

QDL56

**CRÓNICA
JURISPRUDENCIAL**

Crónica de jurisprudencia (de 1 de marzo a 30 de septiembre de 2021)

ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ
*Profesor titular de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

**Sentencia de la Sala primera del Tribunal Constitucional 76/2021, de
15 de abril de 2021, sobre el derecho de sufragio pasivo.**

Antecedentes

Recurso de amparo promovido contra la sentencia núm. 127/2021, de 11 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid, recaída en el recurso contencioso-electoral núm. 180-2021.

Ponente: doña María Luisa Balaguer Callejón.

Extracto de doctrina

(...)

3. Denuncia de la vulneración del derecho de sufragio pasivo. Doctrina constitucional sobre el art. 23.2 CE.

Como con más detalle ha quedado expuesto en los antecedentes, los demandantes de amparo denuncian, en primer lugar, la vulneración de su derecho de sufragio pasivo, consagrado en el art. 23.2 CE (aunque la demanda lo residencie en el art. 23.1 CE), porque se les ha impuesto ex novo, en la resolución recurrida, un requisito restrictivo, que no encuentra amparo en la legislación electoral y que es contrario a la doctrina

de la interpretación más favorable al derecho fundamental. Sitúan el punto central de la cuestión en la existencia o no del requisito —que consideran adicional— consistente en la necesidad de que el candidato no solo ostente la “condición política de ciudadano de la Comunidad de Madrid” (art. 2.1 de la Ley 11/1986) en el momento de presentación de la candidatura sino que deba ostentarla en el momento de cierre del censo electoral ex art. 39.1 LOREG (“el día primero del segundo mes anterior a la convocatoria electoral”).

Para dar respuesta a este planteamiento básico, que la demanda refuerza con argumentos adicionales sobre aspectos tales como la consideración que merece la inscripción censal en relación con el derecho fundamental que se invoca, es preciso recoger la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el art. 23.2 CE, que, a los efectos que aquí interesan, y obviando el derecho de acceso a las funciones públicas, reconoce el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. Derecho que se refiere, como hemos declarado reiteradamente, a los cargos de representación política y sobre cuyo alcance material ya ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente este Tribunal a los efectos de determinar lo protegido por el mencionado derecho fundamental, pues solo lo en él garantizado puede ser objeto de examen en esta sede jurisdiccional. Por lo que atañe al caso suscitado en este proceso, debe, desde luego, considerarse que incluye el derecho de presentar candidaturas y de presentarse como candidato en las elecciones a la asamblea de una comunidad autónoma si se cumplen los requisitos legalmente establecidos al efecto (STC 163/2011, de 2 de noviembre, FJ 3).

a) Lo primero que se ha de señalar en relación con este derecho es que el precepto constitucional mencionado, en el que se recoge el referido derecho fundamental, confiere un amplio margen de libertad al legislador para regular el ejercicio del derecho, esto es, para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a tales cargos públicos, pues resulta, en efecto, del art. 23.2 CE que el derecho a ser elegido se adquiere “con los requisitos que señalen las Leyes”, “de manera que no puede afirmarse que del precepto, en sí solo considerado, derive la exigencia de un determinado sistema electoral o, dentro de lo que el sistema electoral abarca, de un determinado mecanismo para la atribución de los cargos representativos objeto de elección, en función de los votos que en la misma se emiten” (STC 75/1985, FJ 4). El legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, si bien su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que impone el

principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y, de otra, cuando se trata de cargos públicos de carácter representativo, la necesidad de salvaguardar su naturaleza (SSTC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2, y 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2).

b) Junto a esta amplia libertad de configuración normativa que reconoce al legislador el art. 23.2 CE también señala a este de modo expreso la necesidad de que el derecho que proclama sea ejercido en condiciones de igualdad, exigencia en la que no cabe ver sino una concreción del principio que, con carácter general, se reconoce en el art. 14 CE (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 4). Se trata de una igualdad en la Ley, o, como el mismo art. 23.2 establece, de una igualdad referida a las condiciones legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por tanto, ha de verificarse dentro del sistema electoral que libremente sea determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas del sistema y no por referencia a otro (STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 4). Lo significativo, en todo caso, desde la perspectiva del art. 23.2 CE, puesto en relación con el art. 14 CE, es que aquellas condiciones legales se apliquen a todos los ciudadanos por igual, sin obstáculos para que todos ellos concurren en unas mismas elecciones y en unos mismos distritos o circunscripciones en idénticas condiciones legales, y sin que existan diferencias injustificadas o irrazonables en aplicación de las condiciones legales. Así pues, el derecho de acceso a los cargos públicos que se recoge en el art. 23.2 CE es, inequívocamente, un derecho de igualdad, como taxativamente se afirma en el propio precepto constitucional, de modo que el derecho mismo resultaría violado si se produjera cualquier género de discriminación o preterición infundada en el proceso de acceso al cargo público representativo [SSTC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4 b), y 153/2003, de 17 de julio, FJ 6 b)].

c) El principio de igualdad es ciertamente un elemento esencial del derecho a acceder a los cargos de representación política, pero este no agota ahí su contenido. Estando condicionado su ejercicio a los requisitos que señalen las leyes se trata de un derecho de configuración legal, en el que este Tribunal ha declarado, en STC 71/89, de 20 de abril, FJ 3, que es obligado integrar, desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, “la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral”. Tal afirmación, sin embargo, no debe llevar a la identificación del contenido del derecho reconocido en el art. 23.2

CE con toda la legalidad electoral sin más, ni puede aislarse, descontextualizándolo de las consideraciones que en aquella sentencia se hacían sobre el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo, que no es otro que asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos, así como sobre la necesidad de que las irregularidades o anomalías del procedimiento electoral denunciadas afecten al resultado final de la elección para poder apreciar la existencia de una lesión real y efectiva del derecho de sufragio pasivo [SSTC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4 c), y 135/2004, de 5 de agosto, FJ 4 c)].

En esta línea argumental, este Tribunal tiene declarado que, tanto las normas que establecen los requisitos para el acceso a los cargos públicos representativos, como los actos de aplicación de esas normas, pueden ser impugnados en esta sede jurisdiccional, no solo por quiebra de la igualdad, sino también por otro género de inadecuación, por no ser congruentes con su naturaleza de cargos representativos. Por lo que, al conocer de un recurso de amparo en el que se impugna una decisión judicial recaída en un proceso contencioso-electoral, su función de fiscalización no ha de circunscribirse a examinar la cuestión exclusivamente desde el ángulo de la igualdad, sino que también ha de comprender la perspectiva más amplia que exige que tanto el legislador, al establecer los requisitos cuyo cumplimiento es necesario para acceder al cargo, como el aplicador de la norma, al aplicarla, aseguren al máximo la efectividad de los derechos fundamentales que están en la base de los órganos representativos.

De modo que, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, este Tribunal debe revisar, si a ello es instado en la vía de amparo, “si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo secundum Constitutionem y, en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho constitucional aquí comprometido” (STC 71/1989, de 4 de mayo, FJ 2).

En definitiva, además de un derecho de igualdad, el art. 23.2 CE incorpora también un contenido sustantivo propio si se pone, como es preciso, en relación con el párrafo primero del mismo precepto, que preserva el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, en lo que ahora interesa, por medio de representantes, pues el concepto constitucional de representación incorpora, sin duda, una referencia

a un modo de constitución democrática de determinadas instituciones públicas que debe ser respetado como contenido necesario de ambos derechos. De manera que, aunque la igualdad hubiera sido respetada, también hemos de examinar, en procesos como el que nos ocupa, si determinada norma o el acto de aplicación de esta se atempera o resulta conciliable con lo que cabe reconocer como concepto o imagen constitucionalmente garantizado de la representación política [SSTC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4 c), y 163/2011, de 2 de noviembre, FJ 3 c)].

4. Análisis de la vulneración del art. 23.2 CE denunciada: desestimación.

El problema que se nos suscita estriba en que la resolución judicial impugnada ha interpretado la legislación electoral aplicable a las elecciones que han de desarrollarse en la Comunidad de Madrid, en cuanto a la condición de elector y elegible, entendiéndolo que, a pesar de que los dos candidatos recurrentes ostentan la vecindad administrativa y la condición de ciudadanos de la Comunidad de Madrid, por haberse empadronado en la ciudad de Madrid el 22 y el 26 de marzo de 2021, respectivamente, sin embargo, no pueden ser candidatos, al no tener la condición de electores inscritos en el censo electoral vigente (art. 39.1 LOREG), según exige el art. 2 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/1986, de 16 de diciembre, electoral de la Comunidad de Madrid.

Y no cabe subsanar esa carencia por vía del art. 4.2 de dicha Ley porque únicamente serviría si se acreditara el cumplimiento de los requisitos para haber estado inscrito en dicho censo electoral, lo que no ocurre en el supuesto de los candidatos, que cambiaron sus domicilios a Madrid, desde otras circunscripciones electorales, con posterioridad a la fecha de cierre del censo electoral que habría de regir en las elecciones convocadas. Los demandantes de amparo discrepan de ese razonamiento considerando que carece de respaldo legal, confunde los requisitos para ostentar la titularidad del derecho de sufragio con lo que es una simple condición técnica para su ejercicio, y no es la interpretación más garantista para el pleno ejercicio del derecho fundamental al sufragio pasivo.

a) Para dilucidar si la interpretación judicial ha sido o no conforme con el derecho fundamental de sufragio pasivo, hemos de determinar, en tanto que derecho de configuración legal, las condiciones que la legislación a la que quedan sometidas las elecciones a la Asamblea de Madrid establece para poder ser elegible. El punto de partida lo hallamos en el art. 10.8 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, conforme al cual, “[s]erán electores y elegibles todos los madrileños mayores de dieciocho años de edad que estén en pleno goce de sus derechos políticos”.

La previsión estatutaria ha de ser puesta en relación con el art. 3.1 de la Ley 11/1986 que, de forma coincidente con el art. 6.1 LOREG (como no podía ser de otra forma, pues las legislaciones electorales de las comunidades autónomas deben observar los requisitos que para el sufragio activo y pasivo contiene la regulación del régimen electoral general en sus capítulos primero y segundo del título I, de acuerdo con la disposición adicional primera, apartado 2, LOREG), establece que “[s]on elegibles los ciudadanos que poseyendo la condición de elector, de conformidad con el artículo anterior, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad [...]”, enumeradas en el apartado 2 del propio precepto.

Interesa destacar que es necesario ostentar la condición de elector, lo que nos remite al art. 2, a cuyo tenor, “[e]l derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad, que gocen del mismo según el régimen electoral general y que, además, ostenten la condición política de ciudadanos de la Comunidad de Madrid, conforme el artículo 7 de su Estatuto de Autonomía” (apartado 1). Este último reconoce la condición política de ciudadanos de la comunidad a “los españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de sus municipios”, previsión que nos conduce al régimen establecido en los arts. 15 y 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (complementados por las reglas del título segundo del Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio), que contienen las normas relativas al padrón de habitantes, determinando la inscripción en el mismo la adquisición de la condición de vecino.

Esto es, de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/1986 y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, para ser elegible es preciso tener la condición de elector, lo que implica ser mayor de edad y ciudadano de la Comunidad de Madrid, condición que se adquiere a través de la vecindad en cualquiera de sus municipios, tras el correspondiente empadronamiento. Este presupuesto ha sido reconocido en nuestra doctrina, afirmándose en la STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 6, que “[la] capacidad jurídica para ser elegible, la elegibilidad, es un derecho de quienes gozan ya de la capacidad jurídica para ser electores”.

b) A estos requisitos, el art. 2.2 de la Ley 11/1986 (en los mismos términos que el art. 2.2 LOREG) añade una condición más respecto del derecho de sufragio activo: “Para su ejercicio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente”. Como ya se ha señalado ante-

riormente, el propio art. 23.2 CE condiciona el derecho fundamental que garantiza a “los requisitos que señalen las leyes”, lo que ha dado lugar a la reiterada calificación del mismo por la doctrina de este Tribunal de derecho de configuración legal (por todas, STC 287/1994, de 27 de octubre, FJ 3). En virtud de ello, solamente si el legislador impone requisitos que vulneren el contenido esencial de dicho derecho, resultarían estos inconstitucionales ex art. 53.1 CE, lo que no parece que ocurra precisamente con la exigencia de la inscripción en el censo, que este Tribunal ha considerado esencial, entre otras, en la STC 73/1987, de 23 de mayo, FJ 3, en la que afirmamos que tal requisito es sin duda inexcusable para el ejercicio eficaz del derecho de sufragio pasivo, y conforme con lo que la propia Constitución prescribe, por lo cual “[a]l limitarse la Junta Electoral a cumplir los mandatos legales que así ordenan el ejercicio del derecho, no contravino, evidentemente, el derecho mismo”. Y, en relación con las comunidades autónomas, cuyas legislaciones electorales deben observar, en virtud de la disposición adicional primera, apartado 2, LOREG, los requisitos que para el sufragio activo y pasivo contiene la regulación del régimen electoral general en los capítulos primero y segundo del título I LOREG, hemos afirmado que “nada obsta para que, en principio, y en tanto no suponga vulneración del contenido esencial del derecho a ser elegido tal y como antes se señalaba, añada la legislación autonómica otros requisitos para el ejercicio de dichos derechos. En principio, según decimos, entre ellos podría encontrarse el de la inscripción censal para concurrir a las consultas electorales” (STC 86/2003, de 8 de mayo, FJ 4).

El requisito de la inscripción en el censo que establece el art. 2.2 de la Ley 11/1986 es una condición del ejercicio del derecho a ser elector o elegible, pero no es constitutiva de esa capacidad electoral, como prueba el hecho de que puedan emplearse las oportunas certificaciones censales para votar o ser candidato. La inscripción censal es, pues, meramente declarativa (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 7). Este Tribunal ha señalado “la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que solo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo [...], la inclusión en este constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. Es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta —la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma—, pero no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y este comprende el de ser inscrito en el cen-

so' (STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3). Pero, siendo ello así, compete indudablemente al legislador electoral la determinación, en expresión de este mismo órgano de garantías constitucionales, de 'quiénes pueden elegir' (STC 72/1984, de 14 de junio, FJ 4)" (STC 153/2014, de 25 de septiembre, FJ 3). Por otro lado, no puede perderse de vista el carácter crucial que este Tribunal otorga al censo electoral, en cuanto instrumento esencial para el ejercicio del derecho de sufragio activo de acuerdo con el objeto que le asigna el art. 31.1 LOREG. "De ahí la indispensabilidad que el art. 2.2 LOREG, y sus equivalentes en las legislaciones electorales autonómicas [...], establecen de la inscripción en el censo para el ejercicio de dicho derecho de sufragio activo" (STC 86/2003, de 8 de mayo, FJ 6).

c) Por otra parte, como nos recuerda la STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 6, la capacidad jurídica para ser elegible, la elegibilidad, es un derecho de quienes gozan ya de la capacidad jurídica para ser electores, que viene configurado negativamente por las leyes que fijan las causas de inelegibilidad, de manera que no puede negarse esa capacidad para ser elegible a quien, estando en pleno uso de sus derechos políticos, no está incurrido en ninguna causa de inelegibilidad, so pena de infringir el art. 23.2 CE (STC 45/1983). Ahora bien, la consecuencia lógica de esta aseveración es la de que solo puede reclamar el amparo del art. 23.2 CE quien goza del derecho de sufragio activo. En realidad, más que ante un supuesto de inelegibilidad, estaríamos ante un caso de falta de capacidad jurídica para ser elegible.

Así lo entendió la STC 144/1999, en su fundamento jurídico 4, al señalar que "es de suma importancia recordar que la falta de capacidad jurídica para ser elegible no debe confundirse con el instituto jurídico de la inelegibilidad; aunque tan solo sea por la circunstancia de que el propio art. 6.1 LOREG distingue ambas categorías cuando dispone que para ser elegible, además de poseer la cualidad de elector, no ha de estar incurrido en una de las causas de inelegibilidad que enumera a continuación el precepto. Sea dicho esto, sin negar la evidencia de que quien no posee capacidad jurídica para ser elector no puede ser elegido por los electores, incurriendo por consiguiente en una causa genérica de inelegibilidad radical con efectos similares a las que la LOREG califica expresamente como tales. Por ello, las causas que pueden provocar la inelegibilidad de un candidato electoral no son solo las que el art. 6 LOREG dispone, pues deben sumársele aquellas otras que derivan de normas de rango legal [...] que condicionan la posibilidad de ser titular del derecho a ser elegible, encuadrable en el art. 23.2 CE [...]. En pu-

ridad, de concurrir alguna de estas causas que condicionan la cualidad de elector, no se está ante una causa de inelegibilidad de las que puedan hacerse valer como incompatibilidades una vez proclamados los candidatos electos (arts. 155, 178, 203 y 211 LOREG), sino ante la ausencia, lisa y llana, de capacidad jurídica para ser elegible y, en tal medida, destinatario de la voluntad del cuerpo electoral en el ejercicio de su función electiva. Razón por la que, en estos casos, el sujeto incurso en alguna de estas causas solo vería lesionado su derecho fundamental a acceder a los cargos públicos representativos si se le aplican infringiendo el principio de igualdad o en contra de lo dispuesto en el precepto legal pertinente”.

Sobre esta cuestión resulta relevante lo que se indica en la STC 25/1992, de 24 de febrero, FJ único, en relación con la legislación electoral catalana, “que consiste en una remisión a las disposiciones estatutarias y a la normativa general estatal, ‘con las modificaciones y adaptaciones derivadas del carácter y ámbito de la consulta electoral’. Es evidente que entre esas ‘modificaciones y adaptaciones’ se encuentra, en primer lugar, la referente al círculo de ciudadanos que gozan del derecho de sufragio activo que, obviamente, serán exclusivamente los inscritos en el censo correspondiente a los municipios de las provincias catalanas. Admitido, sin ninguna dificultad, que solo tendrán derecho de sufragio activo en unas elecciones autonómicas catalanas quienes gocen de la condición política de catalanes (art. 6.1 Estatuto de Autonomía), es evidente, en aplicación del art. 6.4 de la LOREG, que establece como condición para gozar del derecho de sufragio pasivo el poseer el sufragio activo, que solo quienes puedan votar en las elecciones catalanas pueden ser presentados como candidatos”.

d) La cuestión principal que nos ocupa es que los dos candidatos excluidos de la lista electoral del Partido Popular, pese a encontrarse empadronados en Madrid antes de la presentación de la candidatura, no reúnen los requisitos legales necesarios para tener capacidad jurídica como electores en las elecciones a celebrar el 4 de mayo de 2021 en la Comunidad de Madrid. En concreto, no cumplen lo dispuesto en el art. 2.2 de la Ley 11/1986, que, como antes se ha indicado, exige de manera indispensable, para el ejercicio del derecho de sufragio activo, la inscripción en el censo electoral vigente, expresión esta última que ha de ser puesta en conexión con lo que determina el art. 39.1 LOREG (de aplicación por remisión de la disposición adicional segunda de la Ley 11/1986 al título primero de la LOREG, para todo lo no previsto en ella), conforme al cual, para cada elección, “el censo electoral vigente

será el cerrado el día primero del segundo mes anterior a la convocatoria”, sin que quepan ulteriores incorporaciones con posterioridad a esa fecha, ya que el art. 39.3 LOREG, al regular la reclamación en relación con los datos censales, dispone de manera terminante que “[n]o serán tenidas en cuenta para la elección convocada las que reflejen un cambio de residencia de una circunscripción a otra, realizado con posterioridad a la fecha de cierre del censo para cada elección, debiendo ejercer su derecho en la sección correspondiente a su domicilio anterior”.

Esa carencia que presentan los candidatos recurrentes implica, según la legislación electoral aplicable y la doctrina constitucional expuesta, que no pueden ser elegibles, porque para ello sería necesario que tuvieran la condición de elector; lo que conlleva no solo ostentar la titularidad del derecho de sufragio activo, sino, además, la capacidad jurídica para ejercerlo. Así, como se afirma en la STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 6, la capacidad jurídica para ser elegible, la elegibilidad, es un derecho de quienes gozan ya de la capacidad jurídica para ser electores, siendo consecuencia lógica de esta aseveración la de que solo puede reclamar el amparo del art. 23.2 CE quien goza del derecho de sufragio activo.

Sin embargo, en este caso, ello no es posible, porque falta el presupuesto, que este Tribunal ha considerado esencial, de la oportuna inscripción de los candidatos en el censo electoral. Esto determina, en suma, que no pueden incorporarse al cuerpo electoral con el conjunto de la ciudadanía de la Comunidad de Madrid, sino que, en el momento de presentación de su candidatura, se encuentran incluidos en otro cuerpo electoral, correspondiente a distinta circunscripción.

Esta carencia priva de virtualidad a su representatividad, porque difícilmente pueden identificarse y representar los objetivos de un grupo electoral al que no pertenecen, cuyo derecho de sufragio activo se ha de proteger.

Como previene la STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4, el “derecho constitucional a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos no lo es para elegir candidatos declarados inelegibles, pues de otra manera, si se pudiese ejercer el derecho de sufragio para elegir como representante a quien no puede serlo por incurrir en una causa que impide su elección por faltarle la capacidad para ser elegible, prevista por la ley electoral, no solo se estaría soslayando el hecho de que es la ley la que fija los requisitos y los términos en los que debe producirse la elección de representantes de los ciudadanos (art. 23.2 CE), y en esa medida el objeto y contenido de los derechos de participación política del art. 23 CE (SSTC 78/1987,

24/1990), sino que, además, se estaría alterando gravemente la voluntad del cuerpo electoral”.

Ahora bien, teniendo en cuenta la reforma de la LOREG por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, que prohíbe la incorporación como electores de quienes cambien de residencia después de la fecha del cierre del censo de cada elección, ha de entenderse que desde la entrada en vigor de esta ley, el censo y su reconocimiento de estar censado se retrotrae a los dos meses anteriores a la convocatoria electoral. El art. 35 de esta ley dice que “[p]ara la actualización mensual del censo los ayuntamientos enviarán a las delegaciones provinciales de la oficina del censo electoral, hasta el penúltimo día hábil de cada mes, y en la forma prevista por las instrucciones de dicho organismo, todas las modificaciones del padrón producidas en dicho mes”. Con ello, se da cumplimiento a la exigencia de reforzar las garantías para impedir que los denominados empadronamientos fraudulentos o de conveniencia con fines electorales consigan su objetivo. Por eso, la exposición de motivos de la Ley consideró que “parece conveniente anticipar un mes la definición de censo cerrado para cada elección, así como excluir la posibilidad de solicitar la rectificación del censo por cambio de residencia de una circunscripción a otra producido en los meses anteriores a la convocatoria electoral, plazo que será de un año para los españoles que residen en el exterior. Además, a fin de evitar que las posibles irregularidades por empadronamientos fraudulentos o de conveniencia tengan efectos electorales, se incorpora un recurso específico unificando en la jurisdicción contencioso-administrativa la revisión de los actos censales”.

Los recurrentes tratan de soslayar el anterior obstáculo alegando que la inscripción en el censo electoral no es un requisito necesario, pues su falta puede ser suplida en los términos del art. 4.2 de la Ley 11/1986, que, con expresión coincidente con el art. 7.2 LOREG, permite a los que aspiren a ser proclamados candidatos “y no figuren incluidos en las listas del censo electoral vigente, referido al territorio de la Comunidad de Madrid”, que puedan serlo, siempre que con la solicitud acrediten, de modo fehaciente, que reúnen todas las condiciones exigidas para ello. Entienden los actores que dicha norma permite eludir la necesidad de la inscripción censal, y que basta con acreditar que se cumplen los requisitos para ser elegible como candidato, siendo suficiente, a tal efecto, la justificación de la vecindad a través de la correspondiente certificación de empadronamiento. Apoyan tal entendimiento de la norma de la ley electoral en la STC 86/2003, de 8 de mayo, que, a su entender, dispensa de la necesidad de inscripción censal.

Tal interpretación no puede admitirse. En primer lugar, porque convierte en meramente potestativa la regla del art. 2.2 de la Ley 11/1986, según la cual resulta indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio activo la inscripción en el censo electoral vigente, previsión que, a su vez, se conecta con la del art. 3.1 de la misma Ley respecto del derecho de sufragio pasivo, siendo así que este Tribunal ha destacado la importancia de la inscripción censal, en cuanto “requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de sufragio y definido este en términos idénticos para todo tipo de consultas electorales (arts. 2 y 3 de la LOREG)” (STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 5).

Cuando el legislador ha establecido, legítimamente, según hemos señalado anteriormente, el requisito de la inscripción censal, su previsión está llamada a ser respetada y a exigirse en los procesos electorales, pues ello resulta acorde con “la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral” (STC 71/1989, de 20 de abril, FJ 3).

En segundo lugar, la doctrina establecida en la STC 86/2003 no permite entender que el requisito de la inscripción censal pueda ser sustituido en todo caso por la acreditación del cumplimiento de los requisitos para ser candidato. Dicho pronunciamiento se refiere a un supuesto muy concreto, distinto del caso de los actores, en el que un candidato fue excluido de la candidatura a las elecciones autonómicas en Castilla y León por la Junta Electoral, por no aportar el correspondiente certificado censal, al no encontrarse inscrito en el censo electoral debido a un error, pese a ser residente en Burgos desde agosto de 1953 y haber participado en anteriores comicios, como acreditó documentalmente.

La cuestión allí resuelta era diferente a la que aquí se suscita, pues, concedido el trámite de subsanación por la Junta Electoral, el recurrente en amparo aportó la documentación acreditativa de que reunía los requisitos necesarios para ostentar la cualidad de elector y de elegible y figurar inscrito en el censo, y, sin embargo, no se le admitió esa opción, impidiéndole la alternativa de subsanar la carencia de acreditación de la inscripción en el censo.

El recurso por parte del Tribunal al art. 7.2 LOREG (de similar formulación al art. 4.2 de la Ley 11/1986) en aquel supuesto obedeció a que, como se señalaba en el fundamento jurídico 8, “frente a la previsión legal en la Ley Orgánica del régimen electoral general desde su adición por Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo, de certificaciones cen-

sales específicas para acreditar con carácter excepcional su inscripción en el censo electoral quien desee ejercer su derecho al sufragio activo (art. 85.5), no aparece una posibilidad equivalente para quien quiera hacer lo propio con el derecho de sufragio pasivo, de modo que no se vislumbra otra alternativa de subsanación de los fallos de inscripción en el censo que no sea la presentación de documentos que acrediten la posesión de los requisitos de elegibilidad como, en efecto, posibilita el art. 7.2 LOREG”. Y añadimos que la inexistencia de previsión de la posibilidad de aportar una certificación censal específica en el caso de la vertiente pasiva del derecho de sufragio, “parece abocar a interpretar como necesariamente equivalente a tal posibilidad la previsión del art. 7.2 de dicho cuerpo legal y sus correlativos en prácticamente todas las legislaciones electorales autonómicas, so pena, en caso contrario, de tener que concluir que el derecho de sufragio pasivo no admite modo de subsanación en el supuesto de error censal inadvertido por su titular, conclusión que aparece de todo punto inadmisibles respecto de un derecho en el que se fundamenta el sistema democrático” (FJ 7). Es decir, esta opción se vinculó exclusivamente a los supuestos de errores censales, en los que el candidato carece de otro mecanismo para poder justificar el cumplimiento de los requisitos precisos para ser elegible, entre ellos, por supuesto, como se señala en la resolución recurrida, el haber estado en condiciones de figurar incorporado al censo electoral vigente que ha de servir al proceso electoral de que se trata. Y este es el entendimiento que ha de efectuarse respecto del art. 4.2 de la Ley 11/1986: permitir su presentación como candidatos a aquellos electores que, debiendo figurar en el censo vigente, no constan en el mismo debido a un error en los listados, dándoles la oportunidad de acreditar su derecho a la inscripción, al margen de los procedimientos de rectificación censal previstos en la LOREG.

No es este, sin embargo, el caso de los dos candidatos recurrentes, que, al momento que determina el art. 39.1 LOREG, ni estaban en situación de obtener la vecindad de la Comunidad de Madrid ni, por supuesto, de quedar inscritos en dicho censo en tal condición de ciudadanos de la comunidad autónoma, pues, como ya quedó reseñado anteriormente, se inscribieron en el padrón de habitantes de la ciudad de Madrid con posterioridad a la convocatoria de las elecciones a la asamblea autonómica, en concreto, en fechas 22 y 26 de marzo de 2021, respectivamente. No puede dejar de destacarse, además, que en la STC 86/2003 también se refirió este Tribunal a la diligencia que deben mostrar quienes pretenden participar en el proceso electoral, afirmando en su FJ 6 que “los

procesos electorales, dada su naturaleza, su regulación y la función que cumplen, exigen la mayor colaboración y diligencia posible por parte de todas las personas y actores políticos que en ellos participan' (STC 67/1987, de 21 de mayo, FJ 2), diligencia especialmente requerida a quienes más interesados en el proceso electoral se presume, y que por ello mismo más vigilantes deben estar [STC 80/2002, de 8 de abril, FJ 3 a)]”, para referirse al final del fundamento jurídico 7 a “la incidencia de la concreta actitud de quien pretende ser elegido ante la inexistencia de su inscripción censal, esto es, su diligencia o la falta de ella para acreditar lo que persigue la exigencia de la misma, que es demostrar que se reúnen los requisitos para poder ser elegible”.

e) Tampoco permite cambiar la conclusión alcanzada el principio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental invocado insistentemente en la demanda. Es cierto que, según una doctrina constante y reiterada de este Tribunal, el derecho reconocido en el art. 23.2 CE “en cuanto se proyecta sobre el ejercicio de los derechos de sufragio [...] adquiere una especial densidad constitucional que se manifiesta en la obligación [...] de que tanto la Administración electoral como los jueces y tribunales al revisar los actos y resoluciones dictados por aquella, opten por la interpretación de la legalidad más favorable a la eficacia de tales derechos” (STC 87/1999, de 25 de mayo FJ 3). Ahora bien, también hemos de tener en cuenta que los derechos de participación reconocidos en el art. 23 CE han de ejercerse en el marco establecido por la Ley Orgánica del régimen electoral general, que los desarrolla y concreta, de modo que los límites establecidos en ella no pueden enervarse ni alterarse por la vía de la interpretación más favorable al derecho fundamental pues, si así fuera, quedaría en manos del intérprete, y no en las del legislador (a quien la Constitución, en sus arts. 53.1, 23.2 y 81.1, atribuye tal potestad) la fijación de los contornos del derecho (SSTC 74/1995, de 12 de mayo, FJ único, y 26/2004, de 26 de febrero, FJ 6). Y, en el supuesto que nos ocupa, como ya se ha expuesto, existe una normativa electoral muy precisa, de la que se deriva claramente en qué términos han de ejercerse los derechos de sufragio activo y pasivo, por lo que no ha lugar a desvirtuar o dejar sin ningún efecto las reglas establecidas por el legislador so pretexto de la invocación del principio de interpretación más favorable.

Además, hay una circunstancia añadida en este caso, que debe tenerse presente a la hora de aplicar ese principio: aquí no se encuentra comprometido solamente el derecho de sufragio pasivo de los recurrentes, sino que concurre con el mismo, al unísono, otro derecho estrechamente

entrelazado con él, el proclamado en el art. 23.1 CE a favor de los ciudadanos para participar en los asuntos públicos directamente o mediante representantes libremente elegidos. Conjuntamente, encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución (STC 71/1989, de 20 de noviembre, FJ 3). Esa conexión íntima entre ambos no puede desconocerse a la hora de interpretarlos, pues los dos derechos “son aspectos indisolubles de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto” (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2). Se trata de dos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, que presentan una estrecha relación con el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (STC 167/2001, de 16 de julio, FJ 5), lo que no significa, a pesar de su interdependencia, que no sean susceptibles de tratamiento autónomo, tal y como permite el reconocimiento diferenciado que de los mismos efectúa el art. 23 CE (STC 71/1989, de 20 de noviembre, FJ 3). Pero es importante destacar el sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio del origen popular del poder, que obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, “solo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular; esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos” (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). La última palabra la tiene, pues, el cuerpo electoral, a partir de cuya voluntad, expresada en la elección, nace la representación. Así lo reconocimos en la STC 10/1983, FJ 4, precisando que “las listas de candidatos son simples propuestas y la representación, en el sentido jurídico-político del término, surge solo con la elección y es siempre representación del cuerpo electoral y nunca del autor de la propuesta [...]. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral”. Se atisba, de esta manera, una mayor subordinación del derecho al sufragio pasivo respecto del derecho que consagra el art. 23.1 CE, que lo va a hacer depender, en último término, del conjunto del cuerpo electoral y de su voluntad expresada en el proceso electoral. Pues bien, en este caso, la interpretación que realiza la resolución judicial impugnada es absolutamente coherente y respetuosa con la garantía

institucional de la representación política resultante del art. 23 CE, y que el legislador ha configurado de acuerdo con los principios constitucionales, ya que es la que permite cohesionar los dos apartados del mismo al tiempo que deja incólume el derecho de sufragio activo de los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral, que, como se ha expuesto más arriba, ha de ser objeto de protección, junto con la voluntad de dicho cuerpo electoral, que no debe verse alterada (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4). En cambio, la interpretación que preconiza la parte actora daría lugar a la postergación del otro derecho, que se vería sacrificado en beneficio del derecho de sufragio pasivo que invocan los candidatos sin el debido amparo en la legislación electoral que rige el proceso abierto en la Comunidad de Madrid, todo lo cual, por extensión, implicaría una clara distorsión de la representación política, que no respondería en este caso a los presupuestos y fines que le son propios.

f) Finalmente, ha de descartarse que sirva para variar el criterio sentado por este Tribunal la invocación por los demandantes de determinados acuerdos de la Junta Electoral Central que, según sostienen, serían coincidentes con la posición que ellos mantienen. Este Tribunal ya ha reconocido las peculiaridades y la relevancia que tienen las Juntas Electorales en el desarrollo de los distintos procesos electorales, en la medida en que constituyen una específica Administración de garantía instituida por el legislador para garantizar “la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad —art. 8.1 de la LOREG—” (STC 197/1988, de 24 de octubre, FFJJ 2 y 4). Son especialmente importantes las funciones que se asignan a la Junta Electoral Central en el art. 19.1 LOREG, de entre las que destacan las de cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de comunidad autónoma, en cualquier materia electoral; resolver con carácter vinculante las consultas que le eleven las Juntas Provinciales y, en su caso, las de comunidad autónoma; revocar de oficio en cualquier tiempo o, a instancia de parte interesada las decisiones de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de comunidad autónoma, cuando se opongan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la Junta Electoral Central; y unificar los criterios interpretativos de las Juntas Electorales, Provinciales y, en su caso, de comunidad autónoma en la aplicación de la normativa electoral [párrafos c), d), e) y f)]. En cualquier caso, los acuerdos invocados o contienen menciones que se refieren a las elecciones locales (Instrucción 1/1991, de 4 de abril), o a las elecciones generales (Instrucción 1/2000, de 20 de enero), o, incluso, establecen criterios que van en contra de lo sostenido por los demandan-

tes de amparo, como es el supuesto del acuerdo 700/1995, de 24 de mayo, que determina que quien no realizó la oportuna reclamación contra la omisión de la inscripción en las listas del censo tendría que ejercer el derecho de sufragio en el anterior domicilio, o el del acuerdo 130/1999, de 27 de abril, sobre la aceptación de reclamaciones por cambio de domicilio a municipios distintos del que figura en el censo vigente para las elecciones, “siempre que el cambio de domicilio fuese anterior a la fecha de publicación del Decreto de convocatoria”, siguiendo este mismo criterio el acuerdo 167/1995, de 7 de abril. Lo cierto es que esos acuerdos e instrucciones no ponen de relieve un criterio claro en cuanto al modo de actuar en relación con las elecciones a las asambleas autonómicas.

Debe destacarse muy especialmente lo que se señala en la STC 86/2003, de 8 de mayo, FJ 4, sobre la instrucción de la Junta Electoral Central de 15 de marzo de 1999 (sobre elecciones locales y al Parlamento Europeo), reiterada en la instrucción de 20 de enero de 2000 para las elecciones generales, que contemplaba en la norma primera, apartado 2, que la inscripción en el censo o en el padrón municipal de habitantes, de los ciudadanos españoles, no era condición necesaria para ser candidato, sobre lo cual precisó este Tribunal que la norma “se refiere a los candidatos españoles a los comicios municipales y al Parlamento Europeo, mientras que a los no españoles se les exige taxativamente tal inscripción en el censo (norma segunda 3). Y, sobre todo, en lo que aquí interesa, la norma tercera y última de dicha instrucción establece que ‘[e]n relación con las elecciones a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, las juntas electorales competentes se atenderán, en cuanto a la exigencia de que los candidatos no estén sujetos a penas que les inhabiliten para el acceso al correspondiente cargo electivo, a lo previsto al respecto en la norma primera de la presente instrucción, sin perjuicio de lo que en cada elección a asamblea legislativa resulte exigible’, inciso este último del que acaso cabe inferir la posibilidad de exigencia de inscripción en el censo electoral a quienes pretendan formar parte de dichos cuerpos legislativos”. En definitiva, lo que vinimos a concluir es que habrá que estar, en cada caso, a lo que determine la normativa aplicable a las elecciones autonómicas.

Por todas las razones hasta aquí expuestas debemos concluir que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid no ha vulnerado el derecho de sufragio pasivo de los demandantes de amparo, en la medida en que realizó una interpretación de la legalidad aplicable a las elecciones a la Asamblea de Madrid absolutamente acorde con las exigencias del art. 23 CE.

5. Acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos electivos: desestimación de la queja.

La última queja cuyo análisis nos queda por abordar (segunda de las planteadas en la demanda), denuncia la vulneración del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos electivos, al exigirse a los candidatos requisitos que, según afirman, no se han requerido en ningún proceso electoral anterior. Este planteamiento, en realidad, puede entenderse subsumido en la primera queja, de la que es una consecuencia, y que, por ello, debe seguir su misma suerte. Frente al mismo ha de objetarse que el art. 23.2 CE consagra y protege el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, pero no el acceso indiscriminado, sino que, como se ha dicho, ha de ser “con los requisitos que señalen las leyes” (STC 72/1987, de 23 de mayo, FJ único), y lo que los demandantes pretenden es que se prescinda de esos requisitos, con el argumento de que no han sido exigidos en anteriores procesos electorales, lo cual no sería otra cosa que santificar una práctica contraria a la exigencia antes expuesta de que las normas electorales sean cumplidas, lo que daría lugar a que fueran entendidas como meros ritos, establecidos a capricho del legislador, de los que se puede prescindir sin inconveniente alguno, interpretación que, desde la perspectiva del art. 23 CE, no puede aceptarse.

La cuestión que proponen los actores revela el ofrecimiento de un término de comparación genérico, sin concreción, en relación con otros casos de candidatos que, en la misma situación, hayan recibido en el proceso electoral un trato diferente por parte del mismo órgano electoral, que permitiera realizar el juicio de igualdad, sin que baste a tal efecto referirse, sin mayor especificación, a los precedentes procesos electorales, ya que, en último término, lo que debe prevalecer, como se ha dicho y se reitera, es la correcta aplicación de la normativa electoral, acorde con las exigencias del art. 23 CE, sin que la práctica previa no ajustada a la misma pueda servir como fundamento de la pretensión de amparo. Es de añadir que, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, el derecho a la igualdad, dado su carácter relacional, solo puede entenderse como igualdad en la legalidad, ámbito dentro del cual siempre ha de operar (SSTC 37/1982, de 16 de junio, FJ 3; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 7; 127/1988, de 24 de junio, FJ 4, y 131/1988, de 4 de julio, FJ 4, por todas). Y, junto a ello, se ha de significar que el art. 23.2 CE señala al legislador de modo expreso la necesidad de que el derecho que proclama sea ejercido “en condiciones de igualdad”, exigencia en la que no cabe ver sino una concreción del principio que, con carácter general, se reco-

noce en el art. 14 CE (STC 75/1985, FJ 4). Se trata de una igualdad en la Ley, o, como el mismo art. 23.2 CE establece, de una igualdad referida a las condiciones legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por tanto, ha de verificarse dentro del sistema electoral que libremente sea determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas del sistema y no por referencia a cualquier otro (STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 4). Y, en este caso, las normas son iguales para todos los candidatos, al margen de hipotéticas aplicaciones desviadas de la legislación electoral que hayan podido realizarse, que no pueden servir para aducir una vulneración de la igualdad que preconiza el art. 23.2 CE. En definitiva, esta queja también debe ser desestimada.

Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2021, de 3 de junio, sobre autonomía local.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el art. 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.

Ponente: doña Encarnación Roca Trías.

Extracto de doctrina

(...)

7. Impugnación subsidiaria contra el nuevo art. 34 bis de la Ley 5/2017: Vulneración de los arts. 2, 31.3 y 133.1 CE.

Una vez confirmada la constitucionalidad de la sujeción al impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos de las estancias en embarcaciones de crucero turístico, corresponde enjuiciar la impugnación del nuevo art. 34 bis de la Ley 5/2017, introducido por el art. 5.4 de la Ley 5/2020, en cuanto aplicable a las estancias en dichas embarcaciones, por violar los arts. 2, 31.3 y 133.1 CE.

a) El precepto autonómico impugnado (“recargo para la ciudad de Barcelona”) dispone que el Ayuntamiento de Barcelona puede establecer por ordenanza municipal un recargo sobre las tarifas del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos previstas para Barcelona ciudad en el art. 34.1 de la Ley 5/2017, siempre que su aprobación se ajuste a los siguientes requisitos, límites y condiciones: (i) que el importe máximo para cada categoría de establecimiento no supere los cuatro euros; (ii) que sea único para todas las categorías incluidas en cada tipo de establecimiento en que se divide la tarifa del art. 34.1 de la Ley 5/2017; y (iii) que, respetando los límites anteriores, se puedan establecer diferentes importes en función del código postal de ubicación de los establecimientos. Adicionalmente, se prevé en el segundo párrafo que en los términos, plazos y condiciones que se acuerden por convenio, la Generalidad de Cataluña transferirá al Ayuntamiento de Barcelona las cantidades recaudadas por este concepto, minoradas en el importe que resulte del cálculo de los costes soportados por la Agencia Tributaria derivados de la gestión y recaudación del recargo.

Los diputados recurrentes alegan que la figura tributaria creada por el art. 34 bis de la Ley 5/2017 no es un recargo sobre un impuesto autonómico a favor del municipio de Barcelona, sino un nuevo tributo local, para cuyo establecimiento la Comunidad Autónoma carece de competencia ex arts. 2, 31.3 y 133.1 CE. Dos son los argumentos esgrimidos para sustentar esta afirmación: (i) que su elevada cuantía (hasta cuatro euros por unidad de estancia) desnaturaliza el carácter accesorio inherente a todo recargo [art. 25.2 LGT y STC 4/2019, FJ 6 c)]; y (ii) que, como dispone el nuevo art. 24 de la Ley 5/2017 (modificado por el art. 5.1 de la Ley 5/2020), los ingresos derivados de este recargo no quedan afectados, como sí lo hacen los del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos, al fondo de fomento del turismo. De contrario, las representaciones autonómicas defienden la naturaleza jurídica de recargo del instituto en liza rebatiendo los argumentos como se expone en los antecedentes.

b) Sobre la impugnación de los recurrentes deben realizarse tres precisiones: En primer lugar, como consta en el fundamento jurídico 2 A) b), se denuncia el art. 34 bis de la Ley 5/2017 únicamente en tanto que habilita al Ayuntamiento de Barcelona a establecer un recargo sobre las tarifas de impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos aplicables a las estancias en embarcaciones de crucero turístico amarradas o fondeadas en el puerto de Barcelona. En segundo lugar, no se entienden vulnerados los arts. 2, 31.3 y 133.1 CE porque el legislador

autonómico, al prever este recargo como recurso tributario potestativo del municipio de Barcelona, haya dejado de configurar los elementos esenciales del mismo, habilitando en blanco al Ayuntamiento de Barcelona. Bajo la invocación formal de los arts. 2, 31.3 y 133.1 CE, se deduce una queja de fondo de carácter exclusivamente competencial, consistente en la creación autonómica ex novo de un impuesto local que invade la competencia exclusiva del Estado sobre hacienda general (art. 149.1.14 CE). Por último, resulta incontrovertido para las partes en conflicto, que corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley, la competencia para el establecimiento ex novo de tributos locales y la configuración de sus elementos esenciales en virtud del art. 149.1.14 CE (por todas, STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 140, con cita en la STC 233/1999, FJ 22) y que el art. 38.2 TRLHL prevé que las comunidades autónomas autoricen, por ley, a los entes locales a establecer recargos sobre los impuestos propios autonómicos (“las entidades locales podrán establecer recargos sobre los impuestos propios de la respectiva comunidad autónoma y de otras entidades locales en los casos previstos en las leyes de la comunidad autónoma”).

c) Esta pretensión de inconstitucionalidad no puede prosperar. Un recargo no cambia su naturaleza jurídica, como alegan los recurrentes, en función de la entidad de su cuantía ni de la carencia de la naturaleza extrafiscal del tributo sobre el que recae. En primer lugar, porque el impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos no es un tributo primordialmente extrafiscal, sino afectado al cumplimiento de unos fines de su competencia (mejorar la competitividad de Cataluña como destino turístico y garantizar su sostenibilidad ex art. 177 EAC). En este sentido, la desafectación del recargo del fondo autonómico de fomento del turismo al que se afecta el impuesto (art. 24 de la Ley 5/2017 redactado por el art. 5.1 de la Ley 5/2020) no es más que una más firme expresión del principio de autonomía local en la vertiente del gasto (arts. 140 y 142 CE), que implica no solo la plena disponibilidad de las corporaciones locales sobre sus ingresos, sino también la libre decisión sobre el destino de sus fondos siempre que sea, eso sí, para el desempeño de los fines públicos que tengan legalmente atribuidos [por todas, STC 83/2020, de 15 de julio, FJ 7 b), con cita en la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10]. Y, en segundo lugar, porque lo determinante de un recargo no es su cuantía, sino su particular estructura: se trata de una prestación patrimonial coactiva de naturaleza tributaria que se adhiere a un tributo, con elementos comunes de este y al tiempo propio. En este caso, comparte con el impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos el hecho impo-

nible, exenciones, sujetos pasivos y demás obligados tributarios, devengo y base imponible, siendo sus elementos básicos el propio tributo base (impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos), el parámetro de aplicación del recargo (la base imponible del impuesto), el tipo del recargo, a determinar mediante ordenanza municipal por la corporación local barcelonesa con los límites y condiciones establecidos por la ley autonómica, y la cuota del recargo. Se trata, pues, de prestación patrimonial coactiva de naturaleza tributaria que persigue finalidades principalmente recaudatorias en favor de un beneficiario, generalmente distinto del ente público titular del tributo sobre el que recae.

Por tanto, el art. 34 bis de la Ley 5/2017 no invade competencia exclusiva estatal al crear ex novo un recargo municipal sobre un impuesto autonómico y configurar sus elementos esenciales. Primero, porque solo la Comunidad Autónoma, en virtud de su competencia exclusiva para crear tributos propios ex art. 203.5 EAC, tiene competencia para crear, a su favor o a favor de otro ente público, un recargo sobre sus propios impuestos. Y, segundo, porque es precisamente el legislador estatal (art. 38.2 TRLHL) en el ejercicio legítimo de su competencia exclusiva sobre hacienda general (art. 149.1.14 CE), el que expresamente prevé la posibilidad de que la comunidad autónoma habilite a los ayuntamientos a establecer recargos sobre los impuestos autonómicos, con la sola exigencia de que así se prevea explícitamente en una ley autonómica. De esta forma, el precepto legal autonómico recurrido se inserta en el marco previamente definido por el Estado, según el art. 149.1.14 CE, para que las entidades locales puedan establecer recargos sobre impuestos autonómicos; esto es, que sea una ley autonómica la que cree ex novo dicho recargo (en este caso, potestativo) y fije condiciones y un tope máximo a las tarifas del mismo, como preceptúa el principio de reserva de ley en materia tributaria, para que la corporación local pueda ejercer su potestad tributaria normativa, mediante ordenanza municipal, poniendo en vigor el referido recargo y determinando sus tarifas con arreglo a los límites legalmente impuestos por la comunidad autónoma, salvaguardando con ello asimismo el principio de autonomía local (en sentido similar, la STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, sobre un recargo municipal sobre el IRPF creado ex novo por ley estatal). Procede, así, desestimar también el recurso en este extremo.

