La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referida al ámbito local*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat Magistrado del Tribunal Supremo

- Introducción: La autonomía local en un mundo en cambios. El impacto de la globalización y la economía digital en la gobernanza de los entes locales [STS de 4 de junio de 2018 (RCA 438/2017) y STS de 15 de enero de 2019 (RC 3760/2017)]
- 2. Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales
 - 2.1. Procedimiento administrativo
 - 2.1.1. La Administración no puede acordar el desistimiento de una solicitud cuando el interesado hubiere atendido el requerimiento de subsanación antes de dictarse dicha resolución [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017)]
 - 2.1.2. La presentación de un recurso administrativo en el propio registro municipal de un ayuntamiento produce el mismo efecto jurídico (en cuanto al cumplimiento del plazo máximo de interposición) que si se hubiere presentado ante el registro de la Administración pública a que va dirigido dicho recurso [STS de 20 de diciembre de 2018 (RC 669/2018)]
 - 2.2. Recurso contencioso-administrativo
 - 2.2.1. Un ente local no está legitimado para impugnar el nombramiento de un director de un Instituto de Enseñanza Secundaria, al carecer de competencias propias en materia de educación, a tenor del artículo 25.2 b) LBRL [STS de 19 de marzo de 2019 (RC 2784/2016)]
 - 2.2.2. La vía del artículo 29 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es idónea para que un ayuntamiento inste de la comunidad autónoma el cumplimiento de un convenio interadministrativo [STS de 18 de febrero de 2019 (RCA 3509/2017)]

^{*} El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 5 de julio de 2019 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2019, organizado por la Diputación de Barcelona

- 2.2.3. La Administración condenada a la demolición de una construcción ilegal debe prestar garantía suficiente para responder del pago de eventuales reclamaciones, sin que sea precisa, a tal efecto, la tramitación de un procedimiento contradictorio [STS de 22 de enero de 2019 (RC 2048/2017)]
- 2.3. Gobierno local: Estatuto jurídico de los electos locales y de los vecinos miembros de órganos de participación ciudadana
 - 2.3.1. La causa de inelegibilidad e incompatibilidad contenida en el artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General se aplica a los condenados por delitos contra la Administración pública cuando se haya impuesto la pena de inhabilitación especial de suspensión para empleo o cargo público, cualquiera que sea el ámbito de los empleos o cargos públicos a que se refiera, y aunque la sentencia no sea firme [STS de 1 de abril de 2019 (RC 5590/2017)]
 - 2.3.2. El ejercicio del cargo de vocal-vecino de la junta de distrito de un ayuntamiento es compatible con la condición de funcionario público [STS de 2 de octubre de 2018 (RC 509/2017)]
- 2.4. Competencias municipales: Los ayuntamientos tienen competencias en materia de regulación de las instalaciones de equipos de radiocomunicación para tutelar intereses relativos a la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medio ambiente [STS de 11 de febrero de 2019 (RC 326/2016)]
- 2.5. Convenios interadministrativos: Un ayuntamiento está legitimado para exigir el cumplimiento de un convenio formalizado entre otras Administraciones públicas si resulta beneficiario de la ejecución del mismo [STS de 25 de febrero de 2019 (RC 1071/2016)]
- 2.6. Actividad económica: La Administración autonómica no puede revocar injustificadamente la declaración de zona de gran afluencia turística de un municipio, a efectos de aplicación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3505/2017)]
- 2.7. Función pública: Los ayuntamientos no pueden reconocer a los funcionarios que presten sus servicios el derecho a percibir premios o recompensas con ocasión de su jubilación, en cuanto esta retribución no está prevista en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
- Epílogo: Los contrastes del nuevo modelo de recurso de casación en la interpretación de las normas jurídicas que inciden en la gobernanza de los entes locales

Resumen

La globalización y la revolución digital han modificado las formas y los modos de actuar de los entes locales, que deben asumir nuevas competencias para responder de forma eficiente a los requerimientos y las exigencias de la ciudadanía. El nuevo modelo de recurso de casación implementado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, constituye un mecanismo procesal útil para la interpretación uniforme del derecho local, aunque el sistema debe perfeccionarse para que cumpla la función nomofiláctica sin desatender el *ius litigatoris*.

Palabras clave: autonomía local; globalización; economía digital; gobernanza de los entes locales; recurso de casación; doctrina jurisprudencial interpretativa del derecho local.

The Spanish Supreme Court's case law on local law

Abstract

Globalization and the digital revolution have modified the ways and modes of action of local authorities, which must assume new skills to respond efficiently to the requirements and demands of citizens. The new cassation appeal implemented after the entry into force of Organic Law 7/2015, constitutes a useful procedural mechanism for the uniform interpretation of local law, although the system must be perfected to fulfill the interpretative function without neglecting the ius litigatoris.

Keywords: local autonomy; globalization; digital economy; governance of local authorities; cassation appeal; case law on local law.

1

Introducción: La autonomía local en un mundo en cambios. El impacto de la globalización y la economía digital en la gobernanza de los entes locales [STS de 4 de junio de 2018 (RCA 438/2017) y STS de 15 de enero de 2019 (RC 3760/2017)]

La globalización afecta de forma significativa a la gobernanza de los entes locales, en la medida en que transforma las relaciones de interdependencia

entre la sociedad, las instituciones públicas y el sistema económico imperante, y provoca un desplazamiento del poder público en sentido bidireccional: de lo local a lo global y de lo global a lo local.

La nueva economía global incide de forma determinante en la gestión de los entes locales, porque, como destacan los profesores Manuel Castell y Jordi Borja, produce una profunda transformación de las estructuras política, social y espacial de las ciudades (vid. Manuel Castell y Jordi Borja, Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información, Taurus, Madrid, 1997).

La revolución digital ha modificado las formas de comunicarse e interrelacionarse los ciudadanos, así como ha cambiado el modo de actuar del poder público, condicionado por la aparición de las redes sociales, que han cambiado las reglas de juego de la gobernanza.

Ello ha generado desajustes y disfunciones en el sistema de gobierno de los entes locales, que obligan a reformular las estructuras políticas, organizativas y competencias de los municipios y los entes intermedios provinciales (vid. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, "Los paradigmas de gobernanza de los entes locales y el derecho a la ciudad", Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo III, págs. 2391 y ss.).

La introducción de las nuevas tecnologías propicia la digitalización de la sociedad, que altera las relaciones entre gobernantes y ciudadanos, de forma que, junto a los mecanismos de participación política propios de la democracia representativa, surgen fórmulas e instrumentos de democracia directa (vid. Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, "Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital", en Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y José Luis Piñar Mañas (dirs.), Sociedad digital y derecho, BOE, Madrid, 2018).

En una democracia informada, los ciudadanos asumen un mayor poder en la toma de decisiones de los Gobiernos locales, que obliga a modificar las bases que permitan consolidar un sistema sostenible de gobernanza en el ámbito municipal y provincial (*vid.* Nicolas Berggruen y Nathan Gardels, *Gobernanza inteligente para el siglo XXI*, Taurus, Madrid, 2012).

Los Gobiernos locales tratan de responder a los desafíos y riesgos que comporta la globalización, reivindicando del Estado nuevas competencias y funciones para el Gobierno local.

El profesor Francisco Velasco ha sistematizado algunos de los efectos que sobre la autonomía local se derivan de la globalización, poniendo de relieve cómo tanto en los Estados unitarios de carácter centralizado como en los Estados federales se produce un reforzamiento expansivo del Gobierno local,

en la medida en que asume la responsabilidad de ejercer una mayor lista de tareas y funciones (*vid.* Francisco Velasco Caballero, "Autonomías locales en un mundo en cambio", *Manuales de Formación Continuada*, núm. 44, 2007, ejemplar dedicado a: *Globalización y principio de autonomía local*).

El profesor Tomàs Font i Llovet, descendiendo al análisis del modelo de gobierno local vigente en España, pone el foco en la necesidad de regenerar políticamente la vida política local, que obliga a reconsiderar múltiples aspectos de la organización municipal, así como a repensar su inclusión en las comunidades autónomas y en el Estado, para lograr una mayor legitimidad de los electos locales ante los ciudadanos (*vid.* Tomàs Font i Llovet y Alfredo Galán Galán, "Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización", *Anuario de Gobierno Local 2014*, Madrid, 2015).

El Tribunal Supremo ha examinado, en el periodo que analizamos, recursos relativos a regulaciones de carácter estatal o autonómico en materias relativas al arrendamiento de vehículos con conductor de la clase VTC y al régimen jurídico de los alojamientos turísticos, que afectan de forma directa al núcleo de intereses propio de los entes locales.

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2018 (RC 438/2017; ponente: Espín Templado), enjuiciamos la legalidad del Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con base en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

El organismo supervisor de la competencia se enfrentaba al Gobierno porque consideraba que el Reglamento que desarrolla la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que modificaba la regulación del alquiler de vehículos con conductor, imponía requisitos que resultaban innecesarios y desproporcionados y que no estaban justificados, por cuanto atendían a razones de índole económico en beneficio exclusivo de la actividad desarrollada por los taxistas, siendo contrarios a la libre competencia y a la unidad de mercado.

La sentencia, tras analizar con detenimiento la evolución de la normativa legal regulatoria del arrendamiento de vehículos con conductor (cuya falta de desarrollo reglamentario habría propiciado que se anularan las resoluciones de la autoridad competente en materia de transporte de las comunidades autónomas, y se concediesen las licencias solicitadas en unos determinados periodos, incluso tras la aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), y analizar la incidencia de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, examina si las restricciones impuestas en el Reglamento impugnado están justificadas por razones imperiosas de interés general, tal como exigen el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

El Tribunal Supremo considera que las restricciones cuantitativas establecidas en el Real Decreto 1057/2015 (1 VTC por cada 30 taxis) son conformes a derecho, por cuanto no se ha acreditado que sea una proposición inequitativa, teniendo en cuenta que dicha ratio, que fija la compatibilidad de ambas modalidades de transporte, constituye un límite máximo que "puede ser adaptado a las concretas circunstancias municipales por las comunidades autónomas o por los ayuntamientos competentes".

El Tribunal Supremo fundamenta su decisión en los siguientes términos:

[...]

El artículo 48 de la LOTT, en su tenor anterior al Real Decreto-ley 3/2018, decía así:

"Artículo 48.

- 1. El otorgamiento de las autorizaciones de transporte público tendrá carácter reglado por lo que solo podrá denegarse cuando no se cumplan los requisitos exigidos para ello.
- 2. No obstante, y de conformidad con las normas comunitarias y demás disposiciones que, en su caso, resulten de aplicación, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, podrán establecerse limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en esa clase de vehículos como de las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor".

Este precepto fue desarrollado por el apartado 3 del artículo 181 ROTT, en la redacción que le dio el artículo único, apartado Uno, del Real Decreto 1057/2015 impugnado, con la siguiente redacción:

"3. En ejecución de lo que se dispone en el artículo 48.2 de la LOTT, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en una comunidad autónoma o en alguno de los municipios que la integran, el órgano competente podrá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte en su territorio.

Se entenderá en todo caso que se produce una situación de desequilibrio, y en consecuencia procederá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, cuando la relación entre el número de las existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de las de transporte público de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquellas por cada treinta de estas.

No obstante, aquellas comunidades autónomas que, por delegación del Estado, hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, podrán modificar la regla de proporcionalidad señalada en el párrafo anterior, siempre que la que apliquen sea menos restrictiva que esa".

Aunque queda fuera ya del ámbito del presente recurso, digamos que el Real Decreto-ley 3/2018 no ha modificado los apartados 1 y 2 del artículo 48 LOTT que se han transcrito, pero ha añadido un tercer apartado que incorpora a la Ley la limitación 1/30 del apartado 181.3 ROTT, a la vez que deroga este.

Como se observa, el precepto reglamentario impugnado habilitaba al órgano competente de una comunidad autónoma o municipio a denegar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor cuando en el correspondiente ámbito territorial existiesen limitaciones cuantitativas en la oferta de transporte público de viajeros de turismo, esto es, del servicio de taxis "a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte en su territorio".

A lo cual se añadían dos reglas:

la presunción de que existe desequilibrio (lo que habilita automáticamente a la posibilidad de denegar nuevas autorizaciones) cuando la relación en la comunidad autónoma entre autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor y taxis sea superior a 1 de aquellas por 30 taxis.
 O, dicho de otra manera, si cada 30 taxis hay más de una autorización de VTC, se presume que existe desequilibrio entre ambas modalidades de transporte;

 la segunda regla es que el órgano competente para otorgar las autorizaciones (autonómico o municipal), puede modificar esa proporción en un sentido menos restrictivo, esto es, admitir más de 1 autorización VTC por cada 30 taxis.

De acuerdo con lo dicho en el anterior fundamento de derecho, debemos examinar si esta limitación cuantitativa responde a los principios de necesidad y proporcionalidad contemplados en el artículo 5 LGUM; si su carácter respeta las prohibiciones estipuladas en el artículo 18.g) LGUM; y, finalmente, si se trata de una limitación discriminatoria.

En cuanto a lo primero, una vez admitida la justificación de preservar un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano a fin de asegurar una modalidad como la del taxi, la previsión de una proporción entre el número de licencias es sin duda una medida idónea y proporcionada, sin que parezca fácil arbitrar una medida alternativa que pudiera ser menos restrictiva ni corresponda hacerlo a esta Sala.

Otra cosa es la consideración que pudiera recibir la proporción escogida (1/30), toda vez que la justificación que la Administración ha ofrecido ha sido exclusivamente la histórica, que fue la proporción acordada reglamentariamente en 1998 y también sin que entonces se explicitara ninguna justificación de tal cifra, que ha venido manteniéndose inalterada. Aunque no hay certeza sobre cuál es la relación existente en la actualidad en los distintos municipios, no parece discutible, según las manifestaciones y documentación aportadas por las partes, que tras la concesión de numerosas licencias de VTC en los últimos años aprovechando la supresión primero de las limitaciones y la tardanza en aprobar el Reglamento ahora impugnado después, sea posiblemente superior incluso a 1/10 en las principales ciudades. Ello quiere decir, tal como ponen de relieve las partes recurrentes, que la reintroducción de esta limitación cuantitativa suponía en el momento de aprobarse el Real Decreto 1057/2015, una congelación en el número de licencias VTC va otorgadas. Ahora bien, si la Administración no ha ofrecido justificación razonada de la concreta proporción 1/30, tampoco los recurrentes plantean una posible alternativa a la misma, al margen de su oposición frontal a la contingentación de las licencias VTC. A lo cual hay que añadir una circunstancia de indudable trascendencia, que el límite reglamentario 1/30 es un límite máximo que puede ser rebajado por las Administraciones competentes, permitiendo que haya más de una licencia VTC por cada 30 taxis.

Pues bien, si tomamos en consideración las circunstancias descritas, esto es, que ninguna de las partes demandadas aporta criterios útiles para poder determinar una proporción ideal entre ambos tipos de transporte urbano, que tampoco los recurrentes desvirtúan que dicha proporción máxima pueda servir para mantener el objetivo de una relación equilibrada entre ambas modalidades de transporte y, finalmente, que se trata de un límite máximo que puede ser adaptado a las concretas circunstancias municipales por las comunidades autónomas o los ayuntamientos competentes, hemos de concluir que no se acredita la disconformidad a derecho de dicha proporción.

La sentencia también sostiene que no debe declararse la nulidad de las restricciones de carácter territorial impuestas en el artículo 182 del Real Decreto impugnado, referidas a la obligación de que los vehículos dedicados a la actividad de arrendamiento con conductor deberán ser utilizados habitualmente en la prestación de servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización en que se amparen, debiendo entenderse no cumplida esa exigencia de utilización habitual cuando el 20 % o más de los servicios realizados no haya discurrido, ni siquiera parcialmente, por dicho territorio.

La sentencia fundamenta su pronunciamiento en los siguientes términos:

[...]

La regla de la territorialidad es sometida a iguales críticas que las dirigidas contra la regla de la proporcionalidad, mientras que la memoria la justifica al igual que esta en la necesaria garantía del equilibrio en la oferta del transporte urbano mediante vehículos. Admitida dicha finalidad como garantía de la razón imperiosa de interés general consistente en garantizar un determinado servicio de vehículos con conductor ajustado a ciertas características, debe aceptarse también como una justificación válida para las medidas concretas adoptadas en relación con los VTC. En particular, esta limitación tiene la finalidad de evitar que la utilización de autorizaciones de VTC en localidades de otras comunidades autónomas como una forma fraudulenta de incumplir la regla de la proporcionalidad.

Tiene razón la CNMC en su demanda respecto a la falta de justificación de la exacta proporción 80/20 más allá de la histórica, aunque tampoco ofrece razones por las cuales dicha proporción deba considerare inadecuada. Si se acepta que el objetivo es que las autorizaciones sean utilizadas de forma habitual en la comunidad

autónoma de origen, no hay razones para considerar excesiva o abusiva la proporción por la que ha optado el reglamento impugnado.

Por el contrario, el Tribunal Supremo determina que es nula la pretensión reglamentaria contenida en el artículo 181 del Real Decreto 1057/2015, que exige a las empresas que pretenden desarrollar la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor disponer en propiedad o en arrendamiento de una flota de al menos siete vehículos, en cuanto carece de cobertura legal.

[...]

Tienen razón en este punto las partes recurrentes. La previsión legal no obliga a tener una flota mínima de vehículos destinados al ejercicio de la actividad de VTC. Simplemente obliga a disponer de uno o más vehículos en las condiciones reglamentarias que se determinen, esto es, simplemente a disponer al menos de algún vehículo destinado a la actividad para la que se solicita la autorización. Por otra parte, no queda claro que la tortuosa remisión a "lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine" habilite a restringir el tenor literal de la Ley (uno o más vehículos) y permita exigir disponer de más de un vehículo destinado a la actividad VTC.

Tampoco son atendibles como fundamento de legalidad los argumentos del Abogado del Estado de que dicho requisito ha caracterizado a esta actividad desde su origen y que "forma parte de la naturaleza de dicha actividad" y que el Real Decreto impugnado ha reducido la flota mínima de los 10 vehículos que exigía la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero (modificada por la Orden FOM/3203/2011, de 18 de noviembre) a los 7 ahora exigidos. En efecto, con independencia de la evolución de la regulación de este tipo de transporte y de la previsión de la Orden invocada, ahora resulta necesario confrontar la legalidad de tal exigencia con el actual marco normativo.

En cualquier caso, ni la exigencia de una flota atiende a la finalidad de la regulación de la actividad de los VTC ni la justificación ofrecida por la memoria de impacto normativo es convincente. Ya hemos visto la razón de interés general que justifica la previsión de determinadas medidas restrictivas de la actividad de los VTC, en breve, el mantenimiento de un equilibrio en los servicios de transporte urbano que permita mantener un servicio ajustado a las características decididas por la Administración competente como lo es el de los taxis. Sin embargo, ninguna relación tiene con tal ob-

jetivo la exigencia de que quien desee dedicarse a tal actividad de VTC deba disponer de una flota mínima, requisito que resulta por completo irrelevante desde la perspectiva de dicha razón de interés general, pues el equilibrio entre taxis y VTC no se ve ni favorecido ni perjudicado por esta exigencia. Y, por otra parte, ciertamente tiene razón la CNMC cuando afirma que la seguridad de las transacciones comerciales no constituye una razón que justifique una medida restrictiva a la actividad de los VTC.

Tampoco resultan convincentes las razones ofrecidas en la memoria de impacto normativo, pues no se alcanza bien a comprender por qué exigir un tamaño mínimo a las empresas que se dediquen a la actividad supone una mejor protección de los derechos de los usuarios o incrementa la seguridad de las transacciones financieras, ni por qué se iba a producir necesariamente una constante aparición y desaparición de microempresas (como se afirma que ocurriría) y por qué, de producirse tal circunstancia (que sucede en muchos sectores económicos), se oscurecería la seguridad jurídica y económica en las relaciones comerciales, como también se asegura. Se trata de afirmaciones apodícticas carentes de explicación y que resultan desmentidas, por cierto, por la existencia de numerosos taxistas que son titulares exclusivamente de su licencia, sin que ello haya ocasionado tan perniciosas consecuencias.

El Tribunal Supremo se ha ocupado de analizar la problemática jurídica surgida de las regulaciones autonómicas en materia de las viviendas vacacionales o de uso turístico.

La complejidad jurídica de estos recursos deriva, en primer lugar, de la necesidad de determinar con precisión cuál es el régimen jurídico que resulta aplicable a este sector, teniendo en cuenta que convergen regulaciones integradas en el derecho privado, sometidas a las prescripciones de la legislación civil (Código Civil, Ley de Arrendamientos Urbanos y Ley de Propiedad horizontal), cuyo enjuiciamiento corresponde al orden jurisdiccional civil, y la regulación de carácter administrativo referida a materias tan diversas como las relacionadas con la actividad económica, el turismo, la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medioambiente.

La dificultad de enjuiciar estos recursos tiene que ver también con los derechos constitucionales, libertades públicas e intereses públicos y privados que entren en conflicto, tal como ponen de relieve los escritos de los litigantes; derecho al ocio, libertad de circulación, derecho de propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa y libre prestación de servicios.

Resulta evidente que la política que adopten el legislador estatal y el legislador autonómico en la regulación de este sector económico, relativo a la explotación de alojamientos turísticos, incide de forma inmediata en la ordenación de la vida colectiva de la ciudad.

La ordenación de esta actividad afecta a ámbitos propios de las competencias municipales en materias relacionadas con el urbanismo, la seguridad y el orden público, el medio ambiente, la movilidad urbana o la dotación de servicios y equipamientos públicos para fines culturales, deportivos o sociales.

En aquellos municipios distinguidos por su capacidad de atracción turística está en juego el modelo de ciudad.

Los Gobiernos locales afectados tratan de promover un desarrollo económico coherente y sostenible de la ciudad, y a la vez proteger el derecho de los vecinos residentes a una ciudad habitable, impulsando políticas públicas (y en su caso de carácter fiscal o tributario) que garanticen la convivencia de todos los ciudadanos que residen de modo habitual o temporal en un determinado núcleo de población turístico.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019 (RC 3760/2017; ponente Arozamena Laso) enjuicia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había estimado en parte los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico contra el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, fija la siguiente doctrina:

[...]

1) El artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias es incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado, en la medida en que, pese a resultar de inexcusable observancia la obligación de motivar de forma congruente y razonable la procedencia de las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios, sin embargo: (i) no consta que se haya explicitado en el procedimiento de elaboración de aquella norma ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que pudiera justificar las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica

consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas; y (ii) tampoco cabe inferir —de forma directa— la concurrencia de tales razones del contexto jurídico-económico en que se inserta la citada disposición reglamentaria.

2) Por las mismas razones, resulta incompatible la limitación establecida en el artículo 12.1 que impone la cesión íntegra a una única persona, prohibiendo la cesión por habitaciones e impidiendo el uso compartido.

Además, anular esta limitación de la cesión por habitaciones no contradice la previsión del artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 9 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

El letrado del Gobierno de Canarias, invocando como normas infringidas el artículo 9 de la Constitución y el artículo 5 e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, había defendido que la prohibición de la cesión por habitaciones viene establecida por la legislación estatal, en particular, en la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994 (LAU), añadido por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

Esta disposición, perteneciente a la legislación civil, dispone: "la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial".

Se cuestionaba si era legal la prohibición establecida por el Gobierno de Canarias, consistente en que no podrían alquilarse separadamente habitaciones o estancias de una vivienda para uso turístico, en la medida en que invadiría una competencia del Estado.

La sentencia se pronuncia en el sentido de entender que la Ley de Arrendamientos Urbanos no prohíbe la cesión temporal de habitaciones o estancias de una vivienda, al solo determinar que esta modalidad de contratación queda excluida del ámbito de aplicación del régimen jurídico establecido en dicha ley civil.

Según el Tribunal Supremo no hay razones de interés general que avalen dicha prohibición del alquiler por habitaciones.

Se recuerda que ya en la precedente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2018 (RC 4959/2017; ponente Bandrés Sánchez-Cruzat) se señalaba que "la prohibición de ofertar viviendas vacacionales que se encuentren ubicadas en las zonas turísticas delimitadas en el ámbito territorial de Canarias establecida en el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, es contraria al principio de libertad

de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución Española y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, en cuanto del análisis del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria se infiere que la única explicación plausible parece ser la de tratar de favorecer la oferta de productos alojativos tradicionales, lo que resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado".

La única justificación ofrecida sobre la conveniencia de formalizar la exclusión de la oferta de viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas –se subrayaba en dicha sentencia— fue la de que obedecía a meras razones de carácter económico (que las viviendas vacacionales no compitieran con el resto de establecimientos alojativos turísticos hoteleros o extrahoteleros, para lo que sería necesario que no se ubicaran en las mismas zonas), lo que no puede incardinarse en ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La invocación en fase ulterior de la concurrencia de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo resultaba insuficiente, en la medida en que no estimábamos convincente la explicación ofrecida respecto a que la prohibición contemplada, referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas, tuviera como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio.

2

Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales

2.1 Procedimiento administrativo

2.1.1

La Administración no puede acordar el desistimiento de una solicitud cuando el interesado hubiere atendido el requerimiento de subsanación antes de dictarse dicha resolución [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017)]

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017; ponente Perelló Doménech) fija la siguiente doctrina en relación con la interpretación auténtica del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: "[...] que cuando el artículo 71 exige para la terminación del procedimiento que se dicte por la Administración la correspondiente resolución declarando el 'desistimiento por caducidad', si, ciertamente y con la salvedad que se indicó, antes de dictarse esta resolución el solicitante corrige el defecto y completa las exigencias del artículo 71, la ulterior resolución que declara desistido al interesado y el archivo del procedimiento no resulta ya procedente".

Aunque en esta sentencia no figurara como parte recurrida una Administración local, es obvia la trascendencia del pronunciamiento del Tribunal Supremo, en cuanto afecta al conjunto de Administraciones públicas que deben garantizar la regularidad del procedimiento administrativo.

El Tribunal Supremo censura, desde el punto de vista jurídico, la actuación del secretario general de Economía y Comercio de la Junta de Extremadura, que había tenido por desistida del procedimiento a una entidad que había solicitado una ayuda pública para la internacionalización de la actividad económica, con base en que no había remitido la documentación requerida en el plazo establecido.

El Tribunal de instancia ya había condenado a la Junta de Extremadura a que continuase la tramitación del procedimiento a fin de verificar que la entidad cumplía todos los requisitos exigidos para obtener la subvención.

La sentencia, con el objeto de dar respuesta a la concreta cuestión planteada, sobre la que no existe jurisprudencia que la haya abordado y resuelto, parte de la transcripción de las disposiciones normativas analizadas: el artículo 71.1 en relación con el artículo 76, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogidas en el Título VI, referido a las "disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos".

El artículo 71.1, incluido en el capítulo I de este Título VI ("Iniciación del procedimiento"), establece:

Artículo 71. Subsanación y mejora de la solicitud.

1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.

El artículo 76, incluido en el Capítulo II, intitulado "Ordenación del procedimiento", dispone:

Artículo 76. Cumplimiento de trámites.

- 1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.
- 2. Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.
- 3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

La sentencia diferencia los supuestos de aplicación de los preceptos analizados, al exponer que el artículo 71.1 se inserta en la primera de las fases del procedimiento, la de "iniciación" a la que se refieren los artículos 69 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Tras la determinación de las clases de iniciación, en el artículo 70 de la Ley se establecen los requisitos necesarios que han de observar las solicitudes de los interesados.

Observa que el artículo 76.3 de la Ley se inscribe en la fase de instrucción del procedimiento, en el Capítulo relativo a la "ordenación del procedimiento" (Capítulo II del Título VI). Contempla la preclusión de los trámites

que han de ser cumplimentados por los interesados, si bien con la regla de la admisión de la actuación del interesado, al permitir la subsanación "si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo". El artículo 76 opera dentro de un procedimiento que ya ha sido iniciado y se halla en tramitación con arreglo al principio de impulso de oficio.

Desde una perspectiva sistemática, refiere la sentencia que se trata de preceptos que regulan diferentes fases del procedimiento: la de iniciación –artículo 71.1– y la de ordenación –artículo 76.3–. Su contenido es claramente diferente, pues el primero se refiere a los defectos que afectan a la solicitud inicial, esto es, al comienzo del procedimiento, de forma que de no cumplimentarse el requerimiento "se tendrá por desistido al interesado" en la solicitud, mientras que el segundo –el 76.3– se refiere a los defectos formales advertidos en un trámite, una vez iniciado el procedimiento.

Concluye el Tribunal Supremo su argumento sosteniendo que el artículo 71.1 es la norma especial aplicable en lo que se refiere a las solicitudes presentadas por el interesado, "siendo un precepto diferenciado del artículo 76, bien sea por su ubicación sistemática, bien por su contenido y alcance, relativo uno a un supuesto específico como es el del inicio del procedimiento a instancia del interesado y el otro, la ordenación de trámites. Así es, el artículo 71.1 es una norma especial que regula los defectos en la solicitud inicial, con la consecuencia de la inviabilidad de la petición, dada la ausencia de los elementos mínimos imprescindibles, que implica que el expediente no se haya iniciado, contemplando este precepto la preclusión del trámite".

A diferencia, por tanto, del artículo 76.3, que "presupone que se ha iniciado válidamente el expediente, con la aportación de los elementos indispensables y prevé la consecuencia de la inobservancia de un determinado trámite, si bien con la consecuencia de la continuación, siempre que el interesado actúe corrigiendo el defecto".

El Tribunal Supremo, una vez sentadas estas pautas interpretativas, clarifica el sentido del último inciso del artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que si no se cumplimenta en tiempo y forma el requerimiento de subsanación de la solicitud se tendrá al solicitante "por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42".

Se subraya en la sentencia que este último inciso se introdujo en la reforma de la Ley 30/1992 por obra de la Ley 4/1999, pues hasta entonces el artículo 71 disponía lo siguiente: "se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite, con los efectos previstos en el artículo 42.1".

Así, la jurisprudencia de esta Sala matizó las consecuencias (previstas en la reforma anterior a 1999) del incumplimiento del requerimiento de subsanación, que daba lugar directamente al archivo de la solicitud "sin más trámite". Ahora bien, tras dicha reforma, se produce el cambio que consiste en que al interesado se le tendrá por desistido "previa resolución", que se pone en relación con el artículo 42, referido a la obligación de la Administración de resolver "sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados".

El Tribunal Supremo, atrayendo la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el principio antiformalista, que rige en el proceso contencioso-administrativo, y teniendo en cuenta la aplicación de principio de proporcionalidad, tal como ha sido formulada por el Tribunal Constitucional, descarta una interpretación rigorista y formal del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto cabe realizar una interpretación amplia del precepto, que favorezca el derecho al procedimiento debido, de modo que permita al solicitante cumplimentar el defecto inicial antes de que la Administración dicte la resolución de desistimiento del procedimiento, reconociéndole, por tanto, el derecho a que se inicie y se tramite dicho procedimiento

Este criterio jurisprudencial se alinea con las tesis defendidas por la doctrina administrativa más cualificada, que, partiendo de las bases constitucionales del procedimiento administrativo, considera que cabe incluir en el deber de buena administración la obligación de la Administración de seguimiento de un procedimiento administrativo debido, que permita su culminación, tras proseguir los trámites legalmente previstos, con una decisión objetiva y razonada en términos jurídicos (vid. Juli Ponce Solé, Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido, Lex Nova, Valladolid, 2001).

2.1.2

La presentación de un recurso administrativo en el propio registro municipal de un ayuntamiento produce el mismo efecto jurídico (en cuanto al cumplimiento del plazo máximo de interposición) que si se hubiere presentado ante el registro de la Administración pública a que va dirigido dicho recurso [STS de 20 de diciembre de 2018 (RC 669/2018)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2018 (RC 369/2018; ponente Román García), inspirada en los principios de buena fe procedimental y de

lealtad institucional, aunque no de forma explícita, fija una doctrina que resulta coherente con el derecho a un procedimiento debido, respecto de que es válido, a los efectos de cumplimentar el requisito del plazo legalmente previsto, el recurso administrativo que interpusiere un ayuntamiento contra una resolución emanada de otra Administración pública, que fuere presentado en el propio registro municipal, de modo que produce los mismos efectos jurídicos que si se hubiere presentado en el registro de la Administración pública a la que va dirigido dicho recurso.

En este sentido, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Valle de Tobalina contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y estima el recurso contencioso-administrativo formulado por dicho municipio contra la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, que desestima los proyectos de desarrollo local presentados para acogerse al Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos, por incumplir determinados requisitos y cumplimentar los requerimientos de subsanación fuera de plazo.

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación en sentido estimatorio, con base en la anterior doctrina fijada por la Sala en la sentencia de 19 de julio de 2018 (RC 3662/2017), formulada en relación con la interpretación del artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya fundamentación jurídica se transcribe en su integridad y que motiva que se revoque la sentencia del Tribunal de instancia.

Previamente, el Tribunal Supremo relaciona los hechos que considera relevantes para fundamentar su pronunciamiento:

[...]

- 1) El 11 de marzo de 2015 fue aprobada la Orden IET/458/2015, por la que se regulan las asignaciones a los municipios del entorno de las instalaciones nucleares, con cargo al Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos.
- 2) El 14 de mayo de 2015, la directora general de Política Energética y Minas dictó resolución estableciendo medidas para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Orden IET/458/2015, entre las que se incluía, en primer lugar, la exigencia de que "Cada propuesta de proyecto de inversión en que se concrete la actividad a cofinanciar deberá ser solicitada y firmada por los alcaldes de todos los municipios participantes en la misma, previa la aprobación de sus respectivos plenos, y se presentará ante esta Dirección General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.a)

de la orden IET/458/2015, de 11 de marzo, adjuntando el Anexo de esta Resolución debidamente cumplimentado".

- 3) El 30 de junio de 2015 el Ayuntamiento de Valle de Tobalina solicitó la cofinanciación mediante escrito firmado por su alcaldesa.
- 4) El 24 de julio de 2015, el citado Ayuntamiento recibió escrito de la Dirección General requiriendo la subsanación del defecto relativo a la falta de acuerdo plenario.
- 5) El 4 de agosto de 2015 el Ayuntamiento procedió a cumplimentar el requerimiento de subsanación ante su propio registro, dando entrada en este, a las 13,33 horas, a la documentación que debía ser remitida a la Administración General del Estado (en la que se hacía constar la ratificación por el Pleno del acuerdo de la alcaldesa).
- 6) El mismo día 4 de agosto de 2015, a las 13.34, se hizo constar mediante sello la salida de dicha documentación del registro municipal.
- 7) En dicho escrito aparece después un sello de entrada en el registro del Ministerio en el que consta la fecha de 11 de agosto de 2015.
- 8) Sin que se hiciera constar previamente la existencia de resolución alguna declarando la caducidad o desistimiento, en fecha 27 de noviembre de 2015 se dictó Resolución por la Administración del Estado, excluyendo de la cofinanciación al Ayuntamiento de Valle de Tobalina por los motivos antes indicados.
- 9) El Ayuntamiento interpuso contra dicha Resolución recurso de alzada, que no fue resuelto expresamente.
- 10) Contra la desestimación presunta de su recurso de alzada, el Ayuntamiento de Tobalina interpuso el 16 de noviembre de 2016 recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que fue desestimado.
- 11) Frente a esa sentencia desestimatoria, el mencionado Ayuntamiento interpuso entonces recurso de casación.

Partiendo de este relato fáctico, la sentencia censura la resolución del Tribunal de instancia, que califica de incongruente, en cuanto no da una respuesta suficiente a los motivos de impugnación, basados en el argumento de que el Ministerio de Industria había exigido al Ayuntamiento el cumplimiento de determinados requisitos que carecían de apoyatura legal, lo que determina que el requerimiento de subsanación se considere improcedente, y que todas las demás cuestiones planteadas carezcan de relevancia para la resolución del pleito.

2.2 Recurso contencioso-administrativo

2.2.1

Un ente local no está legitimado para impugnar el nombramiento de un director de un Instituto de Enseñanza Secundaria, al carecer de competencias propias en materia de educación, a tenor del artículo 25.2 b) LBRL [STS de 19 de marzo de 2019 (RC 2784/2016)]

La determinación de si concurre o no el presupuesto de la legitimación activa en la parte que decide interponer un recurso ante los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, sigue sustentando una intensa controversia en el foro, que obedece tanto al enorme casuismo que observamos se produce en la aplicación de este requisito procesal, como a que no se ha perfilado una línea jurisprudencial lo suficientemente precisa al respecto, que permita esclarecer las dudas interpretativas que se plantean (vid. José Manuel Bandrés, Los desafios de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

La interpretación de la noción de interés legítimo, a que se refiere el artículo 19.1 a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como título legitimador para entablar acciones en nuestra jurisdicción, provoca una intensa polémica en los ámbitos académicos y judiciales.

Una interpretación coherente y armónica del concepto de legitimación a que alude la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, debía propiciar la adopción del criterio jurisprudencial dominante, en el sentido de considerar que toda persona que haya sido lesionada en sus derechos o intereses legítimos está legitimada para impugnar los actos de la Administración pública, bastando para ello que de las alegaciones formuladas por el recurrente se deduzca que la violación de sus derechos parezca posible.

Conforme a esta directriz jurisprudencial, solo podría negarse la legitimación activa si resulta de modo manifiesto e inequívoco que no existen o no podrían reconocerse en el proceso los derechos que invoca.

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2019 (RC 2784/2016; ponente Perelló Doménech), se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Benamocarra, al apreciar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía impugnada no había infringido el artículo 19 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Adminis-

trativa, al negar la legitimación activa de dicho Ayuntamiento para impugnar una resolución de la Delegación Provincial de Málaga de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se nombra director y encargado de estudios de un instituto ubicado en el municipio.

La tesis sustentada por el letrado defensor del Ayuntamiento se centraba en que dicho Ayuntamiento estaba investido de una especial relación con el objeto del proceso, en cuanto que era titular del Instituto de Enseñanza Secundaria, y ante la concurrencia de un proceso penal dirigido contra el designado, debía velar por que no se produjeran actuaciones irregulares por quien asumiera la gestión del centro educativo, ejerciendo, en consecuencia, competencias de su titularidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen local.

La sentencia del Tribunal Supremo recuerda la doctrina formulada sobre la legitimación en su sentencia de 28 de enero de 2019 (RC 4580/2017; ponente Córdoba Castroverde), en que dijimos:

[...]

Para apreciar el requisito de la legitimación en una determinada persona física o jurídica, es preciso, salvo en los excepcionales supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de una acción pública, que exista un interés legítimo en la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso administrativo. Así, la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, "implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto". SSTS de 13 de diciembre de 2005 (recurso 120/2004) y 20 de marzo de 2012 (recurso 391/2010).

En suma, la jurisprudencia existente define el interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, como "la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar esta".

Esa concreta relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso, explica el carácter casuístico que presenta la legitimación, que también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 24 de

mayo de 2006 (recurso 957/2003) y 26 de junio de 2007 (recurso 9763/2004), por lo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, sino que habrá de indagarse en cada caso la presencia del interés legítimo de la parte, a cuyo fin sirve el proceso.

Partiendo de estas directrices hermenéuticas, el Tribunal Supremo considera correcto el pronunciamiento del Tribunal de instancia, que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo al apreciar la falta de legitimación del Ayuntamiento de Benamocarra, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

[...]

En primer lugar, compartimos el razonamiento de la Sala de instancia que, en el fundamento jurídico tercero de su sentencia -antes transcrito- razona sobre la insuficiencia del título esgrimido para el reconocimiento de la legitimación que aquí se reivindica. Así, al apreciar la causa de inadmisibilidad objetada por las partes demandadas, razona la sala que el Ayuntamiento de Benamocarra carece de legitimación por no ser "titular público promotor" del centro educativo de referencia. En sede casacional, la corporación recurrente se limita a insistir en su legitimación para recurrir, pero en modo alguno desvirtúa la afirmación de la sala de instancia acerca de que de la sola participación del Ayuntamiento a través de un convenio en el centro de enseñanza no se desprende una competencia propia o una competencia de supervisión en los nombramientos controvertidos cuya designación se atribuye a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. Y es que, en efecto, el apartado n) del artículo 25. 2 LBRL, atribuye a los ayuntamientos la participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la Administración educativa en la creación y sostenimiento de centros docentes públicos así como la intervención en sus órganos de gestión, y la D.A. del Decreto 59/2007, de 3 de marzo, que se refiere al "titular público promotor" de conformidad con la D. Final 2.ª de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, atribuyen al Ayuntamiento –que no ostenta dicha condición- una competencia específica relacionada con el nombramiento objeto del procedimiento, siendo así que la norma que regula la materia, la aludida Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Educación (LODE), asigna la competencia de nombramiento y cese de los cargos dirección de los centros educativos a la Comunidad Autónoma correspondiente.

En segundo término, tampoco se acredita que la estimación del recurso podría implicar un beneficio a la corporación local que podría repercutir o incidir de forma directa o indirecta en su esfera jurídica de intereses. Ciertamente, la entidad recurrente aduce en el motivo casacional la tramitación de unas diligencias penales (Diligencias Previas 7310/2011) sobre los nombramientos controvertidos, afirmando que en tales actuaciones se constatan una serie de graves irregularidades en el nombramiento cuestionado y razona que al negar legitimación al Ayuntamiento, los nombramientos litigiosos quedan "extramuros del control judicial", sin reconocer el interés legítimo a que se respete el principio de legalidad en un centro de titularidad, "sin que sea dado abrigar conductas irregulares por quien asume su gestión".

Tampoco esta alegación puede ser acogida, pues con independencia de la actuación penal y las consideraciones vertidas por el Juzgado de Instrucción en el Auto invocado —que acuerda el archivo de las diligencias— es lo cierto que tal circunstancia no fundamenta la legitimación que se reclama. La ley de la Jurisdicción reconoce la legitimación a los interesados en los términos del apartado 1.º del artículo 19, al que hemos de ceñirnos, y desde esta perspectiva, no concurre en el Ayuntamiento un interés propio en el nombramiento de director o jefe de estudios del centro educativo y de prosperar la pretensión de revisión de oficio de los nombramientos litigiosos, no reportaría ningún beneficio o ventaja para sus intereses o competencias propias definidas en la ley, de modo que no se observa un interés específico imprescindible para la viabilidad del proceso.

El Tribunal Supremo fija su doctrina sobre la interpretación del artículo 19 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, en los siguientes términos:

[...] la legitimación activa es la cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas, y las Administraciones públicas, para actuar como parte demandante en un determinado proceso, que se vincula a la relación que media entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. La defensa de los derechos e intereses, en el recurso contencioso administrativo, es, por tanto, cualificada, pues no basta con que se discrepe de un acto administrativo, o considere que el mismo no es conforme a derecho, para proceder a su impugnación ante los jueces y tribunales de este orden jurisdiccional. Es necesario que medie una concreta y determinada relación entre el sujeto promotor del recurso y el objeto del

proceso, que no concurre en este caso, en el que no se advierte un beneficio concreto para el Ayuntamiento recurrente derivado de un eventual pronunciamiento favorable, como hemos indicado.

2.2.2

La vía del artículo 29 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es idónea para que un ayuntamiento inste de la comunidad autónoma el cumplimiento de un convenio interadministrativo [STS de 18 de febrero de 2019 (RCA 3509/2017)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2019 (RC 3509/2017; ponente ESPÍN TEMPLADO) fija la siguiente doctrina jurisprudencial acerca del alcance del cauce procesal previsto en el artículo 29.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para fiscalizar la inefectividad de la Administración en realizar una prestación a la que está obligada en virtud de una disposición general, un acto o un convenio administrativo.

La acción prevista en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional por inactividad administrativa, no pretende remediar cualquier incumplimiento administrativo, sino que está destinada a exigir prestaciones concretas, sobre cuya existencia no se debate, derivadas de una disposición general (siempre que no precise de actos de aplicación) o de un contrato o convenio, pretendiendo, en consecuencia, el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que ya han sido previamente establecidas.

Con base en este criterio interpretativo que fija la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional, y se desestima el recurso contencioso-administrativo formulado por el Ayuntamiento de Fuente Obejuna frente a la inactividad del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, en relación con los convenios de colaboración específicos suscritos el 1 de diciembre de 2010 por dicho Instituto y la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía, para la ejecución de sendos proyectos de infraestructuras complementarias de instalaciones eléctricas del polígono "El Blanquillo" y de mejora de instalaciones de telecomunicaciones en Fuente Obejuna.

El Tribunal Supremo delimita la controversia jurídica planteada en casación partiendo de los antecedentes de hecho que resultaban relevantes, con-

sistentes en la acción establecida por el Ayuntamiento de Fuente Obejuna para que se condenara al Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras a que culminase la tramitación y firma de dos adendas, que modificaban los plazos de ejecución y justificación de las actuaciones previstas financiadas en los convenios suscritos entre dicho Instituto y la Junta de Andalucía, en los siguientes términos:

[...] El debate en casación versa en torno a si la falta de firma, por la autoridad competente, de las adendas a los convenios, en aquellos supuestos en los que se ha culminado el procedimiento administrativo previo con el parecer favorable de los órganos técnicos informantes, constituye un supuesto de inactividad administrativa, exigible al amparo del artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional. En definitiva, se trata de determinar, tal y como señala el Auto de admisión de este recurso de casación, si nos encontramos ante un supuesto de inactividad material de la Administración, o debe entenderse, por el contrario, que la falta de firma de estas adendas implica la desestimación de la modificación, que habrá de recurrirse por vía del silencio administrativo, con su correspondiente régimen de recursos y plazos de interposición.

La tesis que propugnaba el Abogado del Estado, impugnando la sentencia de la Audiencia Nacional, se fundaba en el argumento de que "la firma, por parte del Presidente del IRMC, de una adenda por la que se modifica un convenio previamente suscrito no tiene la consideración de una mera actuación material, sino que debe considerarse un nuevo acto administrativo con un contenido sustantivo en cuanto modifica las condiciones de concesión de la subvención. A juicio del representante del Estado, la falta de firma de la modificación del convenio, por parte del órgano competente, no puede considerarse una simple inactividad administrativa, cuyo cumplimiento puede ser exigido a los tribunales por la vía del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción. La falta de firma de las modificaciones del convenio, en el plazo establecido, puede entenderse como la desestimación por silencio de la modificación del convenio que puede ser combatida en sede contencioso-administrativa, pero no puede ser considerada como una actuación debida que pueda ser exigida como una inactividad de la Administración".

La sentencia del Tribunal Supremo considera que en este supuesto no concurre el presupuesto exigido por el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, de una inactividad administrativa exigible por ese cauce procesal, siguiendo la doctrina formulada en precedentes resoluciones, en la medida en que entiende que la firma del convenio exigida ante la Audiencia Nacional es el acto de determinación de las condiciones de la subvención, condiciones que para

ser modificadas requieren el acuerdo de las partes intervinientes en el convenio; así lo establecía también la cláusula quinta del convenio: "[...] podrá ser ampliado por las entidades firmantes, previa petición de la comisión de cooperación prevista en el protocolo de colaboración".

El Tribunal Supremo sostiene, al respecto, que "la modificación de las condiciones de cumplimiento y ejecución de un convenio no es un aspecto accesorio o intrascendente sino uno de los elementos sustantivos del mismo, a los que se deben sujetar las partes firmantes y que condiciona el cumplimiento de las prestaciones financiadas. El plazo previsto en el convenio para su ejecución no fue cumplido por algunos de los ayuntamientos firmantes y su posible ampliación estaba prevista en el clausulado pero condicionada a que así lo acordasen las entidades firmantes, como no podía ser de otra forma, y siempre que concurriese 'alguna circunstancia sobrevenida así lo aconseje y formalizándose a tal efecto'. Es más, en la medida en que el pago estaba condicionado a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio, se establecía que, si 'dicha ampliación de plazo supusiera modificación de la distribución del gasto en anualidades, será sometida a los preceptivos actos de fiscalización y aprobación'. En definitiva, la modificación de los plazos de ejecución del convenio no era un acto debido y exigía no solo una tramitación, con los correspondientes informes, sino también y en último término la decisión de los órganos competentes para ello, entre ellos el Presidente del Instituto a cuyo cargo corría la subvención".

2.2.3

La Administración condenada a la demolición de una construcción ilegal debe prestar garantía suficiente para responder del pago de eventuales reclamaciones, sin que sea precisa, a tal efecto, la tramitación de un procedimiento contradictorio [STS de 22 de enero de 2019 (RC 2048/2017)]

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2019 (RC 2048/2017; ponente Trillo Alonso) fija la doctrina jurisprudencial sobre la prescripción contenida en el artículo 108.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dispone que "el Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de

garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

El Tribunal Supremo efectúa, al respecto, el siguiente pronunciamiento:

1.°) el artículo 108.3 LJCA no impide la ejecución de sentencias; 2.°) tampoco constituye causa alguna de inejecución de tales resoluciones, al amparo del artículo 105.2 LJCA; y 3.°) no vulnera ello el artículo 24 de la Constitución (antes bien, precisamente, pudiera suceder esto si prosperase el planteamiento de parte, esto es, de entenderse que el artículo 108.3 LJCA impide la ejecución de sentencias).

La controversia jurídica planteada en este recurso de casación había sido delimitada por el precedente Auto de Admisión dictado por la Sección Primera, que había declarado que consistía en dilucidar "si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal".

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria, confirmando el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que, a su vez, avaló la resolución del Juzgado Contencioso-Administrativo número 1 de Santander, que, en un incidente de ejecución de sentencia, había requerido al Ayuntamiento de Argoños para que, en cumplimiento del art. 108.3 LJ, procediera a constituir garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a tercero de buena fe como consecuencia de la responsabilidad patrimonial en que pudiera incurrir, derivada de la demolición que se haga efectiva en este procedimiento.

Se ordenaba en el Auto, a tal efecto, que, si no estuvieran constituidas, deberá iniciar los trámites precisos para ello e informar cada 15 días de los mismos, con indicación de las cantidades calculadas a tal fin, personas afectadas, modalidades de garantía a prestar y procedimientos presupuestarios dirigidos a hacer posibles estas garantías, con apercibimiento de que, en caso de incumplir esta obligación, podrán imponerse multas coercitivas y deducir testimonio de particulares para proceder por delito de desobediencia.

El Tribunal Supremo sigue la doctrina jurisprudencial formulada en precedentes sentencias –sin necesidad de aclararla o alterarla–, que había declarado

que, "de acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la Administración recurrente, consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un juez o tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales 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 y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo".

Se subraya que la exigencia de prestación de garantía suficiente "se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional".

2.3

Gobierno local: Estatuto jurídico de los electos locales y de los vecinos miembros de órganos de participación ciudadana

2.3.1

La causa de inelegibilidad e incompatibilidad contenida en el artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General se aplica a los condenados por delitos contra la Administración pública cuando se haya impuesto la pena de inhabilitación especial de suspensión para empleo o cargo público, cualquiera que sea el ámbito de los empleos o cargos públicos a que se refiera, y aunque la sentencia no sea firme [STS de 1 de abril de 2019 (RC 5590/2017)]

La relevancia de la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2019 (RC 5590/2017; ponente Pico Lorenzo) reside en que realiza una interpretación extensiva del artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica del Régimen Estatal General, basada en los principios de dignidad e integridad ética que resultan aplicables a quienes aspiren a desempeñar un cargo público representativo.

El Tribunal Supremo debía pronunciarse sobre el alcance del artículo 6.2 b) de la LOREG, que establece que "los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal", en relación con el artículo 6.2 c) del citado texto legal.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo se efectúa a propósito del enjuiciamiento revisor de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había estimado el recurso de apelación formulado contra una sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que había revocado el Acuerdo del Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura, que declaró la incompatibilidad de Domingo González para el cargo de consejero del Cabildo como consecuencia de haber sido condenado por el Juzgado de lo Penal del Puerto del Rosario, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, a la pena de inhabilitación especial para el cargo público de alcalde, y para cualquier otro cargo de naturaleza electiva y de ámbito local que implique una participación en el Gobierno municipal durante nueve años.

La sentencia parte, como premisa, de la transcripción de los preceptos de la LOREG, que debe interpretar con el objeto de fijar jurisprudencia:

- [...] Tras la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por la LO 3/2011, de 30 de enero su artículo 6.2 b) expresa:
 - 2. Son inelegibles:
 - (..)
 - b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración pública o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.

Y el apartado 4 señala: "Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad (...)".

El apartado 4 del art. 6 se encontraba en el origen de la Proposición de Ley Orgánica presentada por los Grupos Popular y Socialista de modificación de la LOREG 5/1985, de 19 de junio, publicada en el BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 22 de octubre de 2011.

La sentencia, tras analizar la naturaleza jurídica del cargo de consejero del Cabildo Insular, a la luz de la regulación contenida en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de Canarias, y tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, formulada en relación con la equivalencia de las funciones del alcalde y consejero del Cabildo Insular, sostiene que el Acuerdo del Cabildo de Fuerteventura, que acordó la incompatibilidad del recurrente en la instancia, no infringe el derecho de participación política consagrado en el artículo 23 de la Constitución.

El Tribunal Supremo no comparte la tesis del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sobre la ilegalidad del Acuerdo del Cabildo de Fuerteventura, porque, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, considera que en un Estado democrático es exigible, a todos los cargos electos que ejercen funciones públicas, "ejemplaridad social", en la medida en que actúan en representación de los ciudadanos.

La referencia en la sentencia al marco jurídico europeo resulta particularmente significativa para comprender el contexto en que deben interpretarse las causas de inelegibilidad e incompatibilidad previstas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: "Lo dicho por el Tribunal Constitucional no es cuestión novedosa en nuestro marco jurídico europeo y su herencia cultural. Si bien los regímenes de los Estados miembros de la Unión Europea sobre inelegibilidad reflejan tradiciones jurídicas distintas suelen coincidir en que una condena penal inhabilita para ocupar un cargo público. Incluso, en algún Estado haber incurrido en quiebra o ser indigno de ocupar un cargo público por otro motivo también es causa de inelegibilidad. En Dinamarca, una persona no puede ser elegible si ha sido condenada por realizar actos que según la opinión general la hagan indigna de pertenecer al Parlamento Europeo o al *Folketing*, Parlamento danés (www Comisión Europea)".

Con estas bases hermenéuticas, el Tribunal Supremo formula la siguiente doctrina:

[...]

- i) Que no lesiona el art. 23. CE la declaración de incompatibilidad de D. Domingo para el cargo de consejero del Cabildo de Fuerteventura.
- ii) Que la causa de inelegibilidad e incompatibilidad establecida en el art. 6.2 b) en relación con el art. 6.4. de la LOREG debe ser entendida en el sentido de que afecta a los condenados por los delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración pública o contra las instituciones del Estado, cuando la sentencia, aunque no sea firme, haya impuesto la pena de inhabilitación especial o de

suspensión para empleo o cargo público, cualesquiera que sean los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena.

Frente a una interpretación literalista de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad contempladas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, la sentencia del Tribunal Supremo efectúa una interpretación teleológica de los preceptos analizados con la finalidad de preservar los postulados inherentes a la moral pública, que impide que ejerzan cargos públicos aquellos que hayan sido condenados por violentar gravemente el orden jurídico.

2.3.2

El ejercicio del cargo de vocal-vecino de la junta de distrito de un ayuntamiento es compatible con la condición de funcionario público [STS de 2 de octubre de 2018 (RC 509/2017)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2018 (RC 509/2017; ponente Menéndez Pérez) fija doctrina legal en relación con la interpretación del artículo 5.1 b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que, por excepción, permite a ese personal compatibilizar sus actividades con el desempeño de "cargo electivo" de miembro de una corporación local, salvo que este sea un cargo retribuido en régimen de dedicación exclusiva.

La sentencia tiene indudable interés, en cuanto que analiza el régimen jurídico de los miembros componentes de órganos complementarios de participación ciudadana que forman parte de la organización política y administrativa municipal.

La controversia jurídica planteada ante el Tribunal Supremo consistía en determinar si era conforme a derecho –tal como había declarado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional— la resolución de la directora de la Oficina de Conflictos de Intereses (en uso de las atribuciones delegadas por el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas) que denegó a un funcionario, que prestaba sus servicios en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, la compatibilidad para el desempeño de su actividad pública principal como funcionario estatal con la actividad pública secundaria de vocal-vecino de la Junta de Distrito del Retiro del Ayuntamiento de Madrid.

El Tribunal Supremo fija, al respecto, la siguiente doctrina legal:

[...]

<u>Primera</u>. El cargo de vocal vecino de la junta municipal de cualquiera de los distritos del Ayuntamiento de Madrid, sí está

comprendido en el ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, cuando su propuesta y nombramiento se ajusta a lo dispuesto en el Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 7, de 10 de enero de 2005.

<u>Segunda</u>. En tal caso, el vocal vecino ha de considerarse miembro de la corporación local a los efectos de aplicar la excepción prevista en el artículo 5.1.b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Para llegar a esta conclusión, con carácter prioritario, analiza la sentencia la naturaleza jurídica de los distritos del Ayuntamiento de Madrid, sosteniendo que son divisiones territoriales del municipio dotadas, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión de todo él, de órganos de gestión desconcentrada, creados como instrumento esencial para el logro de un doble fin: la aplicación y desarrollo de políticas municipales de proximidad, orientadas como tales a la corrección de los desequilibrios y a la representación de los intereses de los diversos barrios del municipio; y la efectiva, inmediata, regular y constante participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local. No son, pues, órganos de estricto quehacer administrativo, sino también, y más allá de ello, de adopción de decisiones de gobierno en su ámbito territorial, sujetas al control jurídico y político por el Pleno de la Corporación.

Asimismo, se precisa cuál es la naturaleza jurídica de la junta municipal de distrito, afirmando que se trata, conforme a lo dispuesto en la normativa municipal (art. 4 del Reglamento Orgánico de los Distritos de la Ciudad de Madrid), de un órgano colegiado de representación político-vecinal, en el que, junto a cargos electivos, se articula la participación ciudadana a través de los vocales vecinos.

Y, partiendo de estas premisas, se desvela cuál es la condición jurídica de los vocales-vecinos integrados en ese órgano junto a miembros electos de la Corporación:

[...] Son cargos públicos representativos, pues: a) son designados para intervenir directamente en la toma de decisiones políticas; b) participan en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente; c) su participación es, así, no de cualquier índole, sino política; y d) el origen y causa de la propuesta y nombramiento de cada uno de los vocales-vecinos conecta y está ligado a los resultados de un sufragio universal, cual es el de la elección de

los concejales del Ayuntamiento; aspecto, este, que requiere unas reflexiones complementarias, que hacemos a continuación:

Cierto es que se trata de una "elección" indirecta o de segundo grado. Pero ello, aunque se aparte de la regla general con que se concibe el sufragio –directo–, no resulta prohibido por el texto constitucional, que contempla, como ya hemos dicho, mecanismos de elección indirecta o de segundo grado; ni, en concreto, por el tenor del art. 23 del mismo, que no añade al término universal esa nota de que el sufragio haya de ser directo. Además, aquella, la "elección" o, con más acierto, "designación", no deja de guardar la necesaria correlación o correspondencia con la voluntad del elector expresada en las urnas, pues la propuesta y el nombramiento han de hacerse respetando los resultados electorales, de forma tal que la primera proviene de los grupos políticos que componen la Corporación y en proporción al número de concejales obtenidos en las últimas elecciones municipales, garantizándose, a su vez, la presencia de todos los grupos políticos que hayan obtenido representación en el Pleno del Ayuntamiento. Y, por último, esa concreta forma de "elección" o "designación", ni es incompatible per se con el principio democrático, dado lo que acabamos de exponer sobre aquella correlación o correspondencia, ni deja de tener, sin perjuicio de otras formas o fórmulas posibles, una lógica correlación con la organización global del gobierno local, en la que tal vez sea necesaria o aconsejable que el deseable favorecimiento de la participación vecinal no dé lugar, en los distritos, a una composición de las diversas ideas o sensibilidades políticas distinta o alejada de la lograda en el Pleno del Ayuntamiento por mor de los resultados electorales.

Por tanto, considera el Tribunal Supremo que la expresión "cargos electivos" que emplea el precepto no tiene una única interpretación posible, que excluya del concepto de cargo electivo a aquel cuya designación sea producto de una elección indirecta o de segundo grado. Al contrario, cabe incluir en ella a este, y debe incluirse en todo caso si se trata de cargos públicos representativos titulares del derecho de participación política que protege el art. 23 de la Constitución, como es el caso.

Esta interpretación flexible de la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas favorece la participación de funcionarios públicos en la vida política local, al facilitar su incorporación a órganos descentralizados a través de los cuales se ejerce cooperativamente el poder municipal.

Competencias municipales: Los ayuntamientos tienen competencias en materia de regulación de las instalaciones de equipos de radiocomunicación para tutelar intereses relativos a la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medio ambiente [STS de 11 de febrero de 2019 (RC 326/2016)]

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2019 (RC 326/2016; ponente HERRERO PINA) aborda el enjuiciamiento de ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de equipos de radiocomunicación, que había dado lugar a fijar una doctrina jurisprudencial oscilante, acerca del alcance de los títulos competenciales del Estado y de los municipios en esta materia.

Tras las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013 (RC 4490/2007) y de 8 de julio de 2013 (RC 6089/2011), se abrió paso una línea jurisprudencial que contribuyó a zanjar la controversia competencial, declarando que la competencia exclusiva estatal en el sector de las telecomunicaciones –artículo 149.1.21.ª CE– determina un ámbito propio infranqueable de regulación (y ejecución) sobre el ámbito físico, aun cuando puedan condicionarse otros títulos competenciales, incluso también exclusivos de otras Administraciones.

Se afirmaba que esta competencia exclusiva estatal no puede quedar soslayada o desvirtuada por el ejercicio que se realice por cada una de las autonomías y, previa habilitación legal, por las corporaciones locales, puesto que existe un interés general subyacente en la prestación del servicio de telefonía móvil que ha de preservarse por el Estado, aunque esta competencia exclusiva no supone la regulación íntegra y global del fenómeno, sino que ha de centrarse en los "aspectos propiamente técnicos" o aquellos que los predeterminen. De lo contrario, estaríamos ante una expansión estatal ilegítima de otras competencias autonómicas o locales. Por tanto, tampoco cabe que los ayuntamientos se extiendan en su regulación a cuestiones técnicas, bajo el pretexto de regular "temas urbanísticos, protección del patrimonio histórico-cultural, medio ambiente y salubridad pública".

En la ulterior sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015 (RC 695/2013) se sintetiza la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

[...]

1.º El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones —artículo 149.1.21.ª CE— lo que se circunscribe a los "aspectos propiamente técnicos". Se está así ante un título competencial sectorial.

- 2.º Este título ni excluye ni anula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.
- 3.º Se está así ante títulos competenciales de distinta naturaleza, uno sectorial de titularidad estatal y otros transversales de titularidad municipal que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio –suelo, subsuelo y vuelo—, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades.
- 4.° La Sala ha aplicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, referida a la concurrencia competencial de la normativa estatal y autonómica, pero ha entendido que su doctrina es extrapolable al ejercicio por los municipios de su potestad reglamentaria. De esta Sentencia cabe deducir que los títulos antes citados se limitan y contrapesan recíprocamente; no pueden vaciarse mutuamente de contenido y han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial.
- 5.º Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia horizontal, esta tiene por finalidad que su titular –en esa sentencia, las comunidades autónomas—formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.
- 6.º La competencia sectorial como la ahora contemplada condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de estos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.
- 7.º De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer

condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones.

- 8.º Estas exigencias impuestas por los municipios en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes a ese ordenamiento y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni pueden suponer limitaciones.
- 9.º Esto ha llevado a la Sala a fijar como doctrina que el enjuiciamiento de los preceptos impugnados en cada caso se haga desde principios como el de proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho al operador y el interés público que se intenta preservar.

Partiendo de este preciso contexto jurisprudencial, la sentencia analiza los preceptos impugnados de la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), reguladora de las condiciones de instalación de equipos de radiocomunicación, en aspectos relativos a la exigencia de uso de la mejor tecnología, a la prohibición de instalar antenas en suelos calificados como urbanizables, o a obligaciones impuestas a las operadoras con carácter adicional o de naturaleza documental, así como la necesidad para prestar el servicio de telecomunicación de contar con una licencia de actividad.

El Tribunal Supremo anula las disposiciones de la Ordenanza, referidas a la utilización de la mejor tecnología, en cuanto estas pretensiones conculcan la competencia del Estado para fijar el nivel tecnológico exigible a las instalaciones de telecomunicaciones.

La sentencia considera conforme a derecho la exigencia de una licencia de utilización o de funcionamiento, por cuanto se refiere al control municipal sobre la utilización de la instalación, conforme a la licencia de obras concedida, cuya competencia tiene atribuida el municipio, de acuerdo al Reglamento de Disciplina Urbanística.

2.5

Convenios interadministrativos: Un ayuntamiento está legitimado para exigir el cumplimiento de un convenio formalizado entre otras Administraciones públicas si resulta beneficiario de la ejecución del mismo [STS de 25 de febrero de 2019 (RC 1071/2016)]

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2019 (RC 1071/2016; ponente Calvo Rojas) tiene particular trascendencia, en cuanto refuerza la posición jurídica de un ayuntamiento para exigir el cumplimiento de un convenio formalizado entre dos Administraciones del que no fue parte.

El Tribunal Supremo rechaza la tesis argumental que había desarrollado el Gobierno de Canarias, con base en los artículos 6 y 8.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto de que el convenio vinculaba únicamente a las Administraciones que lo habían firmado (Cabildo Insular de Gran Canaria y Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias), por lo que el Ayuntamiento de Agüimes no podía exigir su cumplimiento, en cuanto ocupó la posición de un tercero.

La sentencia expone que la controversia que da origen al presente recurso de casación viene referida al primero de los convenios, suscrito entre el Cabildo de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma; pero es indudable la interrelación que existe entre los dos convenios con relación al proyecto del teatro de Agüimes, de manera que, contemplados aquellos de manera conjunta, bien puede asumirse la síntesis que hace la sentencia recurrida, respecto de que para ejecutar el teatro de Agüimes tres Administraciones se ofrecieron a colaborar en la financiación: el Ayuntamiento de la localidad, el Cabildo Insular y la Comunidad Autónoma. El presente recurso versa sobre los 1 420 192 € que la Comunidad Autónoma se comprometió a abonar al Ayuntamiento de Agüimes, y el papel que el Cabildo asumió: transferirlos al citado Ayuntamiento, una vez recibiese de la Comunidad Autónoma el citado capital.

El Tribunal Supremo mantiene que, aunque el Ayuntamiento de Agüimes no es formalmente parte en el convenio que suscribieron el Cabildo de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma, es indudable que es interesado y beneficiario de dicho convenio. Además, en virtud de lo acordado en el segundo convenio –entre el Cabildo y el Ayuntamiento—, era necesario el concurso del Ayuntamiento de Agüimes para que el primer convenio pudiese tener cumplimiento, pues el Ayuntamiento debía emitir y enviar al Cabildo las certificaciones que luego el Cabildo debía reenviar a la Comunidad para que esta abonase las cantidades correspondientes.

Conforme a los razonamientos expuestos, la sentencia concluye que no es cierto que en el convenio que suscribieron el Cabildo de Gran Canaria y la Comunidad Autónoma sea el Ayuntamiento un simple tercero ajeno a lo que allí se estipula. Y no cabe aceptar la afirmación que hace la representación del Gobierno de Canarias de que ese convenio de fecha 29 de octubre de 2002 no contiene estipulación alguna a favor del Ayuntamiento de Agüimes, pues, como acabamos de señalar, la ejecución de la obra teatro de Agüimes era precisamente uno de los proyectos a cuya financiación se comprometía la Comunidad Autónoma en ese convenio.

2.6

Actividad económica: La Administración autonómica no puede revocar injustificadamente la declaración de zona de gran afluencia turística de un municipio, a efectos de aplicación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales [STS de 19 de julio de 2018 (RC 3505/2017)]

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 (RC 2858/2017; ponente ESPÍN TEMPLADO) se fijó la siguiente doctrina, respecto de la interpretación del artículo 5.4 de la Ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales:

[...]

De conformidad con las razones expuestas en el anterior fundamento, el apartado 4 del artículo 5 de la Ley de Horarios Comerciales ha de interpretarse en el sentido de que la concurrencia de alguna de las circunstancias que se enumeran en las letras del apartado son suficientes por sí mismas para la declaración de zona de gran afluencia turística cuando lo solicite un ayuntamiento, según dispone el párrafo primero de dicho apartado. Asimismo, el precepto debe entenderse en el sentido de que una vez efectuada la declaración de un municipio o parte del mismo como zona de gran afluencia turística, dicha declaración solo puede ser revocada en caso de que tal circunstancia desaparezca o de que así lo solicite el Ayuntamiento.

Ha de tenerse en cuenta, además, que las circunstancias enumeradas en las letras comprendidas en el apartado son de diversa naturaleza, de forma que mientras que algunas se limitan a la constatación de un hecho incontrovertible (que una localidad haya sido declarada patrimonio de la humanidad), otras requieren la apreciación y justificación motivada de la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho. Ahora bien, de concurrir estas circunstancias, la declaración de zona de gran afluencia turística es obligada en caso de solicitarlo el ayuntamiento correspondiente, tal como prevé el párrafo primero del apartado 4 del artículo 5.

El interés de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (RC 3505/2017; ponente Calvo Rojas) reside en que se delimita restrictivamente el margen de apreciación de que goza la Administración de la Comunidad Autónoma para declarar o revocar la consideración de un municipio como zona de gran afluencia turística, a los efectos de aplicación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

La sentencia del Tribunal Supremo ratifica la doctrina jurisprudencial formulada en la precedente sentencia de 17 de febrero de 2017, confirmando, en relación con el municipio de Cáceres, el criterio de que los distintos supuestos que enunciara el artículo 5.4 de la Ley de Horarios Comerciales tienen entidad propia, de modo que la concurrencia de cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo hace procedente, si así lo promoviere el ayuntamiento correspondiente, su consideración como zona de gran afluencia turística.

Pero el Tribunal Supremo, enjuiciando en el recurso de casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Badajoz contra la resolución de la Consejería de Economía de la Junta de Extremadura, por la que se revoca la anterior resolución que había declarado al referido municipio de Badajoz zona de gran afluencia turística, considera que la Administración autonómica se ha extralimitado, puesto que, perdurando la concurrencia del presupuesto de hecho de que constituye "área de influencia de zona fronteriza", no cabía revocar la resolución precedente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 delimita con claridad el distinto margen de apreciación que tiene la Administración autonómica, a los efectos de resolver los expedientes de declaración de zona de gran afluencia turística:

[...]

Partiendo de esa interpretación, y centrándonos ahora en las razones que determinaron la declaración de Badajoz como zona de gran afluencia turística, cabe admitir que la consideración de que ese municipio constituye un área cuyo principal atractivo es el turismo de compras comporta un margen de apreciación, pues se trata de una circunstancia susceptible de ponderación y de gra-

duación, y, también, variable a lo largo del tiempo. En cambio, el margen de apreciación es escaso, por no decir ninguno, en lo que se refiere al hecho de que el municipio de Badajoz limita o constituye un "área de influencia de zona fronteriza", pues se alude aquí a una circunstancia fáctica (geográfica) sustraída al ámbito valorativo de la Administración autonómica y en la que, en todo caso, no se ha producido en los últimos años modificación alguna que justifique un cambio de parecer de la Administración en este punto.

Así las cosas, la resolución revocatoria impugnada y la sentencia que la ratifica no cuestionan —dificilmente podrían hacerlo—que Badajoz continúe estando en un "área de influencia de zona fronteriza". Tanto la resolución administrativa como la sentencia de instancia invocan el informe emitido con fecha 14 de marzo de 2016 por la Dirección General de Turismo en el que se viene a indicar que la declaración del municipio de Badajoz como zona de gran afluencia turística no ha supuesto un mayor volumen de ventas ni de contrataciones para el comercio extremeño. Ello significa que la revocación se sustenta en una reconsideración sobre la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 5.4.f/ de la Ley estatal 1/2004 y en el artículo 32.1.e/ de la Ley autonómica 3/2002, de 9 de mayo.

Ahora bien, cualquiera que sea la relevancia y virtualidad que se atribuyan al citado informe la Dirección General de Turismo, resulta incuestionable en el caso de Badajoz la pervivencia de al menos una de las razones que en su día determinaron la declaración de zona de gran afluencia turística, esto es, la prevista en el artículo 5.4.c/ de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales ("... Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronteriza"). Tal constatación es por sí misma suficiente para concluir que la revocación de aquella declaración es contraria a derecho. A tal efecto es obligado recordar que los supuestos que enumera el artículo 5.4 de la Lev 1/2004 operan de manera autónoma, bastando la concurrencia de uno cualquiera de ellos en un municipio o parte del mismo para que, si así lo promueve el ayuntamiento correspondiente, resulte procedente su consideración como zona de gran afluencia turística; sin que tal consideración pueda ser revocada ni cuestionada a base de negar o relativizar la pervivencia de otra de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para emitir la declaración, pues, como decimos, los distintos apartados del artículo 5.4 operan de manera independiente.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (RC 4965/2017; ponente Bandrés Sánchez-Cruzat) se consigna la doctrina del Tribunal Constitucional formulada en relación con el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, estableciendo los límites respecto de lo que las comunidades autónomas pueden hacer en este ámbito, en los siguientes términos:

[...]

Cabe poner de relieve que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 25/2017, de 16 de febrero, se ha pronunciado, siguiendo los criterios expuestos en sentencias precedentes (SSTC 156/2015, 195/2016 y 214/2016), respecto del alcance del contenido prescriptivo del artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, precisando que a las comunidades autónomas les corresponde, en el ejercicio de sus competencias en materia de horarios comerciales, con observancia del marco regulatorio establecido por el legislador estatal, la facultad de declarar Zona de Gran Afluencia Turística cuando aprecie que se cumplen los requisitos previstos en dicha disposición legal.

Se afirma en esta sentencia constitucional que lo que la comunidad autónoma no puede hacer, sin detrimento de la eficacia de la normativa básica, es regular un régimen alternativo y diferente que presenta un grado escaso si no nulo, de integración con las bases, al dejar la delimitación de zonas de gran afluencia turística que vienen impuestas como consecuencia obligada de la aplicación de los criterios mínimos establecidos por el artículo 5.4 y 5 de la Ley 1/2004, en manos de la decisión discrecional de la comunidad autónoma, con el resultado de restringir considerablemente el régimen de plena libertad horaria comercial que ha dispuesto el legislador básico estatal en el artículo 5.1 de la Ley 1/2004:

"[...] La STC 195/2016, FJ 5 a), ha reiterado que el art. 5.4 de la Ley 1/2004 recoge condiciones mínimas y comunes, establece 'un minimum sobre el que la comunidad autónoma puede establecer una normativa adicional en el ejercicio de sus competencias ... añadiendo otras zonas con dicha calificación, haciendo uso de la circunstancia contenida en la letra g) del apartado 4 que les permite, no solo determinar las que deban considerarse como tales, teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en las letras a) a f) del apartado 4, sino añadir, también, otras zonas de gran afluencia turística cuando aprecie que concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen'. Recuerda asimismo que son posibles 'desarrollos

normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, permitan que cada comunidad autónoma pueda establecer sistemas singularizados en materia de apertura de comercios en domingos y festivos y en materia de determinación de las zonas de gran afluencia turística' (STC 156/2015, FJ 10).

En sentido parecido, el fundamento jurídico 5 b) considera que el régimen del art. 5.5 de la Ley 1/2004, aplicable a los municipios con población superior a 100 000 habitantes, a la vez fija 'las circunstancias, en forma de umbral de pernoctaciones y de población, que deben tenerse en cuenta para la determinación de las zonas de gran afluencia turística', y permite que las comunidades autónomas puedan establecer zonas adicionales.

En ambos casos, la comunidad autónoma ha de respetar los mínimos fijados por el legislador básico estatal, a partir de los cuales podrá desplegar su competencia legislativa en la materia y ejercer sus opciones en lo que concierne a la liberalización de los horarios comerciales. En términos de la STC 214/2016, el Estado, 'en ejercicio de su competencia, con la finalidad de liberalizar los horarios comerciales, ha dispuesto la siguiente ordenación: las comunidades autónomas declararán las zonas de gran afluencia turística en los municipios de su territorio; esa facultad tiene un límite mínimo definido por la norma estatal: en los municipios que cumplan determinados requisitos tendrá que declararse al menos una zona de gran afluencia turística; y tiene también un techo obvio, la declaración de todo el término municipal como tal zona. En otras palabras, las comunidades autónomas son las competentes para regular la libertad horaria ordenada por la norma estatal dentro de los dos criterios fijados por esta. Así pues, es a la comunidad autónoma a quien corresponde la decisión última en el marco diseñado por el legislador estatal' (FJ 4). Lo que la comunidad autónoma no puede hacer, sin detrimento de la eficacia de la normativa básica, es regular un régimen alternativo y diferente que presenta un grado escaso si no nulo de integración con las bases, al dejar la delimitación de zonas de gran afluencia turística, que vienen impuestas como consecuencia obligada de la aplicación de los criterios mínimos establecidos por el art. 5, 4 y 5 de la Ley 1/2004, en manos de la decisión discrecional de la comunidad autónoma, con el resultado de restringir considerablemente el régimen de plena libertad horaria comercial que ha dispuesto el legislador básico estatal en el art. 5.1 de la Ley 1/2004".

De ello se infiere, que el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, debe entenderse en el sentido de que obliga a la Administración de la comunidad autónoma competente a declarar Zona de Gran Afluencia Turística cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en dicha disposición legal para establecer la plena libertad de horarios comerciales (existencia de una concurrencia suficientemente significativa de plazas de alojamientos turísticos o que el municipio haya sido declarado Patrimonio Universal de la Humanidad; emplazamiento en zonas fronterizas o próximo a reductos portuarios o áreas declaradas de turismo de compras; celebración de grandes eventos deportivos o culturales), sin que sea necesario ni exigible que entre a analizar o valorar si existe además una demanda turística que justifique la ampliación del horario comercial.

2.7

Función pública: Los ayuntamientos no pueden reconocer a los funcionarios que presten sus servicios el derecho a percibir premios o recompensas con ocasión de su jubilación, en cuanto esta retribución no está prevista en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local

En la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2019 (RC 2717/2016; ponente Requero Ibáñez) se aborda nuevamente la cuestión relativa a si los ayuntamientos pueden reconocer a sus funcionarios premios o recompensas por la jubilación, al aprobar el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de su personal.

La sentencia, que resuelve estimatoriamente un recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que había enjuiciado el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, considera que estos premios o recompensas por jubilación no tienen cubertura en las modalidades de retribuciones de los funcionarios públicos locales, establecidas en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, y, por ello, declara nula dicha previsión.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo se sustenta en los propios precedentes de la Sala, que había descartado que los premios de jubilación pudieran considerarse como ayuda social, en la medida en que no responde a ninguna contingencia o infortunio sobrevenido, sino simplemente a la extinción de la relación funcionarial:

[...]

- 3.º En cambio –sigue diciendo la sentencia que ahora se invoca de 20 de marzo de 2018 (recurso de casación 2747/2015) esta Sala "ha hecho pronunciamientos expresamente dirigidos a los premios de jubilación y ha señalado que no son conformes a derecho" porque infringen la disposición adicional cuarta del TRRL y la disposición final segunda de la LRBRL; además no se pueden amparar en el artículo 34 de la Ley 30/1984 porque no atienden a los supuestos allí previstos porque no son retribuciones contempladas en la regulación legal, ni un complemento retributivo de los definidos en el artículo 5 del Real Decreto 861/1984 y tampoco se ajustan a las determinaciones del artículo 93 de la LRBRL (cf. sentencia de 9 de septiembre de 2010, recurso de casación 3565/2007, con remisión a las sentencia que cita).
- 4.º Pues bien en el caso que enjuició la sentencia 20 de marzo de 2018 (recurso de casación 2747/2015) —referido al Ayuntamiento de Icod de los Vinos— esta Sala ha advertido la naturaleza retributiva del premio allí cuestionado pues no respondía "a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcionarial cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales —esto es, determinantes de una situación de desigualdad— sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcionarial, por lo demás no específico del Ayuntamiento sino común a toda la función pública, una gratificación".
- [...] Lo expuesto es aplicable al caso de autos pues el artículo 12.B se limita a reconocer "el derecho a percibir una recompensa de jubilación de 5 mensualidades íntegras, siempre que cuenten
 con más de diez años de servicios prestados a este Ayuntamiento o
 Administración pública". En efecto, aunque dicho precepto se ubica en el Capítulo IV cuya rúbrica es "acción social", lo cierto es
 que de lo convenido se deduce, conforme a lo dicho por esta Sala
 en la sentencia antes glosada, que no compensa una circunstancia sobrevenida propia de las que se atienden acudiendo a medidas
 asistenciales en el sentido antes expuesto, sino que se vincula el

premio o recompensa a un "hecho natural, conocido e inevitable de la relación funcionarial, por lo demás no específico del Ayuntamiento sino común a toda la función pública, una gratificación".

La sentencia se muestra menos rigorista en el enjuiciamiento de la previsión contenida en el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de Chiclana de la Frontera, relativo al compromiso adquirido de reconocer flexibilidad horaria a los funcionarios que hubieren cumplido los 62 años, en la medida en que se considera acertado el pronunciamiento del Tribunal de instancia de diferir la eventual ilegalidad de esta disposición convencional a la impugnación de los actos de aplicación:

[...]

En el motivo Segundo la Junta de Andalucía con base en los preceptos citados en el Antecedente de Hecho Cuarto 2.º, impugna la sentencia de instancia en cuanto que confirma el artículo 12.C del Acuerdo según el cual "el Ayuntamiento facilitará una Flexibilidad Horaria a todo el personal que cumpla los 62 años". Al respecto hay que entender con la recurrente que la sentencia de instancia, en puridad, sí comparte que lo pactado es inconcreto, pero la sentencia salva la legalidad del acuerdo porque difiere el juicio sobre la legalidad de lo pactado al momento en que se apliquen o concreten las consecuencias retributivas de esa flexibilización. El Ayuntamiento recurrido alega frente a este motivo que el artículo 6.1 del Acuerdo no fue impugnado, y en él se remite la fijación de la jornada de trabajo a la normativa vigente, a lo que añade como cuestión de hecho que en 2013 el Ayuntamiento cumplió con las previsiones de los preceptos que se reputan infringidos.

[...] Planteado así el motivo se desestima. En efecto, la sentencia de instancia desestimó en este punto la demanda porque lo pactado se limita a que el Ayuntamiento se compromete a facilitar la flexibilidad horaria, luego no es un pacto ya cerrado que exija más concreción en cuanto a su contenido y alcance por afectar al gasto y al régimen retributivo de los destinatarios, aparte de que tal flexibilidad no significa, per se, reducción horaria. Por tanto, ceñida la impugnación solo a la falta de concreción de los efectos retributivos, que la sentencia impugnada difiera el juicio de legalidad al momento de aplicar ese compromiso, no por ello la sentencia ha infringido la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, por cierto ya derogada por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

3

Epílogo: Los contrastes del nuevo modelo de recurso de casación en la interpretación de las normas jurídicas que inciden en la gobernanza de los entes locales

Un balance, aún provisional, del nuevo modelo de recurso de casación diseñado en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, revela que no se han cumplido todas las expectativas que el legislador y la doctrina científica habían depositado en esta modalidad de recurso extraordinario, instaurado con la finalidad de que el Tribunal Supremo pudiera asegurar la uniformidad de la aplicación judicial del derecho mediante la creación de jurisprudencia vinculante

Se ha destacado que el nuevo recurso de casación tampoco ha logrado plenamente la función encomendada, en el sentido de que el Alto Tribunal conozca únicamente de aquellos recursos que presenten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, cumpliendo así estrictamente su función nomofiláctica, en relación con aquellos asuntos que tengan una gran transcendencia jurídica para la colectividad en general.

El profesor Francisco López Menudo ha analizado el nuevo modelo de recurso de casación incorporado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, poniendo de relieve que el designio de crear una jurisprudencia firme plantea inquietud acerca de la atención que debería prestarse al denominado *ius litigatoris* (*vid.* Francisco López Menudo, "El recurso de casación: ¿Jurisprudencia y/o Justicia?", *Revista de Administración Pública*, n.º 207, septiembre/diciembre 2018, págs. 13 y ss.).

Una de las dificultades estructurales que presenta la aplicación de la regulación del nuevo recurso de casación deriva de la configuración orgánica de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, puesto que es a las secciones de la Sala –y no al Pleno– a quienes se atribuye, con carácter ordinario, la formación de jurisprudencia.

La generalidad o transversalidad de muchas de las contiendas jurídicas que se suscitan ante el Tribunal Supremo por presentar interés casacional objetivo, en el sentido de que las disposiciones que se reputan infringidas pueden ser interpretadas por las distintas secciones de la Sala (*ad exemplum*, las leyes estatales de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), determina que la doctrina jurisprudencial formulada por una sección, en un ámbito material concreto, pueda ser contradictoria con la fijada por otras secciones, lo que promueve

que la doctrina fijada tenga un cierto carácter de provisionalidad, hasta que, en su caso, se pronuncie sobre la cuestión el Pleno de la Sala, dirimiendo las eventuales divergencias [STS 1671/2018, de 27 de noviembre de 2018 (RC 1653/2017)].

Otro elemento que coadyuva a dar una cierta inestabilidad al nuevo modelo de recurso de casación tiene que ver con que, desde la perspectiva subjetiva, todos los ciudadanos y Administraciones públicas que puedan verse afectados por las declaraciones doctrinales formuladas en la sentencia casacional no han tenido oportunidad de participar en la casación, por lo que, a veces, el conocimiento del caso enjuiciado por la Sección correspondiente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resulta limitado, al no incorporarse argumentos al proceso que pueden resultar de gran trascendencia para el enjuiciamiento equitativo del recurso.

Se ha cuestionado también por la doctrina administrativista y por los abogados y letrados defensores de las Administraciones públicas la práctica del Tribunal Supremo en relación con la admisión de los recursos de casación, por su rigorismo y cierta inflexibilidad en la interpretación de los supuestos que presentan interés casacional objetivo, lo que determina que muchas disposiciones del ordenamiento jurídico administrativo queden al margen de la formación de jurisprudencia.

Corregir esos desajustes exige, sin duda, una reflexión de la comunidad jurídica sobre la necesidad de introducir reformas adicionales en la regulación del recurso de casación establecida en la Ley Orgánica 7/2015.

Fortalecer la estructura interna de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, reforzando su Gabinete Técnico y estableciendo un Servicio General de Documentación, nutridos por una formación de letrados especialistas adscritos permanentemente a las Secciones de Enjuiciamiento, constituye un componente esencial para mejorar el rendimiento jurídico de la Sala, con el objetivo de pueda realizarse del mejor modo posible la función de crear doctrina jurisprudencial.

Pero el esfuerzo de mejorar el nuevo modelo de casación en lo contencioso-administrativo requiere del esfuerzo inteligente de todos los actores del proceso.

A los letrados defensores de los entes locales les compete preparar e interponer el recurso de casación de la forma más persuasiva posible desde la perspectiva técnico-jurídica, con el objetivo de contribuir a dar una mejor certidumbre jurídica a la aplicación del derecho regulador del régimen local, lo que redundará en la buena gobernanza de los entes locales, en la medida en que se garantiza que su acción administrativa se enmarque en el respeto debido a las leyes.

Los entes locales no pueden ignorar ni desconocer que, en un sistema democrático, la legitimidad del poder público proviene de cumplir adecuadamente las funciones públicas que constitucionalmente les han sido encomendadas, debiendo, para cumplir este objetivo, acomodar su actividad al imperio de la ley y el derecho.

Por ello, a los entes locales les corresponde garantizar la aplicación de la legalidad en los términos fijados por los pronunciamientos de los tribunales de justicia, asegurando, de este modo, su compromiso activo con los postulados que informan el Estado social y democrático de derecho, para procurar conseguir estándares de calidad de vida acordes con la dignidad humana que afiancen el bienestar de los ciudadanos [vid. Adrián Vermeule, La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al Estado administrativo (traducción: Luciano Parejo Alfonso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018].