Autoridades y personal de las Administraciones Públicas, como garantizadoras del principio de neutralidad, que exige mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales, según se señalaba en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y en la actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículo 23), así como en el artículo 76 de la Ley 2/1985 (LRBRL) y en el artículo 21 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

En esta línea, la STS de 15 de julio de 2003 RJ 2003/5964, declaró: «...La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece la obligación de abstenerse de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas. Estas pueden ser determinantes de la falta de imparcialidad subjetiva u objetiva necesaria para garantizar que los acuerdos que adopten o en cuya formación participen se adecuen a los fines de intereses público fijados por el ordenamiento jurídico y sean ajenos a cualquier circunstancia que pueda ser indicativa de sujeción a intereses ajenos al fin de la actividad administrativa o de la supresión o disminución de las garantías de imparcialidad y neutralidad establecidas por la Ley para garantizar el acierto de las decisiones por parte de los órganos que integran las Administraciones Públicas...».

El deber de abstención que debe exigirse a los miembros corporativos se proyecta sobre cualquier ámbito de actuación de la Entidad Local, de esta forma, en el ámbito urbanístico, es interesante destacar la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 2105/2016 de 28 Sep. 2016, Rec. 2599/2015, en la que se declara la nulidad del Programa de Actuación Integrada (PAI) por la incorrecta actuación del Alcalde durante la tramitación, pues dado su interés personal en el procedimiento no solo debió abstenerse de participar en la votación, sino que tampoco debió intervenir, ni dirigir ni presidir el Pleno, por la influencia decisiva en la formación de la voluntad del órgano colegiado, convocando, presidiendo y dirigiendo el Pleno, en la discusión y deliberación de los asuntos sobre los que tenían un evidente interés personal y que le afectaban personalmente. Además al tratarse de un procedimiento de elaboración y tramitación complejo, resulta igualmente contraria a derecho su participación en los trámites previos.

IV. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y SUS COMPETENCIAS. LA COOPERACIÓN CON LOS MUNICIPIOS

Al referirnos a las Diputaciones Provinciales y sus competencias es ineludible, hacer referencia a la autonomía local y a la construcción de este concepto desde la garantía institucional. Sin duda, ha sido el Tribunal Constitucional quien ha concretado esta cuestión al señalar que «...la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza...».

Los artículos 137 y 140 CE son los preceptos que reconocen la autonomía local y que gozan de garantía institucional. La garantía institucional reconoce el derecho que tienen las Entidades Locales a participar en la gestión de sus intereses a través de los órganos e instituciones que la Ley les reconoce (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre; 170/1989, de 19 de octubre). Asimismo, es preciso que para poder participar en los intereses que les son propios, las Entidades Locales deben poseer herramientas que permitan hacer efectiva dicha autonomía, sin duda nos estamos refiriendo a las potestades (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre; 170/1989, de 19 de octubre; 148/1991, de 4 de julio; 46/1992, de 2 de abril). De modo que el reconocimiento de esas potestades es el contenido mínimo (en función de los intereses que debe tutelar) de la garantía institucional de la autonomía local, que como concepto jurídico indeterminado debe concretarse en tiempo y lugar.

El Tribunal Constitucional, según se advierte en la sentencia 109/1998, de 21 de mayo, acogiendo la doctrina precedente expuesta en las sentencias constitucionales 32/1981 y 27/1987, afirma que la garantía de la autonomía provincial que se proclama en los artículos 137 y 141 de la Constitución significa que estas Corporaciones de ámbito territorial provincial constituyen «entidades locales» encomendándose su gobierno y administración autónoma a las Diputaciones y otras Corporaciones de carácter representativo que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, que presupone la atribución de un haz mínimo de competencias para atender a la gestión autónoma de los intereses provinciales cuya delimitación se atribuye al legislador.

La autonomía provincial refiere el supremo intérprete de la Constitución, que debe ser entendida como el derecho de la Comunidad local a participar a través de órganos propios de cuantos asuntos le atañen, constituye en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal.

La concreción del respeto a la autonomía local se ha ido desarrollando a lo largo de los últimos cuarenta años en diferentes resoluciones judiciales bien por parte de la jurisdicción ordinaria bien a través del propio Tribunal Constitucional. Sirva a título de ejemplo algunas recientes sentencias donde se ha podido delimitar o salvaguardar la autonomía local (provincial).

Destacamos la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia 192/2017 de 24 Feb. 2017, Rec. 223/2016, en la que se somete a revisión jurisdiccional, en virtud de recurso formulado por Diputación Provincial de Castellón de la Plana el Decreto 26/2016, de 4 de marzo, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se fijan las directrices de coordinación de las propias de las diputaciones provinciales de Alicante, Castellón y Valencia en materia de turismo. En esta cuestión, el TSJ de la Comunidad Valenciana expresa la vulneración del principio de reserva legal. Teniendo el Decreto impugnado por objeto el fijar las directrices de coordinación para el ejercicio de las funciones propias de las Diputaciones en dicha materia, declarada de interés general, debió dictarse a tal fin la oportuna Ley aprobada por las Cortes de la Comunidad, según exigen los arts. 66.3 del Estatuto de Autonomía y 52 de la Ley autonómica de Régimen Local.

Desde el ámbito constitucional, hacemos referencia a la STC 27/2016 de 18 Feb. 2016, Rec. 2599/2013, en la que se plantea un conflicto en defensa de la autonomía local; sin embargo, el Alto Tribunal, acuerda la inadmisión del mismo planteado por las Diputaciones Provinciales de Almería, Granada, Málaga y Cádiz contra el Decreto-ley 5/2012, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía, alegando falta de legitimación de las impugnantes.

En relación con esta cuestión, el TC ha tenido la oportunidad de aclarar que, en consonancia con la naturaleza exclusivamente competencial del conflicto en defensa de la autonomía local, la impugnación de una norma con rango de ley a través del proceso regulado en el capítulo IV del título IV LOTC puede producirse en dos hipótesis distintas: (i) de un lado, en caso de norma con destinatario único, se exige la afectación individual y exclusiva del ámbito de autonomía del único ente local impugnante; (ii) de otro lado, en el caso de normas con pluralidad de destinatarios, se requiere entonces una afectación conjunta del ámbito de autonomía de las diversas entidades que acuden a esta vía específica de defensa de sus competencias (STC 132/2014, de 22 de julio, FJ 2).

Justifica el TC que las Diputaciones no promueven el proceso constitucional en la condición de sujetos directamente afectados por la norma discutida, sino que lo hacen para defender una competencia ajena, cuya titularidad corresponde a todos o algunos de los municipios incluidos en su respectivo ámbito territorial.

Como señala el Tribunal Constitucional, resulta indispensable que la norma impugnada tenga una incidencia directa en el ámbito de autonomía propio del ente o entes locales que entablan el conflicto, siendo exigible, por ello, la concurrencia de una situación material de menoscabo de dicho ámbito, que sea atribuible a la norma impugnada y de la que derive el interés del impugnante en el restablecimiento de su competencia.

Ni la naturaleza estrictamente competencial del proceso ni la concreta regulación del mismo permiten sostener que una Diputación Provincial pueda acudir al conflicto en defensa de la autonomía local para defender competencias estrictamente municipales.

«...la legitimación de la provincia para entablar el conflicto en defensa de la autonomía local, como destinataria única o conjunta de la norma impugnada, exige que la disposición discutida tenga una incidencia directa en su propio ámbito de atribuciones. No puede, pues, admitirse que una diputación provincial impugne, a través de este proceso constitucional, una norma con rango de ley para denunciar una vulneración de intereses o competencias exclusivamente municipales como tampoco puede admitirse que, a la inversa, sean los municipios los que utilicen este cauce procesal para tratar de depurar una violación de una competencia estrictamente provincial. Y es que la disociación de los requisitos formales de legitimación del art. 75 ter.1 LOTC sobre la existencia una previa afectación del propio ámbito de autonomía de los entes impugnantes llevaría, no solo a admitir que las diputaciones pudieran reclamar, en nombre de los municipios de su territorio, la titularidad de una determinada competencia municipal, sino también a aceptar la posibilidad inversa de que fueran los municipios de la letra b) del art. 75 ter.1 los que pudieran entablar el conflicto en defensa de la autonomía local para denunciar la vulneración de una competencia propia de una diputación. Es obvio que semejante interpretación no tiene cabida en la regulación del art. 75 ter.1 LOTC, precepto que, al reservar en su letra a) la impugnación de la ley con destinatario único a un solo sujeto legitimado (el municipio concretamente afectado y no la provincia en cuyo ámbito territorial se encuentra), ya rechaza implícitamente que las diputaciones provinciales puedan arrogarse toda capacidad de impugnación en defensa de una competencia municipal. Además, en las siguientes letras b) y c), se distingue con claridad cuáles son los entes legitimados, municipios o provincias, en función de si la afectación directa lo es al número de los municipios o provincias que allí se especifican.

Asimismo, que las diputaciones provinciales ejerzan funciones de *«asistencia y cooperación con los municipios, especialmente con los de menor población»*. Ambas previsiones contempladas en los distintos Estatutos de Autonomía resultan, a su vez, coherentes con el art. 25.2 LRBRL, y en lo que se refiere al urbanismo como competencia propia de los municipios, así como con el art. 36.1 b) de la misma Ley de bases, que contempla expresamente la función de la diputación provincial de *«asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y gestión»*.

Exige en todo caso, que esa asistencia que puede tener lugar o dicho en palabras del TC *«el concurso de la voluntad de los municipios correspondientes»*, deben ser solicitadas a la diputación provincial o concertarla con esta

Tales funciones de asistencia sirven, desde luego, para *«asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales»*, supliendo todas aquellas carencias técnicas, económicas o materiales que impidan su efectivo despliegue, pero en modo alguno pueden confundirse con una supuesta función general de garantía que atribuya a las diputaciones provinciales, no ya la facultad de auxiliar a los entes municipales con los medios técnicos, económicos o materiales pertinentes, sino la capacidad de sustituir unilateralmente la voluntad de estos a efectos de entablar un proceso judicial. El Tribunal Constitucional completa su argumentación manifestando que: *«Tampoco puede compartirse que el mero dato de que la función auxiliar de las diputaciones provinciales se extienda al sector del urbanismo suponga una afectación de las competencias provinciales, ya que dicha capacidad de asistencia es meramente accesoria y no se ve controvertida de forma directa por la regulación discutida. La única competencia en juego es, pues, la estrictamente municipal»*.

Y concluye señalando que *«No cabe, en definitiva, atribuir a las diputaciones impugnantes más interés en el pleito que nos ocupa que la defensa objetiva del ordenamiento constitucional, interés que en este caso no es suficiente para poner en marcha un proceso que, como hemos visto, no tiene encomendada una específica función nomofiláctica»*.

Por otra parte, en materia de cooperación con los municipios. Sobre la naturaleza y sentido de la cooperación en las relaciones interadministrativas ya ha tenido ocasión el Tribunal Supremo oportunidad de pronunciarse (de todas la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 3 Abr. 1998, Rec. 1346/1992).

Así, en STS 18 Jul. 1997 (Secc. 4.ª), ha puesto de relieve que, aunque sin estar expresamente recogida en el texto constitucional, la colaboración y cooperación de las distintas Administraciones Públicas forman parte del sistema como elemento inherente, según ha señalado en STC 18/1982, de 4 mayo, pero ninguna de sus manifestaciones puede producirse con infracción de los postulados constitucionales y los condicionamientos impuestos por el propio ordenamiento jurídico, especialmente en lo que se refiere al diseño de las respectivas competencias que puede verse afectado cuando se establecen mecanismos que resulten contrarios a la propia autonomía municipal. Y ello es así tanto en lo que se refiere al art. 57 Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, relativo a los consorcios y convenios administrativos como instrumentos de cooperación económica, técnica y administrativa entre las distintas Administraciones (Local, del Estado y de las Comunidades Autónomas), como en las manifestaciones específicas o mecanismos típicos de cooperación -a los que la parte denomina de cooperación reglada-, como son característicamente, según veremos, los Planes Provinciales de Cooperación de Obras y Servicios (art. 36 Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y arts. 31 a 34 TR de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, TR LRL). Y en esta línea jurisprudencial debe incluirse la doctrina que se deduce de las SS 23 Jun. 1989 y 1 Sep. 1990 y 6 Abr. 1993, según la cual, al tiempo de reconocerse explícitamente la competencia de las Diputaciones Provinciales para la aprobación anual del Plan Provincial de Cooperación, se advierte de la necesaria participación de los municipios de la provincia. De manera que, en ningún caso, la autonomía de las entidades locales puede verse afectada por las funciones de cooperación de otras Administraciones Públicas (art. 10.2 y 3 Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local).

Además, una de las notas propias de la cooperación es, sin duda, la voluntariedad, como señala la STC 21 Dic. 1989: *«La diferencia existente entre las técnicas de cooperación y de coordinación encuentra una adecuada expresión en la Ley de Bases, dado que, junto a los arts. 57 y 58, en los que se expresan estas técnicas cooperativas, ya sean funcional u orgánicamente, en los arts. 10.2, 59 y 62 se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas. Si bien tanto unas como otras se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque, sin alterar en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de las competencias de los entes en relación, lo cierto es que las consecuencias y los efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables. La voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación -ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado- es, por sí mismo un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas»*.

V. POBLACIÓN Y DEMARCACIÓN TERRITORIAL

En materia de demarcación territorial, destacamos la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 28 Ene. 2013, Rec. 213/2010 sobre segregación de municipios por el que desestima recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Comunidad Valenciana, confirmándola y por ende, el Decreto de la Generalidad Valenciana, que denegó la solicitud de segregación de un barrio, perteneciente al Ayuntamiento de Valencia, para constituir un nuevo municipio independiente.

El rechazo a la segregación se basó en que la Comisión Promotora de aquella no había acreditado el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su autorización. En concreto, a juicio del Gobierno de la Comunidad Autónoma, la propuesta:

a) No había alcanzado la mayoría prevista en el artículo 9.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, reiterado en el artículo 11.1 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, para el supuesto de procedimientos

de segregación cuya iniciativa corresponde a los vecinos del núcleo afectado. En este sentido, de los documentos obrantes en el expediente, que la petición contó inicialmente con 3.698 firmas de vecinos y, tras la adhesión posterior, con 4.620 de una población censada de 12.566 habitantes, de los que, a 1 de abril de 2004, 10.464 eran mayores de 18 años, por tanto, no se alcanza la mayoría exigida en el citado precepto, y ello, aun añadiendo las adhesiones posteriores a las aportadas con la solicitud. Es criterio jurisprudencial la relevancia de la mayoría exigida por el Reglamento en relación con la existencia de un núcleo de población territorialmente diferenciado- art. 13.2 de la Ley 7/1985 - (STS de 15 de marzo de 2005), criterio que también exige la referencia de las adhesiones al momento de formalización de la solicitud (STS de 10 de mayo de 2002), además, *‘la voluntad mayoritaria de un grupo de vecinos de segregar la parte del territorio de un término municipal en el que residen no es por sí solo determinante de la resolución de la Administración que debe basarse en causas objetivas tendentes a acreditar la incidencia de un hecho diferencial, que en orden a la mejor gestión de los intereses de una agrupación humana requiere la creación de un nuevo municipio ...’* (STS de 31 de octubre de 2000).

b) No había acreditado que el barrio constituyera un núcleo de población territorialmente diferenciado, ni que contara con recursos económicos suficientes para el ejercicio de sus futuras competencias, ni que garantizara la calidad de los servicios públicos a recibir por sus vecinos, a los efectos del artículo 13.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Así, lo pone de, manifiesto la distancia estimada, entre 500 y 700 metros, de las edificaciones más próximas del barrio al continuo urbano de Valencia. Es más, la delimitación de su ámbito territorial tampoco fue precisada inicialmente por la actora llegando a aceptar, expresamente, la que se fijara por la Comunidad Autónoma. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la imposición como exigencia mínima para poder articular una nueva entidad local autónoma de la necesidad de que concurra el presupuesto de un núcleo de población territorialmente diferenciado que cuente con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y no suponga disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados, no es contraria a la autonomía local (STC 214/1989), que no puede desvincularse ni disociarse de que para constituir efectivos núcleos de población que configuren una nueva entidad local, deben concurrir los requisitos del elemento poblacional y del elemento territorial con suficiente entidad para ser calificados como tales (SSTC 170/1989, 214/1989, 308/1994).

c) La delimitación territorial del futuro nuevo municipio no cumplía los requisitos mínimos exigibles, de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, en un supuesto especialmente complejo.

d) No se había acreditado el interés público subyacente a la constitución del nuevo municipio, como correspondía hacer a la recurrente (STS de 16 de mayo de 2001). La falta, pues, de acreditación de autofinanciación suficiente del municipio cuya constitución se pretende mediante la segregación revela, también y además, su improcedencia.

Por lo expresado es innecesario tratar si concurre en el caso un interés público suficiente y acreditado a cuyo amparo se haya solicitado la segregación porque, como ha resuelto el Tribunal Supremo, todos los requisitos exigidos por las citadas normas, legales y reglamentarias, han de concurrir acumulativamente (SSTS de 16 de mayo de 2001 y de 3 de mayo de 2004) por lo que, la falta de cualquiera de ellos, determina el rechazo de la pretensión de segregación.

En fecha más reciente, en materia de extensión y límites de términos municipales, también el Tribunal Supremo en Sentencia 12 de febrero de 2018, núm. 207/2018, rec. 3602/2015 desestima el recurso de casación, interpuesto por el Ayuntamiento de Ansó, contra la sentencia de 4 de noviembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 955/2014 por el que se declara ajustada a derecho la Resolución de la Dirección General de la Coordinación de Competencias de las Comunidades Autónomas las Entidades Locales de fecha 23 de abril de 2014, por la que se confirma, a título provisional, la extensión y límites de los municipios de Ansó y Fago.

El problema se había planteado por la Dirección General de Coordinación de Competencias de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que inició un expediente para fijar con carácter provisional los términos municipales de los citados Ayuntamientos porque se estaba produciendo una irregularidad constatare que se centraba en que el Ayuntamiento de Fago aparecía sin Término municipal. La actora se refiere en su demanda a los problemas existentes desde el siglo XIX entre ambos municipios, en concreto desde 1830 en que se optó por la división y expone que de hecho Ansó ha ejercido sus competencias en todo el territorio excepto el casco urbano de Fago. En este caso, se refiere a que la Dirección General ha iniciado unilateralmente un procedimiento fijando provisionalmente la extensión y límites de ambos Ayuntamientos pero parte de un hecho erróneo, y se refiere a que cada uno de los Ayuntamientos tiene su término municipal.

Alega en su demanda que el art. 12 de la Ley 7/1985 se refiere al ejercicio de competencias de los municipios y la competencia para resolver discrepancias está atribuida a la Diputación General de Aragón según Decreto 346/2002. Entiende que la Administración General del Estado actúa con una extensiva facultad que supuestamente le confiere el art. 14 del R.D. 382/1986 y considerar que el REL debería constatar la realidad jurídica y la provisionalidad lo deberá haber sido respecto de los términos vigentes.

La Dirección General de Coordinación con las CCAA y Entidades Locales considera que es competencia de la Comunidad de Aragón a tenor del art. 9, c del R.D. 1690/1986 iniciar y resolver un procedimiento de deslinde, pero en tanto ello es así se anota como delimitación provisional la contenida en las certificaciones del Instituto Geográfico Nacional de 8 de agosto de 1995.

Las resoluciones impugnadas parten de la base de que la competencia para resolver discrepancias entre términos municipales corresponde a la Comunidad de Aragón pero en este caso se trata de dar una solución provisional y para ello se tomaron los datos expresados en certificaciones de Instituto Geográfico Nacional de 3 de agosto de 1995, que son los datos que constan en el Registro de Entidades Locales y sobre los que se ha dado suficiente publicidad. Se trata de una decisión provisional y no creada ex novo.

El Real Decreto 382/1986, de 10 de febrero que crea organiza y regula el funcionamiento del Registro de Entidades Locales, dispone en su art.1 que: *«1. Se crea en el Ministerio de Administración Territorial, Dirección General de Administración Local, el Registro de Entidades Locales que dependerá de la Subdirección General de Administración Local».*

Añade por su parte el art. 2 que: *«1. En el Registro de Entidades Locales, de carácter público, se practicará una inscripción por cada una de las existentes en el territorio de la nación española. A tal efecto son Entidades Locales todas aquellas a que se refiere el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril».*

El art.3 del Real Decreto 382/1986 recoge los aspectos concretos que han de constar en la inscripción registral. El art. 5 dispone que: *«En las inscripciones registrales de cada Entidad Local se harán constar los datos que, para cada una de ellas, se especifican en el artículo 3 de este Real Decreto».*

Para solventar el debate suscitado en este recurso de casación el TS rechaza que concurra en este supuesto la circunstancia que la recurrente aduce como causa de la vulneración denunciada: la existencia de una verdadera delimitación o deslinde del territorio municipal de Fago que afecta a sus competencias municipales y a las de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Sentado lo anterior, el TS no estima la infracción de los artículos 12 y 13 la Ley de Bases de Régimen Local, y del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, relativos a la competencia de las Comunidades Autónomas en relación a la alteración de los términos municipales.

La resolución objeto de impugnación, dictada por la Dirección General de Coordinación de Competencias de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales -y la posterior de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas-, se limitan a corregir la irregularidad advertida a raíz de la comprobación realizada por el Instituto Nacional de Estadística y del Instituto Geográfico Nacional, en relación con la superficie correspondiente al Municipio de Fago, pues figuraba hasta el momento tal municipio sin asignación de superficie alguna. Esta irregularidad y la imposibilidad de que solo un Ayuntamiento no contara con el correspondiente territorio, es la razón por la que se inicia la tramitación del correspondiente expediente, con audiencia

de la Diputación Provincial de Huesca, de la Dirección General de Administración Local del Gobierno de Aragón y de los municipios afectados -de Fago y Ansó- a fin de fijar los límites de ambos municipios con arreglo a la certificación expedida por el Instituto Geográfico Nacional de 3 de agosto de 1995, que contiene los datos con los que han figurado en el Registro de Entidades Municipales. Y dicha resolución se adopta en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 382/1986, por el que se crea, organiza y regula el funcionamiento del Registro de Entidades Locales y que contempla en su artículo 3 los requisitos de las inscripciones de los municipios, siendo el presupuesto contemplado en el apartado c) el de la extensión superficial y límites del término municipal. Por su parte, el artículo 9 de dicho Real Decreto regula los procedimientos para la inscripción de las modificaciones o cancelaciones de los datos que figuran en el registro de Entidades Locales, con remisión al procedimiento de inscripción ex artículos 5 al 8 del aludido Real Decreto, que prevén la comunicación al órgano competente de la Comunidad Autónoma.

De lo anterior se infiere que no se han invadido las competencias correspondientes a la Comunidad Autónoma de Aragón. Y es que es claro que, además que se comunicó a la Dirección General de Administración Local de la Comunidad Autónoma de Aragón la tramitación del expediente la Administración demandada no ha realizado ninguna actuación de deslinde o delimitación del término municipal cuya competencia corresponda a la Comunidad Autónoma de Aragón y así lo indica la propia resolución impugnada que, al rechazar las alegaciones de las Corporaciones concernidas, señala que *«no le corresponde dirimir las diferencias de orden territorial y en ambos casos sería necesario realizar unas operaciones de delimitación o deslinde cuya aprobación es competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón»*.

Debemos concluir subrayando, una vez más, que la resolución de la Dirección General impugnada se ciñó a confirmar, a los efectos de la inscripción en el Registro de Entidades Locales, con arreglo al Real Decreto 382/1986 -y a título meramente provisional- la extensión y límites de los municipios de Ansó y de Fago con los datos expresados en las certificaciones del Instituto Geográfico Nacional, dejando, claro está, salvaguardadas las competencias propias que corresponden a la Comunidad Autónoma Aragonesa, que no se ha personado en este procedimiento.

Finalmente, en materia de población, destacamos la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Sentencia 810/2017 de 9 May. 2017, Rec. 3346/2016, en la que la Alta Magistratura desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Calatayud contra el RD 1079/2015, de 27 noviembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2015, por ser conforme a derecho.

En este asunto, el TS trae a colación, la sentencia de 22 de septiembre de 2000 -recurso núm. 204/1999-, recuerda que *«en el nuevo sistema lo relevante no lo es tanto la gestión individualizada de cada Padrón municipal, sino la coordinación de todos ellos por parte del Instituto Nacional de Estadística»*; y la de 25 de septiembre de 2000 -recurso núm. 198/1999-, señala que no hay presunción alguna de acierto en las cifras del padrón municipal, y que es misión del INE, mediante un procedimiento informatizado (como ha realizado en este caso) la «depuración» de las cifras del padrón, dando de baja fallecimientos que no consten en el municipio, o evitando duplicados. Así lo señala también la sentencia de 22 de abril de 2003 -recurso núm. 14/2002-:

«Consecuencia inherente al reconocimiento de dicha facultad de la Administración Central es su falta de vinculación automática a las cifras remitidas por los Ayuntamientos. Sobre la base de estas el Instituto Nacional de Estadística ha de acometer su oportuna depuración efectuando los contrastes con el resto de ficheros patronales o con los datos resultantes de otros registros que puedan tener incidencia en aquellas cifras; fruto de este contraste -que el Instituto Nacional puede acometer disponiendo como dispone de los datos de todos los municipios españoles- es la detección de duplicados, bien intramunicipales o intermunicipales, para concluir en la cifra final que más tarde aprobará el Consejo de Ministros».

Por ello, se niega (así sentencias de 17 de noviembre de 2003 -recurso núm. 27/2002-, y 4 de febrero de 2004 -recurso núm. 26/2002-) toda presunción de acierto a las cifras del padrón municipal. Y, por contra, en la indicada sentencia de 4 de febrero de 2004 -recurso núm. 26/2002-, recuerda la presunción de validez del Real Decreto impugnado, que solo una suficiente prueba de error puede destruir, señalando tal sentencia que la prueba adecuada sería un «informe cualificado», pues se trata de una labor «técnico estadística más que jurídica», informe que en este asunto no se propone.

La cifra de población es un hecho objetivo, que no puede verse condicionado por las consecuencias que puedan derivarse de que sea una u otra a los efectos de los servicios que hayan de prestarse en función de la misma, la percepción de subvenciones o la participación en los tributos del Estado. Así se recuerda por la sentencia de 22 de abril de 2003 -recurso núm. 14/2002-: *«Por último, las referencias que se hacen al quebranto que no superar la cifra de 20.000 habitantes tiene para la Hacienda Municipal, para la calificación del Ayuntamiento, con reducción de su participación política y afección a servicios esenciales prestados, en nada pueden hacer variar el sentido del censo, ya que este responde a cifras reales, sin tener en consideración otras circunstancias de oportunidad que no han de incidir en la legalidad del acto»*.

VI. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

La nueva situación que se produjo a partir del pasado 2 de octubre de 2016, cuando tuvo lugar la vigencia de las leyes 39/2015, de 2 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público suponen la incorporación de la administración electrónica, desde el nacimiento del expediente hasta su conclusión, esto es, desde el registro de solicitudes hasta su archivo, pasando por comunicaciones entre administraciones electrónicas, informes y propuestas de igual cuño, y que venía justificada tras el éxito de la elektronificación en las administraciones tributaria y de la seguridad social, en términos de celeridad y comunicación, y que hay que entender, como no puede ser de otra manera, que ya serían el sistema utilizado para sus comunicaciones con dichas administraciones por parte de la mercantil recurrente, y que ahora se implanta para todo procedimiento en toda administración.

No obstante, el legislador y ante la problemática que suponía para la ciudadanía, acaba imponiendo la obligación de comunicación electrónica en sus relaciones con las administraciones públicas a las personas jurídicas, así como a los profesionales que se relacionen con la administración, con una moratoria para las personas físicas.

Sobre la materialización de remisión de requerimiento de presentación electrónica de documentación a una empresa, la STSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 20-12-2017, núm. 504/2018, rec. 286/2017, señala que el art. 14.2 de la Ley 39/15 es claro al decir: *«En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: a) Las personas jurídicas»*.

Por otra parte, y ante el problema de que muchas administraciones no dispusiesen de recursos o capacidad para llevar a cabo la instauración del sistema de registro electrónico, se salvaba con la colaboración de la administración estatal, poniendo a disposición de entes locales plataformas y medios, o con la colaboración leal de las comunidades autónomas, de manera que se garantice la interoperabilidad de sistemas y medios tecnológicos, y que es el ámbito al que va dirigido el plazo transitorio de dos años adicionales concedido por la Disposición Final Séptima de la Ley 39/2015, para implantar el registro electrónico, el registro de empleados públicos habilitados, el punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo único electrónico. O sea, se obliga a comunicarse electrónicamente a las personas jurídicas con las administraciones cuando estas ya dispongan de los dispositivos electrónicos para recibir, registrar e impulsar.

Y siguiendo un paso más, la Disposición Adicional Segunda, pues es donde viene a establecer que para cumplir con lo previsto en materia de registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de la Administración, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán adherirse voluntariamente y a través de medios electró-

nicos a las plataformas y registros establecidos al efecto por la Administración General del Estado. Su no adhesión, deberá justificarse en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En el caso que una Comunidad Autónoma o una Entidad Local justifique ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que puede prestar el servicio de un modo más eficiente, de acuerdo con los criterios previstos en el párrafo anterior, y opte por mantener su propio registro o plataforma, las citadas Administraciones deberán garantizar que este cumple con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas.

Concluye la Sentencia que *«siendo por ello potestativo adherirse al sistema de registro y plataforma estatal, es donde tiene cabida el sistema elegido y utilizado por el Ayuntamiento de Albacete, a través del cual se requería a la mercantil su comunicación»*.

Sobre NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS, resulta interesante conocer la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016 (rec. 2841/2015), en la que en primer lugar destaca la importancia de las notificaciones administrativas en tanto *«cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente la oportuna interposición de los recursos procedentes»* (STC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 2) y *«que lo relevante en las notificaciones no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas o haya podido tener conocimiento del acto notificado, en dicho sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2015, rec. cas. 680/2014; puesto que la finalidad constitucional, a la que antes se hacía mención, se manifiesta en que su finalidad material es llevar al conocimiento de sus destinatarios los actos y resoluciones al objeto de que estos puedan adoptar la conducta procesal que consideren conveniente a la defensa de sus derechos e intereses y, por ello, constituyen elemento fundamental del núcleo de la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizada en el art. 24.1 de la Constitución española (CE), sentencias del Tribunal Constitucional 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3, ó 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2. Este es el foco que en definitiva debe alumbrar cualquier lectura que se haga de esta materia, lo que alcanza, sin duda, también a las notificaciones electrónicas»*.... *«se exige a la Administración extremar el celo, y la desproporción entre las consecuencias y la conducta negligente de la empleada en relación con la imperfecta notificación electrónica, para concluir, por las especiales circunstancias del caso concreto, que otra solución colocaría al contribuyente en situación de indefensión»*.

Sobre el SILENCIO POSITIVO. STS de la Sala contencioso-administrativa de 19 de marzo de 2011 (rec. 3388/2015).

Conforme a la doctrina jurisprudencial la interpretación que del citado artículo 43.1.2 de la Ley 30/1992.

En relación con este precepto y, tal como sostiene la parte recurrida en casación, la doctrina jurisprudencial ha establecido reiteradamente que *«la Ley 30/1992 quiere que en los casos de desestimación presunta de un recurso de alzada interpuesto contra una desestimación presunta, el silencio sea positivo»*. En estos términos literales se pronunció la STS de 8 de enero de 2013 (RC 3558/2010), cuya doctrina es coincidente, en esencia, con la expresada, entre otras, en las SSTS de 15 de marzo de 2011 (RC 3347/2009) y 17 de julio de 2012 (RC 5627/2010). Y, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues -como se establece con claridad en las SSTS de 15 de marzo de 2011 (RC 3347/2009), 17 de julio de 2012 (RC 5627/2010), 17 de julio de 2012 (RC 5627/2010) y 5 de diciembre de 2014 (RC 3738/2012) - para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad. En parecidos términos se pronuncia la más reciente STS núm. 1.053/2017, de 14 de junio de 2017 (RC 3481/2015), que refuerza esa misma conclusión invocando la jurisprudencia sentada al respecto y citando, singularmente, la STS de 8 de enero de 2013 (RC 3558/2010) que, en relación con los efectos del silencio positivo y sus presupuestos, señalaba: *«Si después de toda esta exposición, hubiéramos de comenzar a estudiar si el interesado tenía o no derecho a lo que pedía - tal como dice la Administración en la resolución impugnada-, en tal caso la figura del silencio positivo carecería de todo sentido y de cualquier finalidad razonable. Esto sin perjuicio de la facultad de revisión de oficio que tiene la Administración. (Aunque solo, a mayor abundamiento, debemos decir que la parte recurrente parece tener razón respecto del fondo del asunto...)»*.

De esta manera -a través de este último incisodestacaba la referida STS núm. 1.053/2017 el hecho de que la STS de 8 de enero de 2013 hiciera esas declaraciones y, por tanto, admitiera la producción de efectos del silencio positivo *«pese a reconocer la improcedencia del derecho reclamado en aquel proceso»*. En consecuencia, a la vista de la reiterada jurisprudencia establecida en relación con la cuestión planteada, podemos concluir afirmando que en el supuesto contemplado, una vez operado el silencio positivo por la doble desestimación presunta, los efectos del mismo no podían ser neutralizados por la Administración argumentando la falta de los requisitos esenciales para la adquisición del derecho a la inscripción por el solicitante, pues *«la Administración pudo y debió poner esas objeciones antes de que se hubiese producido el silencio, conforme a la normativa que estaba obligada a aplicar»* (como recuerda la STS núm. 1.053/2017, antes citada).

Por tanto, la sentencia impugnada en casación se ajustó a derecho al considerar que la Administración debió admitir los efectos del silencio positivo y permitir la inscripción definitiva de la entidad solicitante en el Registro de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica en régimen especial, sin perjuicio de que, en su caso, después y por el procedimiento legalmente establecido, pudiera ejercitar su facultad de revisar la inscripción realizada.

Sobre la interposición de recursos entre administraciones públicas. El artículo 44 de la LJCA establece:

«1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.

(...) 2. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad».

Como señala Tania Bernaldo en el artículo publicado en LegalToday en fecha 3 de mayo de 2018, es preciso distinguir cuando una Administración Pública actúa ejerciendo potestades públicas.

El Tribunal Supremo en la Sentencia 5034/2016, de 14 de noviembre, resuelve sobre un supuesto en el que un Ayuntamiento interpone un recurso de reposición frente a una resolución de la Consejería de Obras Públicas por entender que se ha extralimitado de sus competencias. En este supuesto el Tribunal Supremo sentencia que:

«el Ayuntamiento no actúa como un particular, sino investido de poder ante otra Administración, viniendo a cuestionar precisamente que la Consejería de Obras Públicas se había extralimitado en sus competencias invadiendo las propias en materia de urbanismo, de ahí que le fuera de plena aplicación el artículo 44 de la ley de la Jurisdicción».

Por tanto, en el presente caso procedía la interposición del requerimiento previo y no de un recurso administrativo.

Y cuando una Administración Pública actúa como un particular. El Tribunal Supremo en Sentencia 786/2017, de 28 de febrero, zanja el asunto en dos líneas:

«Que AENA actúa en el procedimiento de expropiación en concepto de beneficiaria, no en calidad de Administración Pública. No le es pues de aplicación el artículo 44 de la Ley Jurisdiccional».

O en la Sentencia 4015/2015, de 29 de septiembre:

«(...) el Ayuntamiento actuara investido de sus potestades administrativas, sino como el particular expropiado y con la finalidad de que se fijase el justiprecio en igualdad de condiciones Buena prueba de ello, y se deja constancia en la sentencia, es que el Ayuntamiento actuaba en dicho expediente sin estar investido de potestad administrativa alguna para poder adoptar decisión alguna sobre el objeto del mismo, la fijación del justiprecio, que es la característica y el fundamento del trámite previo a la vía contencioso-administrativa».

En ambos casos el Tribunal Supremo establece que procedía la interposición del correspondiente recurso administrativo.

VII. PROTECCIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA

Protección de datos y transparencia son dos caras de la misma moneda, la cuestión que se plantea a menudo es como dar satisfacción a ambos derechos y conseguir un equilibrio sin que alguno de ellos se vea afectado hasta el punto de perder su esencia, como dice Gema M.^a Ortega Expósito «Transparencia versus Protección de datos», publicado *ElDerecho.com*: «La labor fundamental para otorgar una solución a tal encrucijada se centra en establecer unas condiciones en el ejercicio de cada uno de los derechos por parte de la persona física o jurídica de que se trate, estableciendo unas cortapisas, unos límites al despliegue de esos intereses en la esfera jurídica particular, pues el ejercicio ilimitado de ese derecho aisladamente por parte de un individuo o ente podría friccionar con los intereses que ostentan terceros, por la lógica razón de vivir en sociedad».

En materia de protección de datos, procedemos a exponer algunos de las resoluciones judiciales de reciente publicación. En primer lugar, la STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1.^a, S 20-12-2017, núm. 634/2017, rec. 103/2017, desestima el recurso presentado por un particular ante el Ayuntamiento por el que se denegó solicitud formulada por el actor de que se le hiciese entrega de copia íntegra del expediente relativo a su hija menor de edad, obrante en el Centro de Información a la Mujer y en el Área de Servicios Sociales del ente local demandado, así como de cualquier otro informe, valoración, evaluación o incidencia que tenga relación con la expresada menor y que obre en las dependencias municipales.

La razón de dicha denegación estriba, por un lado, en que la petición no se refiere a un expediente administrativo en sí mismo, sino a informes y actuaciones practicadas en torno a una menor respecto de la cual el solicitante solo ejerce la patria potestad compartida, correspondiendo la custodia, con exclusividad a la madre; y, por otro, que en dichos informes constan datos tanto de la niña como de su madre que, por su naturaleza, no deben ser conocidos por el padre y gozan del amparo que les otorga la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El carácter reservado de la información obrante en las dependencias municipales en relación a la menor viene impuesto no solo porque aquella afecta a circunstancias de tipo privado, personal e íntimo de la propia menor, sino que contiene referencias a cuestiones y situaciones particulares que afectan a la madre de esta y que, obviamente, no tienen por qué ser conocidas por el demandante. No olvidemos que, si bien ambos padres comparten el ejercicio de la patria potestad sobre su hija, la custodia sobre ella la desempeña en exclusiva su madre.

Cierto es que el actor solo pretendía, en su solicitud, obtener los datos relativos a su hija, pero ya el Ayuntamiento demandado destacó, por un lado, la imposibilidad de deslindar tales datos de los personales de la progenitora y, por otro, que la petición no se refería a un expediente administrativo, sino a datos recogidos en informes y actuaciones realizados sobre la menor por los Servicios Sociales municipales.

También es cierto que la Agencia Española de Protección de Datos, en respuesta a solicitud del actor formulada ante ella con posterioridad a la interposición del presente recurso jurisdiccional, equiparó los datos interesados a una historia clínica de la menor, por lo que consideró que la madre de esta venía obligada a facilitar aquella información al recurrente; y a ello no se opone la madre siempre y cuando se excluya toda referencia a su persona. Pero no es menos cierto que aquel pronunciamiento de la Agencia en modo alguno resulta vinculante para el Ayuntamiento demandado ni condiciona, salvo el valor que a efectos probatorios pueda atribuírsele, la decisión de los órganos de la jurisdicción.

El TSJ de Galicia concluye que nadie discute la condición de interesado que ostenta el actor respecto al tratamiento asistencial de su hija menor, ni la aplicación, en consecuencia, de lo prescrito por el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, dado que es el padre de la misma y a la vez ejerce la patria potestad compartida sobre ella; pero, como sucede en el caso enjuiciado, cuando ese interés colisiona con derechos de la menor o de su madre, de carácter fundamental, dicha aplicación normativa debe ceder ante la prioritaria defensa o tutela de esos derechos prevalentes y la patria potestad, de la que nacería aquella condición de interesado, ha de doblegarse ante la presencia de un conflicto de intereses entre padre e hija que se revela por la propia decisión de esta de impedir a aquel el acceso pretendido a sus datos personales.

Respecto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Sentencia 926/2017 de 19 Jul. 2017, Rec. 327/2017, se desestima el recurso interpuesto un vecino contra la resolución del Alcalde del Ayuntamiento en el que se resolvía permitir al vecino el acceso a la información sobre la comunicación de inicio de actividad del expediente administrativo, ocultando los datos de carácter personal y señalando un determinado día de examen presencial.

Ha de tenerse en cuenta que la citada Ley 10/2013 de Transparencia, regula el acceso a la información pública del ciudadano, teniendo en cuenta la previsión contenida en el artículo 105.b) de nuestra Constitución y la Ley 30/1992 (aplicable al caso de autos por razones cronológicas actualmente derogada y sustituida por la Ley 35/2015, de uno de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), indicando la exposición de motivos de la citada Ley 10/2013 que: «La Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrolla en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos acceder a los registros y documentos que se encuentran en los archivos administrativos. Pero esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y a resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica». Además, en relación a la regulación del derecho del ciudadano al acceso a la información disponible interesa destacar que el ejercicio de este derecho conforme a las reglas de la buena fe tiene una concreta aplicación en la causa de inadmisión del artículo 18.1.e) de la citada Ley 10/2013, «que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley», límite del ejercicio del derecho solicitado, cuya trasgresión en el caso debatido se recoge en la sentencia apelada.

Basándose el recurso de apelación en el incumplimiento por parte del Ayuntamiento del artículo 35 de la Ley 30/1992. Y sin que el artículo 35 de la Ley 30/1992 que regula el derecho de los ciudadanos de acceso a los archivos y registros haya sido vulnerado en el presente caso, pues como se indica en la sentencia apelada, el ciudadano ha tenido acceso a la documentación solicitada, incurriendo de forma abusiva en la presentación de escritos y reclamaciones pues no puede desconocerse que dicho acceso debe de realizarse con respeto de las reglas de la buena fe, principio general del derecho, que se regula de forma expresa y adquiere la naturaleza de condición de ejercicio del expresado derecho en los términos del apartado 7 del citado artículo 37 al establecer: «El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias».

Por otra parte, cuando nos referimos a la transparencia, debemos considerar que tras la entrada en vigor de la Ley de Transparencia los recursos ante los Tribunales de Justicia se han ido en la presente materia han ido acumulándose, como dato estadístico desde el año 2015 se han presentado contra las Resoluciones adoptadas por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno el número de 65 recursos sobre resoluciones de la Administración General del Estado, y en el año 2017 están presentados 8 recursos sobre resoluciones de otras administraciones territoriales.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, STS 1547/2017, de 16 de octubre (Recurso 75/2017), concluye con la obligación de informar sobre los gastos derivados de la participación de la Administración en un evento concreto. Debiendo incluir las partidas correspondientes a viajes, alojamientos, dietas, vestuario, gastos de delegaciones y acompañantes.

El TS toma como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013. Esa formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en su art. 14.1, como las causas de inadmisión de solicitudes de información enumeradas en el art. 18.1.

Seguidamente, en cuanto a la limitación del acceso a la información prevista en el art. 14.1 h) de la Ley 19/2013, insiste en que las limitaciones contempladas en esos art. 14.1, al igual que sucede con las causas de inadmisión de solicitudes de información que enumera el art. 18.1, deben ser interpretadas de forma estricta y partiendo de la base de que el derecho de acceso a la información aparece configurado en nuestro ordenamiento con una formulación amplia, de manera que solo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas. Por tanto, entiende que la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración, pues aquel es un derecho reconocido de forma amplia y que solo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley.

Partiendo de esas premisas, y centrándose en la limitación prevista en aquel art. 14.1 h), considera la Sala que en el caso no ha quedado justificado que el acceso a la información solicitada pudiese suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

VIII. CONTRATACIÓN

Sobre la interpretación de los contratos, la STS de 23 de marzo de 2018 (rec.2838/2015) se guía por el pliego de cláusulas administrativas particulares y lo aplica. No tiene que acudir a otros criterios para determinar la solvencia técnica porque el pliego y la documentación contractual indican el que se ha escogido. Y esos pliegos, no impugnados, son la ley de la licitación y vinculan a la Administración y a las empresas que concurren a la licitación.

De nuevo hay que insistir en que la sentencia, que aplica el pliego, no hace depender de un hecho ajeno al licitador la acreditación de su solvencia técnica.

La sentencia no ha infringido los artículos 115 y 116 del texto refundido ni dado al pliego de prescripciones técnicas el significado que corresponde al de cláusulas administrativas particulares. Al contrario, precisamente por tener en cuenta lo que dice este último, en la cláusula 7.2., ha acudido a aquel. En otras palabras el de cláusulas administrativas remite al de prescripciones técnicas, que precisa su sentido al igual que lo hace el conjunto de la documentación contractual.

Por último, hemos de decir que tampoco hay vulneración del artículo 210 del texto refundido ni de los artículos 1281 y 1285 del Código Civil ni, en general, de los preceptos y de la jurisprudencia.

La sentencia no ha desconocido las prerrogativas de que dispone la Administración para interpretar los pliegos ni, en particular, la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación. Se ha limitado, simplemente, insistimos, a aplicar los pliegos los cuales, como venimos recordando, vinculan a los licitadores pero también a la Administración. Esa aplicación viene precedida por una interpretación que, ciertamente, se ha atendido al sentido de las palabras utilizadas por ellos y es coherente con el conjunto de las cláusulas y de la documentación contractual así como con el objeto del contrato.

IX. PERSONAL

No cabe duda que una de las materias más sensibles en cualquier Entidad Local es la que se refiere al personal. Los diferentes regímenes jurídicos, los distintos ámbitos jurisdiccionales en los que deben dirimirse las cuestiones que sobre recursos humanos se plantean, las múltiples singularidades y aspectos que aparecen en las relaciones entre la Administración/empresario y los empleados públicos/trabajadores; hacen de la materia de personal una de las más proliferas en cuanto al número de resoluciones judiciales se refiere.

En primer lugar, queremos destacar la reciente Sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 28/2018 de fecha treinta y uno de enero. En esta Resolución, el TSJ de Aragón analiza con especial claridad asuntos que afectan a las Entidades Locales como la sucesión de contratos temporales, el salario regulador de la indemnización y su cálculo o el contenido de la carta de despido o la declaración de despido procedente por causas económicas.

De esta forma, en relación a la sucesión de contratos temporales, es práctica habitual en las Corporaciones Locales abusar de la figura de la concatenación de contratos sucesivos, que no es otra cosa que enlazar contratos temporales, con mayor o menor duración, respecto de un trabajador. La doctrina jurisprudencial ha elaborado desde hace tiempo el concepto «unidad esencial del vínculo» y que en palabras del Tribunal Supremo establece que *«en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente»*.

La STS 129/2016 de 23 de febrero (rec. 1423/2014) considera incluso que no se acredita la ruptura de la unidad esencial del vínculo, pese al transcurso de 69 días de intervalo, en caso de reiterada contratación fraudulenta... *«La concurrencia de fraude parece que haya de comportar –razonablemente– que sigamos un criterio más relajado –con mayor amplitud temporal– en la valoración del plazo que deba entenderse «significativo» como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora (...)»*.

La STS 494/2017 de 7 junio (rec. 113/2015) concluye que se han de tener en cuenta los servicios prestados desde el primero de los contratos temporales suscritos, en aplicación de la teoría de la unidad esencial de vínculo contractual, *«aunque haya habido dos interrupciones contractuales, primero de algo más de cuatro meses y después de más de uno, habida cuenta de que se trata de 14 años de prestación de servicios y de que el trabajador había adquirido la cualidad de indefinido en aplicación del art. 15.5 del ET»*.

En el supuesto enjuiciado por la STSJ de Aragón núm.28/2018, las dos breves interrupciones en el seno de sucesivas prestaciones de servicio para el mismo empleador prolongadas durante más de 14 años son patentemente insuficientes como para considerar interrumpida la prestación de servicios a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Por ello, la indemnización extintiva se debió calcular desde el primero de los contratos fechado en el año 2002.

El art. 53.1.b) del ET establece una indemnización por despido objetivo equivalente a *«veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades»*. Eso significa que por cada mes de prestación de servicios laborales se devengan 1,66 días indemnizatorios (20 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año).

El cálculo de esta indemnización debe hacerse sobre la base del período en que el trabajador ha prestado servicios laborales para el empleador sin solución real de continuidad, tomando como fecha inicial el año 2002 y como fecha final el día de extinción de la relación laboral en el año 2016.

El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008; 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011; y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013).

Por otra parte, se hace mención al cálculo del salario regulador de la indemnización. La doctrina jurisprudencial explica que el salario regulador de la indemnización por despido es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa. Por ello, *«el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, no es el que trabajador viniera percibiendo realmente en el momento del despido de ser inferior al establecido en convenio colectivo aplicable, sino precisamente, dado el carácter mínimo e irrenunciable de la norma convencional, el fijado en la misma en función de las circunstancias concretas de antigüedad y categoría profesional del trabajador»* (sentencia del TS de 27-12-2010, recurso 1751/2010). Dicho salario regulador es el correspondiente al último mes de prestación de servicios prorrateado con las pagas extraordinarias salvo que existan circunstancias especiales (sentencias del TS de 17-7-90 y 24-10-2006, recurso 1524/2005 y de este TSJ de Aragón de 13-4-2016, recurso 173/2016; 1-6-2016, recurso 349/2016 y 19-12-2016, recurso 618/2016).

En el asunto resuelto por el TSJ de Aragón, si bien parte de la doctrina manifestada, no se ha probado que el salario fijado por la sentencia de instancia sea inferior al resultante de la norma colectiva aplicable, puesto que, para que el trabajador hubiera tenido derecho a un salario superior, hubiera debido asistir al trabajo todos los días laborales año (el recurrente reclama que se calcule el salario regulador del despido sobre la base del salario previsto en el Convenio Colectivo para esta categoría, que asciende a 22.936,43 euros anuales, incluyendo el plus de asistencia, calculado cuando el trabajador asiste al trabajo todos los días laborales del año), lo que no se ha acreditado, por lo que se desestima este motivo del recurso.

Además, el recurrente sostiene que si se produce un error inexcusable en el cálculo de la indemnización por despido objetivo, obliga a declarar el despido improcedente. La Sala de lo Social del TSJ de Aragón considera en base a la jurisprudencia que cuando la empresa no pone a disposición del trabajador la indemnización por despido objetivo, debido a la falta de liquidez, carece de relevancia jurídica a efectos de la declaración de nulidad (en la regulación vigente en la actualidad de improcedencia) del despido que la cuantía que consta en la carta de despido sea notoriamente inferior a la reconocida en la sentencia de instancia.

En dicho supuesto, la STS de 13-3-2012, recurso 743/2011 establece que *«el derecho del trabajador ya no es el de la aprehensión inmediata de la indemnización, sino que se concreta en 'exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva' (art. 53.1 b) párrafo segundo ET) (...) si resulta que tal requisito se halla excluido en supuestos como el presente, por las razones económicas expuestas, habrá de colegirse necesariamente la dificultad de apreciar defectos en el cumplimiento de una obligación inexistente. El que la empresa hubiera señalado en la comunicación escrita cual era el resultado de sus cálculos sobre la eventual indemnización, no puede llevarnos a confundir las distintas exigencias formales del despido. Respecto de la primera de ellas, la comunicación al trabajador, la ley solo impone que esta reúna dos circunstancias: a) que sea escrita; y b) que exprese la causa. La cuestión del monto de la indemnización se ciñe a su puesta a disposición. Únicamente cuando la empresa precisa acogerse a la excepción, surge para ella la obligación de incluir un tercer elemento en la comunicación escrita: la constancia de la imposibilidad de dicha puesta a disposición por razón de la situación económica que sirve, a la vez, de causa de la decisión extintiva»*.

En definitiva, el TSJ de Aragón concluye que el error en el cálculo de la indemnización fijada en la carta de despido objetivo, cuando la empresa no debe ponerla a disposición del trabajador por su iliquidez, no justifica la improcedencia del despido. La única consecuencia jurídica de dicho error será la condena al empleador a abonar la indemnización extintiva en la cuantía que realmente le corresponde percibir.

Respecto de la suficiencia de la carta de despido la sentencia del TS de 12-5-2015, recurso 1731/2014, sentó como doctrina que los requisitos que haya de expresar la comunicación escrita al trabajador y la expresión de la «causa» son determinantes, para que si impugna el despido lo haga con conocimiento de los «hechos» que se le imputan a fin de preparar su defensa, lo que obliga a exigir que el contenido de la carta o comunicación sea inequívoco, es decir, suficientemente claro y expresivo. No cabe la ambigüedad, que otorgue una posición de ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador. No es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota.

De las pruebas practicadas en el acto de la vista quedaron acreditados que el contenido de la carta de despido fue lo suficientemente clara y expresiva sino que además, la situación de la Entidad Local cumplió con lo dispuesto en la Disposición Adicional 16.ª del ET. Esta norma establece que el despido por causas económicas del personal laboral del sector público exige que se produzca *«una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos»*.

Asimismo destacamos en personal laboral la Sentencia del TS 259/2018, de 7 marzo, en el que se admite que el reconocimiento médico es obligatorio para el trabajador cuando su estado de salud puede afectar a terceras personas, destacando que el Derecho de intimidad no es ilimitado.

La protección del derecho a la intimidad del trabajador y su asunción por el legislador provoca la aparente paradoja de que el cumplimiento empresarial de la obligación de vigilancia de la salud requiera, al menos en su enunciación general, del consentimiento del trabajador. Así se desprende explícitamente del artículo 22.1 párrafo 2 LPRL cuando señala que *«esta vigilancia solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento»*.

Se consagra, de esta forma, el denominado principio de la voluntariedad en los reconocimientos médicos que puede ser formulado señalando que el trabajador es libre a la hora de someterse o no a los mismos y, también, lo es para decidir a qué pruebas, de entre las varias que se pueden realizar, desea someterse y a cuáles no.

Tal como ha afirmado el Tribunal Constitucional STC 70/2009, de 23 de marzo, dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada. La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no solo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

Sin embargo, el principio de voluntariedad no implica la existencia de un derecho absoluto a mantener un estado de opacidad de las condiciones de salud del individuo. La norma que protege su intimidad impone, al mismo tiempo, sacrificios a la misma cuando la negativa a someterse a los reconocimientos médicos puede colisionar con otros derechos básicos y fundamentales o con otros bienes jurídicamente protegidos, esto es, cuando debe primar el derecho a unas condiciones de salud y seguridad en el medio laboral que permitan garantizar un trabajo sin riesgos y, cuando para ello, se revele el reconocimiento médico como imprescindible. Son las denominadas excepciones al principio de voluntariedad que se encuentran establecidas en el propio artículo 22 LPRL que exceptúa del carácter voluntario del reconocimiento médico los tres siguientes supuestos:

a) Cuando el reconocimiento médico sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.

b) Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

c) Cuando la obligatoriedad esté establecida en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Parece claro, por tanto, que son las únicas excepciones posibles al principio de voluntariedad en el reconocimiento médico y que, como tales, deben ser interpretadas restrictivamente, pero también, en función de los riesgos inherentes al trabajo.

La primera de las excepciones implica la obligatoriedad del reconocimiento médico cuando su práctica resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. La utilización legal del término imprescindible implica que la obligatoriedad del reconocimiento solo se producirá cuando este sea absolutamente necesario para conseguir el fin que ampara la excepción y deja fuera de esta aquellos supuestos en los que resulten convenientes, aconsejables o útiles. El reconocimiento, para poder considerarlo obligatorio, deberá ser, ante la negativa del trabajador, el único procedimiento para evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador.

La segunda excepción es la más típicamente preventiva dado que se refiere a la necesidad de verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. De entrada, tal excepción hay que conectarla con la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 25.1 LPRL que dispone que los trabajadores no podrán ser empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su capacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Así frente al derecho del trabajador a proteger su intimidad, la ley ampara el derecho a la salud de sus compañeros o de las personas que puedan encontrarse en el medio laboral. El derecho del trabajador afectado a negarse al reconocimiento cede y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros que no pueden verse afectados por la indolencia del trabajador renuente.

Por último, la tercera excepción se remite a que la obligatoriedad esté establecida en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, lo que es el caso.

En relación al reconocimiento del derecho a una indemnización a funcionarios interinos, el Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de La Coruña 120/2017 de 30 de junio, Proc. 78/2017, en virtud de la aplicación del principio comunitario de igualdad y no discriminación entre el empleo temporal y el indefinido, consagrado en la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, en las relaciones de empleo público reconoce el derecho a una indemnización de 20 días por año si son cesados.

La ausencia de criterios objetivos y concretos que amparen la diferencia de trato entre el empleo público temporal desarrollado en régimen laboral y el desarrollado en régimen funcionarial por los interinos determina su carácter discriminatorio y la aplicación preferente de la normativa comunitaria sobre el derecho interno incompatible. La Sentencia realiza una remisión a la doctrina del TJUE sobre igualdad de trato en relación a la indemnización por extinción del contrato de los trabajadores interinos.

Sucesión empresarial en la gestión de servicios públicos, STS, Sala de lo Social, Sentencia 210/2018, de 27 de febrero, Rec. 724/2016.

Un trabajador que desarrollaba su trabajo en una empresa cuyo objeto social era la recogida de residuos sólidos urbanos y que a su vez prestaba su servicio a una Mancomunidad, hasta el momento que dicha Entidad Local decide recuperar la gestión de forma directa del citado servicio.

En Sentencia dictada por el TSJ se condena a un Ayuntamiento que deja de formar parte de la Mancomunidad aduciendo que a pesar de su salida, su responsabilidad respecto a los trabajadores no deja de estar presente.

Discrepa el Supremo de esta tesis porque a su entender, no se está ante los supuestos propios de subrogación de los trabajadores previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones, en las que solo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva o cuando así lo determine la norma sectorial, o lo prescriba el pliego de condiciones de la concesión.

Subraya que en las contrataciones sucesivas de servicios, se transmite una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino solo un servicio, de forma que la subrogación de los trabajadores pasa por lo que al efecto esté previsto en el convenio colectivo de aplicación, que suele establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas, siendo también lo habitual la imposición de una obligación convencional de cesión de los contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente de información socio laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma.

Siendo así, en el caso, y como bien señaló el Ministerio Fiscal, no concurre ninguno de los supuestos que convencionalmente configuran una posible responsabilidad municipal al no constar que no fuera viable la continuidad de la empresa y no estar en presencia de un rescate de la contrata para la gestión municipal directa y por sus propios medios, sino ante la normal adjudicación del servicio de una contratista a otra, lo que obliga a estar en exclusiva a la previsión subrogatoria que contempla el Convenio aplicable, y a la revocación de la declarada responsabilidad del Ayuntamiento.

Liberado sindical y régimen de incompatibilidades. STS de Navarra de 15 de marzo de 2018.

La cuestión de fondo se centra en si se puede desarrollar como liberada sindical, la defensa en juicio de los intereses de los miembros del Sindicato en cuestiones laborales en el ejercicio de su actividad sindical que se extiende tanto al asesoramiento previo al juicio como a la defensa de los intereses de los afiliados al Sindicato en juicio, dada su condición de abogada.

Por ello, el TSJ señala que la cuestión debatida debe enfocarse desde el punto de vista de la libertad sindical y no desde el ejercicio libre de la abogacía. Si se tratara del ejercicio libre de la abogacía para defender los intereses de cualquier cliente, resulta plenamente aplicable la limitación contenida en el art. 10.6. de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea cuando establece que: «Los empleados a los que se les asigne un complemento específico igual o superior al 30% tendrán prohibido el ejercicio profesional, fuera del Centro o unidad de destino, del título exigido para acceder a su respectivo puesto», puesto que la recurrente presta servicio en el SNS como Técnico de Administración Pública, Rama Jurídica, siendo su puesto de nivel A y con complemento especial del 41'88% y el título que se tuvo en cuenta para acceder al puesto de TAP es el de licenciada en derecho, como recoge la sentencia recurrida y no es discutido por las partes...».

Entendemos que este es justamente el enfoque correcto de la cuestión, ya que cualquier actuación del liberado sindical en la defensa de los intereses del afiliado tanto en vía preprocesal como posteriormente en sede judicial se da en el seno del derecho a la libertad sindical, y no fuera de ella, por tanto en ningún caso estaremos ante una segunda actividad susceptible de incurrir en el régimen de incompatibilidades, como ciertamente ocurriría con el ejercicio libre de la abogacía, pero insistimos, este no es el escenario planteado y la respuesta ha de buscarse en el alcance del ejercicio del ejercicio del derecho de libertad sindical amparado en el artículo 28 CE y Ley Orgánica 11/1985, y en este sentido el fallo continúa:

«...Sin embargo, la cuestión debatida debe analizarse desde la perspectiva del derecho a la libertad sindical y, en este sentido, conforme al art. 1.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical y el artículo segundo, 2. d) reconoce que las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a: «El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes».

Así, cabe destacar que la STC 281/2005, de 7 de noviembre, respecto al art. 28.1. CE establece que: «en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 2 ; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6 ; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6 , y 198/2004, de 15 de noviembre , FJ 5). Las anteriores expresiones del derecho fundamental (organizativas o asociativas y funcionales o de actividad) constituyen su núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical. En particular, en coherencia con la vertiente funcional del derecho, la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.1 d)] y, de otra parte, que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad sindical, tienen derecho a desarrollar actividades sindicales en la empresa o fuera de ella [art. 2.2 d)].

Junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así el derecho fundamental se integra, no solo por su contenido esencial, sino también por ese contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE (entre tantas otras, por ejemplo, SSTC 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3 ; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3 ; 1/1994, de 17 de enero, FJ 4 ; 13/1997, de 27 de enero, FJ 3 , o 36/2004, de 8 de marzo , FJ 3). Estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4 ; y 44/2004, de 23 de marzo , FJ 3).

El contenido del derecho no se agota en ese doble plano, esencial y adicional de fuente legal o convencional, dado que pueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132/2000, de 16 de mayo , y 269/2000, de 13 de noviembre). En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional, que resulta indisponible para el empresario, este podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido. Ello no implica, sin embargo, que las decisiones empresariales de ese estilo (supresión de concesiones unilaterales previas que incrementen los derechos y facultades de las organizaciones sindicales) resulten ajenas a todo control constitucional desde la perspectiva del art. 28.1 CE , puesto que (como dicen aquellos pronunciamientos constitucionales) también la voluntad empresarial se encuentra limitada por el derecho fundamental de libertad sindical, de manera que la posibilidad de invalidación de lo previamente concedido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical (STC 269/2000, de 13 de noviembre, FJ 5).

Como es obvio el contenido adicional del derecho fundamental, ya sea de fuente legal o convencional, ya tenga origen en una atribución unilateral del empresario, puede añadir prerrogativas y poderes sindicales distintos a los comprendidos en el contenido esencial del art. 28.1 CE , pero puede también quedar referido a los derechos y facultades que integran ese núcleo mínimo e indisponible del derecho fundamental, articulando, más que nuevos derechos sindicales, ventajas y posibilidades complementarias, esto es, precondiciones para un ejercicio efectivo e instrumentos de acción positiva para el favorecimiento y la mayor intensidad de los derechos que integran el contenido esencial de atribución constitucional directa. Lo que significa que la libertad de las organizaciones sindicales para organizarse a través de los instrumentos de actuación que consideren más adecuados podrá venir acompañada y favorecida por cargas y obligaciones de terceros, como el empresario, dirigidas a una efectividad promocional de los derechos y facultades que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical».

Entre las funciones del representante sindical están las de asesoramiento en materia laboral a los miembros del Sindicato y la defensa en juicio del sindicato y de sus afiliados supone la proyección en el proceso de la actividad sindical de asesoramiento ejercida en la fase preprocesal, de tal modo que la defensa letrada circunscrita al Sindicato y sus afiliados se integra en la función sindical que le compete como liberada sindical.

La circunstancia de que el puesto de trabajo de origen -desde el que se la libera- tuviera un complemento especial del 41,88% tampoco puede constituir un obstáculo para el desempeño de la actividad sindical -ni tampoco una merma retributiva-, por el principio de indemnidad retributiva.

X. SUBVENCIONES

El Tribunal Supremo fija doctrina sobre el alcance de la caducidad en los procedimientos de reintegro de subvenciones en STS de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, núm. 436/2018, de 19 de marzo.

La Sección Tercera de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo ha establecido que la Administración no puede dictar una resolución de fondo válida en un procedimiento de reintegro de subvenciones que haya caducado. La Sala considera que para adoptar una resolución de este tipo está obligada a iniciar un nuevo procedimiento, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción fijado.

El tribunal aplica esta nueva doctrina y confirma la anulación de dos resoluciones administrativas adoptadas en dos procedimientos de reintegro de subvenciones por haber transcurrido el plazo de caducidad de 12 meses previsto. En concreto, reconoce el derecho de la Fundación General de la Universidad de Alicante y de la Fundación Barredo al abono de 1.600.080 euros y de 157.500 euros, respectivamente, más los intereses devengados en ambos casos.

La controversia planteada por el Abogado del Estado en sus recursos, que han sido desestimados, se centraba en la interpretación del artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre), por el que se fija el plazo máximo de 12 meses para resolver y notificar la resolución de reintegro desde la fecha del acuerdo de inicio del mismo. Ese precepto añade que *«si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo»*.

Como existían divergencias interpretativas en torno a la caducidad del procedimiento y la interpretación y alcance de ese artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones, el tribunal aborda si hay que interpretarlo en el sentido de que *«transcurrido el plazo de caducidad establecido para el procedimiento de reintegro podrá la Administración seguir las actuaciones hasta su terminación y dictar una resolución tardía, conllevando la caducidad únicamente la consecuencia de que las actuaciones caducadas no interrumpen la prescripción, o si, por el contrario, la caducidad comporta la finalización del procedimiento y la nulidad o invalidez de la resolución tardía, sin perjuicio de que pueda acordarse la incoación de un nuevo procedimiento siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción»*.

La Sala concluye que *«modificando la doctrina fijada en la STS de 30 de julio de 2013 (recurso 213/2012), consideramos que la correcta interpretación del artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones implica que la declaración de caducidad de un procedimiento ha de tener como lógica consecuencia la invalidez de la resolución de fondo dictada en el mismo. De modo que la Administración para poder adoptar una decisión de fondo sobre la procedencia del reintegro está obligada a iniciar un nuevo procedimiento, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción fijado»*.

Desde 2013, la Sala Tercera había interpretado este artículo en el sentido de que el transcurso del plazo legalmente marcado y la caducidad del procedimiento no impedian su continuación y que se dictara una resolución de fondo válida en el mismo sin necesidad de reiniciar otro distinto. Ahora, el tribunal se aparta de ese criterio al considerar que esa interpretación *«es ilógica e intrínsecamente contradictoria, que ha generado numerosas dudas y consagra una práctica en la que la Administración incumple el plazo máximo de duración de los procedimientos de reintegro sin declarar la caducidad*

de los mismos, tal y como era su obligación, obligando a los afectados a ejercitar acciones destinadas a obtener la declaración de caducidad y a cuestionar la validez de la resolución dictada en el procedimiento caducado».

Frente a la mayoría, los magistrados Eduardo Espín y María Isabel Perelló firman un voto particular en el que afirman que coinciden con sus compañeros en que el artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones resulta contradictorio con la concepción y naturaleza de la caducidad, pero recuerdan que es una decisión del legislador *«que ha querido limitar los efectos de la caducidad en un concreto procedimiento, el de reintegro de subvenciones, en el que están en juego fondos públicos. Sin duda, el legislador ha querido con ello facilitar la labor inspectora de la Administración y la eficacia en la recuperación de subvenciones por eventuales incumplimientos de las condiciones en las que se otorgaron. Tal propósito o, sobre todo, el procedimiento legal empleado, alterando las consecuencias naturales de la caducidad puede no ser compartido o, incluso, criticado, pero es una decisión del legislador expresa e inequívoca a mi modesto entender»*.

En su voto, afirman que el respeto a la voluntad del legislador *«no debe verse empañado por pruritos de técnica o coherencia jurídicas respecto de disposiciones que no resulten contrarias al principio de legalidad, como tampoco debe serlo por interpretaciones bienintencionadas y voluntaristas encaminadas a una concepción expansiva de los derechos fundamentales más allá de lo que derive de manera inexcusable de mandatos constitucionales»*.

XI. URBANISMO

La demolición no queda condicionada a la fijación de ninguna indemnización. Por Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo 475/2018, 21 Mar. 2018 (Rec. 138/2017) se acuerda un derribo a consecuencia de que la licencia concedida para la construcción de unas viviendas es *«contra legem»*. De forma simultánea se inicia un proceso de restauración de la legalidad y otro consistente que se abre por la CC.AA en el que se reclama una indemnización por daños morales al Ayuntamiento y a la propia comunidad autónoma.

No obstante, el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la comunidad autónoma para declarar la necesidad de que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de la sentencia en la que se ordena el derribo se efectúe una declaración sobre el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, fijando su cuantía y la entidad responsable de su pago.

Es el propio órgano jurisdiccional quien adoptará las medidas que aseguren y resulten suficientes para el pago de las indemnizaciones.

La exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada judicialmente, no requiere de la tramitación de un procedimiento contradictorio ni que las posibles indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero.

La demolición no se condiciona a la determinación de la indemnización, sino solo a la prestación de garantías suficientes sobre ella, e incluso advierte el Supremo que la adopción de las medidas necesarias al efecto no suspende el procedimiento de ejecución y no impide que se vayan adoptando las medidas convenientes para hacer efectiva la demolición, como es el caso del requerimiento al Gobierno de Cantabria a los efectos de identificar a la persona responsable del derribo e informar sobre las actuaciones que se han llevado a cabo.

Entenderlo de otro modo supondría dar cobertura a una demora considerable en la ejecución de la sentencia convirtiendo la garantía de los derechos de terceros en un desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso. Además, subraya la sentencia que siendo el interés preeminente en la ejecución de la sentencia el restablecimiento de la legalidad urbanística, la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros si bien debe de llevarse a cabo por el órgano judicial, no puede perturbar tal interés preeminente de restauración de la legalidad.

XII. RECURSOS DE LAS HACIENDAS LOCALES Y ORDENANZAS FISCALES

Sobre el impacto de la Ley 39/2015 en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales. Informe Dirección General de Tributos 19 de enero de 2018.

De conformidad con los artículos 1, 127 a 133 y la Disposición final primera de la propia Ley 39/2015, se pueden extraer las siguientes consideraciones:

—El carácter básico de la Ley 39/2015 y, en particular, de su título VI.

—Su aplicación a las Entidades Locales.

—El establecimiento de un procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos —incluido el nuevo trámite de consulta pública previa— con estrictas limitaciones a potenciales cambios en él (reserva de ley para establecer trámites adicionales o distintos de los previstos en la Ley 39/2015, de acuerdo a determinados principios y, en todo caso, de forma motivada, y acotamiento del campo de actuación del reglamento en el establecimiento de posibles especialidades).

La disposición adicional primera de la Ley 39/2015 establece:

«Disposición adicional primera. Especialidades por razón de materia.

1. Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.

2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoria mente por lo dispuesto en esta Ley:

a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.

b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.

c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.

d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo».

Tanto la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, como el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, son leyes especiales por razón de la materia, por cuanto que regulan el procedimiento de aprobación, bien de ordenanzas municipales, bien de ordenanzas fiscales, con el añadido de que la LRBRL complementa al TRLRHL en la regulación que este último contiene respecto a las ordenanzas fiscales.

Asimismo, en el artículo 17 del TRLRHL que regula el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales ya prevé la participación de los ciudadanos a través de la exposición pública de los acuerdos provisionales durante un plazo mínimo de treinta días, dentro de los cuales los interesados pueden examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas, las cuales habrán de ser resueltas por la entidad local antes de proceder a la aprobación de la redacción definitiva de la ordenanza fiscal.

La disposición adicional primera de la Ley 39/2015 admite especialidades en el procedimiento, pero dichas especialidades deben discurrir dentro del marco del procedimiento común y para ello deben establecerse respetando las limitaciones establecidas.

El trámite de consulta previa establecido en el artículo 133 de la Ley 39/2015 no tiene equivalente en el TRLRHL, dado el carácter *ex novo* del mismo, y no puede considerarse incluido en el trámite de participación ciudadana regulado en el artículo 17 del TRLRHL, ya que son dos trámites distintos y que se realizan en dos momentos del tiempo diferentes: el trámite de consulta previa tiene lugar con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento y se sustancia a través del portal web de la Administración competente; mientras que el trámite de participación ciudadana del artículo 17 del TRLRHL tiene lugar posteriormente, una vez elaborada y aprobada la redacción provisional de la ordenanza fiscal y no se realiza por medios electrónicos, sino mediante su exposición en el tablón de anuncios de la Entidad Local y su publicación en el boletín oficial correspondiente.

En consecuencia en el procedimiento de aprobación de ordenanzas fiscales debe incluirse el trámite de consulta pública previa regulado en el artículo 133 de la Ley 39/2015.

A este respecto, hay que señalar que el apartado 4 del artículo 133 de la Ley 39/2015 establece la excepción al trámite de consulta, entre otros supuestos, para el de regulación de aspectos parciales de una materia.

Por lo tanto, se concluye que el trámite de consulta previa debe sustanciarse cuando se trata de la aprobación de una nueva ordenanza fiscal, mientras que en el caso de la modificación de una ordenanza fiscal ya aprobada con anterioridad, puede obviarse dicho trámite por tratarse de una regulación parcial de la materia.

Impuesto de Plusvalía. Sentencia del TSJ de Navarra 53/2018, de 6 de febrero: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra estima el recurso de casación autonómico de una mercantil contra sentencia confirmatoria de liquidación de IVTNU. Estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Burlada desestimatorio de recurso de reposición frente a las liquidaciones giradas en concepto de IIVTNU devengado con ocasión de la transmisión de una vivienda, que anula por no ser conforme a Derecho.

La Sala afirma que «del tenor de la STC 72/2017 de 5 de junio, ¿se puede colegir que el contribuyente pueda alegar y probar la inexistencia de incremento de valor de los terrenos transmitidos? La respuesta ha de ser negativa, y es que no cabe dicha conclusión a la vista de la lectura, no solo del fallo, sino de su debida «integración» con el contenido íntegro de la Sentencia». En este sentido, «la liquidación girada en aplicación de los preceptos expulsados del ordenamiento jurídico ex origine y ex radice, no puede ser reexaminada a la vista del resultado de prueba alguna (singularmente la pericial) para la que se carece de parámetro legal, pues, implicaría continuar haciendo lo que expresamente el TC ha rechazado en aquella Sentencia 26/2017. En el presente momento ante la inexistencia de dicho régimen legal, no es posible no solo determinar si existe o no hecho imponible, sino ni siquiera cuantificar la base imponible. Es al legislador y solo a él, en su libertad de configuración normativa, y a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional a quien le corresponde determinar los supuestos de eventual incremento o decremento y su constitucional cuantificación, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (y en general situaciones inexpressivas de capacidad económica)».