SEMINARIO DE DERECHO LOCAL

INFORME EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN LOCAL

Autora: Beatriz Setuáin Mendía

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

Fecha: 9-2-2023

SUMARIO:

I) NOVEDADES NORMATIVAS.

1. ESTADO.-

- Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOE núm. 308, de 24 de diciembre).

- Instrucción 1/2022, de 23 de noviembre, de la Junta Electoral Central, sobre procedimiento de acreditación mediante firma electrónica de los avales que en las elecciones municipales deben presentar las agrupaciones de electores conforme a lo dispuesto en el art. 187.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (BOE núm. 287, de 30 de noviembre).

II) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES.

2. TRIBUNAL SUPREMO (TS).-

- STS de 13 de diciembre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4472/2020.

- STS de 15 de diciembre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 8701/2021.

- STS de 12 de enero de 2023, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4839/2021.

3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (TSJ).-

C) Galicia.-

- STSJ de 21 de octubre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 7102/2022.

P) Madrid.-

- STSJ de 24 de noviembre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 188/2021.

- STSJ de 7 de diciembre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 493/2022.

ORGANIZACIÓN LOCAL

Beatriz SETUÁIN MENDÍA
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

El período de tiempo tenido en consideración para elaborar este informe ha sido el transcurrido entre el 14 de noviembre de 2022 y el 5 de febrero de 2023. Se han analizado los Boletines Oficiales publicados durante esas fechas y la jurisprudencia que ha accedido, también entre las mismas, a las bases de datos al uso. Obviamente, la fecha de dictado de las Sentencias puede ser previa a aquel día inicial

I) NOVEDADES NORMATIVAS.

1. Estado.-

La primera norma de la que hay que dejar constancia es la *Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOE núm. 308, de 24 de diciembre)* que, en materia de organización local, establece los límites retributivos de los miembros de las Corporaciones locales. Según la Disposición Adicional Vigésima Séptima, de conformidad con lo previsto en el art. 75 bis LBRL, y considerando lo dispuesto en su propio art. 21 en relación con las retribuciones de los altos cargos de la Administración General del Estado (a las que, como es sabido, remite como referencia el precepto básico, en concreto a las de los Secretarios de Estado), estos límites vendrán determinados por la población, excluyendo en su caso los trienios a los que tengan derecho los funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales. En el caso de Corporaciones de menos de 1.000 habitantes –cuyos miembros no pueden tener dedicación exclusiva– también se determina la escala retributiva de aplicación, atendiendo a su porcentaje de dedicación.

Se destaca también la *Instrucción 1/2022, de 23 de noviembre, de la Junta Electoral*

Central, sobre procedimiento de acreditación mediante firma electrónica de los avales que en las elecciones municipales deben presentar las agrupaciones de electores conforme a lo dispuesto en el art. 187.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (BOE núm. 287, de 30 de noviembre). En ella se establece que la presentación de avales por agrupaciones de electores en elecciones municipales que exige el artículo 187.3 LOREG, podrá realizarse mediante uno de los procedimientos de firma electrónica que tenga reconocidos como válidos el Ayuntamiento, ante cuya persona Secretaria corresponderá realizar la autenticación de firmas prevista en dicho precepto. Aunque el precepto de la Ley Orgánica no hace referencia a la posibilidad de utilizar un procedimiento de firma electrónica, el artículo 9.2 de la Ley 39/2015, señala que "los interesados podrán identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad"; y el artículo 10.1 que "los interesados podrán firmar a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento". Por ello, se hace necesario extender esta posibilidad en el caso de los avales a las candidaturas en elecciones municipales.

El procedimiento de firma electrónica deberá permitir acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad del interesado, conforme exige el artículo 10.3 de la Ley 39/2015, por lo que los Ayuntamientos deberán incluir en su sede electrónica la relación de sistemas de firma electrónica que consideren válidos a estos efectos.

II) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES.-

2. Tribunal Supremo (TS).-

Se destaca en primer lugar la *STS de 13 de diciembre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4472/2020*, que se pronuncia sobre dos cuestiones importantes. La primera de ellas tiene que ver con cuál es el órgano competente en los Municipios de régimen común para acordar la revisión de oficio de actos en materia de urbanismo dictados por un Concejal

por delegación del Alcalde. La segunda, si esa competencia es susceptible de delegación. Hay que aclarar que en el caso enjuiciado, los Decretos que inadmitieron la solicitud de revisión de oficio no fueron dictados por delegación del Alcalde, por lo menos no consta así a pesar de que es obligatorio que la resolución dictada por delegación haga constar esta circunstancia. Por tanto, proceden de un Concejal que, desde luego, carece de competencia para inadmitir un procedimiento de revisión de oficio, por lo que el acto adolece evidentemente de vicio de nulidad de pleno derecho (art. 47.1.b de la Ley 39/15).

Los arts. 21 y 22 LRBRL establecen cuáles son las competencias correspondientes al Alcalde y al Pleno del Ayuntamiento. Dentro de las atribuciones del Alcalde figura "la iniciativa para proponer al Pleno la declaración de lesividad en materia de competencia de la Alcaldía", y es indelegable. Sin embargo, no existe ninguna mención a una eventual competencia para la revisión de oficio de sus actos nulos de pleno derecho, salvo en el art. 53 que, con una alusión genérica, afirma que "sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los arts. 65 , 67 y 110 de esta Ley, las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común". A ello podría sumarse la cláusula residual prevista en el art. 21.1.s, por la que corresponden al Alcalde "las demás competencias que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asigne al Municipio y no atribuyan a otros órganos municipales". Aquí se percibe una clara diferencia con los Municipios de gran población, cuyos Alcaldes sí tienen expresamente atribuida la facultad delegable de revisión de oficio de sus propios actos (art. 124 LBRL).

El art. 116 del ROF se refiere a la delegación de competencias entre órganos municipales necesarios, y establece que "en el caso de revocar la delegación el órgano que ostente la competencia originaria, podrá revisar las resoluciones tomadas por el órgano o autoridad delegada en los mismos casos y condiciones establecidas para la revisión de oficio de los actos administrativos". Y en materia específica de contratación, la legislación de contratos públicos atribuye al órgano de contratación (el Alcalde) la facultad de declarar, de oficio o a instancia de parte, la nulidad de los contratos por las causas expresadas en la legislación de procedimiento administrativo.

Por tanto, conforme a la normativa vista, el Alcalde solo tiene atribuida la competencia para la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho en los supuestos en los que expresamente se le atribuye, sin que exista tampoco ningún precepto que atribuya esa facultad al Pleno, excepción hecha de lo dispuesto en el art. 110 LBRL, que establece su competencia para "la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, en los casos y de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley General Tributaria". En los demás casos, las entidades locales no podrán anular sus propios actos declarativos de derechos y su revisión requerirá la previa declaración de lesividad para el interés público y su impugnación en vía contencioso-administrativa.

Está claro que existe un vacío normativo en esta cuestión, y sobre el mismo ya se ha pronunciado el Consejo de Estado, los Consejos Consultivos de distintas CCAA y la doctrina, siempre a favor del Pleno. También el TS se inclinó tempranamente por esta interpretación y ahora, sin desconocer otras posibles también argumentadas (por ejemplo, la opinión doctrinal minoritaria que entiende que la atribución al Pleno de la revisión de oficio en materia tributaria no es motivo suficiente para privar al Presidente del Ayuntamiento de la facultad de revisión de oficio de sus actos nulos de pleno derecho), vuelve a ratificarla, afirmando que el órgano competente para conocer de las revisiones de actos nulos de pleno derecho de los Presidentes de las Corporaciones Locales de régimen común es el Pleno del Ayuntamiento, y que no cabe la delegación de tal facultad.

También merece cita la *STS de 15 de diciembre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 8701/2021*, en la que el Alto Tribunal determina si en virtud de la potestad de autoorganización de los Municipios, un órgano de gobierno local puede atribuir a un organismo técnico facultades para la aprobación de criterios o instrucciones interpretativas sobre la aplicación de una norma reglamentaria municipal. La respuesta, se avanza ya, es positiva.

La Sala comienza recordando dos preceptos. Por un lado, el art. de la Ley 40/2015, en el que, bajo la rúbrica "Instrucciones y órdenes de servicio", se dispone que "Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio". Por otro, el art. 4.1 LRBRL, que reconoce la

potestad de autoorganización de las entidades locales. La lectura conjunta de ambos preceptos le lleva a afirmar que los órganos superiores del Municipio pueden dictar instrucciones, circulares u órdenes de servicio dirigidas a sus subordinados en uso de su potestad de autoorganización. Sus destinatarios son los funcionarios o los órganos administrativos inferiores, sin que vinculen a terceros ajenos al ámbito administrativo. Su finalidad no es otra que la de dar pautas interpretativas para la aplicación de las normas a fin de garantizar una unidad de actuación, o aclarar algún concepto oscuro, sin que quepa rebasar el ámbito de la norma que interpreta. No tienen carácter normativo, ni son el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria.

La facultad para dictar instrucciones o circulares puede ser válidamente otorgada a un órgano "ad hoc", como sucede en el caso que se analiza. En este caso, una Ordenanza municipal había creado la Ponencia Técnica de Terrazas "como órgano interno municipal colegiado con carácter consultivo y técnico que depende de la Gerencia de Ecología, Urbanismo y Movilidad", al que atribuye entre otras funciones, "velar por el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad universal y de seguridad en las terrazas". Y perfectamente puede ser destinatario de decisiones adoptadas en virtud de la potestad de autoorganización del Municipio, cuyos órganos de gobierno pueden atribuirle, como organismo técnico, facultades para la aprobación de criterios o instrucciones interpretativas sobre la aplicación de una norma reglamentaria municipal.

Por esa razón, revoca la Sentencia de instancia, que había considerado carecía de capacidad reglamentaria y, por eso, no cabía atribuirle funciones interpretativas de la Ordenanza o la elaboración de circulares e instrucciones interpretativas. Es evidente que dicha Sentencia confunde la potestad normativa o reglamentaria de la que, lógicamente, carece la Ponencia de Terrazas, y que nada tiene que ver con la atribución, en el ejercicio de potestades de autoorganización, de facultades interpretativas de la norma.

Finalmente se menciona la *STS de 12 de enero de 2023, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4839/2021*. Allí se razona sobre si el art. 74.3 LBRL, que establece una garantía de mantenimiento del centro de trabajo mientras se desempeña el cargo de Concejal sin dedicación exclusiva ni remuneración, resulta de aplicación en el caso de un funcionario interino que desempeña una plaza vacante y es elegido para ese cargo representativo. El TS

considera que no, pues aceptar esto supondría, a su juicio, bloquear la plaza que ocupa el interino para los concursos de traslados de funcionarios de carrera mientras desempeñe ese cargo.

Los argumentos jurídicos que ofrece son interesantes, porque conecta este precepto con la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada aplicado por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio. Esta cláusula exige igualdad de trato en las condiciones de trabajo de los funcionarios de carrera y de los interinos (de hecho, la jurisprudencia comunitaria ha permitido aplicar a un interino la situación de servicios especiales cuando ha accedido a un cargo representativo en régimen de dedicación exclusiva). Mientras esté activo en esa relación de servicio como interino, tendrá que tener una igualdad de trato en sus condiciones de trabajo respecto del funcionario de carrera. Pero esta regla no es absoluta y se modula si concurren "razones objetivas" que justifiquen un trato distinto. En este caso, la diferencia que está en la sustancia de la interinidad: que su relación de servicios tiene una causa de resolución nada abstracta, normativamente prevista y de obligado cumplimiento, y es que la vacante se oferte y cubra con funcionarios de carrera. La interinidad es una excepción, y la ocupación por funcionarios de carrera la regla general. Por eso, choca defender la aplicación del artículo 74.3 LRBRL en este caso, en la medida en que implicaría una vinculación estable del interino a una concreta plaza vacante.

El TS recalca que debe entenderse que lo que tutela el art. 74.3 es el ejercicio del cargo de Concejal. Y respecto a funcionarios de carrera, esa tutela responde a la necesidad de no entorpecer el desempeño de la función representativa, de ahí que no puedan ser trasladados por decisión administrativa, y que mientras sean Concejales sin dedicación exclusiva, se les garantice la permanencia en el centro de trabajo. Si son interinos, no cabe apelar a esa garantía si la Administración actúa como el ordenamiento le ordena que actúe: que ponga fin a una situación excepcional de interinidad ofertando la plaza vacante para su cobertura por funcionarios de carrera o personal estatutario. Esa es la normalidad, y lo anómalo sería prolongar indefinidamente la interinidad pese a que desaparezca el presupuesto objetivo que lo justifica.

En conclusión, no cabe invocar el art. 74.3 LRBRL para amparar esa anomalía, pues el puesto funcionarial no es lo que directamente tutela ese precepto sino el ejercicio sin

obstáculos de la función representativa. Ese es su objeto y para ello impide la movilidad del funcionario por iniciativa de la Administración, pero no impide que la Administración cubra el puesto vacante con un funcionario de carrera. Entenderlo de otra forma, además, llevaría a pasar por alto la jurisprudencia que considera abusivo mantener situaciones de larga temporalidad existiendo una vacante real: bastaría con que el Concejal interino fuera reelegido en sucesivas convocatorias para que se perpetuase esa situación de temporalidad.

Por todo ello, se establece como doctrina casacional que la garantía de la función representativa que prevé el artículo 74.3 LBRL en principio puede ser aplicada a los funcionarios interinos, si bien no puede ser obstáculo para que la Administración ponga fin a su relación de servicios bien por amortización de la plaza o bien por cobertura mediante funcionarios de carrera o personal estatutario fijo.

3. Tribunales Superiores de Justicia (TSJ).-

C) Galicia.-

También sobre la potestad de autoorganización se ha dictado la *STSJ de Galicia de 21 de octubre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 7102/2022*. En concreto, sobre si la decisión de adquirir una participación en la empresa estatal TRAGSA adoptada por el Presidente de una Diputación provincial con el fin de que esta gestione como medio propio el mantenimiento y conservación de zonas verdes (en sustitución de la anterior sociedad urbanística provincial), era contraria al ejercicio de aquella potestad, que está atribuida al Pleno de la Corporación, y no a su Presidente.

Es cierto que el art. 33.2.a LBRL establece que el ejercicio de la potestad de autoorganización es competencia de los órganos plenarios locales, de la misma forma que le corresponden otras. Por ejemplo, la conferida en la Disposición Adicional Segunda de la LCSP para el caso de que se quieran adjudicar contratos administrativos por encima de un determinado umbral económico, o la recogida en el artículo 85.2.A.d LBRL, para el caso de que se quiera prestar un servicio a través de una empresa pública de capital exclusivamente local, lo que sucedía antes de decidir que pasaran a prestarse por TRAGSA. Pero la Sala

alerta de que este último precepto no está alojado dentro de un capítulo o sección referidos a la organización local, sino relacionado con el modo de prestar un servicio de competencia local. En el caso analizado, el modo de gestión del servicio que se había decidido hacía preciso adquirir una acción de la sociedad mercantil pública estatal, porque así lo estipulaba la Disposición Adicional Vigésimocuarta de la LCSP cuando se refiere a TRAGSA como medio propio, pero sin que ello comporte una decisión relacionada con una sociedad mercantil de capital exclusivamente provincial ni tenga algo que ver con el ejercicio de la potestad de autoorganización. Se trata, simplemente, de ejecutar un mandato normativo en relación con un modo de prestación de un servicio público local que previamente se había decidido en el Pleno, al acordarse la disolución de la empresa pública provincial.

Por esa razón, se confirme la adecuación a derecho de la resolución presidencial, que no tenía contenido organizativo ni se separó de lo permitido en la LCSP.

P) Madrid.-

La extensa *STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2022, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 188/2021*, resuelve el recurso contencioso administrativo por el cauce del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales que interpuso un grupo político municipal contra el Acuerdo de Pleno por el que se aprueba la modificación del Reglamento Orgánico Municipal. En concreto, consideran que la nueva redacción dada al precepto que regula el derecho de acceso a la información vulnera el derecho fundamental al ejercicio del cargo que consagra el art. 23 CE. También cuestionan el nuevo régimen de dedicación exclusiva que refleja el art. 44 de la misma norma.

De conformidad con el primer precepto recurrido, el ejercicio del derecho de consulta e información debe ser compatible con el funcionamiento normal de la Administración, sin que las solicitudes puedan ser indiscriminadas o genéricas. Corresponde al Alcalde apreciar esta compatibilidad, valorando la motivación de la petición y rechazando las que soliciten la misma información o documentación a la que ya haya tenido acceso el solicitante, las que no precise para el ejercicio de sus funciones, o las que versen sobre asuntos subiudice, salvo

que el peticionario participe en el proceso judicial como demandante o codemandado, en cuyo caso, accederá al expediente por la puesta de manifiesto por el órgano judicial.

Es cierto que este artículo introduce una serie de modulaciones y restricciones al derecho de información cuyo contenido, en todo caso, es de configuración legal. Y la Sala no considera que esas limitaciones contravengan el contenido dado al mismo por la LBRL y el ROF. Para empezar, en contra de lo afirmado por los recurrentes, no está exigiendo motivación de la solicitud como presupuesto de la petición de información, pues para lo único que alude a la motivación es para considerarla un extremo a valorar por la Alcaldía en orden a la concesión o denegación de la misma, junto con las demás circunstancias objetivas a que hace mención el mismo precepto. Tampoco es injustificado o desproporcionado exigir que el ejercicio del derecho sea compatible con el funcionamiento normal de la Administración, impidiendo solicitudes de información indiscriminadas o genéricas que supondrían un ejercicio abusivo del derecho. Y el hecho de que exija que se trate de información que se precise para el ejercicio de sus funciones, se corresponde con el propio contenido y finalidad mismos del derecho de información.

Sí debe prosperar, sin embargo, la queja referida a las otras dos restricciones que impone el precepto: que los asuntos no estén subiudice y que solicitud no se refiera a la misma información o documentación a la que ya haya tenido acceso el solicitante. En estos casos, no entiende el Tribunal que haya razones que las justifiquen. La primera limitación es aún más restrictiva que la prevé con carácter general para la totalidad de los ciudadanos la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y en cuanto a la segunda, una cosa es un eventual ejercicio abusivo del derecho a través de la reiteración injustificada de solicitudes de información que ya han sido atendidas y otra consagrar reglamentariamente la restricción para todos los tipos de acceso a la información y para todos los supuestos posibles, como si la mera reiteración de la solicitud de información comportase tal ejercicio abusivo cuando puede obedecer a otra clase de circunstancias perfectamente legítimas. Por ejemplo, que vuelva a tratarse un determinado asunto en una sesión plenaria o que el ejercicio de las funciones propias de los Concejales exija un examen con mayor profundidad o desde una perspectiva diversa de una determinada cuestión.

El segundo precepto contra el que se presentan reproches de legalidad es el art. 44 del Reglamento Orgánico, en el que se establecen reglas específicas sobre el número máximo de Concejales con dedicación exclusiva y con dedicación parcial que pueden existir en la Corporación y sus retribuciones, dentro de los límites legales establecidos en el art. 75 LBRL. En este punto, y en contra de lo pretendido por los recurrentes, el TSJ recuerda la consolidada doctrina del TS conforme a la cual no existe un derecho conforme a la Ley a que se concedan las retribuciones correspondientes a la dedicación exclusiva o a la dedicación parcial más allá de los cargos que decida el Pleno. Dicho de otra forma: no todos los Concejales de un Ayuntamiento tienen derecho a la dedicación exclusiva y a la retribución por ella. Y los que no desempeñen su cargo en este régimen, tampoco tienen derecho a recibir remuneraciones por el simple ejercicio del mismo. Esto no es óbice para que se haya reconocido la legitimidad de las compensaciones económicas que acuerde el Pleno de la Corporación por la mayor dedicación y asunción de responsabilidades que supone el desempeño de actividades de gestión sobreañadidas al simple cargo de Concejal, ya que entonces su abono obedece a la realización de esas actividades extraordinarias (por ejemplo, los Concejales Delegados). En este caso, el hecho de que aquel precepto no reconozca derechos retributivos generales no afecta al derecho fundamental apelado, y tampoco obstaculiza, como alegaban los recurrentes, las atribuciones de control y fiscalización de los órganos de gobiernos que tiene legalmente reconocidas el Pleno Municipal, ya que la determinación del régimen de dedicación de los Concejales es una cuestión completamente ajena a la obligación de dotación de medios personales y materiales a los Grupos municipales.

Por su parte, la *Sentencia del mismo Tribunal y Sala de fecha 7 de diciembre de 2022, recurso núm. 493/2022*, ratifica en apelación el fallo de instancia, y considera que la negativa a incluir en el orden del día del Pleno de una Junta municipal de distrito la iniciativa de un Grupo municipal por el que se solicitaba el establecimiento de un mecanismo de seguimiento anual que permita a la ciudadanía y grupos políticos conocer el estado de tramitación y gestión de expedientes relativos a licencias urbanísticas, es contraria al ordenamiento jurídico. El argumento esgrimido por el Presidente de la Junta era que esa materia excedía la competencia del distrito, correspondiendo al Área de Desarrollo Urbano. No lo considera así el TSJ, que tras revisar la normativa aplicable al caso (LBRL, arts. 119,

128 y 129 del ROF, Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, Reglamento Orgánico 6/2021, de 1 de junio, de los Distritos del Ayuntamiento de Madrid, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid), concluye la competencia efectiva de dicho órgano. Por esa razón, la no inclusión en el Pleno de la iniciativa de los apelados supone una restricción del derecho reconocido en el art. 23 CE.