

El carácter básico del artículo 85.2 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

José Luis Reverter Valls

RESUMEN

El Tribunal Supremo declara el carácter básico del artículo 85.2 del ROF en su Sentencia de la 925/2021, de 28 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, confirmando la Sentencia 944/2019, de 18 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anuló el art. 75.2 del ROM de Barcelona por contradecir lo dispuesto en aquel.

Palabras clave: Tribunal Supremo; normativa básica del Estado; Reglamento Orgánico Municipal; símbolos del Estado.

ABSTRACT

The Supreme Court declares the basic nature of article 85.2 of the ROF in its Judgment of 925/2021, of June 28, of the Contentious-Administrative Chamber, confirming Judgment 944/2019, of November 18, of the Superior Court of Justice of Catalonia that annulled art. 75.2 of the Barcelona ROM for contradicting the provisions of that.

Keywords: Supreme Court; basic State regulations; municipal organic regulations; State symbols.

SUMARIO

I. OBJETO DEL RECURSO Y ARGUMENTACIONES DE LAS PARTES. II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. III. REFLEXIÓN FINAL.

I. OBJETO DEL RECURSO Y ARGUMENTACIONES DE LAS PARTES

El recurso de casación que ha dado lugar a la sentencia que se comenta, tiene como objeto determinar si el art. 85.2 del Real Decreto 25/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales tiene carácter básico, y si el art. 75.2 del Reglamento Orgánico Municipal de Barcelona en su texto dado por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de dicha ciudad, de 28 de diciembre de 2015, es conforme con aquel.

Conviene señalar, a efectos de centrarnos en la cuestión, que el tenor literal de la nueva redacción dada al art. 75.2 del ROM de Barcelona, establecía que *“La representación de elementos simbólicos e institucionales presentes con carácter permanente en el Salón de Sesiones ha de responder a la singularidad histórica y de capitalidad de Barcelona, y a los principios democráticos, de neutralidad religiosa y de catalanidad. Su aprobación corresponde al Pleno del Consejo Municipal, mediante acuerdo adoptado por una mayoría de 2/3 de sus miembros”*.

En opinión de la Delegación del Gobierno en Cataluña este precepto contradecía lo dispuesto en el art. 3.1 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, que preceptúa que *“La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado”* y lo establecido el citado 85.2 del ROF que ordena que *“En lugar preferente del salón de sesiones estará colocada la efigie de S. M. El Rey”*.

Por ello, interpuso el correspondiente recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien lo estimó en su Sentencia 944/2019, de 18 de noviembre, dictada por la Sección Quinta de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, considerando por lo que respecta al mencionado artículo del ROF, que se trata de un precepto básico, que regula un aspecto institucional que trasciende al mero ámbito autoorganizativo del Ente Local, anulando por tanto el art. 75.2 del ROM de Barcelona por ser contrario ordenamiento jurídico vigente. No obstante, consta en la misma el voto particular del Presidente de la Sala, en el que manifiesta su discrepancia con la consideración de la naturaleza básica del art. 85.2 del ROF, puesto que dado el tiempo transcurrido desde la aprobación de dicho Reglamento no está justificada la dispensa de rango legal para norma de contenido básico, máxime además cuando en el mismo no se declara el carácter básico de dicho precepto.

Esta discrepancia de interpretación que se ha señalado (y sobre la que concretamente se centra el Tribunal Supremo en el presente recurso, puesto que la

cuestión del uso de la bandera no se incluyó como materia objeto de interés casacional)¹ constituye el nudo gordiano de la cuestión, ya que si el apartado 2 del artículo 85 del ROF tiene naturaleza básica prevalecerá sobre lo dispuesto en el Reglamento Orgánico Municipal, mientras que por el contrario, si carece de ella, será lo regulado en este último sobre la materia lo que primará sobre lo establecido en aquel. Huelga decir que el Ayuntamiento de Barcelona basa su argumentación en esta segunda alternativa, de la que se deduciría la vulneración del régimen especial del municipio de Barcelona, la autonomía local consagrada en los arts. 137 y 140 de la Constitución Española (en relación a lo establecido en los arts. 4.1 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local relativo al alcance competencial de la autonomía local), y el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 de nuestro texto constitucional.

II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nuestro alto Tribunal construye su decisión sobre las siguientes ideas que fueron anticipadas en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se recurre:

1.º) El ROF es fruto de un determinado contexto histórico. Implantado el nuevo régimen constitucional, el legislador aprueba en 1985 la LRBRL, habilitando en su Disposición Final Primera al ejecutivo para que, en el plazo de un año, refundiera las disposiciones legales vigentes del régimen local (comprendiendo las facultades de regularización, aclaración y armonización de las mismas); así como

.....

- 1 Por lo que respecta a la cuestión del uso de la bandera, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el F.D. Undécimo de su Sentencia 944/2019, de 18 de noviembre, recurrida en casación, infiere que *“En este caso, puede afirmarse que la regulación de los elementos simbólicos e institucionales de presencia permanente en el Salón Plenario, con omisión de cualquier mención a la bandera española, pueden determinar la creación de una situación contraria al ordenamiento jurídico, pues si bien el art. 3.1 de la Ley 39/1981 no ubica necesariamente la bandera en el Salón de Sesiones, el mandato legal es claro en que ha de situarse en lugar preferente y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la misma Ley, hay un mandato legal para que la bandera española se utilice conjuntamente con la bandera del municipio. La técnica utilizada en el art. 75.2 del ROMB, de definición a posteriori de los elementos simbólicos de presencia permanente por mayoría reforzada del Pleno, con la utilización de unos criterios donde no se contemplan estos mandatos legales sobre la presencia de la bandera española, crea una implícita situación donde pueden verse infringidas las normas legales sobre el uso de la bandera en los edificios de las Administraciones Públicas, al permitirse la división entre el uso de la bandera municipal y el uso de la bandera española en una dependencia interior preferente como es el Salón de Plenos, y al omitirse cualquier mención a la presencia de la bandera española en el interior del edificio municipal”*.

a acomodar y actualizar al texto resultante de dicha refundición, toda la normativa reglamentaria vigente en dicha materia.

2.º) La doctrina del Tribunal Constitucional al respecto de la determinación de qué es norma básica también ha sufrido una evolución.

En sus primeros años, con el fin de evitar el vacío normativo que se podía ocasionar con el cambio de régimen adoptó el criterio material (que remite al análisis de la naturaleza y contenido de la norma que pretende el establecimiento de un común denominador normativo en todo el Estado)².

Transcurrido este primer período e implantando un nuevo sistema de distribución competencial, tras sus Sentencias 69 y 80 de 1988, en aras del principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3 de nuestro texto constitucional, se exige la concurrencia del requisito formal. Es decir, no basta con que la norma tenga contenido básico, sino que se exige que se declare expresamente este carácter en la misma.

3.º) La materia básica, aunque preferentemente deba regularse en normas con rango de ley formal, tal y como nos recuerda el Tribunal Constitucional puede excepcionalmente contenerse en normas de carácter reglamentario (*“posibilidad limitada a los supuestos que sean «complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases», y siempre que el Decreto en cuestión muestre «por su identificación expresa o por su estructura» tal carácter básico*”, como establece el FJ. 32 de la STC 227/1988, de 29 de noviembre) e incluso en actos singulares de naturaleza ejecutiva (FJ. 2 de la STC 32/1983 y FEJJ. 2 y 8, respectivamente, de las SSTC 102/1985 y 86/1989).

En base a lo expuesto en el punto 3.º del Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia que comentamos, se concluye que en el caso del art. 85.2 del ROF estamos ante una *“regulación de un aspecto institucional de relevancia supramunicipal y materialmente básica por identificarse con un denominador normativo en este caso referido a un aspecto de la configuración del salón de Plenos”*, en el que *“Se inserta así una regulación que atañe a símbolos del Estado en cuanto que se ordena que en todos los municipios, en lugar preferente y en el lugar en que se reúne su máximo órgano –el*

.....

- 2 Ejemplo de esta concepción material de lo básico la encontramos en la STC 32/1981, de 28 de julio, en cuyo FJ. 6.º expone que *“La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”*.

Al respecto de la misma cuestión, el TC en el FJ. 5 E) de su Sentencia 103/2013, de 25 de abril nos recuerda que *“la normativa básica en materia de régimen local debe ir dirigida a identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado”*.

Pleno—, esté presente el símbolo de la forma política del Estado español, haciéndose visible que el poder local se ejerce en coherencia con esa forma política. No se debe olvidar que los municipios, según el artículo 137 de la Constitución, son elementos de la organización territorial del Estado. Su autonomía, garantizada por ese y otros preceptos constitucionales encuentra su sentido en el seno de esa organización”.

Declarado el carácter básico del art. 85.2 del ROF, el Tribunal Supremo, desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la Sentencia impugnada, manifestando expresamente que el art. 75.2 del ROM de Barcelona no establece una regulación complementaria sino que contradice abiertamente lo dispuesto en aquel.

III. REFLEXIÓN FINAL

La determinación de si tiene carácter básico el artículo 85.2 del ROF, relativo a la colocación de la efigie de S.M. el Rey en un lugar preferente del salón de sesiones, es una cuestión que admite argumentos de peso a favor y en contra. El propio Tribunal Supremo lo reconoce en la Resolución comentada.

Quizá, lo más destacable de esta Sentencia es la argumentación que se lleva a cabo para discernir la naturaleza básica de dicho precepto. En un alarde de síntesis, el Tribunal pone de manifiesto el contexto histórico en el que se aprobó el ROF, enlazándolo con los aspectos materiales y formales de lo básico, la tipología de normas y actos que pueden contenerlas y las correspondientes corrientes doctrinales plasmadas en nuestra jurisprudencia constitucional.

Todo ello, lleva a la conclusión de que el art. 85.2 citado es materialmente básico puesto que su contenido regula un aspecto institucional en el que predomina un interés supramunicipal como es la presencia de un símbolo del Estado en el salón de sesiones de la Entidad Local, conectándolo con nuestro texto constitucional tal y como recordaba la Abogacía del Estado en sus alegaciones (F.D. Tercero 3.1º de la Sentencia) al establecer *“imperativamente, pautas comunes respecto de determinados símbolos que entroncan directamente con las normas constitucionales, en las que encuentra precisamente su reconocimiento y fundamento la autonomía municipal”*.