

# Tribunal Supremo y Gobiernos locales: últimas novedades jurisprudenciales\*

JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

- 1. Introducción: La irrupción de las autoridades administrativas independientes en la vigilancia y supervisión de la actividad de los entes locales y el principio de juridicidad**
- 2. Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales**
  - 2.1. Gobierno local y estatuto de los concejales
    - 2.1.1. El derecho de los concejales a presentar enmiendas a los presupuestos municipales en los plenos de la corporación forma parte consustancial del ejercicio del cargo de representación pública [STS de 9 de febrero de 2022 (RC 2677/2021)]
    - 2.1.2. El alcalde no puede obstaculizar el derecho a la información de los concejales de la oposición condicionándolo a que la documentación requerida esté relacionada con los asuntos que se van a tratar en el pleno [STS de 10 de febrero de 2022 (RC 681/2021)]
    - 2.1.3. El alcalde no dispone de discrecionalidad para dejar de incluir los puntos que quedaron pendientes de un pleno ordinario anterior que fue suspendido en el orden del día de la convocatoria del pleno siguiente, aunque este fuere extraordinario [STS de 16 de junio de 2022 (RC 3226/021)]
  - 2.2. Competencias municipales: La competencia de los municipios en educación primaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, determina que asuman los gastos de conservación y mantenimiento del centro público cuando sea de su titularidad, sin perjuicio de lo que prevea la regulación sectorial [STS de 25 de noviembre de 2021 (RC 183/2020)]
  - 2.3. Urbanismo y medio ambiente: La declaración de nulidad de pleno derecho de un plan urbanístico, por la omisión de la evaluación ambiental estratégica, no puede ser objeto de subsanación en el incidente de ejecución de sentencia [STS de 23 de febrero de 2022 (RC 4355/2020)]

---

\* El origen de la presente contribución se encuentra en la conferencia pronunciada por el autor en la séptima sesión del Seminario de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2022, celebrada en Barcelona el día 8 de julio de 2022.

- 2.4. Vivienda: La Administración municipal está obligada, en los supuestos de ejecución forzosa de la demolición de una infravivienda construida sin licencia, a realizar un juicio de proporcionalidad sobre la incidencia que la medida tiene respecto de los menores de edad que conviven en el domicilio familiar, con la finalidad de evitar que pudiera producirse una situación de desamparo
3. **Epilogo: La justiciabilidad de los nuevos paradigmas constitutivos del buen gobierno y la buena administración y la posición institucional del Tribunal Supremo**

## 1

### **Introducción: La irrupción de las autoridades administrativas independientes en la vigilancia y supervisión de la actividad de los entes locales y el principio de juridicidad**

La Constitución encomienda a los tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.

Este principio de sumisión plena del poder público administrativo al juez, en los términos del artículo 106 de la Constitución, es manifestación del *checks and balances*, que es consustancial al principio de división de poderes.

La proscripción de la inmunidad jurisdiccional de la Administración pública se equilibra con el absoluto sometimiento del juez, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1 y 117 del texto constitucional.

El principio de juridicidad del Estado de derecho, que se consagra en los artículos 1 y 9.1 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 106 de la norma fundamental, es determinante del sometimiento de todos los poderes constituidos al amparo de la Constitución al principio de legalidad constitucional, que se proyecta en la atribución del poder fiscalizador de la actividad del Gobierno y de la Administración a los tribunales de justicia, que integran, junto al Tribunal Constitucional, el poder jurisdiccional del Estado.

Estos preceptos constitucionales desvelan el valor de la Constitución como norma jurídica suprema y el carácter vinculante de todas las disposiciones constitucionales que deben ser cumplidas, sin excepción alguna, por los poderes públicos y la ciudadanía.

El Estado de derecho se concibe, en la expresión acuñada por el profesor Eduardo García de Enterría, como “el reino de la Ley y el Derecho”, y no como un simple Estado legal, en cuanto el poder judicial asume la función preeminente de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.

Este insigne jurista enseña que el verdadero fin de la construcción constitucional es implantar el derecho mediante la justicia y el resto de los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la igualdad y el pluralismo político) y los principios constitucionales que vinculan en toda su amplitud y sin límite alguno a todos los poderes del Estado.

A la luz de estas consideraciones constitucionales, cabe preguntarse si el control de la actividad de los entes públicos (y por ende de los entes locales) está reservado a los tribunales de justicia con carácter monopolístico, o cabe que otros poderes de naturaleza no jurisdiccional ejerzan funciones de fiscalización o supervisión respecto de las autoridades administrativas.

El profesor Santiago Muñoz Machado, en una excelente monografía sobre la reserva de jurisdicción, ha abordado como un vestigio del *ancien régime* el ejercicio coparticipativo de algunos aspectos de la función jurisdiccional por la Administración u otros órganos especializados, y ha propugnado la necesidad de revisar esa situación de acuerdo con los principios constitucionales, de modo que la Administración abandone funciones de autocontrol y se logre alcanzar el objetivo de que el dominio del ejercicio de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponda de forma exclusiva al poder judicial.

El Tribunal Constitucional tuvo el mérito de acotar las facultades de control que la Administración estatal o las Administraciones de las comunidades autónomas podían ejercer sobre los entes locales, en la medida en que el modelo constitucional de organización territorial del Estado es incompatible con una visión jerárquica de los poderes territoriales que articulan la estructura del Estado.

Según la doctrina constitucional, expuesta tempranamente en la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, los controles que la Administración central o regional pueden ejercer sobre los entes locales no son ilegítimos, desde la perspectiva constitucional de salvaguarda del principio de autonomía local, siempre que esa atribución fiscalizadora esté conferida a través de norma con rango de ley, no tenga un alcance genérico, ni se base en criterios discrecionales o de oportunidad, sino en razones de estricta legalidad.

En la citada sentencia 4/1981 del Tribunal Constitucional, este se pronunció sobre el significado del principio de autonomía local, subrayando que es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entiende que no se ajusta a dicho principio la existencia de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en la posición de subordinación o dependencia cuasijerárquica de la Administración del Estado u otras entidades territoriales.

La irrupción de las que se identifican como “autoridades administrativas independientes” en el entramado institucional del Estado, respecto del

control de la actividad de los entes locales, se enmarca en la configuración de una Administración más compleja y especializada que requiere, para la defensa eficaz de determinados intereses públicos –la sostenibilidad financiera, la salvaguarda de la privacidad, la defensa de las libertades económicas y la garantía de la unidad del mercado o la transparencia de los poderes públicos administrativos–, que se creen comisiones, consejos u organismos de carácter público, de composición no estrictamente funcionarial, desvinculados orgánica y funcionalmente de la Administración estatal o autonómica activa, que asuman competencias regulatorias (e incluso sancionadoras) para la protección de dichos intereses específicos.

La eclosión de las autoridades independientes viene auspiciada por el cumplimiento del derecho de la Unión Europea. Se trata, esencialmente, de promover e impulsar políticas de buena gobernanza y buena administración, de manera preferente en los ámbitos regulatorios de los servicios económicos de interés general, aunque se han extendido a otros campos cuya ordenación y supervisión requiere, para ser eficaz, de la implantación de organismos altamente especializados.

El profesor Luciano Parejo ha alertado sobre la diversificación de las potestades de inspección encomendadas inicialmente a un poder estatal único, que se corresponde con la supervivencia de la técnica del control administrativo como categoría voraz por su vocación omnicomprensiva.

El análisis de tres sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, relacionadas con la intervención (o no intervención) de autoridades administrativas independientes sobre la actividad de los entes locales, nos va a permitir valorar y evaluar el alcance de los nuevos escenarios de fiscalización del Gobierno y la Administración local.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (RC 3382/2020; ponente: Calvo Rojas), resolviendo el caso “Diputación de Girona”, evidencia el deslizamiento del dominio exclusivo del control jurisdiccional de la actividad de los entes locales, que corresponde a los tribunales de justicia, al ámbito de las comisiones independientes a las que se le atribuyen funciones de carácter cuasijurisdiccional.

Se avala en esta sentencia del Tribunal Supremo la actuación de una autoridad administrativa independiente, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP), creada por la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en la medida en que se reconoce la facultad de anular un conjunto de actos de la Diputación de Girona adoptados en materia de acceso a la información.

El conflicto que dio origen a la sentencia dictada en primera instancia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, deriva de la negativa de la Diputación de Girona a facultar el acceso a determinados expedientes y a obtener copias de los mismos que había interesado al grupo político Candidatura d'Unitat Popular (CUP), y que motivó, a requerimiento de este, que interviniese la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, que resolvió estimar la reclamación.

Disconforme con esa decisión, la Diputación de Girona entabló un recurso contencioso-administrativo con el objeto de que se anulara la resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública argumentando, básicamente, como fundamento jurídico de su pretensión, que la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, contienen una regulación completa del régimen jurídico de acceso a la información pública, que no requiere ser completada por la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ni por la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no comparte esta tesis argumental, legitimando la intervención de la Comisión catalana de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública por cuanto el derecho de acceso a la información corporativa, por parte de los representantes de la ciudadanía en las instituciones públicas, no puede ser de alcance y calidad inferiores que cuando este mismo derecho lo ejerciten los representados individualmente considerados.

La sentencia impugnada en casación sostiene que la disposición adicional primera, punto 2, de la Ley 19/2014 establece que el acceso a la información pública en las materias que tienen establecido un régimen de acceso especial se regulará por su normativa específica y, con carácter supletorio, por esta Ley.

A juicio del Tribunal catalán esto quiere decir que, en el ámbito local, las previsiones que regulan el acceso de los electos a la documentación corporativa (art. 77 de la Ley básica de régimen local; art. 164 del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña; y arts. 14, 15 y 16 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado mediante RD 2568/1986, de 28 de noviembre) tienen que ser completadas por las previsiones de la Ley 19/2014. Con más motivo –se razona en la sentencia– si tenemos presente que la Ley 19/2014

tiene la condición de norma reguladora de los derechos, las obligaciones y las garantías esenciales en las materias que regula, que son aplicables con carácter general a la actuación y el funcionamiento de la Administración (punto 1 de la disposición final primera), y que, al mismo tiempo, las leyes sectoriales (las de régimen local serían un caso) deben interpretarse de acuerdo con lo establecido en la Ley 19/2014 y, para el caso de establecer excepciones respecto al régimen general, estas “deben ser explícitas y responder a una causa que las justifique” (punto 2 de la disposición final primera).

El Tribunal Supremo debía resolver el recurso de casación interpuesto por la Diputación de Girona ciñéndose a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que delimita el enjuiciamiento del recurso de casación, según se refiere en el auto de admisión: interpretar la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con los artículos 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, a fin de precisar si los citados preceptos constituyen, o no, un régimen jurídico específico de acceso a la información que excluye la aplicación de la Ley de transparencia.

La sentencia del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y fija como doctrina, tras efectuar un análisis riguroso de los preceptos de la normativa sobre régimen local en materia de acceso a la información de los miembros de las corporaciones locales (artículos 77 LBRL y 14 a 16 ROF) a la luz de la jurisprudencia que delimita el significado y alcance de la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, que la normativa de régimen local contiene una regulación que desarrolla el derecho de acceso a la información en dicho ámbito por parte de los miembros de la corporación local, que, a efectos de lo establecido en la citada disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, significa que dicho régimen específico habrá de ser aplicado con carácter preferente a la regulación de la Ley de Transparencia, siendo esta de aplicación supletoria.

Tras este pronunciamiento sobre la prevalente aplicación de la normativa de régimen local que regula específicamente esta materia del derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Supremo considera que la cuestión de interés casacional no ha sido adecuadamente planteada, porque lo que debe resolver es si el régimen de reclamación previsto en la Ley estatal 19/2013 y en la Ley 20/2014, que confiere al interesado el derecho a formular una queja ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o ante el órgano instituido por la comunidad autónoma, constituye un cauce idóneo para

garantizar el derecho de acceso a la información con carácter alternativo a la interposición del recurso en vía administrativa.

“Y la sentencia del Tribunal Supremo admite que, aunque la Diputación Provincial recurrente dedica el núcleo de su argumentación a señalar que la regulación contenida en la normativa de régimen local (artículos 77 LBRL y 14 a 16 del ROF) contiene un régimen específico y completo del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la Corporación, la cuestión que debemos resolver no es esa en realidad, pues, como ya hemos señalado, debe aceptarse sin dificultad que, en efecto, esos preceptos de la normativa de régimen local albergan una regulación pormenorizada del derecho de acceso a la información en dicho ámbito, tanto en la vertiente sustantiva como en la procedimental. Por ello, la cuestión a dilucidar es otra y consiste en determinar si la existencia de esa regulación específica en la normativa sobre el régimen local excluye la aplicación de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno; y, más en concreto, si debe considerarse excluida la posibilidad de que contra la resolución que dicte el correspondiente órgano de la Administración Local –en este caso, la Diputación Provincial de Girona– cabe interponer la reclamación que se regula en los artículos 24 de la Ley estatal 19/2013 y 39 y siguientes de la Ley catalana 19/2014”.

El posicionamiento del Tribunal Supremo de admitir la coexistencia del régimen de recursos administrativos previstos en la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local con el régimen de reclamación contenido en las leyes de Transparencia y Buen Gobierno, se fundamenta en la doble consideración de la Administración como Administración reguladora y como Administración garante.

Tratándose de instrumentos procedimentales de carácter potestativo, con el reconocimiento de la posibilidad de utilizar ambas vías, se consigue reforzar la garantía del derecho de acceso a la información pública a través de la actuación de un organismo independiente:

“Como vimos en el antecedente cuarto, la Diputación Provincial recurrente sostiene que regulación contenida en la normativa sobre el régimen local incluye un régimen de recursos que el miembro de la Corporación puede interponer cuando ve denegado su derecho de acceso a la información y que son el recurso potestativo de reposición y el recurso contencioso-administrativo, además del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 121 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Según la recu-

rente, la existencia de ese régimen de recursos excluye la posibilidad de que el miembro de la Corporación Local que considera vulnerado su derecho de acceso a la información interponga la reclamación prevista en la normativa sobre Transparencia y Buen Gobierno, pues admitir esta vía de reclamación –argumenta la Diputación recurrente– supone aceptar lo que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno denomina técnica del «espiguelo», consistente en seleccionar los aspectos más favorables de dos cuerpos normativos distintos para dotarse así de un régimen jurídico *ad hoc*, lo que resulta contrario al principio de seguridad jurídica (cita la recurrente resoluciones del CTBG de 20 de diciembre de 2016 –RT/282/2016– así como RT/719/2020). Pues bien, ese planteamiento no puede ser asumido. Veamos.

El artículo 23.1 de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno establece que ‘1. La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común’. La referencia que hace el precepto al artículo 107.2 de la Ley 30/1992 pone de manifiesto que la reclamación que se regula en la normativa sobre Transparencia y Buen Gobierno sustituye al recurso de alzada, lo que deja a salvo la posible coexistencia de dicha reclamación con el recurso potestativo de reposición. Y en esa misma línea se pronuncia la Ley catalana 19/2014, que, después de contemplar la posibilidad del recurso potestativo de reposición (artículo 38), pasa a regular la reclamación ante la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información pública (artículos 39 y siguientes).

Por tanto, la normativa sobre Transparencia y Buen Gobierno admite que la reclamación que en ella se regula pueda dirigirse contra el acto originario que deniega el acceso a la información o, en su caso, contra el acto que desestima el recurso potestativo de reposición que eventualmente se hubiera interpuesto contra aquél.

Por otra parte, es oportuno señalar que la reclamación que se regula en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno (y en los artículos 39 y siguientes de la ley catalana 19/2014) es meramente potestativa, de manera que no constituye una carga para quien pretende acceder a la información, ni un paso previo obligado antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, sino que la posibilidad de formular la reclamación se ofrece al interesado como una garantía a la que voluntariamente puede acogerse para la protección de su derecho.

Establecido lo anterior, debemos recordar que, conforme a lo previsto en la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información ‘*se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio*’. Pues bien, el alcance que atribuye a esta expresión la jurisprudencia de esta Sala, que antes hemos reseñado, lleva a concluir que el hecho de que en la normativa de régimen local exista una regulación específica, en el plano sustantivo y procedimental, del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la Corporación en modo alguno excluye que, con independencia de que se haga uso, o no, del recurso potestativo de reposición, contra la resolución que deniegue en todo o en parte el acceso a la información el interesado pueda formular la reclamación que se regula en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (y, en el caso de Cataluña, en los artículos 39 y siguientes de la ley autonómica 19/2014, de 29 de diciembre)”.

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2020 resuelve que la regulación referida al procedimiento de reclamación previsto en la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tiene carácter supletorio respecto de la regulación contenida en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, lo que faculta a los representantes electos de los entes locales a elegir cuál es el cauce que consideran más adecuado y útil para garantizar el derecho de acceso a la información pública, respecto de aquella documentación que consideren relevante para el ejercicio de sus funciones de representación política:

“Por lo demás, en contra de lo que sostiene la Diputación recurrente, que invoca como respaldo de su tesis las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que ya hemos mencionado, esta viabilidad de la reclamación prevista en el artículo 24 de la Ley 19/2013 no es fruto de ninguna técnica de ‘espiguelo’ normativo sino consecuencia directa de las previsiones de la propia Ley de Transparencia y Buen Gobierno, en la que, como hemos visto, se contempla su aplicación supletoria incluso en aquellos ámbitos en los que existe una regulación específica en materia de acceso a la información, y, de otra parte, se establece que la reclamación prevista en la normativa sobre transparencia y buen gobierno sustituye al recurso de alzada allí donde estuviese previsto (lo que no es el caso del ámbito local al que se refiere la presente controversia), dejando en cambio a salvo la posible coexistencia de dicha reclamación con el recurso potestativo de reposición”.

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2022 (RC3060/2020; ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), resolviendo el caso “Ayuntamiento Las Torres de Cotillas”, se enjuiciaba la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado contra la resolución del presidente del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, que inadmite, por falta de competencia y legitimación pasiva, la reclamación efectuada contra la denegación presunta de la solicitud formulada ante el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, referida al acceso y copia del Acta de la mesa de negociación entre los representantes del personal y los de la Administración municipal.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia fundamentaba la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo con base en el argumento de que el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia no tiene más competencias, facultades o atribuciones que las que le han sido atribuidas por la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Se expone que en el artículo 5 de la citada Ley se determina el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, no incluyendo a las corporaciones locales, por lo que, en virtud del principio de legalidad, no resulta aplicable la técnica de autoatribución de potestades cuando no están expresamente amparadas en norma legal alguna.

Se razonaba que, aunque el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia carece de competencia para resolver las reclamaciones a las que se refiere el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con las corporaciones locales, ello no supone indefensión, pues frente al silencio del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas puede el solicitante interponer recurso potestativo de reposición, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o bien acudir directamente a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El Tribunal Supremo revoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, partiendo del carácter básico de la normativa reguladora del procedimiento de reclamación que cabe instar ante el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno o ante los organismos de control que se creen en las comunidades autónomas, que constituye un cauce procedimental potestativo previo a emprender la vía jurisdiccional contencioso-administrativa,

que persigue reforzar las garantías del derecho de acceso a la información pública.

La determinación constitucional de garantizar a todos los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas, permite al Tribunal Supremo entender que no cabe que los ciudadanos de una determinada comunidad autónoma sean privados de la facultad de formular reclamaciones contra aquellas resoluciones de los entes locales pertenecientes al ámbito territorial de la comunidad autónoma, adoptadas en materia de acceso a la información pública, ya que asumir dicha asimetría procedimental supondría una flagrante vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución:

“En este sentido, cabe significar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, expuesto en la mencionada sentencia 104/2018, permite deducir con claridad que tanto el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública de la ley estatal, que evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos garantizado en el artículo 105 b) de la Constitución, como del propio procedimiento impugnatorio articulado ante el Consejo de transparencia estatal o ante el correspondiente Consejo Autonómico, tienen el carácter de normas básicas, al corresponder al Estado la competencia exclusiva para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas así como el procedimiento administrativo común. Siendo el objeto de esta regulación reforzar la transparencia de la actividad administrativa y ampliar los instrumentos de control puestos a disposición de los ciudadanos para hacer efectivo la tutela de este derecho, no resulta coherente, desde la perspectiva constitucional y desde el prisma de la lógica de la acción administrativa de control, que dicho sistema pueda originar disfunciones en orden a la protección del derecho, que se revelen contrarias a la exigencia de garantizar un tratamiento común de los administrados frente a la totalidad de las Administraciones públicas que ejercen su actividad en un determinado territorio”.

El Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia constitucional expuesta en las sentencias 181/2012 y 132/2013, considera que la aparente contradicción entre la regulación contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en lo referente a la determinación de la competencia del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia para conocer de las reclamaciones

planteadas contra los entes locales en materia de derecho de acceso a la información pública, no resulta insalvable.

La sentencia del Tribunal Supremo sostiene que por vía interpretativa, desde una perspectiva integradora de la normativa estatal con la normativa autonómica, cabe inferir que el legislador estatal ha establecido un modelo regulatorio común de las reclamaciones formuladas contra los actos denegatorios de acceso a la información adoptados por los entes locales, que impide que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal o los consejos de transparencia de las comunidades autónomas puedan abdicar de sus potestades de control de la actividad de los entes locales en esta materia, creando espacios exentos de control que diluyan la protección debida de este derecho.

El Tribunal Supremo, en la posición de Tribunal de instancia, estima el recurso contencioso-administrativo reconociendo el derecho de acceder a la información pública solidaria ante el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, tras fijar la doctrina referida a que la normativa reguladora del derecho de acceso a la información pública establecida en la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en lo referente al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, la estructura del procedimiento de impugnación y, específicamente, del procedimiento de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o ante los consejos de transparencia que instituyan las comunidades autónomas, así como las reglas de colaboración entre estos organismos de control, tiene carácter de legislación básica, al adoptarse al amparo del artículo 149.1.1 y 1.18 de la Constitución. En cuanto persigue garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones públicas en esta materia, condiciona de forma vinculante la normativa de desarrollo que adopten las comunidades autónomas.

También se precisa, con la finalidad de resolver la cuestión que presentaba interés casacional para la formación de jurisprudencia, que el artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la norma autonómica, debe integrarse, de conformidad con la cláusula de supletoriedad del derecho estatal contenida en el artículo 149.3 de la Constitución, con el artículo 2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de modo que el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia debe conocer de las reclamaciones formuladas contra resoluciones expresas o presuntas denegaciones del derecho de acceso a la información pública dictadas por las entidades que integran la Administración local radicadas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Murcia, salvo que la Comu-

nidad Autónoma acuerde mediante ley atribuir la competencia de resolución al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, en los términos del apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la citada Ley estatal.

Resulta relevante precisar que tanto en el proceso de instancia, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, como en el debate casacional suscitado ante el Tribunal Supremo, la defensa letrada del representante sindical pedía insistentemente que se plantease cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al entender que la omisión en que incurrió la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al excluir del ámbito subjetivo de aplicación de la regulación de transparencia y participación ciudadana a las corporaciones locales, contravenía la legislación básica del Estado contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y el principio de igualdad ante la ley, en la medida en que impedía que los ciudadanos de la Región de Murcia ejercieran el derecho a reclamar con la denegación del acceso a la información imputable a los entes locales.

En el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se propugnaba no se expuso ningún argumento acerca de si era legítima, desde la perspectiva de la legalidad constitucional, la decisión del legislador de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de restringir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley propia de transparencia al ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma, por ser plenamente respetuosa con la garantía institucional del principio de autonomía local.

En todo caso, el Tribunal Supremo decide que no era pertinente plantear cuestión de inconstitucionalidad acerca de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecida en la sentencia 104/2016, de 4 de octubre, y de la propia doctrina del Tribunal Supremo (STS de 7 de marzo de 2022), al entender que el legislador estatal ha establecido un modelo común del régimen jurídico de las reclamaciones ante los organismos de transparencia, que, por su carácter de norma básica, condiciona la actividad legislativa de las comunidades autónomas, con la exposición de los siguientes considerandos jurídicos:

“En efecto, partiendo como premisa del carácter básico de la normativa reguladora del procedimiento de reclamación que cabe instar ante el Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno o ante los Organismos de control que se creen en las Comunidades Autónomas, que constituye un cauce procedimental potestativo previo a emprender la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que persigue reforzar las garantías

del derecho de acceso a la información pública, y que se ampara en el título competencial que ostenta el Estado para regular las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas con el fin de garantizar a los administrados un tratamiento común ante estas, tal como se infiere de la sentencia del Tribunal Constitucional 104/2018, de 4 de octubre, ello nos lleva a entender, que no cabe que los ciudadanos de una determinada Comunidad Autónoma carezcan de la facultad de formular reclamaciones contra aquellas resoluciones de los Entes locales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma adoptadas en materia de acceso a la información pública, ya que asumir dicha asimetría procedimental supondría una flagrante vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución.

En este sentido, cabe significar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, expuesto en la mencionada sentencia 104/2018, permite deducir con claridad que tanto el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública de la ley estatal, que evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos garantizado en el artículo 105 b) de la Constitución, como del propio procedimiento impugnatorio articulado ante el Consejo de transparencia estatal o ante el correspondiente Consejo Autonómico, tienen el carácter de normas básicas, al corresponder al Estado la competencia exclusiva para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas así como el procedimiento administrativo común. Siendo el objeto de esta regulación reforzar la transparencia de la actividad administrativa y ampliar los instrumentos de control puestos a disposición de los ciudadanos para hacer efectivo la tutela de este derecho, no resulta coherente, desde la perspectiva constitucional y desde el prisma de la lógica de la acción administrativa de control, que dicho sistema pueda originar disfunciones en orden a la protección del derecho, que se revelen contrarias a la exigencia de garantizar un tratamiento común de los administrados frente a la totalidad de las Administraciones públicas que ejercen su actividad en un determinado territorio.

Por ello, siguiendo la jurisprudencia constitucional expuesta en las sentencias 181/2012 y 132/2013, consideramos que la aparente contradicción entre la regulación contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en lo referente a la determinación de la competencia del Con-

sejo de la Transparencia de la Región de Murcia para conocer de las reclamaciones formuladas contra los Entes locales en materia de derecho de acceso a la información pública, no resulta insalvable puesto que entendemos que por vía interpretativa, desde una perspectiva integradora de la normativa estatal con la normativa autonómica, cabe inferir que el legislador estatal ha establecido un modelo regulatorio común de las reclamaciones formuladas contra los actos denegatorios de acceso a la información adoptados por los Entes locales, que impide que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno Estatal o los Consejos de Transparencia de las Comunidades Autónomas puedan abdicar de sus potestades de control de la actividad de los Entes locales en esta materia, creando espacios exentos de control que diluyan la protección debida de este derecho”.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2022 (RC 5615/2020; ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), resolviendo el caso “Ayuntamiento de Bilbao”, enjuicia el recurso de casación interpuesto por la mencionada corporación local contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por el Abogado del Estado, asumiendo la representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra los Acuerdos del Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao de 14 y 16 de marzo de 2016, que resolvieron ordenar la interrupción de los procedimientos iniciados a instancia de Almudena Pérez Palomares, Pizza Restaurante S.L. y Starbucks Coffee España S.L., relativos a licencias de obras para la habilitación de distintos locales como nuevos establecimientos de hostelería en Bilbao, así como contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, por el que se resuelve dejar en suspenso cautelarmente y por un periodo máximo de un año el otorgamiento de licencias y la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en todo el ámbito de la Ordenanza n.º 7, y contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de 20 de julio de 2016, por el que se acuerda el levantamiento parcial de la suspensión de licencias para nuevos establecimientos de hostelería en dicho municipio, excluyéndose del beneficio del levantamiento de suspensión de licencias a una determinada subcategoría de establecimientos hosteleros (subgrupo II-D) regulada en el artículo 3 de la Ordenanza Local sobre Establecimientos de Hostelería de 26 de febrero de 2015, así como a todos los establecimientos del Grupo II que se encuentren en tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas.

La sentencia de la Audiencia Nacional declaró la nulidad de los acuerdos impugnados, por cuanto habían establecido limitaciones y obstáculos al ejercicio de la actividad económica en el sector de la hostelería sin estar justificados en los principios de necesidad, interés general y proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y en la consideración de que dichos acuerdos, que comportaban la suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas para el establecimiento de nuevas instalaciones con uso hostelero, se habían adoptado sin analizar la posible existencia de otros medios menos restrictivos que podían igualmente alcanzar la protección del interés general pretendido de garantizar la calidad del entorno urbano y el medio ambiente.

Tal como se habría fijado en el auto de admisión del recurso de casación, el Tribunal Supremo debía determinar si era compatible la suspensión del otorgamiento de licencias derivada de la aprobación inicial del Plan en los ámbitos afectados por la modificación, impuesta por el artículo 85.3 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU), con la exigencia de motivación individualizada de dicha suspensión, en base al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); así como precisar, en el caso de que se considerase que no era compatible, si un juez o tribunal podía inaplicar dicho precepto legal autonómico –u otros de contenido similar– sin plantear previamente la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La posición del Ayuntamiento de Bilbao para sustentar el recurso de casación se basaba en el argumento relativo a que la Audiencia Nacional habría incurrido en error de derecho al inaplicar la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin tener en cuenta el carácter autonómico de la regulación de la suspensión cautelar de licencias derivada de la aprobación inicial de un plan urbanístico, que ha constituido un principio general del derecho urbanístico estatal y autonómico, y sin tomar en consideración que, respecto a su adopción, la Administración no tienen margen de discrecionalidad.

También se reprochaba a la Audiencia Nacional que no hubiese planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 85.3 de la Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco, si consideraba que dicho precepto era incompatible con la regulación establecida en el artículo 5 de la Ley estatal 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que prevé que cuando las autoridades competentes establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán motivar su necesidad en aras de

la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y, asimismo, justificar que la medida adoptada es proporcionada.

El Tribunal Supremo no comparte la tesis del Ayuntamiento de Bilbao. En el caso enjuiciado –se razona– no nos encontramos ante el supuesto de hecho de la aprobación inicial de un plan urbanístico, sino de modificación de una Ordenanza municipal que regula la actividad de hostelería, por lo que sí que cabe exigir que el Ayuntamiento –tal como había manifestado la sentencia de instancia– realice un análisis previo –antes de adoptar los acuerdos de suspensión de licencia y de paralización de los procedimientos en tramitación– que justifique motivadamente que concurre alguna razón imperiosa de interés general, como pueda ser la protección de la calidad del entorno urbano o del medio ambiente.

Se pone de relieve en la sentencia del Tribunal Supremo que el pronunciamiento de la Audiencia Nacional se sustenta en una sólida fundamentación, pues se basa en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (Asunto C-400/08), que advierte que las restricciones que puedan imponerse a la libertad de establecimiento deben basarse en una razón imperiosa de interés general (entre las que cabe invocar la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente), exigiendo de las autoridades competentes que justifiquen que las medidas limitadoras resultan apropiadas y necesarias para lograr el objetivo legítimo perseguido.

Al respecto, se subraya en la sentencia del Tribunal Supremo que la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vincula de forma directa a los tribunales de justicia de los Estados miembros, que están obligados a aplicar e interpretar la legislación nacional conforme a los principios de la normativa comunitaria europea, en relación con aquellas materias afectadas por el derecho de la Unión Europea, así como a la referida jurisprudencia.

Se fija como doctrina jurisprudencial que la Administración incumple las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuando, con ocasión de la tramitación del procedimiento de modificación o revisión de una ordenanza municipal, adopta un acuerdo de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias sin ponderar si las limitaciones impuestas al desarrollo de actividades económicas pueden justificarse por razones imperiosas de interés general vinculadas con el interés público referido a garantizar la calidad del entorno urbano o la protección del medio ambiente, y sin comprobar ni verificar que tal medida resulta acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad.

La penetración del régimen jurídico regulador de las libertades económicas establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y,

entre otras normas, en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, determina que cualquier decisión que adopten las autoridades administrativas competentes que pueda suponer un obstáculo o restricción al libre acceso a las actividades económicas o a su ejercicio deba someterse a los principios de necesidad y proporcionalidad, al principio de eficacia nacional y al principio de no discriminación.

Esta obligación también incumbe al legislador estatal y a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, pues, en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión Europea y del efecto útil que impregna la aplicación de la normativa comunitaria europea, tienen el deber jurídico de explicar, en la exposición de motivos de aquellas leyes que limiten el ejercicio de una actividad económica o restrinjan la libre prestación de servicios, en qué medida la normativa adoptada se ajusta a los citados principios de necesidad y proporcionalidad, por cuanto únicamente cabe imponer dichas medidas cuando se demuestre que obedecen a una razón imperiosa de interés general.

## 2

### Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales

#### 2.1

#### Gobierno local y estatuto de los concejales

##### 2.1.1

#### El derecho de los concejales a presentar enmiendas a los presupuestos municipales en los plenos de la corporación forma parte consustancial del ejercicio del cargo de representación pública [STS de 9 de febrero de 2022 (RC 2677/2021)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2020 (RC 2677/2011; ponente: Requero Ibáñez), resolviendo el caso “Ayuntamiento Hoyo de Manzanares”, fija doctrina sobre el alcance y contenido del estatuto jurídico de los concejales electos de un ayuntamiento en el ámbito del reconocimiento de los derechos de participación política garantizados por el artículo 23.2 de la Constitución.

La sentencia aborda la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si la decisión de no dar trámite (admitir, deliberar y votar) a una enmienda parcial

del presupuesto presentada por un grupo de concejales al inicio de la sesión plenaria de aprobación del presupuesto municipal, adoptada por el alcalde, representaba una vulneración del derecho de participación consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución.

El Tribunal Supremo, que revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, considera que el Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares vulneró el artículo 23.2 de la Constitución porque ha privado a un grupo de concejales de la oposición de poder debatir y votar en las sesiones plenarias de la corporación una enmienda parcial presentada a los presupuestos municipales, lo que supone frustrar el derecho de participación política, que dimana de su condición de representantes de la ciudadanía, así como menoscaba el derecho de los vecinos a conocer las razones de su estimación o rechazo.

El Tribunal Supremo, en esta modélica sentencia, por su claridad expositiva, sintetiza la doctrina del propio alto tribunal que considera relevante en relación con el estatuto de los concejales, en los siguientes términos:

“Es cuestión pacífica que el artículo 23.2 de la Constitución proclama un derecho fundamental de configuración legal, por lo que habrá que estar a su regulación sectorial para advertir cuándo la infracción de esa normativa tiene relevancia constitucional.

2. También es cuestión pacífica que, en el ámbito del régimen local, forma parte del *ius in officium* de los concejales la posibilidad de presentar enmiendas, lo que supone ejercer un derecho político consustancial al carácter representativo del cargo, integrado así en el contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución.

3. La configuración legal de ese derecho fundamental la encontramos, en cuanto al régimen de la presentación de enmiendas en general y respecto del presupuesto municipal en especial, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), en la LRHL y en el ROF, normas ya citadas.

4. De esa normativa se deduce que el proyecto o propuesta de presupuesto municipal lo forma el Alcalde y lo remite al Pleno para su aprobación, enmienda o devolución con informe de la Intervención (artículo 168.4 de la LRHL). El orden del día del Pleno lo fija el Alcalde, la regla general es que en él se incluyan los puntos objeto de debate, puntos que antes se han sometido a dictamen, informe o consulta de la Comisión Informativa (artículo 82.2 del ROF), salvo las excepciones que no son del caso.

5. De haber debate en el Pleno sobre un punto del orden del día, lo ordena el Alcalde en los términos del artículo 94.1 del ROF, los concejales pueden intervenir mediante alguna de las formas que prevé el artículo 97

del ROF y una de ellas es presentando enmiendas, entendiéndose por tal ‘[...] la propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al Presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto’.

6. Las enmiendas deben guardar relación con un punto del orden del día y la normativa citada no prevé un plazo para su presentación como tampoco que, en caso de enmiendas a la propuesta de presupuesto, sean previamente informadas, dictaminadas o sometidas a previa consulta de la Comisión Informativa; tampoco que deban serlo por la Intervención, ahora bien, el Alcalde puede ordenar que los funcionarios de la Secretaría e Intervención intervengan en el Pleno para el ‘asesoramiento técnico o aclaración de conceptos’ y añádase que la propia Intervención puede intervenir de oficio si advierte que se debaten cuestiones que presenten dudas de legalidad o con repercusión presupuestaria (artículo 94.3 del ROF).

7. Estas reglas son las generales en cuanto a las formalidades que rigen la presentación y tramitación de enmiendas, pero pueden modularse en cada municipio según lo que prevea su reglamento orgánico [cfr. artículo 22.2.d) de la LRBRL]”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid mantenía, desconsiderando que el caso versaba sobre el reconocimiento del alcance del derecho fundamental de participación política, que exige que las normas reguladoras del proceso democrático se interpreten en todo caso conforme al principio *pro libertatis*, que la decisión del alcalde de inadmitir la enmienda a los presupuestos municipales infringió la normativa aplicable, al exigir unos requisitos que no se deducen de la misma, pero que esa infracción no tenía relevancia constitucional, basándose en el criterio de que no toda infracción procedimental implica inexorablemente la anulación del acto infractor.

De ello deduce que, en este supuesto, la infracción cometida no tendría alcance anulatorio, si pese a ello al administrado no se le ha privado, de hecho, de actuar o alegar pese a la infracción del trámite, luego no se produce esa consecuencia anulatoria al no habersele causado el efecto antijurídico que la norma infringida pretende evitar: habrá infracción formal, pero no material.

Frente a esta tesis, el Tribunal Supremo sostiene que no se trata de que el contenido de la enmienda aflore en el debate ni de que hubiera una votación implícita, pues la cuestión es que el derecho a presentar enmiendas tiene sustantividad propia, que la enmienda es una forma de intervenir en un debate (cfr. artículo 97.5 del ROF), de manera que la sustantividad formal y material que implica una enmienda, como forma de discrepar, es merecedora de trami-

tarse y debatirse como tal enmienda, luego objeto de un debate en el que sea su objeto, como también de votación específica en el pleno.

Además –advierte el Tribunal Supremo–, al menos dos de los concejales no pudieron votar en concreto sobre la enmienda y su discrepancia se ciñó a votar en contra de la propuesta de presupuestos. Asimismo, los ciudadanos allí presentes o los que accedieron a la grabación del pleno, nunca supieron por qué la mayoría habría rechazado la enmienda, por lo que se deduce que la infracción no fue meramente formal, sino que afectó negativamente al contenido que singulariza el derecho de enmienda.

La sentencia del Tribunal Supremo refuerza la posición institucional del ayuntamiento, que no puede considerarse solo como un mero órgano administrativo, en cuanto hace realidad el pluralismo político, por lo que cualquier vulneración de las reglas procedimentales que rigen su organización y funcionamiento debe considerarse que tiene entidad y sustantividad para merecer el reproche anulatorio por su carácter antijurídico:

“En la Administración municipal, y como corporación, el Pleno es un órgano administrativo, cierto, pero es algo más que un órgano administrativo entendiéndose por tal una unidad de actuación o ejecución dentro de esa Administración. Lo que le caracteriza y singulariza como órgano administrativo es que hace realidad el pluralismo político, luego el principio democrático al que también se refieren los recurrentes y es esa vocación la que hace que el derecho de enmienda gane su especial sustantividad. De esta manera no puede admitirse sin matiz la regla según la cual carecen de alcance anulatorio las eventuales infracciones meramente formales que no causen perjuicio material o real. Tal criterio, inspirado en razones de economía procedimental y eficacia, valdrá fundamentalmente para órganos administrativos que, dentro de una Administración, asuman funciones puramente ejecutivas o decisorias. Ahora bien, ese planteamiento no puede trasladarse sin más al Pleno, singularizado porque aúna la naturaleza de órgano administrativo, decisorio y ejecutivo, con la de órgano soberano de representación política en el que sus miembros ejercen funciones de control político y debate, funciones que integran su *ius in officium*.

Por tanto, en las sesiones de este órgano administrativo el ejercicio del derecho de presentar enmiendas no puede entenderse como una regulación procedimental cuya infracción sea sin más subsanable, porque hay aspectos que no lo son. Así, inadmitida la enmienda se debatió la propuesta de presupuesto y los ahora recurrentes expusieron su discrepancia pero no como enmienda; además, se sustrajo al resto de concejales la posibilidad de debatirla y votarla, pero no sólo eso: se impidió a los vecinos

allí presentes –o a los que quisieron seguirlo por medios videográficos– conocer por qué sería rechazable la enmienda o si hubo algún concejal –si es que fue el caso– que votó contra la propuesta de presupuestos pero que tampoco habría apoyado la enmienda”.

### 2.1.2

#### **El alcalde no puede obstaculizar el derecho a la información de los concejales de la oposición condicionándolo a que la documentación requerida esté relacionada con los asuntos que se van a tratar en el pleno [STS de 10 de febrero de 2022 (RC 681/2021)]**

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2022 (RC 681/2021; ponente: Fonseca-Herrero Raimundo), resolviendo el caso “Ayuntamiento de Castañeda”, fija como doctrina que el alcalde no puede condicionar el acceso a la documentación solicitada por un concejal a que la documentación solicitada esté relacionada con los asuntos que se van a tratar en el pleno, porque esa negativa constituye una infracción del derecho de los concejales a la información que reconoce el artículo 77 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como de los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de los Entes Locales y del artículo 23 de la Constitución.

La sentencia del Tribunal Supremo revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que habría entendido de forma excesivamente restrictiva el derecho de información de los concejales, al exigir que estos deben probar que la documentación solicitada estuviese necesariamente referida a hechos que vayan a ser tratados en los plenos municipales.

Para el Tribunal Supremo, el razonamiento expuesto en la sentencia impugnada no tiene encaje en el artículo 77 LBRL ni en el artículo 14 ROF, partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la propia Sala del Alto Tribunal, que resaltan que el núcleo básico del derecho fundamental de participación política inherente al cargo de concejal, integra el derecho a obtener cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación municipal y fueren precisos para el desarrollo de su función.

A tal efecto, se recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, que fija los contornos del ejercicio del derecho de acceso a la información de los concejales, en los siguientes esclarecedores términos:

“En torno al significado, alcance y relevancia constitucional del derecho de los concejales a acceder a la documentación necesaria para el desem-

peño de sus funciones, existe una copiosa jurisprudencia de la que son exponente las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 2008 (casación 1133/2005), la sentencia 4 de junio de 2007 (casación 3505/02) y las que en ella se citan de 14 de abril de 2000 (casación 512/1996), 17 de noviembre de 2000 (casación 3973/1996), 27 de noviembre de 2000 (casación 4666/1996) y 30 de noviembre de 2001 (casación 8032/1997).

La finalidad del derecho de acceso a la información del concejal es el normal ejercicio de sus funciones con el debido conocimiento de causa, pero sin añadir ningún otro complemento que exceda del fin de estar plenamente informados de todo lo que conste en los diversos servicios municipales, tal y como señala la ya citada STS de 19 de julio de 1989 (recurso de apelación 303/1989) al afirmar que ‘Indicado el núcleo sustancial del derecho que corresponde a los concejales, en relación con el tema que nos ocupa observamos que el mismo supone una facultad de acceder a la documentación e información existente, de forma que su actividad en el Ayuntamiento pueda desarrollarse con el debido conocimiento de causa, pero sin añadir ningún otro complemento que exceda del fin de poder estar plenamente informado de todo lo que conste en los diversos servicio municipales’.

Se ha dicho en STS de 8 de noviembre de 1998 (ROJ: STS 7847/1988 – ECLI:ES:TS:1988:7847), y ahora reiteramos, que esa participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos entre los que cabe destacar el derecho de fiscalización de la actuaciones municipales y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios, obrantes en los servicios municipales, tanto para esa labor de control como para documentarse con vista a decisiones a adoptar en el futuro.

Lo que es cierto es que ninguna de las sentencias dictadas, de las que las anteriores son meramente ejemplificativas, ha considerado válido que el derecho de obtener información puede quedar condicionado a que los datos que se quieren obtener tengan que estar relacionados con los que van a ser tratados en los Plenos municipales y, por tanto, menos aún con los que vayan a celebrarse en un determinado mes, que es lo que la sentencia impugnada admite para denegar la vulneración del derecho fundamental denunciada y que se imputaba al Ayuntamiento de Castañeda (Cantabria). Antes al contrario, la STS de 28 de mayo de 1997 (ROJ: STS 3745/1997 – ECLI:ES:TS:1997:3745), dictada en recurso de casación 4383/1994, afirmaba que ‘si bien es cierto que la Ley vincula el derecho a la información de los Concejales a que su utilización tenga por finalidad el desarrollo de su función, sin embargo ni ésta queda limitada al estudio de los asuntos

que figuren en el orden del día de los órganos de gobierno ni desde luego es ajena a la misma el examen de la documentación que considere precisa para preparar sus intervenciones o procurar que se introduzcan nueva cuestiones a debate”.

En este contexto hermenéutico derivado del artículo 23.2 de la Constitución, el Tribunal Supremo considera que en este caso no se aprecia que concurra alguna circunstancia que pudiera evidenciar un ejercicio abusivo del derecho a la información, por lo que la decisión del alcalde del Ayuntamiento de Castañeda se revela contraria al derecho fundamental de participación política.

“De ello deriva que el Alcalde proporcionó una respuesta genérica a la petición que hemos transcrito, imprecisa y vaga respecto de lo solicitado, y que esa respuesta ha sido concretada y dada, en buena parte, en el escrito de contestación a la demanda. Del examen de esta respuesta claramente se desprende que, pese al posicionamiento de la contestación a la demanda, no existía ningún tipo de impedimento grave que dificultase el acceso inmediato a lo solicitado o la respuesta impeditiva a la documentación del último apartado de la petición realizada. Desde luego no se evidencia la imposibilidad material de dar esa información concreta en los términos legalmente fijados y tampoco que el hacerlo hubiese conllevado una grave afectación para la prestación de los servicios municipales, máxime cuando no se acredita la existencia previa de otra información que facilitar en el momento de la petición, a mayores de las dos que ya se respondían y que tampoco parecían entrañar dificultad excesiva. En relación con este último aspecto, diremos que no es admisible que se ‘engorde’ la situación con la afirmación de una aparente actuación abusiva del concejal por peticiones efectuadas en los años 2018 y 2019, por cierto, en número que no parece excesivo (unas 45 peticiones de media al año, que representan una petición a la semana)”.

### 2.1.3

**El alcalde no dispone de discrecionalidad para dejar de incluir los puntos que quedaron pendientes de un pleno ordinario anterior que fue suspendido en el orden del día de la convocatoria del pleno siguiente, aunque este fuere extraordinario [STS de 16 de junio de 2022 (RC 3226/021)]**

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2022 (RC 3225/2021; ponente: Díez-Picazo Giménez), resolviendo el caso “Ayuntamiento de Leganés”, responde a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la forma-

ción de jurisprudencia consistente en precisar si vulnera el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos (art. 23 de la CE) la inclusión por el alcalde en sesión extraordinaria del pleno de parte y no de todos los asuntos pendientes de debate en sesión ordinaria suspendida, infringiendo así el principio de unidad de acto del artículo 87 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, debiendo interpretar, a tal efecto, los artículos 14 y 23 de la Constitución, el citado artículo 87 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, y su equivalente artículo 75 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Leganés de 27 de febrero de 2009, y los artículos 46, 21.1 y 124.4 de la Ley 7/1985, de 7 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, censura la actuación del alcalde del Ayuntamiento de Leganés por “erosionar los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los concejales de la oposición al excluir del orden del día de un Pleno extraordinario, convocado tras la suspensión del Pleno ordinario anterior, puntos pendientes referidos a las interpelaciones y mociones presentadas por dichos miembros de la Corporación”.

El letrado municipal que asume la defensa jurídica del Ayuntamiento de Leganés había sostenido, en el escrito de interposición del recurso de casación presentado contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que habría que tener en cuenta que existe una diferencia relevante entre los plenos ordinarios y los plenos extraordinarios, pues la convocatoria y la fijación del orden del día de estos últimos es una facultad exclusiva del alcalde; algo que no ocurre con los plenos ordinarios, en que es preceptivo incluir las interpelaciones y mociones provenientes de la oposición municipal.

También argumentaba que la oposición no queda desprotegida, ya que basta la petición de una cuarta parte de los concejales para forzar la convocatoria de un pleno, llamando así la atención sobre el hecho de que el demandante no hiciera uso de esta posibilidad, a fin de combatir las omisiones que reprocha al orden del día del pleno extraordinario.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 87 del ROF, que establece que toda sesión, sea ordinaria o extraordinaria, habrá de respetar el principio de unidad de acto y se procurará que termine en el mismo día de su comienzo, y prevé que, si esta terminare sin que se hubiesen debatido y resuelto todos los asuntos incluidos en el orden del día, el presidente podrá levantar la sesión, y en este caso los asuntos no debatidos habrán de incluirse en el orden del día de la siguiente sesión, disponiendo que durante el transcurso de la sesión el presidente podrá acordar interrupciones a su prudente arbitrio, para permitir

las deliberaciones de los grupos por separado sobre la cuestión debatida, o para descanso de los debates, el Tribunal Supremo considera que de esta norma se desprende que es obligatorio que las sesiones plenarias se desarrollen sin solución de continuidad y, si es posible, en un mismo día. Como complemento de esta obligación, se hace una previsión para el supuesto –seguramente concebido como excepcional– de que deban dejarse puntos del orden del día sin tratar: si ello ocurre, deben ser incluidos en “la siguiente sesión” del pleno. La finalidad de todo ello es, sin duda alguna, evitar que la discusión de los asuntos pueda demorarse. Si algo se ha introducido en el orden del día del pleno, por iniciativa del Gobierno o de la oposición municipales, se entiende que es por revestir interés para la colectividad. Y nadie ignora que los problemas, en especial cuando son políticamente controvertidos, ven atenuada su repercusión en la opinión pública cuando su discusión se demora. En democracia es importante que los temas polémicos sean debatidos por los responsables políticos en su momento, no semanas o meses más tarde.

Para el Tribunal Supremo, el alcalde no dispone de discrecionalidad para dejar de incluir puntos del orden del día que quedaron pendientes, por lo que concluye que el incumplimiento de lo ordenado en el artículo 87 del ROF supone una quiebra del *ius in officium* que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución:

“A estas consideraciones cabe añadir que el art. 87 del ROF no distingue entre Plenos ordinarios y Plenos extraordinarios, sino que se limita a ordenar que los puntos pendientes sean incluidos en ‘la siguiente sesión’. Esta falta de diferenciación tiene sentido, pues se trata de no posponer *sine die* un debate que habría debido ya producirse. De aquí que, si el siguiente Pleno a aquél en que quedaron puntos pendientes es extraordinario por haberlo convocado así el Alcalde, éste no disponga de discrecionalidad para dejar de incluir aquellos puntos en el nuevo orden del día. La prioridad debe ser concluir lo que se dejó sin hacer.

Eludir el cumplimiento de lo ordenado por el art. 87 del ROF so pretexto de que el siguiente Pleno es extraordinario equivale, así, a menoscabar las facultades de los Concejales. Este menoscabo se ve acentuado cuando lo que se deja de incluir son interpelaciones y mociones provenientes de la oposición, cuyos proponentes tienen derecho a que sean abordadas sin demora. La infracción reglamentaria, en este sentido, supone una quiebra del *ius in officium* garantizado por el art. 23 de la Constitución. Y a este respecto no es determinante, contrariamente a lo argumentado por el Ministerio Fiscal, que la decisión del Alcalde de excluir ciertos puntos pendientes del orden del día no pueda ser tachada de fraudulenta o torticera.

En efecto, sólo en sentido puramente formal puede decirse que el Pleno convocado para el día 20 de noviembre de 2019 fue extraordinario; y ello porque los puntos incluidos en su orden del día eran algunos –no todos– de los que habían quedado pendientes tras la suspensión del Pleno ordinario de seis días antes. La verdad material es que se trató de una continuación del Pleno suspendido, por lo que toda la argumentación del Letrado del Ayuntamiento de Leganés sobre la diferencia entre Plenos ordinarios y extraordinarios adolece, dadas las circunstancias del caso, de excesivo formalismo”.

## 2.2

**Competencias municipales: La competencia de los municipios en educación primaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 n) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, determina que asuman los gastos de conservación y mantenimiento del centro público cuando sea de su titularidad, sin perjuicio de lo que prevea la regulación sectorial [STS de 25 de noviembre de 2021 (RC 183/2020)]**

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2021 (RC 183/2020; ponente: Requero Ibáñez), resolviendo el caso “Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia”, aclara si los municipios tienen la obligación de sufragar los gastos de conservación y mantenimiento de aquellos centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial cuya titularidad no ostentan y cuyo uso corresponde a otra Administración con competencia en materia educativa, interpretando, a tal efecto, la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el artículo 25.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (tras la reforma operada por el artículo primero, apartado ocho de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

La sentencia del Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, estima el recurso contencioso-administrativo planteado por el Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia contra la resolución de la consejera de Educación y Empleo de la Junta de Extremadura, y declara la obligación de la Administración autonómica de sufragar los gastos de conservación y mantenimiento del CEIP Las Eras.

Los hechos que motivaron el conflicto en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia se exponen con claridad en el primer fundamento de la sentencia, que, aunque no puede ser objeto de revisión en la sentencia del recurso de casación (a salvo de la integración de hechos en los términos previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), resulta de interés para comprender el fondo del litigio:

“1º La Comunidad Autónoma de Extremadura ostenta la titularidad del Centro de Educación Infantil y Primaria (en adelante CEIP) Las Eras, sito en la localidad de Malpartida de Plasencia.

2º A raíz de desprenderse el 15 de noviembre de 2018 la celosía de la fachada frontal del edificio, la Junta de Extremadura informó a la Directora del CEIP que correspondía al Ayuntamiento esa reparación por tratarse de actuaciones de mantenimiento.

3º El arquitecto municipal informó que la actuación no era de mantenimiento sino de reparación, por lo que no le correspondía al Ayuntamiento asumirla ya que implicaba reparar un aspecto estructural del edificio.

4º A ese informe se añadió otro del secretario municipal, en el que se razonaba que al municipio sólo le corresponde la conservación y mantenimiento de los centros públicos que estén ubicados en edificios de su titularidad, salvo que una ley prevea lo contrario o se pacte. Así lo resolvió la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, lo que rechazó la Junta de Extremadura dando lugar a los actos impugnados en la instancia.

2. Tanto en sede administrativa como judicial, el Ayuntamiento expuso que ya no le correspondía hacerse cargo de tal gasto conforme al artículo 25.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), tras su reforma por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), más la disposición adicional decimoquinta de esta ley. El artículo 25.2.n) prevé que los municipios son competentes para ‘[l]a conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial’.

3. La Junta de Extremadura lo rechazó en sede administrativa y judicial, alegando que la competencia para la conservación y mantenimiento no está vinculada a la titularidad del centro, luego corresponde a quien presta el servicio que es quien ejerce la labor de vigilancia.

Invoca para ello el primer inciso de la disposición adicional decimoquinta.2 de Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE), según la cual ‘[l]a conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al municipio respectivo’; tal precepto lo reproduce el artículo 190.3 de la ya citada Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura”.

El Tribunal Supremo corrige el criterio de la sentencia de instancia asumiendo la tesis argumental defendida por el Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia, declarando como doctrina, teniendo en cuenta el complejo normativo que rige esta materia, que el artículo 25.2.n) de la LR-BRL, como norma básica, prevé que son materia en la que los municipios ostentan competencia propia los gastos de conservación y mantenimiento de los centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial ubicados en edificios de su titularidad, sin perjuicio de lo que pueda prever la legislación sectorial.

Previamente a fijar esta doctrina, el Tribunal Supremo analiza rigurosamente la normativa sectorial en material de regulación del derecho a la educación y la normativa de régimen local en materia de competencias educativas, y las modificaciones introducidas en el complejo normativo que resulta aplicable en Extremadura, en los siguientes términos:

“7. A efectos del artículo 25.2 de la LR-BRL, puede plantearse si la disposición adicional decimoquinta.2 de la LOE es esa legislación sectorial dentro de cuyos términos se ejercen las competencias propias, pero algo significará, alguna eficacia deberá tener la concreción hecha tras la LRSAL en el antiguo artículo 25.2 n) de la LR-BRL: que del mero ‘sostenimiento de centros docentes públicos’, se pasa a ‘conservación, mantenimiento y vigilancia’ y no de los ‘centros docentes’ en general, sino de los centros públicos de educación infantil, primaria o especial y además concreta que esa competencia se refiere a los edificios no en general sino a los de ‘titularidad local’. Es decir, incorpora la redacción de la disposición adicional decimoquinta.2 de la LOE, pero la concreta y ciñe esa competencia a los edificios de titularidad municipal.

8. Por tanto con el nuevo artículo 25.2.n) de la LR-BRL los municipios, en todo caso, asumen la conservación y mantenimiento de los edificios de su titularidad, con lo que el precepto no se limita a identificar en términos amplios una materia, sino que avanza en su concreción. Tal concreción es coherente con lo pretendido con la LRSAL:

clarificar el reparto competencial e identificar una materia referida a la conservación y mantenimiento de edificios destinados a centros docentes en la forma más directamente relacionada con los intereses locales. En todo caso, el legislador estatal no hace una ‘fijación detallada’ en perjuicio del legislador autonómico a la que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional 214/1989 y 159/2001, pues cabe incidir en la materia mediante las posibilidades que ofrece los artículos 7.4 y 27 de la LRBRL.

9. Esto explica que la Junta de Extremadura alegue que se ha dictado la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, norma dictada una vez resueltos los distintos recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL. Su artículo 15 prevé que ‘1. Los municipios podrán ejercer las siguientes competencias propias, que se despliegan sobre las siguientes áreas de actuación municipal...’ y así en el apartado d) referido a ‘Servicios a las Personas’ se atribuye a los municipios como competencia propia en el punto 5º la ‘...conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria y de educación especial...’.

10. Esa ley vuelve a atribuir a los municipios extremeños esta relevante obligación de gasto con independencia de quién sea titular del edificio que acoge a cada centro, ley en vigor desde el 29 de enero de 2019 y pese a que la invocó la Junta de Extremadura al contestar a la demanda, fue ignorada tanto por la demandante como por la sentencia de instancia. Pues bien, la Junta de Extremadura la invoca para apoyar su pretensión desestimatoria, no como norma decisora del litigio, ya que no es aplicable al caso, pues el gasto litigioso es anterior a su promulgación y vigencia, luego el pleito se ha desarrollado bajo la exclusiva vigencia del nuevo artículo 25.2.n) de la LRBRL que modifica la disposición adicional decimoquinta.2 de la LOE.

11. Hay que entender que será cuando se aplique esa norma cuando pueda plantearse su alcance y determinar si debe interpretarse conforme a la LOE tras la reforma de la LRBRL o si es de desarrollo de la norma básica o si atribuye a los municipios una ‘materia’ y además ‘distinta’ de las previstas en el artículo 25.2 de la LRBRL; también la aplicación según el régimen transitorio que regula o si la Comunidad Autónoma delega esa competencia que implica una obligación de gasto para atribuírselo a los municipios, que lo asumirían con sujeción a las reglas de los artículos 7.3 y 4 y 27 de la LRBRL”.

## 2.3

### **Urbanismo y medio ambiente: La declaración de nulidad de pleno derecho de un plan urbanístico, por la omisión de la evaluación ambiental estratégica, no puede ser objeto de subsanación en el incidente de ejecución de sentencia [STS de 23 de febrero de 2022 (RC 4355/2020)]**

La sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2022 (RC 4355/2020; ponente: Román García), resolviendo el caso Ayuntamiento de Ferrol, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que había declarado nulo el Plan Especial de Protección y Rehabilitación del Barrio de Ferrol Vello, por no haber sido sometido al procedimiento de evaluación ambiental estratégica, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo debía pronunciarse, al resolver este recurso de casación, respecto de la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, que consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar si es posible subsanar, en ejecución de sentencia, la omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica en un instrumento de planificación urbanística declarado nulo por dicha causa, y, a tal efecto, debían ser objeto de interpretación los artículos 62.2, 66 y 67 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable por razones temporales (actuales artículos 47.2, 51 y 52 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y los artículos 7 y 9 de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental.

La sentencia del Tribunal Supremo no comparte los razonamientos del tribunal de instancia, pues considera que no resulta ajustado a derecho declarar la nulidad de un plan por concurrir un vicio esencial en su elaboración y, en la misma sentencia, condicionar la subsanación de aquel defecto a la aportación posterior, en ejecución de sentencia, de un documento complementario, porque la declaración de nulidad de pleno derecho de una disposición general comporta su expulsión del ordenamiento jurídico, sin posibilidad de subsanación posterior del vicio que fue determinante de la nulidad, ni de convalidación alguna.

Después de analizar exhaustivamente en esta sentencia las particulares circunstancias concurrentes aducidas en el escrito de oposición por el Consejo de Ferrol, acerca de la incidencia que tenía el cambio de nomenclatura del

Plan Especial respecto de un instrumento de planeamiento anterior, sometido a evaluación ambiental, y sobre la aportación de un informe complementario emitido por el órgano ambiental presentado en sede casacional, el Tribunal Supremo concluye que la sentencia impugnada no se ajustó a derecho al declarar la nulidad del Plan y, a la vez, permitir que en ejecución de sentencia pudiera subsanarse el defecto esencial de procedimiento advertido mediante la aportación de un informe complementario emitido por el órgano ambiental.

Singularmente, tiene interés el pronunciamiento de esta sentencia del Tribunal Supremo referido a que el tribunal de instancia carece de habilitación para adoptar el fallo anulatorio con vocación de poder subsanarse, con el objeto de dar continuidad a la vigencia del Plan y evitar gravosas consecuencias para el Ayuntamiento y para terceros, en la medida en que infringe el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen, ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Con cita de la sentencia del Tribunal Supremo 569/2020, se recuerda que, habiéndose declarado la nulidad de una norma reglamentaria, no puede el poder judicial imponer al poder ejecutivo la forma en que se ha dictar la nueva norma que deba sustituir a la declarada nula. Lo dice de manera clara el artículo 71.2.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando declara: “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Y si ello es así, es indudable que, entendido el efecto de la sentencia, la nulidad, no pueden los tribunales de lo contencioso-administrativo imponer a la Administración actuaciones concretas, por lógicas que pudieran parecer, cual es la de subsanar el trámite –emitir el informe– para la aprobación de la parte del Plan declarado nulo; y ello con independencia, insistimos, de que el vicio que genera esa nulidad afecte exclusivamente al procedimiento de elaboración. No se puede pretender, y es lo que hace la sentencia, imponer la declaración de nulidad del Plan y ordenar una retroacción del procedimiento que, se quiera o no, se diga o no, lo que esconde es una pretendida subsanación, con el relevante efecto de que lo que adquiere eficacia, una vez se proceda a la aprobación definitiva del Plan tras esa retroacción, es el mismo Plan inicial, sin solución de continuidad y legitimando todos los actos dictados en ese espacio temporal, que afecten, eso sí, al ámbito espacial a que afecta la declaración, porque del resto, ya vimos, no se ve afectada su eficacia. Pese a esa

encomiable finalidad pragmática, no puede amparar nuestra normativa esa conclusión.

Se recuerda, en este sentido, que los tribunales de lo contencioso, de apreciar la nulidad del Plan, y solo ese grado de ineficacia es admisible, han de limitarse a dicha declaración, sin imponer a la Administración cómo debe actuar a la vista de dicha nulidad, ni siquiera cuando el vicio que se aprecie para declarar la nulidad, nunca la anulabilidad, afecte al procedimiento. Y téngase en cuenta que, si ese informe afecta a la propuesta del Plan que se terminó acogiendo en la aprobación definitiva, no podrá aprovecharse lo ya actuado.

## 2.4

**Vivienda: La Administración municipal está obligada, en los supuestos de ejecución forzosa de la demolición de una infravivienda construida sin licencia, a realizar un juicio de proporcionalidad sobre la incidencia que la medida tiene respecto de los menores de edad que conviven en el domicilio familiar, con la finalidad de evitar que pudiera producirse una situación de desamparo**

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2021 (RC 3430/2020; ponente: Huet de Sande), resolviendo el caso “Ayuntamiento de Madrid”, mantiene la doctrina establecida en la precedente sentencia de 28 de septiembre de 2020 (RC 413/2019; ponente: Olea Godoy), en relación con el momento en que procedimentalmente ha de realizarse por parte de la Administración el juicio de ponderación respecto de la protección de menores de edad, en los supuestos en que se acuerde el desalojo de una vivienda en que reside una unidad familiar.

En este caso, se trataba de determinar si, según se expone en el auto de admisión ante la existencia de una potestad administrativa concreta cuyo legítimo ejercicio comporta el desalojo de una vivienda que habita una familia con hijos menores de edad, el juicio de ponderación respecto de la situación de los menores que pudieran verse afectados debe realizarse en el momento de dictarse la resolución procedente o ha de posponerse al momento en que, en su caso, se proceda a la ejecución forzosa de la decisión administrativa mediante el desalojo de la vivienda.

El Tribunal Supremo sostiene que cuando las decisiones administrativas que deban dictarse en relación con las condiciones de legalidad de un inmueble en que habitan menores de edad, el juicio de proporcionalidad entre los intereses que subyacen en esa declaración y los de protección de

los menores que pudieran quedar en situación de desamparo, debe realizarse, no al dictar la resolución que en derecho procediera, sino al momento de proceder a la ejecución forzosa de dicha resolución, haciendo efectiva la puesta en riesgo de los intereses de los menores, pero toma en consideración el hecho de que en este caso de autos no se impugna el acuerdo de demolición de una construcción ilegal, sino la ejecución forzosa de tal acuerdo por vía de la ejecución subsidiaria contemplada en los artículos 98 y 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había declarado nula la resolución de la Dirección General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid, que había acordado en ejecución sustitutoria la demolición de una construcción, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse con el objeto de que por la Administración municipal se lleve a cabo el preceptivo juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los menores de edad, y, en su caso, adopte las oportunas medidas de protección.

Se garantizan de este modo intereses de carácter público-constitucional, referidos a la protección de la familia y los menores de edad, que salvaguarda el artículo 39 de la Constitución, así como el derecho a una vivienda digna y adecuada que proclama el artículo 47 de la norma fundamental, que obliga a las autoridades municipales a adoptar todas aquellas medidas de protección social que sean necesarias para impedir que se produzcan situaciones de desamparo habitacional de los menores de edad.

### 3

#### **Epílogo: La justiciabilidad de los nuevos paradigmas constitutivos del buen gobierno y la buena administración y la posición institucional del Tribunal Supremo**

La posición del Tribunal Supremo en el control de la actividad de los entes locales, que se materializa procesalmente a través del recurso de casación, no puede desvincularse de los principios que configuran la construcción del Estado constitucional como Estado social y democrático de derecho, que exige un ejercicio prudencial de la potestad jurisdiccional que salvaguarde, entre otros principios, la garantía institucional de la autonomía local.

La introducción de nuevos paradigmas como principios informadores del derecho público administrativo hace cada vez más compleja la función de juzgar a la Administración pública municipal.

En la actualidad, el juez contencioso-administrativo se enfrenta a enjuiciar decisiones administrativas, para lo que la aplicación de las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad administrativa y de los conceptos jurídicos indeterminados se revela insuficiente.

El halo de penumbra perceptible en el núcleo de la decisión discrecional de la Administración se extiende a afectar a la esencialidad del acto administrativo, en la medida en que se incorporan conceptos como buena gobernanza, buena administración, resiliencia, sostenibilidad, transparencia, que exigen del intérprete judicial una habilidad y una inteligencia necesarias para la interpretación de dichos términos jurídicos desde los parámetros estrictos de la legalidad constitucional.

La Constitución autoriza al Tribunal Supremo a crear jurisprudencia al aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico conforme a los valores y principios constitucionales, determinando que en el ejercicio de esta responsabilidad pública se sometan de forma plena al designio de la ley, pero no le confiere la atribución de gobernar las Administraciones públicas.

En este sentido, el magistrado del Tribunal Supremo del Reino Unido Jonathan Sumption, en su reciente ensayo *Juicios de Estado* (Editorial Antoni Bosch, Barcelona, 2019), advierte sobre la necesidad democrática de que la política, el derecho y la justicia permitan avanzar a la sociedad en el respeto a los derechos humanos, poniendo de relieve la fuerza de la Constitución jurídica, la concepción del imperio de la ley y las funciones de los tribunales de justicia, como vectores esenciales para el adecuado funcionamiento y desarrollo del Estado constitucional, pero apelando también a la responsabilidad de la sociedad en su conjunto para salvaguardar el espíritu de libertad y justicia que alienta la Constitución.