

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de **XXX XXX XXX**, mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2019, que tiene entrada en el registro general de esta Diputación de Toledo con fecha 30 de octubre, con número 201900020266 y distribuido a este Servicio de Asistencia a Municipios con fecha 27 de noviembre de 2019, solicita se emita INFORME en relación con la *"duda sobre la aplicación con retroactividad de Ordenanza sobre nacimiento de niños"*, aprobada por dicho Ayuntamiento con fecha 18 de octubre de 2019.

A tal efecto, con fecha 27 de noviembre, se remite requerimiento al Ayuntamiento para que aporte el Informe del Secretario/a del Ayuntamiento sobre la referida cuestión, así como la Ordenanza a la que se refiere la petición de informe.

Con fecha 10 de diciembre y registro de entrada número 201900023196, se remite por el Ayuntamiento la siguiente documentación: copia de la Ordenanza reguladora de la ayuda por nacimiento de hijos aprobada por ese Ayuntamiento; certificado del acuerdo plenario de aprobación definitiva de dicha Ordenanza con indicación de la fecha de su publicación íntegra en el Boletín Oficial de la Provincia.

Conforme a las normas de funcionamiento de este servicio, y habiendo sido emitido el informe del funcionario de administración local que ejerce las funciones de Secretaría en el Ayuntamiento, se procede a la emisión del informe solicitado por el Sr. Alcalde, conforme a los siguientes:

ANTECEDENTES

El Pleno del Ayuntamiento de **XXX XXX XXX** con fecha de 18 de octubre de 2019 aprueba la Ordenanza Reguladora de la Ayuda por Nacimiento o adopción de hijos. El Equipo de Gobierno pretende que dicha ayuda sea concedida con efectos retroactivos desde el mes de junio. Ante las dudas que suscita en el Pleno la posibilidad de aplicar la Ordenanza con efectos retroactivos se solicita el presente informe.

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.
- Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

A la vista de los anteriores antecedentes y de conformidad con las disposiciones legales citadas anteriormente, podemos formular los siguientes

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Son varias las cuestiones a resolver en relación con la consulta planteada.

PRIMERO.- En primer lugar, en cuanto al régimen competencial, debemos analizar si conceder este tipo de ayudas, forma parte o no del ámbito de competencias de la Entidad.

La aprobación de concesión de ayudas por nacimiento o adopción de hijos no forma parte del ámbito competencial propio del municipio. No son competencias propias de las previstas en el artículo 25 de la Ley 7/1986 de 26 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LRBRL, y evidentemente tampoco constituye una competencia obligatoria de los municipios del artículo 26. Por ello, debemos calificarla como competencia impropia, que debe cumplir los requisitos del artículo 7.4 de la LRBRL, que indica que;

“4. Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de la materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias”.

La actividad subvencionada debe formar parte del ámbito competencial de la entidad que subvenciona, así lo ha señalada la jurisprudencia constitucional sin excepción alguna. La Sentencia del TC de 5 de abril de 2001, señala que las Comunidades Autónomas no pueden financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino tan sólo aquellas sobre las cuales tengan competencias, pues la potestad del gasto no es título competencial que pueda alterar el orden de competencias diseñado por la Constitución Española.

Igualmente, jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, expresada entre otras, en las Sentencias de 7 de abril de 2003, 4 de mayo de 2004, 17 de octubre de 2005 y 15 de noviembre de 2006, manifiesta la naturaleza de dicha medida de fomento administrativo, caracterizándose por las notas que a continuación se reseñan:

“El establecimiento de una subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente, termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitrario.

(..) Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvenciones están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión”

Por tanto en el otorgamiento de la subvención deberá justificarse la actividad que se subvenciona, y que ésta, forma parte del ámbito competencial del Ayuntamiento.

TERCERO.- Las ayudas de natalidad están sujetas a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, por lo que la Ordenanza debe ajustarse a dicha Ley, y deben cumplir una serie de principios recogidos en el artículo 8.3 de la LGS;

- a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y o discriminación.*
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.*
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.”*

Respecto a cuándo despliega sus efectos dicha Ordenanza, será una vez publicada en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente. Debemos recordar en este sentido, que, en principio, la irretroactividad de las normas sólo se predica de aquéllas que son desfavorables. Igualmente es importante destacar que en este sentido no existe unanimidad en la jurisprudencia, aunque tengan efectos favorables.

La sentencia de TS de 14 de febrero de 2012 considera que;

*“ De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional ha de distinguirse una retroactividad en **grado máximo (o auténtica)** cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no, una retroactividad de **grado medio (o impropia)**, cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados, y una retroactividad de **grado mínimo**, cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior.”*

En el caso que nos ocupa parece claro que estaríamos ante una **retroactividad en grado máximo**.

El Tribunal Constitucional, como doctrina general, establece, que sólo exigencias muy cualificadas de interés general podría imponer la retroactividad en grado máximo, porque con ello se podría vulnerar el principio de seguridad jurídica. Por el contrario, en el caso de la retroactividad en grado medio, en sede constitucional, quedaría limitado el Legislador a la hora de establecer la retroactividad en la ponderación de los bienes afectados por la norma, teniendo en cuenta la seguridad jurídica y la incidencia de los

derechos afectados por ella; teniendo en cuenta que la exigencia de la irretroactividad no puede anquilosar el Ordenamiento como sucedería si, en todo caso, las relaciones ya iniciadas bajo el amparo de una norma quedaran sometidas a ella de manera indefinida.

Existe, por otra parte, una posición doctrinal y jurisprudencial, que viene a defender que, salvo que expresamente lo autorice una Ley, no cabe la aplicación retroactiva de las Ordenanzas en la medida en que constituyen meros reglamentos. En este sentido se niega la posibilidad de que una norma reglamentaria como es la Ordenanza, pueda ser aplicada retroactivamente a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia. Esta posición la encontramos en sentencias del TS como la de 28 de enero de 1999, 18 de octubre de 2001, 4 de diciembre de 2001 y 27 de marzo de 2002.

Como regla general las normas reglamentarias no pueden tener efectos retroactivos, ya que las normas aplicables hacen referencia siempre a normas de rango legal, no siendo el caso de las Ordenanzas ni reglamentos.

Pese a esa regla general de la irretroactividad de los reglamentos, se dispone como excepción aquellos que tengan por objeto la organización administrativa.

Con base a todo lo anterior, la que suscribe el presente informe, considera que la retroactividad debería ser aplicada con cautela, por lo que la retroactividad máxima no debería ser aplicada en base a una norma reglamentaria.

TERCERO.- Pero, a mayor abundamiento, y una vez analizada la Ordenanza aprobada por el Pleno, su artículo 1, indica que serán objeto de subvención los nacimientos y adopciones acaecidas desde el **1 de enero de 2020,** y la disposición Final, establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOP de Toledo. Por lo que el acuerdo de Pleno no puede ser adoptado yendo en contra de lo regulado en la propia Ordenanza que se aprueba.

A la vista del análisis realizado podemos formular las siguientes:

CONCLUSIONES

En primer lugar debería quedar acreditada la competencia de la Entidad para poder regular subvenciones de la índole descrita.

Y por otro lado debería ser cautelosa con la aplicación de la retroactividad en grado máximo de las ayudas concedidas en dicha Ordenanza, no debiendo ser una norma reglamentaria, sino una norma de rango legal, la que permita la retroactividad de la misma, en los términos que han sido expuestos en los fundamentos anteriores. Y más teniendo en cuenta que la propia Ordenanza señala expresamente que será de aplicación a los nacidos a partir del 1 de enero de 2020.

El informe emitido por la Diputación Provincial en ningún caso es un informe vinculante ni supe los demás informes jurídicos que deban emitirse al respecto por aquel que desempeña la función de asesoramiento legal del Ayuntamiento, que es el Secretario de la misma.

Es cuanto tengo el deber de informar, salvo mejor opinión fundada en derecho,

Toledo, a 19 de diciembre de 2019