

# Cuadernos de Derecho Local

número

# 8

Junio de 2005

# QDL



Iniciamos los estudios de este número 8 del QDL con el documento facilitado por la Secretaría de la Comisión para la Elaboración del Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España, que recoge el informe de evaluación realizado por Alberto Lucarelli, profesor de la Universidad de Nápoles Federico II, Gérard Marcou, profesor de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne, y Hellmut Wollmann, profesor emérito de la Universidad Humboldt de Berlín. Con la publicación en la revista de este informe queremos destacar la importancia y la singularidad de que el Gobierno español haya pedido al Consejo de Europa que hiciera una evaluación de la “Primera versión del Libro blanco”, por el valor objetivo de la evaluación y por lo que ello significa de voluntad de alentar un amplio debate sobre un texto que ha de influir decisivamente en el futuro del poder político territorial local, como punto de partida de la reforma en profundidad que se anuncia de la Ley 7/1985 sobre las bases del régimen local (LRBRL).

A la mirada al futuro le sigue un estudio riguroso y preciso de José Luis Requero Ibáñez sobre la ejecución de sentencias, aspecto nuclear para comprender la jurisdicción contencioso-administrativa tal como se regula en la ley de 1998. Un repaso analítico de los principios que rigen en materia de ejecución, del procedimiento general y de los especiales, sin orillar ninguna de la larga lista de cuestiones que plantea el tema: medidas complementarias para la garantía de la eficacia de lo fallado; imposibilidad legal o material de ejecutar una sentencia; procedimiento de declaración de nulidad de actos o disposiciones que contraríen lo ejecutoriado; los supuestos de expropiación de sentencias; el caso de trastorno grave de la Hacienda pública, y la extensión de los efectos de la sentencia o la ejecución provisional.

Juan Antonio Xiol Ríos realiza el estudio “La utilización de técnicas de relación con particulares entre administraciones públicas: concesión; licencias; sanciones. La ejecutividad entre administraciones públicas”, en el que examina la riqueza de matices que ofrecen las relaciones interadministrativas en caso de conflicto y cuando las partes no actúan en pie de igualdad. Para ponernos sobre la pista, el autor en el inicio relaciona una lista enunciativa de supuestos muy ilustrativos: “La orfandad legal en que se encuentra este tipo de relaciones da lugar, en ocasiones, a situaciones que pueden sorprender desde la perspectiva clásica del Derecho administrativo: el ayuntamiento que sanciona al Estado por construir sin licencia, el Estado que expedienta al ayuntamiento por no dar de alta en la Seguridad Social a un trabajador o impone al ayuntamiento un recargo de apremio por deudas no satisfechas a la Seguridad Social, la comunidad autónoma que multa a un ayuntamiento por vertidos ilegales o expropia terrenos de dominio público municipal, la paralización del procedimiento de apremio para el cobro de cuotas de la Seguridad Social porque la Diputación Provincial exige el pago previo para publicar en el boletín oficial los edictos de notificación, el organismo gestor de la Seguridad Social que exige al ayuntamiento el reintegro de la subvención para el fomento del empleo o el ayuntamiento que, por sí y ante sí, descuenta un porcentaje del recargo provincial del impuesto de actividades económicas en concepto de premio de recaudación, etc.” El desarrollo desde una panorámica general lo completa Santiago Milans del Bosch al examinar un concreto ámbito, el de los riesgos laborales, en el trabajo “La Administración local, promotora de la siniestralidad laboral (consecuencias jurídicas ‘sancionatorias’”, en el que da respuesta a una serie de cuestiones conectadas con las consecuencias “sancionatorias” a la Administración por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El nexo causal es el elemento o factor clave para declarar o no una responsabilidad extracontractual por el resultado. Ésta es una afirmación en la que hay unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia, y justifica estar siempre atento a la posición de los tribunales. Jesús Ernesto Peces Morate, desde la privilegiada tribuna de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, vuelve a examinar la cuestión en “La responsabilidad administrativa. El nexo causal. Últimas orientaciones jurisprudenciales”.

Para mantener la línea del QDL orientada al examen continuado de las modificaciones y nuevas perspectivas en el ámbito de las haciendas públicas locales, publicamos dos trabajos, el de Clemente Checa González, “Las últimas reformas sobre el IBI y en materia catastral”, y uno más genérico de Emilio Aragonés Beltrán, “Aplicación de la nueva normativa tributaria a las haciendas locales”.

Tres trabajos de gran interés, pero de contenido muy diverso, cierran los estudios publicados. El primero es el resultado de una interesante colaboración entre el Derecho –de la mano de un magnífico jurista, Antonio Serrano Pascual–, y la sociología –de la mano de la profesora universitaria M.<sup>a</sup> Pilar Teruel Melero–. En el trabajo “La dimensión afectivo-emocional en el empleo público de las entidades locales” afrontan el reto de establecer reglas y criterios jurídicos a partir de la siguiente premisa: “La gestión de los aspectos emocionales es un reto al que necesariamente nos hemos de enfrentar dentro del empleo público –como sucede con el ámbito personal, el educativo, el de las relaciones laborales...–, partiendo de la base de que los estados psicológicos tienen componentes corporales, cognitivos o perceptuales y motivacionales o conductuales, que, como señala Zaccagnini: ‘Estar en un determinado estado emocional puede suponer que nos sintamos impulsados a realizar determinada conducta o, por el contrario, puede suponer un bloqueo conductual’, con intensidad o duración mayor o menor, lo que traducido al terreno de las administraciones públicas puede implicar, ni más ni menos, el éxito o el fracaso de las políticas públicas que se pretendan desarrollar.”

Carlos Romero Rey realiza una interesante reflexión en “La Administración local ante la justicia: las nuevas entidades locales y su control jurisdiccional. Algunas propuestas de *lege ferenda*”, sobre dos aspectos concretos: el acceso al Tribunal Supremo por parte de las corporaciones locales y la representación y defensa en juicio de las entidades locales y cómo habría de ser regulada la misma para dotarla de una mayor economía y eficacia. Y para acabar, un problema de actualidad analizado en profundidad por Fernando García Rubio, “Régimen jurídico-administrativo de los campos de golf”.

Domènec Sibina Tomàs  
Co-director del QDL y director de publicaciones  
de la Fundación Democracia y Gobierno Local

## El Libro blanco sobre la reforma de la autonomía local en España\*

### Informe de evaluación realizado por:

Alberto Lucarelli

*Profesor de la Universidad de Nápoles Federico II*

Gérard Marcou

*Profesor de la Universidad París 1*

*Panthéon-Sorbonne*

Hellmut Wollmann

*Profesor emérito de la Universidad Humboldt de Berlín*

### Coordinado y consolidado por:

Gérard Marcou

1. Los aspectos constitucionales de la reforma.

1.1. Protección de la autonomía local. 1.2. Relaciones entre la Ley de bases del régimen local, las leyes sectoriales y las leyes regionales. 1.3. Autonomía financiera. 1.4. Aspectos constitucionales de la organización territorial. 1.5. Cooperación local en el plano internacional.

2. Competencias locales.

2.1. Naturaleza de las competencias locales y poder normativo local. 2.2. Modelo de competencias locales propuesto por el Libro blanco. 2.3. Cláusula general de competencia. 2.4. Competencia normativa local y legislación supletoria. 2.5. Observaciones sobre algunos ámbitos de la competencia municipal.

3. Estructuras territoriales y funcionamiento de instituciones y administraciones locales.

3.1. La cuestión de la reforma territorial (capítulos 2.1 a 2.4). 3.2. Competencia supletoria e "intermunicipalidad" de las provincias. 3.3. Las instituciones (capítulo 3). 3.3.1. Institucionalización del "gobierno local". 3.3.2. Procedimientos en los consejos municipales. 3.3.3. Descentralización y participación en las municipalidades. 3.3.4. Elecciones locales. 3.3.5. Formación de los órganos (deliberantes y ejecutivos) de las provincias. 3.3.6. La participación de los habitantes (vecinos). 3.4. La organización administrativa y el personal. 3.4.1. Gestión y organización administrativa. 3.4.2. El personal.

\*Documento facilitado por la Secretaría de la Comisión para la Elaboración del Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España. Traducción

castellana realizada por encargo del Ministerio de Administraciones Públicas.

El Ministerio de Administraciones Públicas ha hecho público el 10 de enero de 2005 la “primera versión” del Libro blanco sobre la reforma de la autonomía local en España. Este documento tiene por objeto preparar una reforma en profundidad de la Ley 7/1985, de bases del régimen local (LRBRL), que forma actualmente el marco de las competencias e instituciones de las colectividades locales de toda España, y de las intervenciones legislativas en este ámbito de las comunidades autónomas en la medida de sus competencias. Las propuestas del Libro blanco también afectan a otras leyes nacionales, así como a la legislación regional. La reforma contemplada no incluye la revisión de las disposiciones constitucionales relativas a la autonomía local. El Gobierno español desea que las orientaciones de esta reforma susciten un amplio debate y con este espíritu ha pedido al Consejo de Europa que hiciera una evaluación de la misma. Lo mismo sugiere el título del documento sometido al Consejo: “Primera versión del Libro blanco...”.

El Libro blanco tiene la ambición de abrir una nueva etapa en la descentralización de España, esta vez en beneficio de los municipios, directamente o, en algunos casos, por medio de las provincias y de nuevas formas de cooperación. En efecto, si bien la implantación de las comunidades autónomas ha supuesto importantísimas transferencias de competencias a las mismas, las colectividades locales han permanecido parcialmente al margen de este movimiento, del que se han beneficiado poco; como lo señala el Libro blanco, han sido los “convidados de piedra” (pág. 6) del diálogo institucional que se ha desarrollado entre el Estado y las comunidades autónomas. Sin embargo, el objetivo de algunas reformas, durante los últimos años, ha sido reforzar la posición de las colectividades locales: primero la reforma de 1999, y luego la de 2003 sobre la administración de las grandes ciudades (Ley 57/2003). Pero los “pactos locales” que, tras la reforma de 1999, debían iniciar una descentralización interna en las comunidades autónomas han avanzado a penas, lo que explica el nuevo impulso de la reforma. Conviene destacar de paso la continuidad de orientación a este respecto entre el Gobierno del Partido Popular y el Gobierno socialista votado en las elecciones de 2004.

Sin embargo, a diferencia de las reformas de 1999 y de 2003, que se referían sobre todo al aspecto institucional, la reforma emprendida por el Libro blanco afecta esencialmente a las competencias, o, mejor dicho: todos los demás temas, aquellos relativos a la organización territorial o al funcionamiento de las colectividades locales, son abordados a partir del tema de las competencias locales, el cual forma, en términos del Libro blanco, “la variable clave” (pág. 5) que une sus diferentes partes.

La primera parte del Libro blanco, bastante breve, trata del marco constitucional. Recuerda las disposiciones de la Constitución española en lo referente a la

autonomía local, y hace una síntesis de la interpretación que da el Tribunal Constitucional. Aquí se indica que el objetivo de la reforma es dar todo su alcance a las normas constitucionales relativas a la autonomía local, por un lado, reforzando la protección de su competencia propia contra los perjuicios que puedan derivarse de las intervenciones del legislador nacional o regional, y en especial de las leyes sectoriales, y por otro, reforzando la garantía financiera de la autonomía local.

La segunda parte, más extensa, contiene lo esencial de las propuestas del Libro blanco. Se refiere expresamente a la Carta Europea de la Autonomía Local y propone incorporar sus principios en la ley española. Se subdivide en ocho secciones. La primera está dedicada a las competencias, la segunda a las estructuras territoriales y las seis siguientes al funcionamiento político y administrativo. La primera sección expone un nuevo esquema de definición de las competencias locales, que asocia las materias y los poderes: en las materias de competencia propia, el poder reglamentario debería acompañar la competencia material, y la lista de las competencias propias debería ampliarse en función de los principios de subsidiariedad y de proximidad; además, el Libro blanco propone una lista de competencias mínimas y un conjunto de ámbitos en los que deberían ampliarse las competencias locales. El Libro blanco no preconiza una reforma territorial, sino que propone aumentar la capacidad de los municipios para hacer frente a nuevas competencias desarrollando formas integradas de cooperación intermunicipal, y reforzando la función de las provincias, “formando parte de la misma comunidad política local” (pág. 9) las municipalidades y las diputaciones provinciales. Las otras secciones tratan de mejorar el funcionamiento democrático y la gestión de las administraciones locales.

Considerado en su conjunto, el Libro blanco presenta una reflexión estratégica sobre la reforma de la autonomía local, tendente a reforzar el nivel de los municipios teniendo en cuenta los imperativos institucionales. Se inspira en un enfoque funcional para promover una nueva etapa de descentralización, esta vez, en el interior de las comunidades autónomas. Esto explica que el Libro blanco sea más innovador en cuanto a las competencias, pero más moderado en cuanto a las estructuras, más innovador en cuanto a las medidas que puedan mejorar la administración, pero más moderado en cuanto a las relaciones entre las diferentes formas de la democracia local.

Este informe se centrará primero en la concepción de conjunto del Libro blanco y en las orientaciones que traza, y luego en las recomendaciones que parecen suscitar preguntas u observaciones. Por tanto, no nos referiremos a todos los motivos y propuestas, sino que trataremos de evaluar la coherencia de la iniciativa, de identificar los temas que pudieran implicar una aten-

ción especial, de evaluar la adecuación y la eficacia de las propuestas en referencia a las enseñanzas que se pueden extraer de otras experiencias europeas. Consta de tres partes: 1) los aspectos constitucionales, que afectan sobre todo a la garantía de la autonomía local y a las relaciones entre los diferentes niveles de legislación en la aplicación de la reforma; 2) las competencias locales, y 3) las estructuras territoriales y el funcionamiento de las instituciones y administraciones locales.

## 1. Los aspectos constitucionales de la reforma

El Libro blanco no propone la revisión de ninguna disposición constitucional relativa a la autonomía local. Sin embargo, establece un balance de la interpretación de las disposiciones constitucionales vigentes por el Tribunal Constitucional y sus propuestas relativas a la legislación sobre las bases del régimen de la autonomía local que tienen implicaciones o plantean cuestiones de índole constitucional.

Las observaciones se centrarán en los cinco puntos siguientes: 1) protección de la autonomía local; 2) relaciones entre la Ley de bases del régimen local, las leyes sectoriales y las leyes regionales; 3) autonomía financiera; 4) aspectos constitucionales de la organización territorial, y 5) cooperación local en el plano internacional.

### 1.1. Protección de la autonomía local

El artículo 137 de la Constitución española establece el principio de autonomía para los municipios y las provincias, pero también para las comunidades autónomas. Por lo que al gobierno local respecta, este principio ha sufrido hasta ahora una legislación que ha favorecido la función de las autonomías regionales desde el punto de vista organizativo, funcional y financiero, aunque el Tribunal Constitucional haya detallado el contenido y el alcance para las colectividades locales y haya garantizado su protección. El Tribunal Constitucional ha confirmado varias veces el valor constitucional de la autonomía local y la imposibilidad de derogación de la parte de la legislación estatal o regional. El Libro blanco expresa varias veces el carácter "político" de la autonomía local y la voluntad de extraer las consecuencias a fin de incrementar la efectividad del principio de autonomía en lo relativo a las colectividades locales.

Con este espíritu, el Libro blanco propone facilitar el ejercicio del recurso en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional, que había sido introducido por la Ley orgánica 7/1999 en la ley orgánica relativa al Tribunal Constitucional. Actualmente, sólo puede acudir a este último la colectividad directamente afectada por una ley (nacional o regional), o una séptima parte de los municipios del territorio afectado que represente una sexta parte de la población, o la mitad de las provincias del terri-

torio afectado, que represente la mitad de la población; en estos últimos casos, los autores del recurso deben recurrir al Consejo de Estado o al órgano competente de la comunidad autónoma para saber si el marco territorial pertinente al que pertenecen las colectividades locales autoras del recurso pertenecen a una o varias comunidades autónomas (LOTC, artículo 75 bis, apartado 3). El Libro blanco considera que estas condiciones son demasiado restrictivas, y propone rebajar los umbrales de recurso y autorizar a la asociación de colectividades locales más representativa del territorio en cuestión a interponer directamente el recurso en defensa de la autonomía local.

Esta reforma sería oportuna, pero podría indudablemente ir un poco más lejos. El Libro blanco descarta la apertura del recurso a cualquier colectividad local, por temor a desbordar el Tribunal Constitucional, dado el elevado número de municipios existentes (más de ocho mil). Bien es cierto que en Alemania el recurso constitucional abierto a las colectividades locales por la Ley fundamental en caso de violación del principio de libre administración garantizado por el artículo 28 sólo es admitido ante el Tribunal Constitucional Federal si no puede ejercerse ante el Tribunal Constitucional del *Land* (artículo 93.1, 4b). Por este motivo, la mayoría de los recursos son juzgados en los tribunales constitucionales de los *Länder*. En España, como no existen tales tribunales, se entiende la justificación de un filtrado. Sin embargo, el temor al desbordamiento parece excesivo. No debemos olvidar que en Alemania, donde existen más de quince mil municipios y distritos, la competencia del juez constitucional se extiende a los actos reglamentarios que afectan a las colectividades locales (BVerfGE 76, 107 [114]), mientras que en España, el recurso contra los actos reglamentarios que afectan a sus intereses está abierto a las colectividades locales ante la jurisdicción contencioso-administrativa [LJCA, artículo 19.1.c), y artículo 25]. El número de actos afectados por el recurso en defensa de la autonomía local en España es, por tanto, más reducido que en Alemania, así como el número de demandantes potenciales. De hecho, se podría perfectamente introducir un procedimiento que diera al Tribunal Constitucional el poder de retener para juzgar sobre el fondo aquellos recursos que le parecieran, *prima facie*, dignos de interés y descartar mediante un procedimiento sumario aquellos que le parecieran fútiles o mal fundamentados, controlando así el flujo de recurso. De esta forma, se podría conceder el derecho de recurrir al Tribunal Constitucional a cada colectividad local, y se podría suprimir el procedimiento del artículo 75 bis, apartado 3, de la LOTC, ya que carecería de objeto. Pero si no deseamos ir tan lejos y nos contentamos, como lo propone el Libro blanco, con rebajar el umbral de recurso, se podría aligerar aún más el procedimiento renunciando, en este caso también, al rodeo por el Consejo de Estado o un órgano de la comunidad autó-

noma. Para ello, sería suficiente con que la ley orgánica definiera el umbral de recurso con respecto al número de municipios o de provincias de la comunidad autónoma, o con respecto al número de municipios de la provincia. De esta forma, el propio Tribunal Constitucional podría controlar fácilmente el umbral, lo que haría innecesaria la intervención del Consejo de Estado (o de un órgano de la comunidad autónoma) para verificar el marco territorial con respecto al cual las colectividades locales demandantes estiman haber alcanzado el umbral de recurso. Las condiciones del recurso en defensa de la autonomía local serían así menos restrictivas.

### Conclusión

*Los expertos apoyan la propuesta del Libro blanco de hacer menos restrictivas las condiciones del recurso en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional y en especial de extender a la asociación de municipios más representativa del territorio en cuestión el derecho de ejercerlo.*

*Pero sugieren renunciar al concepto de marco territorial pertinente, que implica verificar si los municipios demandantes alcanzan el umbral legal en el territorio efectivamente concernido por la ley discutida, lo que simplificaría el procedimiento y, por tanto, derogar el artículo 75 bis, apartado 3, de la LOTC.*

*En este sentido, recomiendan rebajar de forma significativa el umbral de recurso, que debería definirse con respecto al número de municipios de una comunidad autónoma o de una provincia, o al número de provincias de una comunidad autónoma.*

*Sin embargo, preferirían el reconocimiento de un derecho individual de recurso para cada colectividad local, equilibrado por la introducción de un procedimiento que permita al Tribunal Constitucional rechazar al término de un procedimiento sumario aquellos recursos fútiles o manifiestamente mal fundados.*

### 1.2. Relaciones entre la Ley de bases del régimen local, las leyes sectoriales y las leyes regionales

El Libro blanco considera que las competencias locales, tal como las define la Ley de bases del régimen local de 1985 (LRBRL), están insuficientemente garantizadas. Imputa esta situación a dos factores esenciales. Por una parte, una concepción extensiva de la “reserva de la ley” conduce a negar el contenido político de la autonomía local transformando las colectividades locales en meras ejecutoras de la ley. Por otra, la normativa de las competencias locales queda en manos de la legislación sectorial, la cual suele ocuparse poco de las materias atribuidas a la competencia local por la LRBRL y, algunas veces, apenas deja contenido para una decisión efectiva de las colectividades locales.

Podríamos discutir el primero de estos factores, pues no se puede imponer a la ley más límites que los que se derivan de la Constitución y de los compromisos internacionales, los cuales son poco restrictivos en lo relativo a las competencias locales. Con el segundo factor, el Libro blanco aborda una cuestión fundamental, muy raramente debatida, de la que la evaluación de las numerosas leyes destinadas a instaurar la autonomía local en los países de Europa central y oriental ha demostrado hasta qué punto es decisiva: la abundancia y el detalle de las leyes sectoriales pueden convertir en absolutamente formales las competencias locales enunciadas en forma de listas de materias en la legislación de colectividades locales. Recordemos también que, en Francia, las transferencias de competencias de la reforma de la descentralización de 1982-1983 han producido numerosas leyes sectoriales que deberían extraer las consecuencias de la reforma, pero que en ocasiones han atenuado su alcance, aunque a veces fuera por buenos motivos.

Para resolver este problema, el Libro blanco propone basar en nuevos principios la futura Ley de bases del régimen local y sus relaciones con la legislación sectorial. Por un lado, la ley debería incorporar las prescripciones de la Carta Europea de la Autonomía Local, especialmente la del artículo 3.1, relativa al “derecho y capacidad efectiva de las colectividades locales para resolver y gestionar [...] una parte importante de los asuntos públicos”. Se trataría de integrar estas prescripciones en el bloque de la constitucionalidad, del que formaría parte la nueva ley. Por otro, el Libro blanco cita y desarrolla los principios fundamentales sobre los que deberían basarse las competencias locales: principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, principio de suficiencia financiera, el vínculo entre la atribución de competencias materiales y los poderes destinados a su ejercicio, principalmente, principios que deberían estar recogidos en la nueva ley.

No obstante, cabe preguntarse si esta promoción jurídica del contenido de la autonomía local es realmente posible en el marco de la Constitución. En primer lugar, no vemos cómo el hecho de que la ley nacional recoja las prescripciones de la Carta Europea de la Autonomía Local convertiría éstas en normas constitucionales. España ratificó la Carta, y se deriva del artículo 96.1 de la Constitución que sus disposiciones tienen un valor superior al de las leyes, puesto que sólo pueden derogarse en las formas previstas por el propio tratado o según las normas del Derecho internacional. Recoger las disposiciones de la Carta en la ley puede aclarar el Derecho aplicable pero no cambiará su lugar en la jerarquía de las normas. Entendemos perfectamente el interés de colocar los principios generales a un nivel que permita imponer su respeto a la legislación sectorial y, hemos de decirlo, a la legislación regional, tanto si es de vocación general como sectorial. Pero una ley no puede

tener un valor superior a otra ley que emane de la misma fuente legislativa. La nueva ley nacional podría tener una autoridad superior a la legislación sectorial de las comunidades autónomas, pero indudablemente no a la adoptada por el Parlamento nacional. Cualquiera que sea su interés, los principios fundamentales citados por el Libro blanco no pueden por su sola generalidad o por la afirmación de que se derivan del principio de autonomía reconocido por el artículo 137 de la Constitución, adquirir un alcance constitucional. Según la Constitución española, sólo las leyes orgánicas ocupan un lugar intermedio y pueden ser englobadas en el bloque de la constitucionalidad. Pero, según el artículo 81 de la Constitución, la lista de las leyes orgánicas es una lista cerrada, y la Constitución no establece ninguna para garantizar las competencias locales. La única ley orgánica establecida en materia de autonomía local es la del artículo 141.1, que exige una ley orgánica para modificar los límites territoriales de las provincias. Sería necesario, por tanto, revisar la Constitución para establecer que la Ley de bases del régimen local, actualmente adoptada en el marco de la competencia exclusiva del legislador nacional sobre la base del artículo 149.1.18, lo sea como ley orgánica. Pero el Libro blanco no hace esta propuesta. Sin embargo, el proyecto de revisión constitucional actualmente en fase de elaboración podría ser la ocasión de introducir dicha disposición.

Aparte de esta hipótesis, habrá que remitirse al Tribunal Constitucional y a las consecuencias que quiera extraer del principio de la autonomía local.

Pero existe otra dificultad a la que el Libro blanco no aporta respuesta y que podría limitar el alcance de la nueva Ley de bases del régimen local respecto de la legislación regional. En efecto, las comunidades autónomas tienen hoy una competencia legislativa residual, y podemos preguntarnos hasta qué punto la competencia legislativa del Estado establecida por el artículo 149.1.18 le permite limitar el contenido de la competencia legislativa de las comunidades autónomas con vista a proteger el principio de la autonomía local. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal como la analiza el Libro blanco, ya ha establecido los límites de las intervenciones del Estado y de las comunidades autónomas en el ámbito de la autonomía local, procurando definir un equilibrio entre las diferentes disposiciones constitucionales. El Tribunal Constitucional ha considerado que el legislador nacional disponía de una entera libertad para determinar la “configuración política” de la autonomía local [STC 214/1989, FJ 14.a), citado por el Libro blanco], pero también que se encuentra con un límite insuperable en las competencias de las comunidades autónomas en materia de régimen local, de manera que no podría imponer un régimen uniforme. Entiende también que el legislador nacional no podía fijar de forma detallada el contenido de las competencias locales que

reglamenta, puesto que las comunidades autónomas deben disponer de un margen de opción, en la medida en que “la concretización última de las competencias locales queda en la legislación sectorial correspondiente” (*ibídem*, FJ 3). En estas condiciones, parece difícil que la nueva Ley de bases del régimen local pueda limitar la extensión del poder de las comunidades autónomas de adoptar leyes sectoriales en los ámbitos de su competencia más de lo que lo hace el Tribunal Constitucional cuando verifica si dicha ley no perjudica el principio de la autonomía local.

### Conclusión

*Los expertos aprueban el objetivo del Libro blanco de proteger la definición de las competencias locales contra los perjuicios a la autonomía local que puedan derivarse de ciertas disposiciones de leyes sectoriales nacionales o regionales. Pero no piensan que el hecho de que la nueva LRBRL recoja las disposiciones de la Carta Europea de la Autonomía Local, o la formulación en esta ley de los principios generales sobre los que debe basarse la definición de las competencias de las colectividades locales, baste para prevenir dichos perjuicios. Por una parte, una ley del Estado siempre puede modificar otra ley del Estado o limitar el alcance de sus disposiciones; por otra, ciertas leyes sectoriales son de índole regional y la LRBRL no podría restringir la autonomía del legislador regional, en el marco de su competencia, más allá de los límites establecidos por el Tribunal Constitucional.*

*Para dar un valor jurídico superior a la nueva LRBRL, debería preverse su adopción como ley orgánica, lo que implicaría una revisión del artículo 149.1.18. El procedimiento de revisión en curso podría ser la ocasión de hacerlo.*

### 1.3. Autonomía financiera

El desarrollo del gobierno local debe ir asociado al reforzamiento de las finanzas locales. Como afirma el artículo 142 de la Constitución española, las colectividades locales deberán poder disponer de medios suficientes para el ejercicio de las funciones que les otorgue la ley y procedentes, por una parte, del propio régimen tributario y, por otra, de su participación en los recursos tributarios del Estado y de las comunidades autónomas. Sin embargo, el Libro blanco pone de manifiesto que este principio de suficiencia financiera, consagrado por el artículo 9 de la Carta Europea de la Autonomía Local, no se aplica correctamente en España, y en particular que no existe ninguna participación efectiva de las colectividades locales en las recaudaciones tributarias de las comunidades autónomas, las cuales atribuyen subvenciones discrecionales y asignadas, sin garantía de continuidad ni de regularidad (par. II.1.1.3). Ahora bien, como señala el Libro blanco, las colectividades locales deben ser

financiadas esencialmente por recursos de los que tengan libre disposición, y las subvenciones asignadas sólo pueden tener una función complementaria, a condición que el principio de suficiencia financiera sea cumplido por los otros recursos; además, no se puede imponer a las colectividades locales la financiación por sus propios recursos de competencias que dependen de otro nivel de gobierno (STC 48/2004, FJ 10 y 11, citado par. I.3.3).

Para garantizar el respeto del principio de suficiencia financiera, el Libro blanco propone la introducción en la nueva Ley de bases del régimen local, basándose en el artículo 9 de la Carta Europea de la Autonomía Local, del derecho de las colectividades locales a participar en los recursos tributarios del ejercicio anterior del Estado y de las comunidades autónomas, en unas condiciones que garanticen la libre utilización de estos recursos y la regularidad de su percepción (par. II.1.1.3 *in fine*).

Esta disposición fundamentaría mejor el principio de la autonomía financiera de las colectividades locales, pero requerirá modificaciones importantes en la legislación financiera para su aplicación.

A modo comparativo, recordemos que, en Alemania, el artículo 106 de la Ley fundamental establece el derecho de los municipios a participar en los recursos tributarios de la Federación y de los *Länder*, pero sobre todo reglamenta sus modalidades. En particular, los *Länder* deben fijar por ley el porcentaje de la participación de los municipios en los ingresos que perciben de los impuestos comunes de la Federación y de los *Länder*. En Francia, la revisión constitucional del 28 de marzo de 2003, la Ley orgánica del 29 de julio de 2004 y la decisión del Consejo Constitucional del mismo día establecen una garantía de financiación de las colectividades locales para toda nueva transferencia de competencias, la obligación de prever recursos para toda creación o ampliación de competencias y, por último, que la parte de los recursos propios no puede ser inferior, para cada categoría de colectividades territoriales, al nivel alcanzado en 2003 (pero hay que añadir que la definición de los recursos propios es poco protectora de la autonomía financiera en lo relativo a la naturaleza de los recursos).

Por lo que respecta a España, de acuerdo con el artículo 133, apartado 1, de la Constitución, sólo el Estado puede adoptar leyes relativas al régimen tributario, y las finanzas generales dependen de su competencia exclusiva. Será necesaria, por tanto, una ley del Estado para garantizar la coordinación de las exacciones fiscales. El funcionamiento equitativo del *welfare* local también deberá inspirarse en los principios de solidaridad y justicia social, estableciendo mecanismos de perecuación financiera y una redistribución correspondiente a escala local.

El dispositivo constitucional del artículo 142 deja prever la creación de un fondo especial por el Estado y las comunidades autónomas (perecuación de tipo vertical), o de fondos distintos, alimentados por el producto de la

tributación nacional y la parte que corresponde a las comunidades autónomas. En realidad, el sistema implantado por la Ley 38/1988, de finanzas locales, es a la vez mucho más complejo e incompleto. Los artículos 112 y siguientes regulan la participación de los municipios y de las provincias en los ingresos por impuestos del Estado, y está garantizada una perecuación por los fondos complementarios de financiación para los municipios distintos de las capitales de provincia o de comunidad autónoma, o que tengan menos de 75.000 habitantes. El artículo 39 limita la participación de los municipios a los impuestos propios de la comunidad autónoma, lo que indudablemente es demasiado restrictivo, pero sobre todo no ofrece ninguna directiva en relación con esta participación, que depende enteramente de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

El Libro blanco debería avanzar más sobre la cuestión de la perecuación, por el momento ausente. Un fondo de perecuación podría ser el instrumento de la garantía de suficiencia en cada comunidad autónoma, a fin de garantizar la financiación íntegra de las funciones encargadas a las colectividades locales. La ley nacional debería fijar los principios de base de esta perecuación. En Alemania, existe una perecuación bastante importante que se opera por medio de dotaciones atribuidas a los municipios sobre la base de los recursos tributarios de los *Länder* en concepto de impuestos comunes.

El Libro blanco debería especificar su concepción de la perecuación: distingue la perecuación vertical, alimentada a partir de los recursos del nivel del gobierno superior, y la perecuación horizontal, operada mediante transferencias de fondos por parte de las colectividades locales más ricas hacia las más pobres, del mismo nivel. Según la experiencia internacional, se puede afirmar que la perecuación vertical es menos controvertida y menos vulnerable en el plano político que la perecuación horizontal. Algunos países combinan, a escala de las colectividades locales, mecanismos de perecuación horizontal y mecanismos de perecuación vertical (por ejemplo, Alemania y Francia); en Suecia, la perecuación es operada por el Estado pero se alimenta de las exacciones sobre los recursos tributarios de los municipios más ricos. Pero, en general, prevalece la perecuación vertical.

### Conclusión

*Los expertos aprueban la propuesta del Libro blanco de establecer el derecho de las colectividades locales a participar en los recursos tributarios del ejercicio anterior del Estado y de las comunidades autónomas con vista a garantizar el principio de suficiencia financiera, que también debería quedar recogido en la nueva LRBRL. Las subvenciones puntuales y asignadas sólo pueden tener una función complementaria, en materia de inversión.*

*La puesta en práctica de este derecho de las colectividades locales requerirá ciertamente una ley del Estado para garantizar la coordinación de los recursos que las colectividades locales obtendrán de estas participaciones.*

*En cambio, el Libro blanco debería proponer un sistema de perecuación que se aplicara en cada comunidad autónoma, a fin de garantizar la financiación íntegra de las funciones encargadas a las colectividades locales. Este sistema podría basarse en los recursos procedentes del derecho de las colectividades locales a participar en los recursos tributarios del Estado y de las comunidades autónomas.*

#### 1.4. Aspectos constitucionales de la organización territorial

Según el artículo 137 de la Constitución, el Estado español está organizado territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas. Pero la provincia presenta un carácter doble: es a la vez agrupación de municipios y división territorial para las actividades del Estado, colectividad local y circunscripción administrativa del Estado, lo que explica sin duda que sus límites sólo puedan ser modificados por una ley orgánica (artículo 141.1). No podemos pasar por alto aquí la organización territorial de las islas (artículo 141.4).

El Libro blanco propone desarrollar la función de la provincia, en virtud del principio de autonomía, esperando que la reforma del gobierno local lleve a confiarle un papel y unas funciones más amplias. El Libro blanco hace un balance crítico de la evolución de las provincias. La competencia de las comunidades autónomas ha tenido un impacto negativo sobre sus competencias, así como sobre sus recursos, comprometiendo así la capacidad de las provincias de ejercer los cometidos que les atribuye la LRBRL.

El Libro blanco concede especial importancia a las provincias en el marco de su estrategia de ampliación de las competencias locales. En la medida en que España tiene una elevada proporción de pequeños municipios que no tendrían capacidad para asumir todas las competencias que requiere la nueva etapa de descentralización, la provincia, que forma parte, como lo subraya el Libro blanco, de la “misma comunidad política local” que los municipios, debería poder ejercer las competencias municipales que los municipios no podrían ejercer por sus propios medios o por la cooperación entre ellas. Para el Libro blanco, la ampliación de las competencias municipales supone la promoción de la función de la provincia de forma subsidiaria. El vínculo institucional que se deriva actualmente de la elección por votación indirecta de las diputaciones provinciales, y que sería reforzado por la institución de un consejo de alcaldes, representaría entonces una garantía dada a los municipios de que esta función supletoria de la provincia no se volverá contra ellas.

En este sentido precisamente, convendría establecer de forma más explícita que la gestión concreta de los intereses de las colectividades locales corresponde a los municipios. El principio de subsidiariedad ha de ser entendido como un principio que “aspire las competencias hacia abajo”. Por referencia al nuevo artículo 118 de la Constitución italiana, se podría decir que las funciones administrativas deberían, por tanto, atribuirse a los municipios, a menos de que fuera preferible atribuirlos a las provincias para garantizar su ejercicio unitario. El Libro blanco podría especificar que las funciones administrativas son atribuidas a las provincias sólo en caso de que su ejercicio unitario se imponga. Las disposiciones legislativas que tuvieran por efecto sustraer el ejercicio de ciertas funciones administrativas al municipio deberían ser sometidas a un *strict scrutiny* para verificar la existencia de motivos válidos. Este último punto parece especialmente importante en las comunidades autónomas uniprovinciales, en las que las funciones de la provincia son absorbidas por la comunidad autónoma. Este examen podría adoptar la forma de un informe del Gobierno que acompañara al proyecto de ley, que deberá suscitar una discusión separada de los parlamentarios. Se trata de una garantía política más que jurídica. Debería imponerse tanto a las leyes nacionales como a las regionales tendentes a dar a la provincia el ejercicio de competencias municipales. La nueva LRBRL podría prever este procedimiento, que no afectaría a los acuerdos libremente pactados entre provincias y municipios en relación con las modalidades de ejercicio de ciertas competencias materiales.

El Libro blanco pone de manifiesto, con razón, que numerosos países tienen un nivel intermedio de administración local, cuya importancia varía sobre todo en función de la existencia o de la ausencia de un nivel regional fuerte, y que las relaciones interadministrativas se hacen más complejas, por la aparición principalmente de otras entidades intermunicipales. También destaca que, en la mayoría de los casos, el consejo es elegido por sufragio directo, en relación con el hecho de que se asignan competencias específicas a este nivel. Este último punto merece ser matizado: también existen colectividades locales de segundo nivel con una función subsidiaria en relación con los municipios, aunque haya leyes puntuales que les atribuyen competencias específicas, y cuyo consejo es elegido por elección directa: es el caso de los distritos de Alemania, de los condados (*megyeri*) de Hungría, de los consejos de prefectura de Grecia... Hungría ha renunciado a la elección indirecta por la que optó inicialmente en 1990.

Cabría interrogarse sobre la compatibilidad del mantenimiento de la elección indirecta con el artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, según el cual la autonomía local es ejercida por consejos compuestos por miembros elegidos por sufragio directo. La voluntad de

mantener abierta la posibilidad de recurrir a una elección indirecta, que sería conforme con la Constitución francesa, es incluso uno de los motivos del dictamen del Consejo de Estado francés del 5 de diciembre de 1991 desfavorable a la ratificación de la Carta. Sin embargo, el Consejo de Europa nunca ha considerado que la existencia de un consejo elegido en un segundo grado a escala intermedia fuera contrario a la autonomía local, ni que esto fuera incompatible con el artículo 3.2 de la Carta. Durante los debates sobre el proyecto de Carta de la Autonomía Regional, la legitimidad de este modelo ha sido incluso explícitamente reconocida, en la medida en que la composición del consejo por sufragio indirecto ha sido admitida para uno de los modelos de colectividades intermedias consideradas por el proyecto de Carta. Es cierto que la Carta Europea de la Autonomía Local no contiene ningún mecanismo que permita imponer, en Derecho, a los estados una interpretación uniforme, como la del artículo 3.2 que acabamos de mencionar. Pero, en el plano jurídico, esta interpretación del artículo 3.2 se justifica sobre todo por el hecho de que, aunque la Carta Europea de la Autonomía Local ofrece una definición de la autonomía local, no indica a qué nivel, ni a cuántos niveles, dicha autonomía local ha de ser organizada; estas decisiones competen únicamente a los estados signatarios. Por tanto, a partir del momento en que la autonomía local es reconocida y garantizada por la Constitución y organizada a escala municipal, las instituciones que proceden de ella a nivel intermedio son conformes a la Carta. Además, Francia está a punto de ratificar la Carta Europea de la Autonomía Local.

Por último, parece que el Libro blanco puede ir más allá de lo que lo hace en lo relativo a la agrupación de municipios. Distingue, en efecto, entre, por una parte, las provincias y, por otra, las asociaciones de municipios, que convendría desarrollar, como son las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades, que deberían basarse en el principio general de la libertad de asociación de los municipios (par. II.2.53). Ahora bien, la Constitución española permite distinguir la agrupación de municipios de la asociación de municipios, que nace del derecho de los municipios de asociarse, establecido únicamente por la LRBRL de 1985: “El derecho a asociarse con otros [...]” (artículo 44). La Constitución sólo reconoce el concepto de “agrupación de municipios”, y dispone que se pueden crear “agrupaciones de municipios” diferentes de las provincias (artículo 141.4); además, según el artículo 152.3, los estatutos de las comunidades autónomas pueden crear “mediante la agrupación de municipios limítrofes circunscripciones territoriales propias, que gozan de personalidad jurídica”. Ahora bien, las comarcas y las áreas metropolitanas son agrupaciones de municipios, y no de asociaciones de municipios en el sentido de la LRBRL. Esta diferencia de naturaleza aparece claramente en la distinción de los artículos 42 y 43 de

la LRBRL, que se refieren a las comarcas y a las áreas metropolitanas respectivamente, y del artículo 44 sobre mancomunidades, que nacen de la asociación voluntaria de municipios. Los regímenes jurídicos de las agrupaciones de municipios y de las asociaciones de municipios se distinguen por un punto importante: las asociaciones son voluntarias, en cambio las agrupaciones de municipios nacen de la Constitución (las provincias), de los estatutos de las comunidades autónomas o de las leyes regionales, incluso si la iniciativa puede provenir de municipios y si las dos quintas partes de los municipios afectados pueden fracasar en la creación de una comarca.

Estas disposiciones autorizan la búsqueda de nuevas formas institucionales tendentes a racionalizar la organización municipal, respetando a la vez el principio de autonomía local cuyos municipios son los sujetos, y de los que no pueden ser privadas. No obstaculizarían las fusiones de municipios por la ley, a reserva de un procedimiento adecuado, en la medida en que el principio de la autonomía local proteja la institución municipal, no la existencia de cada municipio en un momento dado. Pero, si se comparan con la competencia exclusiva que tiene el legislador nacional en virtud del artículo 148.1.18 de la Constitución, se puede deducir que el legislador nacional podría definir nuevas formas de agrupaciones de municipios, las condiciones de su creación, las bases de sus competencias, modulables por el legislador regional o por los propios municipios, las bases de su organización y de sus recursos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite la definición de un modelo local común (cfr. *infra*: 2.2.), a condición de que deje al legislador regional una libertad suficiente en lo relativo a la organización y a las competencias de las colectividades locales de su territorio. Dentro de este límite, una legislación nacional más específica en materia de agrupaciones de municipios no sería incompatible con la jurisprudencia constitucional, y permitiría eliminar los obstáculos institucionales a una ampliación de las competencias locales.

### Conclusión

*Los expertos aprueban la propuesta del Libro blanco de reforzar la función de la provincia en el ejercicio, a título subsidiario, de las competencias municipales, a condición, sin embargo, de que un procedimiento adecuado prevenga un uso abusivo de esta posibilidad cuando fuera utilizada por una ley, permitiendo verificar que los municipios, o algunos de ellos, no pueden ejercer la competencia en cuestión de forma adecuada.*

*Sugieren, además, que el Libro blanco se base más en la distinción, resultante de la Constitución, entre las agrupaciones de municipios y las asociaciones de municipios. La nueva LRBRL podría introducir nuevas formas de agrupaciones de municipios, que permitieran propo-*

*ner a los municipios modalidades construidas y estables de cooperación, menos dependientes de las incertidumbres de la libre asociación de los municipios. Esto sería compatible con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la medida en que el legislador regional conservara una libertad suficiente en lo relativo a la organización y a las competencias de las colectividades locales de su territorio.*

### 1.5. Cooperación local en el plano internacional

Este tema, que es extremadamente importante, es tratado de forma menos profunda en el Libro blanco (sección II.8). Convendría especialmente distinguir mejor, como lo hace el artículo 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local, al que se refiere, el derecho de participar en asociaciones internacionales de colectividades locales (al.2), y el derecho de integrarse en cooperaciones internacionales con las colectividades locales de otros países (al.3), para el que el convenio marco de Madrid y sus protocolos proponen un marco jurídico, a los que también se refiere Libro blanco.

El Libro blanco tampoco toma posición sobre las cuestiones controvertidas de la creación de un marco jurídico comunitario de cooperación transfronteriza y de las eventuales modalidades de participación de las colectividades locales en la actividad normativa de la Unión Europea en la medida en que colectividades locales se ven afectadas por las normas en cuestión, más allá de la misión que cumple actualmente el Comité de las Regiones. En especial, según uno de los expertos, sería conveniente referirse, entre otros, a los principios que el Consejo de los Municipios y de las Regiones de Europa ha invocado en la redacción del Tratado que establece una Constitución para Europa, como son el respeto del principio de autonomía en las relaciones entre Unión y estados miembros, el principio de subsidiariedad, el principio de la cohesión territorial, y el principio de la consulta a las asociaciones más representativas. Pero las posiciones del Libro blanco sobre los puntos relativos al marco comunitario han podido parecer prematuros y su ausencia no perjudica a las propuestas contenidas en los otros puntos del mismo.

En efecto, el Libro blanco propone recoger en la nueva LRRL las disposiciones de los apartados 2 y 3 del artículo 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local e introducir nuevas formas de cooperación transfronteriza institucional, como la posibilidad de participar en sociedades mixtas o de formar asociaciones transfronterizas de municipios.

Aunque el Libro blanco sólo haga alusión a ella, parece que existe una legislación específica sobre la cooperación en favor del desarrollo en el marco de la cual se puede inscribir la intervención de las colectividades locales; pero el Libro blanco no formula propuestas

nuevas al respecto, señalando únicamente que existe el marco jurídico (par. II.8.6).

El Libro blanco anota, sin embargo, la ausencia de una legislación que fije el marco general (los principios y obligaciones) que deba ser respetada en la acción internacional de las colectividades locales, cualquiera que sea su objeto o el marco geográfico. Se trata de recordar aquí que esta acción internacional debe respetar el marco de las competencias de las colectividades locales, las reglas aplicables a las colectividades locales en materia de finanzas locales, el respeto de la política exterior del Estado y la comunicación al ministerio competente de todas las iniciativas de las colectividades locales, no con una finalidad de control, sino de información indispensable para la orientación de las acciones de las colectividades locales y para la política del Estado.

Sin embargo, no está claro que las mismas reglas deban aplicarse a la acción internacional en general, para la cooperación de desarrollo, o en el marco de las competencias de las colectividades locales, y a la cooperación entre colectividades locales de países diferentes en el marco de la Unión Europea. En este último caso, en efecto, la integración Europea conduce a que esta cooperación transfronteriza pueda adoptar formas cada vez más próximas a las de la cooperación intermunicipal en cada Estado y, en esta medida, no es seguro que estas iniciativas deban referirse a la política exterior del Estado.

El Libro blanco no menciona las relaciones entre la acción internacional de las colectividades locales y la de las comunidades autónomas y, en principio, las reglas específicamente aplicables a estas relaciones dependen de las comunidades autónomas. Sin embargo, el Libro blanco podría indicar que los mismos principios valen a este nivel, en el marco de las competencias de las comunidades autónomas y, de forma especial, que el respeto de la autonomía local se impone también en la acción internacional de las colectividades locales en la medida en que esta acción no es sino la ampliación de sus competencias internas.

### Conclusión

*Los expertos aprueban la propuesta del Libro blanco de recoger en la legislación española el contenido de los apartados 2 y 3 del artículo 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local, y la creación de nuevos instrumentos jurídicos al servicio de la cooperación de las colectividades locales españolas con las colectividades locales de países vecinos en el marco de sus competencias. También está justificada la obligación de informar a los ministerios competentes.*

*Sugieren, sin embargo, la distinción entre la cooperación en el marco de la Unión Europea y la cooperación con las colectividades locales exteriores a la Unión Europea, y en especial en virtud de la cooperación para el desarrollo. Mientras que la primera se acerca a la coo-*

*peración intermunicipal en el orden interno, sólo la segunda debe respetar plenamente las orientaciones de la política exterior del Estado.*

## 2. Competencias locales

La concepción de las competencias locales expuesta en el Libro blanco constituye su núcleo, puesto que la nueva etapa de descentralización que se propone pretende incrementar las competencias municipales. Las evoluciones estructurales y el nuevo papel prometido a la provincia son la consecuencia de esta opción, y van encaminadas a permitir un ejercicio eficaz de estas competencias. El Libro blanco subraya también que lo esencial de estas transferencias de competencias debe venir de las comunidades autónomas, habida cuenta de las que ellas mismas se han beneficiado durante los últimos años: “Difícilmente pueden crecer competencialmente los municipios si no es a costa de las comunidades autónomas” (par. 1.2.6. *in fine*). Se deriva que la operación de determinación de las competencias locales será necesariamente una operación compartida entre el legislador nacional y los legisladores regionales. De ahí la importancia de la formulación de los principios generales, que son competencia del legislador nacional para fijar las bases; pero el Libro blanco también hace propuestas concretas sobre un gran número de sectores.

El Libro blanco presenta, apoyándose en un análisis crítico de la situación actual, una concepción abierta de las competencias locales. Éstas pueden variar en función de las capacidades y opciones de los municipios o sus agrupaciones. Las observaciones se centran sobre los temas que parecen esenciales en propuestas: naturaleza de las competencias locales y poder normativo local, al que el Libro blanco concede una gran importancia; modelo de competencias locales propuesto por el Libro blanco; cláusula general de competencia; desarrollo del poder normativo local, dando un carácter supletorio a la normativa de las competencias locales por las autoridades superiores; por último, presentaremos algunas observaciones sobre ciertos ámbitos de competencia local descritos en el Libro blanco.

### 2.1. Naturaleza de las competencias locales y poder normativo local

El Libro blanco afirma con razón el carácter político de las colectividades locales, y concluye que los municipios deben ejercer las competencias normativas y las competencias de dirección política más allá de sus funciones tradicionales de gestión. De esta forma, pone de manifiesto la transformación vivida por las colectividades locales en España sobre la base de la Constitución democrática. Además, el Libro blanco subraya que las materias de competencia local no pueden definirse sin

los poderes que son necesarios para su ejercicio. En efecto, y esto se dice demasiado raramente, para que sea completa la definición de una competencia, hay que definir su objeto (que también se denomina la competencia material), los poderes destinados a su ejercicio y los medios necesarios para su puesta en práctica. Ahora bien, la autonomía local es una libertad, y el grado de libertad con que esta competencia será ejercida depende principalmente de los poderes y medios. Bien es cierto que la magnitud de esta libertad puede variar según los ámbitos, periodos y regímenes, pero no hay autonomía local allí donde no existe esta libertad. Si la colectividad local no dispone ni de poderes de acción, ni de medios que pueda utilizar libremente, no es más que un mero agente de la autoridad superior en el ejercicio de la competencia material que se le atribuye. Le corresponde a la ley fijar los límites de esta libertad, pero sin esta libertad la autonomía local no tiene contenido político y deja realmente de existir. A este respecto, el Libro blanco es ejemplar por la importancia que da a las competencias en su estrategia de desarrollo de la autonomía local.

Sin embargo, a escala local, no se debería subestimar la importancia de los poderes de gestión, ni sobreestimar el alcance que pueda tener el poder normativo local.

En efecto, desde hace mucho se sabe que el que controla los medios de gestión condiciona la ejecución y, por ende, el contenido concreto y efectivo de las políticas y sus efectos. En el Reino Unido, como los gobiernos ya no querían que las políticas nacionales dependieran tanto de las decisiones locales, la ley centralizó los recursos de las autoridades locales, reglamentó sus competencias de gestión (para obligarles a recurrir más ampliamente al sector privado) y sustrajo en gran medida la gestión del sistema educativo a las autoridades locales. Sin embargo, las autoridades locales británicas no tenían un poder normativo (*by-laws*) importante, en razón del principio de *ultra vires*, que sólo fue realmente flexibilizado por el *Local Government Act 2000*.

A la inversa, podríamos referirnos al nuevo artículo 118 de la Constitución italiana, procedente de la revisión constitucional del 18 de octubre de 2001, cuyo primer párrafo establece el principio de que todas las funciones administrativas deben ser ejercidas por los municipios, a menos de que su ejercicio unitario justifique que sean ejercidas por una autoridad superior: “*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Provincia, Città metropolitana, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.*”

Conviene señalar que la disposición citada de la Constitución italiana es, en el plano formal, muy audaz, puesto que puede aplicarse incluso a funciones administrativas vinculadas a competencias del Estado o de la

región; va más lejos de lo que establecen las constituciones y leyes municipales de los *Länder* alemanes, los cuales dicen únicamente que se “pueden” delegar en los municipios cometidos que son competencia del Estado.

El Libro blanco recomienda también que las actividades ejecutivas o administrativas que puedan llevarse a la práctica a escala local, no atribuidas por las leyes a otras administraciones públicas, pertenezcan a los municipios, en aplicación del principio de subsidiariedad (par. II.1.4.1, b). Corresponderá a las leyes sectoriales justificar de forma expresa, en caso de competencia de intereses nacionales o regionales, la atribución de las competencias ejecutivas a las administraciones del Estado o de las comunidades autónomas. El Libro blanco, que indica que la puesta en práctica de este principio depende de que los municipios dispongan de las capacidades administrativas necesarias, podría indicar que las actividades ejecutivas o administrativas de alcance local que los municipios no puedan asumir deberían serlo por las provincias. Sería coherente con la función contemplada para la provincia por el Libro blanco. En cambio, se debería considerar que la capacidad de otras agrupaciones de municipios, si existen, y las disposiciones legislativas que tuvieran por efecto sustraer el ejercicio de determinadas funciones administrativas a la colectividad local más cercana al ciudadano (el municipio), deberían someterse a un *strict scrutiny* para verificar la existencia de motivos válidos. Este examen podría adoptar la forma de un informe del Gobierno que acompañara al proyecto de ley. Es una garantía política más que jurídica. Debería imponerse tanto a las leyes nacionales como a las regionales tendentes a retirar del municipio el ejercicio de competencias administrativas. La nueva LRBRL podría establecer este procedimiento. Este último no tendría efecto sobre los acuerdos libremente pactados entre provincias y municipios en relación con las modalidades de ejercicio de estas competencias.

A la inversa, la materia del poder normativo local suele ser muy estrecha, no sólo porque la normativa viene fijada por la legislación y por los reglamentos gubernamentales, sino porque el principio de igualdad ante la ley prohíbe que pueda haber verdaderas políticas reglamentarias a escala local, y porque las políticas locales suelen ser políticas de ofertas de servicios que dependen antes que nada de la libertad de disponer de medios. Las únicas verdaderas políticas reglamentarias que existen a escala local se refieren al urbanismo y a la policía administrativa.

Con esto no queremos minimizar la importancia del poder normativo local; al contrario, la libertad de este poder normativo en materia de planes de urbanismo, por ejemplo, supondría un importante crecimiento de la autonomía local en España. Pero, para ilustrar esta afirmación, digamos que no es más importante poder fijar las reglas de estacionamiento que poder construir apar-

camientos o hacer las contrataciones necesarias para su construcción o explotación.

Indudablemente, no hay que llevar demasiado lejos la normativa –recomendada por el Libro blanco– de las categorías de actos a los que las colectividades locales pueden recurrir para ejercer sus poderes normativos. Un régimen demasiado complejo alarga los procedimientos, crea riesgos jurídicos y requiere un personal con un nivel de cualificación jurídico elevado, del que no podrán disponer muchos municipios. En realidad, sólo existen dos tipos de actos administrativos que produzcan efectos directos sobre situaciones jurídicas: los actos normativos (reglamentos, en el caso de las colectividades locales), a los que están vinculados ciertos actos no permanentes, y los actos que regulan situaciones particulares subjetivas. Luego, queda por distribuir el poder de realizar estos actos entre el órgano deliberante y el ejecutivo de la colectividad local, y por determinar las materias para las que el procedimiento debe contener modalidades particulares de participación de los ciudadanos; en cuanto a los derechos del demandante o del destinatario del acto, cuando se trate de un acto relativo a una situación jurídica subjetiva, están ya muy bien regulados por la Ley de procedimiento administrativo.

## Conclusión

*Los expertos reconocen la importancia del poder normativo de los órganos de las colectividades locales pero destacan el hecho de que los poderes de gestión no son menos importantes. Lo determinante es el grado de libertad con el que se ejercen las competencias por medio de los poderes que son su soporte.*

*Sugieren, además, no llevar demasiado lejos la normativa de las categorías de actos a los que las colectividades locales pueden recurrir para ejercer sus poderes normativos, pues podrían alargarse inútilmente los procedimientos y riesgos jurídicos. Aparte de la normativa de ciertas formas de participación de los ciudadanos, lo esencial reside en la sumisión de los actos de las colectividades locales a la Ley de procedimiento administrativo.*

*Por último, las disposiciones legislativas que tienden a sustraer funciones ejecutivas y administrativas al municipio deberían dar lugar a un informe especial del Gobierno que expone los motivos.*

## 2.2. Modelo de competencias locales propuesto por el Libro blanco

Recordemos que la LRBRL de 1985 define las competencias locales sobre las siguientes bases. El artículo 25.2 otorga competencia a los municipios en materias cuya lista establece él mismo, que son reguladas por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas; pero, de hecho, estas leyes dan pocas competencias a los municipios y los someten a controles considerados hoy con-

trarios al principio de la autonomía local. El artículo 26 establece la lista de servicios que los municipios deben garantizar en toda circunstancia; distingue una lista básica que se impone a todos los municipios y unos servicios suplementarios cuya lista está en función de la población del municipio (se distinguen los municipios de más de 5.000 habitantes y los de más de 50.000 habitantes). Por último, el artículo 86 permite a las colectividades locales ejercer la iniciativa pública dispuesta por el artículo 128.2 de la Constitución española, según el cual la ley puede reservar al sector público “los recursos o servicios esenciales, sobre todo en caso de monopolio [...]”, y les reserva esta iniciativa en una serie de actividades o servicios esenciales cuya lista determina él mismo. Según el Libro blanco, los artículos 26 y 86 presentan dos defectos fundamentales (en relación con la problemática de las competencias locales): su finalidad no es definir o proteger las competencias locales sino garantizar ciertos servicios a la población; las listas resultan hoy incompletas o anacrónicas en relación con las necesidades actuales para las que aparece la necesidad de la intervención de las colectividades locales. Además, el artículo 25.1 y el artículo 86 autorizan a las colectividades locales a intervenir para responder a las necesidades sobre la base de un interés local, pero el Libro blanco considera que los términos de estas disposiciones sólo representan una expresión restrictiva de la cláusula general de competencia y, en lo relativo al artículo 86, la libertad que otorga a las colectividades locales pierde hoy su alcance debido a los límites que plantean la liberalización y el Derecho comunitario a las iniciativas de las colectividades locales en materia económica (cfr. *infra*).

El Libro blanco propone que la nueva LRBRL defina un nuevo régimen de base de las competencias locales, en conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del que se derive que la finalidad de la competencia reconocida al legislador estatal sea el “establecimiento de un nivel de autonomía local homogéneo en todo el Estado y, con él, la instauración de un modelo local común”, pero sin que ello sea obstáculo para tener en cuenta las particularidades propias de las autonomías regionales, ni implique la uniformidad del régimen local (par. 1.2, *in fine*).

Según el Libro blanco, la nueva ley tendría que regular las cuestiones siguientes, que deberán posteriormente desarrollar, pero también podrán completar, las leyes regionales sobre el régimen local:

- Establecer los principios generales que deben fundamentar el nuevo modelo de competencias locales.
- Establecer el vínculo entre el objeto y los poderes en la definición de las competencias locales.
- Establecer la lista de las competencias mínimas que deben contribuir a determinar el “perfil básico común” de todos los municipios, en forma de “obligaciones concretas auténticas”.

–Establecer una lista de cuestiones de interés local cuya normativa corresponda a la legislación sectorial, siguiendo en general la lista de las materias del artículo 25.2 de la LRBRL actual.

–Establecer la lista de los servicios cuyo acceso universal deba ser garantizado por las colectividades locales.

–Una cláusula general de competencia reformulada, con un alcance más amplio que el que se deriva de las actuales disposiciones.

Los principios generales que desarrolla el Libro blanco son los siguientes:

- El principio de autonomía.
- El principio de subsidiariedad.
- Los principios de diversidad, flexibilidad y supletoriedad.
- El principio de proporcionalidad.
- El reconocimiento del carácter político del “gobierno local”.

El Libro blanco no indica si la nueva ley debería limitarse a enunciarlos o si debería ofrecer una definición, cuya fuente podría estar en la presentación que hace de los mismos. Sería preferible ciertamente que la ley diera definiciones si queremos que el control jurisdiccional pueda posteriormente aplicar dichos principios.

Dicho esto, el modelo de competencias locales del Libro blanco requiere los siguientes comentarios, que no pretenden ser exhaustivos, sino que se centran únicamente en los puntos sobre los que los expertos han considerado que debían presentar sus comentarios.

La cuestión del “modelo local común” y del “perfil básico común” ha sido examinada por los expertos en los siguientes términos.

Teniendo en cuenta el principio de autonomía, reconocido y garantizado por la Constitución española y aplicado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, y cuyo alcance es independiente de las disposiciones legislativas que lo ponen en práctica, nos hemos preguntado si el “modelo local común” contemplado por el Libro blanco no corría el riesgo de estar en conflicto con la extensión que ha tomado el principio de autonomía en España. En efecto, su propósito es establecer un nivel de autonomía local homogéneo para todo el territorio nacional a través de la legislación nacional y regional. ¿No está este objetivo en desacuerdo con el principio de autonomía y de diferenciación, tal como se aplica a escala regional? Una excesiva injerencia por parte de las leyes de atribución, a la que podría llevar, según esta lectura, el texto del Libro blanco, debilitaría la descentralización, perjudicando las diferentes particularidades locales, la inversa del objetivo perseguido por el Libro blanco.

Sin embargo, no parece que este argumento, que podrían plantear ciertas comunidades autónomas, pueda ser tenido en cuenta.

Para empezar, aunque la Carta Europea de la Autonomía Local defina, explice y garantice el principio de la autonomía local, no contiene ninguna referencia a un principio de diferenciación. Es indudable que la autonomía local se ha convertido en un estándar europeo, pero no sucede lo mismo con la diferenciación, siendo muy diferentes los enfoques de los estados europeos a este respecto. Se puede considerar que la autonomía local implica por naturaleza una diferenciación en el ejercicio de las competencias locales, pero no implica por sí misma ni una diferenciación institucional, ni una diferenciación funcional. Sin embargo, no es contrario a la Carta que la legislación de un Estado establezca y organice dicha diferenciación.

Además, el Libro blanco se muestra muy moderado y respetuoso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la finalidad del artículo 148.1.18 es permitir que las administraciones nacional, regionales y locales tengan las mismas bases e incluyan especialmente lo que el Libro blanco denomina “un modelo local común”, que puede combinarse a la vez con las particularidades de las autonomías regionales. Éstas serán respetadas si el legislador regional dispone de una libertad suficiente en lo relativo a la organización de las colectividades locales, bajo el control del Tribunal Constitucional, que, en este caso también, podría, indudablemente, verificar si ciertas situaciones particulares que son objeto de una habilitación constitucional o de un “anclaje” en el estatuto de la comunidad autónoma (aprobado por una ley orgánica, recordémoslo) justifican una derogación a la regla común (STC 109/1998, FJ 3, citado par. 1.2 *in fine*). Sería por tanto imposible imponer un régimen uniforme. Es el caso de las competencias. El Libro blanco no pretende la uniformidad sino simplemente una base común en materia de competencias, cuya finalidad es garantizar el mejor servicio a los ciudadanos. El artículo 138 de la Constitución afirma que el Estado garantiza la realización de la solidaridad procurando establecer un “equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio”, y esta exigencia implica un mínimo de homogeneidad en cuanto a los servicios básicos que los municipios han de garantizar.

Además, se plantea el problema de la igualdad de los derechos del ciudadano. El artículo 23 de la Constitución, según el cual “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes [...]”, tiene un alcance general y se aplica también a la gestión de los asuntos locales; además, el artículo 139 establece que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”. Se deriva, pues, que la conciliación entre el principio de autonomía y el de igualdad de los derechos entre todos los ciudadanos justifica que la ley nacional, y sobre todo en materia de autonomía local, establezca un “modelo local común”, y un “perfil

básico común” en lo relativo a las competencias, de manera que los ciudadanos puedan participar, en condiciones comparables, en un mismo volumen mínimo de asuntos públicos a escala local.

Desde el punto de vista de su estructura, el nuevo modelo de competencias locales se parecerá inevitablemente al modelo actual: ámbitos de competencia regulados por leyes sectoriales, servicios básicos garantizados por todos los municipios, servicios ligados al artículo 128.2 de la Constitución y una cláusula general de competencia. Sin embargo, debemos subrayar varias diferencias esenciales.

En primer lugar, si la nueva LRBRL define no sólo las materias de la competencia local sin también la naturaleza de los poderes que las colectividades locales habrán de ejercer en estas materias, las leyes sectoriales tendrán menos libertad en cuanto al reparto de los poderes entre las diferentes administraciones públicas. Señalemos, sin embargo, que el alcance de esta innovación es sobre todo político: lo que hace una ley, otra ley de mismo rango puede deshacerlo, y una ley sectorial podría descartar el principio planteado por la LRBRL. La única forma de escapar a esta debilidad sería dar a la nueva LRBRL el rango de ley orgánica, lo que supondría, como ya se ha visto, una revisión de la Constitución. Pero, teniendo en cuenta la estructura constitucional del Estado español, y la importancia de los poderes conferidos a las comunidades autónomas, estaría totalmente justificado colocar la ley básica de régimen local a un nivel jurídico que le permita desempeñar un papel regulador de las competencias entre las colectividades locales y las otras administraciones públicas protegida de modificaciones legislativas ocasionales.

En segundo lugar, la propuesta de reformular la lista de las competencias mínimas, que son prestaciones de servicio en la LRBRL de 1985, requiere dos observaciones. La propuesta de convertirla en el núcleo intangible de las competencias locales, que las leyes sectoriales podrán regular pero sin tocar las atribuciones de las colectividades locales, merece ser aprobada: dará consistencia a una garantía que, hasta ahora, tanto en la jurisprudencia constitucional alemana como en la francesa, mantiene un carácter un poco metafísico. Pero la propuesta de convertirla en una lista de “obligaciones concretas auténticas” de los municipios ha de ser acogida con reserva: en efecto, la fórmula utilizada en el Libro blanco (par. II.1.4., introducción) autoriza una definición estrecha, en el plano material, de estas obligaciones y, por tanto, una definición restrictiva del núcleo intangible de las competencias locales. Tal vez convendría comenzar por una definición concreta del objeto y de los poderes que constituyen este núcleo intangible; luego se podrán deducir obligaciones concretas; pero este núcleo no podría reducirse a estas obligaciones. Por último, el Libro blanco especifica con razón que la

ley nacional se limita a los aspectos fundamentales, y que las leyes regionales podrán adaptarlos a cada comunidad autónoma. Sin embargo, si se trata de fijar el contenido de un núcleo intangible de competencias locales, el Libro blanco debería añadir que la ley regional no puede en ningún caso definir las competencias locales, en cualquiera de las materias que figuran en este núcleo, de forma más estrecha que la ley nacional; la ley regional sólo podría ampliar el núcleo intangible de las competencias locales, sabiendo que otra ley regional siempre podrá reconsiderar estas atribuciones. La ley regional conserva el poder de reglamentar el ejercicio de estas competencias, sin que pueda entonces introducir disposiciones susceptibles de reducir indirectamente su ámbito o alcance.

En tercer lugar, en el Libro blanco, el principio de subsidiariedad es invocado por lo menos en tres sentidos jurídicos diferentes, mientras que la calificación de determinadas competencias es incierta y debería clarificarse.

1.º. El Libro blanco se refiere a la vez al Derecho comunitario y a la Carta Europea de la Autonomía Local respecto del principio de subsidiariedad. Sin embargo, la definición que se encuentra en el artículo 4.3 de la Carta y la del proyecto de Tratado que establece una Constitución para Europa (que retoma de hecho los términos del tratado vigente) no son exactamente iguales; además, la del Derecho comunitario sólo se refiere a las intervenciones de la Unión Europea, y ello no vale para las relaciones de Derecho interno.

2.º. Se presenta la reformulación propuesta de la cláusula general de competencia como una expresión del principio de subsidiariedad.

3.º. El principio de subsidiariedad se declina en otros cuatro principios (par. II.1.4.1, b): una presunción de competencia en favor de los municipios para el ejercicio de las competencias ejecutivas y administrativas; la obligación de justificar, en presencia de intereses locales, la atribución de una competencia material a administraciones del Estado o de las comunidades autónomas; la delegación de la competencia a cualquier colectividad local que lo solicite y tenga las capacidades; la condición de capacidad para el ejercicio de una competencia.

Dado el objetivo del Libro blanco, la referencia a la Carta Europea de la Autonomía Local sería suficiente. La cláusula general de competencia debería presentarse más bien como un principio de libertad, que puede combinarse con el principio de subsidiariedad, pero cuyo sentido es diferente. Se aplica, en efecto, a colectividades locales de niveles diferentes en la organización territorial, mientras que el principio de subsidiariedad conduce a designar el titular exclusivo de una competencia. Por último, la presunción de competencia en beneficio de los municipios para las actividades de naturaleza ejecutiva o administrativa deja pendiente la cuestión de saber si estas actividades, que pueden vincular-

se a competencias materiales del Estado o de las comunidades autónomas, deben ser, en este caso, consideradas como competencias propias de los municipios, o competencias delegadas. También cabría pensar que el enfoque en términos de subsidiariedad conduciría a superar esta distinción tradicional, recogida en la Carta Europea de la Autonomía Local (artículo 4.5), pero no es ésta aparentemente la posición del Libro blanco, puesto que, por el contrario, caracteriza la autonomía local por el hecho de que las competencias se ejercen “bajo la propia responsabilidad” de las colectividades locales, sin más controles que los jurisdiccionales (par. II.1.4.1, a; véase también la introducción de la sección II, par. 17). Ahora bien, esta distinción es esencial tanto desde el punto de vista de los controles que puedan ejercerse como de las modalidades de financiación. El Libro blanco debería clarificar su posición sobre esta cuestión. Como el Libro blanco se pronuncia varias veces en el sentido de que las competencias locales sean “plenas y enteras”, de acuerdo con las prescripciones de la Carta Europea de la Autonomía Local (artículo 4.4), a fin de que puedan ejercerse bajo la propia responsabilidad de las colectividades locales (lo que define el concepto de competencia propia), se puede deducir que las competencias ejercidas por los municipios que fueran “actividades de naturaleza ejecutiva o administrativa” ligadas a competencias del Estado o de las comunidades autónomas deberían ser consideradas como competencias delegadas. Además, aparte de los casos en que las actividades administrativas se refieren a competencias municipales, no se puede plantear que los municipios se apoderen de actividades administrativas vinculadas a competencias de las comunidades autónomas o del Estado sin que éstos, que detentan los medios, hayan reconocido o aceptado que los municipios se hagan cargo de estas actividades y hayan decidido, consecuentemente, la transferencia de los medios a estos últimos. Por este motivo, la presunción de competencia podía no tener, por sí misma, un alcance práctico.

En cuarto lugar, el Libro blanco propone, en virtud de los principios de diversidad, flexibilidad y de supletoriedad, que los municipios puedan solicitar el ejercicio de determinadas competencias a condición de demostrar su capacidad para ejercerlas (par. II.1.4.1, c). Esta técnica jurídica, muy favorable a la autonomía local, había sido prevista en Francia en la ley del 22 de julio de 1983 a propósito de las competencias relativas a la construcción, funcionamiento y equipamiento de los centros escolares de segundo grado: al estar la competencia atribuida según los casos a la región o al departamento, un municipio o agrupación de municipios puede reclamar el ejercicio de la competencia, y recibir de la colectividad titular de la competencia los recursos necesarios; se han previsto diversas formas contractuales de convocatoria de competencias en materia social en 1986, y otras más

en la ley del 13 de agosto de 2004 en relación con las responsabilidades locales. De esta forma, se pueden tener en cuenta las capacidades de las colectividades locales, sin poner en cuestión el reparto de competencias establecidas por la ley.

En este punto, el Libro blanco propone renunciar a los umbrales demográficos y atenerse a la capacidad efectiva del municipio para ejercer la competencia solicitada. La nueva LRBRL debería, por tanto, fijar las siguientes reglas: 1) declaración de la voluntad del municipio de asumir la competencia; 2) presentación por el municipio de un informe en el que demuestre su capacidad administrativa para asumir esta competencia; 3) adopción por el Consejo Municipal del reglamento relativo al ejercicio de la competencia y, si procede, de los instrumentos de programación y planificación, y 4) en ciertos casos, las leyes sectoriales podrían imponer condiciones relativas a la población, a la población atendida por el equipamiento o el servicio en cuestión, lo que puede llevar a exigir una forma de cooperación intermunicipal, etc. Este procedimiento sólo afecta a la convocatoria de competencias ejecutivas o administrativas, lo que se deduce del texto (par. II.1.1.2 *in fine*, y II.1.4.1, c), pero merecería estar claramente indicado y justificado. Sin embargo, el Libro blanco no es claro respecto de algunos puntos importantes:

—¿La transferencia de la competencia solicitada es de derecho si se cumplen las condiciones requeridas?

—¿La Administración pública a la que se solicita la competencia sigue siendo la titular y, en ese caso, cuál es el alcance?

—¿Quién evalúa si las condiciones requeridas por la ley se cumplen?

—¿La comunidad originalmente competente debe transferir la financiación correspondiente?, y ¿cómo se evalúa esta última? El Libro blanco deja suponer que este no sería el caso, por lo que sería poco probable que se ejerciera este derecho (par. II.1.4.7, al.2).

—Si esta colectividad niega la transferencia, ¿cómo se soluciona el desacuerdo: por recurso directo a la jurisdicción contencioso-administrativa, o está previsto (lo que sería preferible) un procedimiento administrativo de conciliación antes de un eventual recurso ante el juez?

Se debería completar el Libro blanco para responder a estas cuestiones.

## Conclusión

*Los expertos aprueban la orientación del Libro blanco tendente a expresar en la nueva LRBRL un nuevo modelo común de competencias locales. Esto parece necesario para garantizar el respeto de disposiciones constitucionales esenciales y no perjudica los derechos de las comunidades autónomas, si éstas conservan una libertad suficiente en la organización de las colectividades*

*locales y si la jurisprudencia constitucional garantiza que las situaciones particulares serán tenidas en cuenta.*

*Estiman que los principios generales que han de fundamentar este nuevo modelo común deberán estar definidos en la nueva LRBRL, para que puedan servir de base al control jurisdiccional.*

*Los expertos aprueban la propuesta de especificar los poderes relacionados a la vez que el objeto de las competencias, pero recuerdan que esta concepción sólo podría estabilizarse si la nueva LRBRL pudiera ser una ley orgánica.*

*Los expertos aprueban la definición de una lista mínima de competencias municipales, que constituyan un “núcleo intangible”, pero destacan el hecho de que la orientación del Libro blanco de definir las como “obligaciones concretas y auténticas” puede llevar a reducir su campo en relación con la actual situación. Sugieren empezar por una definición concreta del objeto y de los poderes que constituyen este núcleo intangible antes de deducir obligaciones concretas; pero este núcleo no podría reducirse a obligaciones. Por último, el Libro blanco especifica con razón que la ley nacional se limita a los aspectos fundamentales, y que las leyes regionales podrán adaptarlos a cada comunidad autónoma. Sin embargo, si se trata de establecer el contenido de un núcleo intangible de competencias locales, el Libro blanco debería añadir que la ley regional no puede en ningún caso definir las competencias locales, en cualquiera de las materias que figuren en este núcleo, de una manera más estrecha que la ley nacional.*

*Los expertos aprueban la propuesta de establecer una presunción de competencia en beneficio de las colectividades locales en materia administrativa, pero estiman que el Libro blanco debería indicar que la competencia ejercida entonces será considerada como una competencia delegada; estiman además que esta presunción de competencia podría, por sí sola, no tener un gran alcance práctico.*

*Los expertos aprueban la propuesta de introducir en la nueva LRBRL la técnica de convocatoria de competencia en beneficio de los municipios, a condición de que demuestren su capacidad para ejercer la competencia solicitada. Sin embargo, la viabilidad de este sistema supone que sus condiciones estén claramente definidas, y se debería completar el Libro blanco en este punto.*

## 2.3. Cláusula general de competencia

Lo que se denomina la cláusula general de competencia procede de la lectura de la Ley municipal francesa de 1884, y más concretamente del artículo sobre los poderes del Consejo Municipal: “El Consejo Municipal reglamenta por sus deliberaciones los asuntos del municipio” (hoy, CGCT: artículo L.2121-29). Esta ley renunciaba a la enumeración de las competencias del Consejo Municipal, como lo hacían las leyes anteriores, y abría

así al municipio un amplio campo de intervenciones posibles. Sin embargo, esto debía entenderse en el respeto de las leyes, bajo el control del juez, entonces bajo tutela del prefecto, y no impedía a la ley atribuir a autoridades del Estado o a centros públicos las funciones relativas a la administración de las materias que reglamentaba, de tal suerte que la cláusula general de competencia no ha impedido la centralización administrativa. Pero no era éste su objetivo; se trataba de un principio de libertad, no un principio de reparto de competencias; expresaba también la generalidad (la universalidad) de la capacidad jurídica, por oposición al principio de especialidad que caracterizaba, y sigue haciéndolo, los centros públicos: a diferencia de éstos, una iniciativa de una colectividad local no está condicionada por una habilitación específica para actuar basada en la ley.

La cláusula general de competencia está generalmente recogida en las leyes modernas de todos los países europeos en materia de administración local. Se la reconoce principalmente en el artículo 28 de la Ley fundamental alemana y, luego, en la legislación municipal de los *Länder*; ha sido introducida en el orden jurídico italiano por la Ley 142 de 1990, y se puede considerar que el Reino Unido la suscribe ampliamente en el *Local Government Act 2000*. La cláusula general de competencia está recogida en el párrafo 2 del artículo 4 de la Carta Europea de la Autonomía Local. La cláusula general se entiende hoy habitualmente como el poder, y la libertad, que tiene una colectividad local de intervenir en toda materia, a condición de que su acción esté justificada por un interés público local, sea conforme a la ley y no se sobreponga a las competencias atribuidas por la ley a otra autoridad pública.

El Libro blanco considera que la cláusula general de competencia no está claramente reconocida por la legislación vigente en España. Sólo se puede deducir de los artículos 25.1 y 28, así como de la segunda disposición transitoria de la LRBRL de 1985, y sólo en forma reducida: la capacidad de actuar en cualquier ámbito que no esté expresamente atribuido a otra administración pública, o prohibido para las colectividades locales, por ley. A esta definición restrictiva, opone (par. II.1.4.6) la definición que propone incluir en la ley, y que correspondería al “principio de universalidad de las competencias locales”, por referencia a la jurisprudencia constitucional alemana y a la posición de la doctrina española. Este principio significa “la capacidad genérica de asumir todos los asuntos de la comunidad local sin necesidad de que exista un previo título habilitante, aunque el legislador puede, con determinadas limitaciones, acordar la transferencia de tales asuntos a otro nivel de gobierno”.

En realidad, no existe ninguna diferencia material entre esta definición y la concepción más antigua, considerada como restrictiva, de la cláusula general de com-

petencia, puesto que el criterio de la competencia local ha de ser el vínculo con el interés local, y que la ley es quien decide de las reparticiones de las competencias materiales y de las condiciones de su ejercicio.

El verdadero interés del Derecho alemán a este respecto reside en el control de constitucionalidad. No sólo el Tribunal Constitucional Federal, sino más frecuentemente los tribunales constitucionales de los *Länder*, controlan, cuando se recurre a ellos, si las competencias atribuidas a otras autoridades administrativas no están ligadas a los asuntos de la “comunidad local”, y si existen motivos que justifiquen la transferencia de la competencia a una autoridad superior. Pero esta jurisprudencia interviene esencialmente en las relaciones entre municipio y distrito, para controlar las disposiciones legislativas del *Land* que transfieren una competencia del municipio al distrito, es decir, si esta competencia sobrepasa por sus dimensiones el marco municipal. Además, la jurisprudencia constitucional alemana reconoce la competencia del legislador para regular las competencias tanto de los municipios como de los distritos, a condición de no vaciar de su sustancia la autonomía local perjudicando a aquello que constituye su hipotético mínimo de competencias (*Kernbereichsschutz*), o de no delegar las competencias de Estado en unas condiciones que perjudicarían a la autonomía financiera de los municipios (pero la jurisprudencia no llega hasta el punto de deducir una exigencia de compensación de las cargas (BVerfGE 2001). El decreto esencial es el dictado el 23 de noviembre de 1988 en el asunto de Rastede, relativo a la transferencia a los distritos por la ley del *Land* de Baja Sajonia de la competencia para el tratamiento de los residuos urbanos sólidos, en aplicación de la ley federal; rechazo del recurso: (BVerfGE 79, 127, principalmente 147-153).

Se comprueba que la introducción de una formulación más firme de la cláusula general de competencia para reforzar la autonomía municipal sólo puede tener efectos en relación con la ampliación del recurso en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional. Esto supone que la formulación de esta disposición sea suficientemente concreta como para llevar al Tribunal Constitucional a examinar si una ley de la comunidad autónoma no reserva de forma injustificada a la comunidad autónoma y a su administración territorial una competencia material o atribuciones relacionadas, por su ámbito de aplicación territorial y por sus destinatarios, a los asuntos locales que corresponden a la competencia del municipio o, en su defecto, de la provincia, si el municipio u otras agrupaciones de municipios no tienen el tamaño o la capacidad necesarios para asumirlos en unas condiciones aceptables. La redacción de esta disposición de la futura LRBRL será, por tanto, muy delicada e importante, y deberá partir de un análisis fino de la jurisprudencia constitucional española.

## Conclusión

*Los expertos reconocen y subrayan la importancia de la cláusula general de competencia como expresión de una libertad de acción reconocida a las colectividades locales, pero no están convencidos de que la nueva formulación propuesta tenga realmente un alcance diferente a las disposiciones actuales. Consideran que una nueva formulación sólo interesa si abre la posibilidad de un control al juez constitucional, y sobre todo para oponerse a disposiciones legislativas regionales que darían de forma abusiva a la comunidad autónoma una competencia material o atribuciones que su ámbito de aplicación territorial o sus destinatarios vincularían a los asuntos locales.*

## 2.4. Competencia normativa local y legislación supletoria

El Libro blanco propone una ampliación audaz del poder normativo local en relación con el Estado y las comunidades autónomas, a fin de dar seguridad a la autonomía local y prevenir su sujeción a una normativa de aplicación estatal o regional demasiado detallada. El principio es el siguiente: cuando una ley, regional o estatal, atribuye una competencia nueva a las colectividades locales en tanto que competencia propia, los reglamentos de aplicación de esta ley que adoptarán el Gobierno o la Administración de la comunidad autónoma de acuerdo con su competencia, tendrán un carácter supletorio en relación con los reglamentos locales de aplicación que las colectividades locales adoptarán (par. II.1.4.2). Es decir, que sólo se aplicarán en los casos en que la colectividad local no haya decidido adoptar ella misma reglas de aplicación de la ley; en todo momento la colectividad local podrá decidir introducir sus propias reglas para la aplicación de la ley.

Esta medida, destinada indudablemente a proteger el poder normativo de las colectividades locales contra el desarrollo excesivo del poder normativo gubernamental y regional, no tiene, según nuestros conocimientos, equivalente en ningún Estado europeo. Aunque en todos los países se admite que los órganos de las colectividades locales puedan adoptar reglamentos para el ejercicio de sus competencias, es al Gobierno o al jefe del Gobierno a quien confía la Constitución el poder general de ejecución de las leyes y, por ende, el poder de hacer los reglamentos que requiere la ejecución de las leyes. Por consiguiente, el poder normativo local siempre tiene un carácter residual.

Ninguna disposición de la Constitución española parece oponerse a esta innovación. Según el artículo 97 de la Constitución española, “el Gobierno [...] ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Se puede deducir que la ley, y en este caso, la nueva Ley de bases del régimen local, podría determinar las condiciones de ejercicio o el alcance del poder reglamentario del Gobierno

en ciertos ámbitos, y prever así que, en virtud del principio de la autonomía local y del poder reglamentario que se deriva, los reglamentos gubernamentales relativos a materias dependientes de la competencia propia de las colectividades locales sólo tendrían un carácter supletorio. Por comparación, notemos que el artículo 21 de la Constitución francesa establece que el primer ministro “ejerce el poder reglamentario”, sin introducir las mismas reservas. Pero también se podría objetar que el texto citado sólo significa que el Gobierno debe respetar los límites y las condiciones que determine la ley en el ejercicio de su poder reglamentario y que, en cambio, la ley no podría de ninguna manera introducir una limitación del alcance general al poder reglamentario del Gobierno, dejando por ejemplo a las colectividades locales la posibilidad de descartar su aplicación en beneficio de sus propias normas.

En lo relativo a las comunidades autónomas, cabe preguntarse hasta qué punto la disposición propuesta por el Libro blanco no sobrepasa los límites de la competencia exclusiva del legislador nacional según el artículo 149.1.18, y se ajusta las disposiciones del artículo 152 (que sólo se refería inicialmente a las comunidades autónomas del artículo 151, pero cuyo contenido ha sido ampliado, *de facto*, a todas las comunidades autónomas), que establecen que las instituciones regionales deben disponer de “un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas”. No es seguro que la formulación del artículo 152 autorice la Ley de bases del régimen local a limitar el alcance de las funciones ejecutivas del Consejo de Gobierno. Además, los estatutos de las comunidades autónomas, que son “aprobados” en forma de leyes orgánicas por las Cortes Generales (artículo 81), tienen una fuerza jurídica superior a la de las leyes ordinarias del Estado. Ahora bien, en lo referente al poder reglamentario, su contenido no es homogéneo: por ejemplo, los estatutos de Cataluña (artículo 37) y del País Vasco (artículo 29) indican únicamente que el Consejo Ejecutivo (el Gobierno, respectivamente) ejerce las funciones “ejecutivas y administrativas”, pero los estatutos de Galicia (artículo 37), Aragón (artículo 24) o La Rioja (artículo 24) atribuyen formalmente el poder reglamentario al órgano ejecutivo de la comunidad autónoma; el de Andalucía (artículo 32) establece que corresponde al Consejo de Gobierno hacer reglamentos generales de aplicación de las leyes.

Pero, más allá de estas cuestiones, podemos interrogarnos sobre las consecuencias que puede tener la aplicación de la disposición propuesta. Para empezar, puede llevar al legislador, y sobre todo al legislador regional, a legislar más en detalle cuando desee evitar que determinadas colectividades locales introduzcan sus propios reglamentos. Nada se opone a ello, pues España no tiene ni en su Constitución, ni en los estatutos de las comunidades autónomas, disposiciones simi-

lares al artículo 34 de la Constitución francesa destinadas a limitar el ámbito de la ley. Otra reacción podría consistir en recurrir a la técnica del decreto ley, contemplada tanto en la Constitución (artículo 82) como en los estatutos de las comunidades autónomas, que los reglamentos locales no podrían apartar puesto que se trata de actos con rango de ley. Además, si se respeta el espíritu de la ley, es de temer que los reglamentos locales para la aplicación de las leyes que sustituirán a los reglamentos de aplicación elaborados por el poder ejecutivo adolezcan de un defecto de competencia de las administraciones locales en el ámbito jurídico (excepto en las grandes ciudades) o que su contenido se vea influenciado por grupos de interés bien aconsejados. Por último, existe el riesgo localmente de adoptar reglamentos cuyo objetivo sea en realidad obstaculizar la aplicación de la ley, haciéndola difícil, compleja o restrictiva, por parte de consejos municipales hostiles a la ley y/o que reflejen el sentir de la mayoría de sus electores. Por supuesto que habrá recursos, el control de legalidad podrá ser activado por la autoridad del Estado o de la comunidad autónoma, según el origen de la ley en cuestión, pero esto implicará la parálisis duradera de la aplicación de la ley. No es difícil imaginar los ámbitos en los que podría surgir este problema: construcción de vivienda social, aplicación de la legislación sobre la ayuda social, condiciones de acogida de personas itinerantes, sin domicilio fijo, etcétera.

Por este motivo, se podría proponer una versión más moderada de este poder normativo de las colectividades locales. La propia ley podría indicar los puntos que deberán ser reglamentados por el Gobierno exclusivamente, o de forma más general por el Ejecutivo, para la aplicación de la ley. En cuanto a las cuestiones no reservadas por ley al Gobierno, los reglamentos gubernamentales podrían tener un valor supletorio. Además, la nueva LRBRL podría establecer un procedimiento de intimación de la autoridad local y de sustitución, si la Administración pública competente para la aplicación de la ley en cuestión comprueba que las medidas adoptadas por la autoridad local son insuficientes para garantizar la aplicación de la ley. Pero esta solución más moderada plantea las mismas dudas jurídicas, que acabamos de mencionar, que la versión del Libro blanco.

### Conclusión

*Los expertos consideran que la propuesta de dar un carácter supletorio a las disposiciones normativas adoptadas para la aplicación de las leyes por el Gobierno nacional o los ejecutivos regionales, respectivamente y según el caso, de manera que las colectividades locales puedan en todo momento descartarlas en beneficio de las disposiciones que decidieran introducir, es excesiva. Por un lado, podría entrar en contradicción con las disposiciones relativas al poder normativo en la mayoría de*

*las leyes orgánicas con estatuto de comunidades autónomas. Por otro, podría conducir a estrategias locales tendientes a no aplicar la ley o a restringir su aplicación de diversas maneras. La ley debería conservar el poder de reservar determinadas medidas de aplicación al Gobierno, o al Ejecutivo regional respectivamente y, para los otros casos, la LRBRL debería prever un procedimiento de intimación y sustitución para prevenir la carencia o corregir la incorrecta aplicación de la ley.*

### 2.5. Observaciones sobre algunos ámbitos de la competencia municipal

a) La nueva LRBRL debería prever que los municipios son competentes para aprobar los planes de urbanismo relativos a su territorio, sin perjuicio de los límites derivados de la legislación sectorial para tener en cuenta intereses supramunicipales, lo que autoriza el mantenimiento del procedimiento actual de aprobación previa (par. II.1.4.3, e). Pero, en la presentación de las competencias materiales, el Libro blanco indica que la aprobación de los planes de urbanismo debería ser responsabilidad exclusiva de los municipios (par. II.1.5.4.). El Libro blanco debería pronunciarse más claramente sobre esta cuestión esencial. Actualmente, los planes de urbanismo están sometidos a la aprobación de las administraciones regionales. El principio de autonomía local justifica que se dé una mayor libertad en este ámbito a los municipios.

b) Se propone que los municipios puedan adoptar medidas de policía para el control de las actividades económicas en el territorio del municipio para la protección del medio ambiente, la salud y el bienestar de los habitantes, el urbanismo y la ordenación del territorio, o en general para “la defensa de los intereses locales” (par. II.1.4.3, f): la formulación de este motivo es demasiado amplia; los poderes de policía no deben poder utilizarse con fines proteccionistas o ajenos a los objetivos de la policía administrativa.

c) En lo relativo a los servicios urbanos (par. II.1.4.3, h): la nueva ley debe tener en cuenta el hecho de que algunos de los ámbitos mencionados (energía y telecomunicaciones, por ejemplo) están actualmente muy reglamentados por el Derecho comunitario; en este caso, la nueva LRBRL debe fundarse sobre la legislación sectorial y no a la inversa.

d) Los servicios cuyo acceso universal constituye la responsabilidad de las administraciones locales (par. II.1.4.5): las disposiciones propuestas deberían reemplazar las de los artículos 26 y 86.3 de la LRBRL de 1985. Definen una serie de servicios para los que las colectividades locales deben garantizar un acceso universal a todos sus habitantes. El Libro blanco se refiere aquí al Derecho comunitario y entiende proponer una definición de la competencia de las colectividades locales que

sea conforme con “la definición del servicio público en Derecho comunitario” (par. II.1.4, introducción, *in fine*). No es seguro que esta innovación sea acertada. En efecto, el concepto de servicio universal sólo se aplica, en el Derecho comunitario, a servicios de naturaleza económica; el concepto de servicio universal está previsto por las directivas comunitarias para las telecomunicaciones, la electricidad y el servicio postal. Estos sectores ya están abiertos a la competencia. Ahora bien, la Comisión Europea distingue los servicios mercantes de los no mercantes. Para el Tribunal de Justicia, todos los servicios de naturaleza económica han de ser explotados como servicios mercantes y, por tanto, sometidos al derecho de la competencia. Los servicios no mercantes no están sujetos al derecho de la competencia y, por lo que a estos servicios respecta, el concepto de servicio universal pierde su sentido, puesto que su propósito es que empresas en situación de competencia garanticen un determinado nivel de oferta de servicio, que deben ofrecer a toda persona que lo solicite, contra una compensación cuyas modalidades son reguladas por el poder público. Ahora bien, la lista de servicios cuyo acceso universal debería ser garantizado mezcla servicios mercantes y servicios no mercantes: por ejemplo, recogida de residuos sólidos urbanos, bibliotecas públicas, policía local, instalaciones deportivas, servicios sociales para personas dependientes. Este enfoque crea una confusión y deja pensar que todos estos servicios pueden o deben gestionarse como servicios de naturaleza económica, y por tanto respetando las reglas de la competencia, lo que por otra parte es posible en todos los casos mencionados, a condición de desearlo realmente. En tales condiciones, se debería abandonar el concepto de servicio de acceso universal, y es preferible seguir utilizando el antiguo concepto de servicio público, bien conocido en el Derecho español aunque en un sentido algo diferente del que tiene en el Derecho francés, y que tiene precisamente la ventaja de no ser utilizado por el Derecho comunitario (excepto en materia de transportes y a propósito de las obligaciones de servicio público), lo que evita presuponer la aplicación de un régimen de Derecho comunitario que en realidad sólo se impone en determinados casos (lo que el principio de subsidiariedad debería dejar suponer).

e) Vivienda (par. II.1.5.5): el Libro blanco propone dar a los municipios el poder de adoptar medidas para sancionar las prácticas especulativas y la retención de viviendas vacías con el fin de promover una oferta suficiente de las viviendas accesibles. Hay que pensar también en el caso en que las autoridades locales no deseen justamente favorecer una oferta de viviendas que atraería una población no deseada por los habitantes actuales. Por ello, es preciso prever un poder de substitución tras la intimación y/o medidas de fomento o sanciones

financieras en manos de la Administración pública de la comunidad autónoma o del Estado. En cambio, es bueno prever que los planes de vivienda deban contener una línea de financiación específica para la construcción de viviendas protegidas y para garantizar un parque suficiente de viviendas para alquiler.

f) Inmigración y cohesión social (par. II.1.5.14): el Libro blanco propone reforzar las competencias municipales en materia de inmigración para que las colectividades locales puedan desarrollar funciones efectivas de acogida e integración social. En efecto, estas funciones han de cumplirse a escala local. Sin embargo, se deben considerar otros dos factores. En primer lugar, los municipios están en una situación muy desigual ante tales funciones; por ello, se debe enviar una financiación adecuada a los municipios que, en este ámbito, tengan mayores cargas. En segundo lugar, se facilitará la tarea de los electos locales respecto de la población local si es para ellos una obligación acompañada de sanciones o medidas de substitución.

g) Desarrollo económico (par. II.1.5.18): el Libro blanco propone el reconocimiento de la competencia del municipio para gestionar cualquier actividad productiva, en competencia con las empresas privadas. Este párrafo parece haber sido redactado demasiado rápidamente. En efecto, no se puede considerar que los municipios se comprometan en una actividad económica si no es para responder a un interés público local. Además, esto supondría arriesgar las finanzas locales durante mucho tiempo en caso de malos resultados.

## Conclusión

*Los expertos formulan diferentes cuestiones y propuestas sobre las modificaciones planteadas por el Libro blanco en los diversos ámbitos de competencia material.*

*Sugieren que se suprima la aprobación previa de los planes de urbanismo por la comunidad autónoma.*

*Estiman que la “defensa de los intereses locales” es un concepto demasiado amplio para constituir un objetivo de la policía administrativa.*

*En los ámbitos reglamentados por el Derecho comunitario, la LRBRL sólo podrá basarse en la normativa comunitaria para definir la extensión de las competencias locales.*

*El concepto de “servicio cuyo acceso universal es responsabilidad de las colectividades locales” presenta el riesgo, por referencia al concepto de servicio universal, de incluir en el ámbito mercante unos servicios públicos de carácter administrativo. Sería preferible, por tanto, renunciar a este concepto.*

*En el ámbito de la vivienda, conviene considerar también el caso en que una colectividad local quisiera prevenir, no la especulación, sino la instalación en el municipio de categorías de población que los electores no desean.*

*En materia de inmigración, la ley debería tener en cuenta la desigual exposición de los municipios al problema de la acogida de los inmigrantes.*

*En materia de desarrollo económico, la ley debería seguir previniendo el compromiso de las colectividades locales en actividades económicas de riesgo.*

### 3. Estructuras territoriales y funcionamiento de instituciones y administraciones locales

España está formada por 17 comunidades autónomas, 50 provincias y 8.100 municipios, de los que 932 (11,5%) tienen menos de 100 habitantes, 1.651 entre 100 y 250 y 2.341 entre 250 y 1.000 habitantes. Sólo 57 municipios tienen más de 100.000 habitantes (pero agrupan el 40% de la población total). En total, el 90% de los municipios de España tienen menos de 5.000 habitantes. Esta fragmentación explica el escaso desarrollo de la autonomía local, y se invoca como uno de los motivos del fracaso del "Pacto Local", que debía ser la segunda descentralización de España. Pero no es el único, ya que no se puede decir que las comunidades autónomas, en periodo de crecimiento y afirmación institucional, hayan favorecido precisamente los poderes urbanos. El Libro blanco considera, por tanto, que la reforma de las estructuras territoriales es la condición para la segunda descentralización. Pero propone una reforma institucional más que una reforma territorial. Además, en este mismo sentido, el Libro blanco formula una serie de propuestas que tienden a reforzar las instituciones y la administración locales, en línea con la Ley 57/2003, de grandes ciudades.

Hoy, la reforma territorial es un tema controvertido en Europa. El Libro blanco aborda bien los problemas de fondo, pero opta por soluciones prudentes descartando la opción de una reforma radical. Conviene, por tanto, examinar los términos del debate a la luz de las opciones recogidas por el Libro blanco, lo que permitirá hacer una lectura crítica. Las otras orientaciones del Libro blanco sobre las cuestiones institucionales y administrativas son abordadas más rápidamente.

#### 3.1. La cuestión de la reforma territorial (capítulos 2.1 a 2.4)

El Libro blanco constata la fragmentación municipal del país sobre la que, añade el documento, "el Estado no puede actuar de forma directa". Partiendo de este Estado de hecho propone el mantenimiento del mapa municipal (II.2.5). En efecto, una reorganización territorial por fusión de municipios sería competencia de las comunidades autónomas (artículo 148.1.2 del ESTE) (véase también el Libro blanco, par. II.2.51). Es probablemente el motivo por el que el Libro blanco propone una reforma que afecta a las relaciones entre los municipios y las provincias, un reforzamiento del papel de las pro-

vincias y un desarrollo de la cooperación intermunicipal. La constelación específica entre los municipios, las provincias y la cooperación intermunicipal se denomina el "sistema local español" (II.2.6).

La cuestión de la reforma territorial, a escala municipal, viene figurando en el orden del día de casi todos los países europeos desde los años cincuenta, para adaptar las instituciones a la evolución socioeconómica y demográfica. Numerosos países han puesto en práctica planes de fusión de municipios (países nórdicos, Bélgica, Alemania, Reino Unido); otros no han emprendido tales reformas (España, Italia) o han fracasado (Francia) y se han vuelto hacia la cooperación y formas de organización supramunicipales para superar la fragmentación (por ejemplo, las comunidades de montaña de Italia, y las "ciudades metropolitanas" previstas por la legislación desde 1990 y constitucionalizadas en 2001; en Francia, en los últimos años se han impuesto diferentes fórmulas de cooperación, las más importantes de las cuales se conocen bajo el nombre de intermunicipalidades). Los Países Bajos son el ejemplo de un país que ha llevado a cabo de forma gradual la agrupación de los municipios mediante fusión desde hace más de treinta años. Sin embargo, el racionalismo administrativo y la confianza en el Estado que llevó a cabo las reformas de los años cincuenta a los años setenta, y que permitió superar los obstáculos, han perdido su influencia con la subida del neoliberalismo económico, la crisis del Estado providencia y la caída de los regímenes socialistas.

El ejemplo de Alemania presenta aquí cierto interés para España, pues la situación constitucional era bastante similar en los años setenta en Alemania a la que es hoy en España. La organización territorial era (y sigue siendo) una competencia exclusiva de los *Länder*. Sin embargo, en aquella época, el Gobierno federal de la antigua RFA pudo llevar a cabo una reforma territorial sobre cuyo sentido consiguió alcanzar un acuerdo con los *Länder*, cada uno de los cuales definió y puso en práctica posteriormente su propia reforma. Esta estrategia se refleja en una gran diversidad de resultados, conservando algunos *Länder* un tejido de municipios muy pequeños, pero agrupados en general en estructuras comunes o de cooperación obligatorias (por ejemplo, en Renania-Palatina o en Baviera), optando otros por grandes municipios (población media de 44.000 habitantes en Renania del Norte-Westfalia). Pero es interesante observar que, tras la unificación de Alemania, el intento de extender a los nuevos *Länder* (más de 7.000 municipios) la reforma territorial realizada en el oeste en los años setenta ha sido un fracaso.

Durante los últimos años, no hay prácticamente ejemplos logrados de reforma territorial mediante fusión de municipios. Sólo se puede citar la reforma municipal de Grecia de 1998, que parece ser un éxito, pero fue reali-

zada por el poder central en un país relativamente centralizado y con un plan de apoyo financiero importante a varios años. En Europa del Este, Lituania es el único país que ha realizado una reforma territorial por fusión; Letonia la ha emprendido pero con resultados modestos. En los demás países, se buscan soluciones mediante diferentes fórmulas de cooperación.

El Libro blanco opta también por esta vía. Al no existir competencia del Estado para modificar el mapa municipal, ni iniciativa de las comunidades autónomas para racionalizar su organización territorial, el Libro blanco preconiza un desarrollo de la intermunicipalidad refiriéndose a la experiencia francesa de los últimos años (par. II.2.50), y al principio de libertad de asociación de los municipios. Conviene, sin embargo, especificar que aunque la ley francesa formula, en efecto, el principio de la “libre voluntad de los municipios” (CGCT: artículo L.5210-1), dicho principio no obstaculiza la integración de un municipio en una comunidad de municipios contra su voluntad tras la votación por mayoría cualificada de la creación de ésta por los otros municipios del perímetro de consulta; tampoco obstaculiza la ampliación del perímetro de una comunidad de aglomeración contra la voluntad de un municipio que esté integrado en las mismas condiciones. El Libro blanco analiza también diversas formas de cooperación vigentes en España en las comunidades autónomas. Recomendamos que el Estado conduzca una acción de apoyo, sobre todo con medios financieros, a la formación de agrupaciones racionales de municipios, fundados en su consentimiento mutuo, en el consentimiento de las comunidades autónomas y de las diputaciones provinciales, que formen un territorio coherente en términos geográficos y socioeconómicos y asuman una serie de competencias que unan a esos municipios mediante un “denominador común” (par. II.2.59).

El Libro blanco aborda en el mismo espíritu la organización de grandes ciudades. Pero recuerda que, incluso en un país muy descentralizado, el Estado no puede desinteresarse del funcionamiento de los territorios que concentran la mayor parte de la población y las riquezas. Para las grandes conurbaciones, propone incluir en la nueva LRBRL los “convenios metropolitanos” como instrumento flexible de cooperación entre el Estado, las comunidades autónomas y las áreas metropolitanas institucionales o los municipios de las áreas metropolitanas funcionales con vista a establecer un proyecto común metropolitano, apoyado en la planificación de las inversiones y la coordinación de las grandes políticas públicas que afectan al territorio (par. II.2.65). Por último, el Libro blanco toma posición a favor de un estatuto especial para Madrid y Barcelona, con competencias y un régimen financiero específicos (par. II.2.66).

El juicio de los expertos sobre estas orientaciones está dividido.

Según uno de los expertos, reaparecen, a propósito de España, los términos de un antiguo debate sobre la alternativa entre, por un lado, la fusión (según el enfoque aplicado en Suecia, Reino Unido y, de alguna manera también, Alemania en los años sesenta y setenta) y, por otro, la cooperación (enfoque francés). Sin embargo, hay dudas en cuanto al resultado de esta estrategia. La agrupación de municipios por fusión es necesaria si se desea crear las condiciones (de tamaño territorial, demografía, economía, etc.) para el desarrollo de municipios con una fuerza política y funcional suficientemente. En Europa, Suecia representa el ejemplo convincente de un país que, tras la reforma territorial de 1974, entró en un proceso de reforzamiento de la capacidad política y funcional de los municipios. Al contrario, el desarrollo complicado de la “intermunicipalidad” de Francia parece demostrar que, a la larga, no funciona.

Según otro experto, al contrario, la experiencia de la aplicación de la reforma de 1999 muestra, en Francia, que la intermunicipalidad es una alternativa viable a la fusión de municipios. Si bien la cooperación intermunicipal ha sido durante mucho tiempo una solución insuficiente para la fragmentación municipal, por lo menos en lo que respecta al desarrollo económico y al ordenamiento del territorio (pues ha permitido garantizar un buen nivel de servicios para la población), lo que hoy se denomina la intermunicipalidad, ha conducido a una verdadera revolución silenciosa en la organización territorial francesa, probablemente mucho más importante a largo plazo que la laboriosa reforma de la descentralización de 2002-2003. Las intermunicipalidades son centros públicos de cooperación que agrupan, según tres fórmulas diferenciadas por la amplitud y el grado de integración de las competencias y del poder fiscal, las funciones estratégicas de competencia municipal en el marco de un “perímetro” funcional definido sobre la base de datos demográficos y socioeconómicos (el concepto de área urbana del INSEE). El éxito ha sido posible porque se dan cuatro condiciones: i) una legislación coherente que ha impuesto a los municipios una solidaridad entre ellos (impuesto sobre las actividades económicas único en las aglomeraciones); ii) incentivos financieros importantes y limitados en el tiempo; iii) la creación por mayoría cualificada de los municipios consultados, que permite superar la oposición de ciertos municipios; iv) el papel discreto pero esencial de los prefectos, que tenían poder para influir en los perímetros y no crear intermunicipalidades cuyo perímetro no fuera viable u obstaculizara la formación de agrupaciones que dictaba la lógica económica y demográfica (conflictos entre ciudades céntricas y municipios periféricos desarrollados por el fenómeno de periurbanización). El 1 de enero de 2005, el número de agrupaciones de municipios con tributación propia es de 2.525; totalizan 32.311 municipios y 52,3 millones de habitantes. Las

14 comunidades urbanas agrupan 355 municipios y 6,2 millones de habitantes y las 162 comunidades de aglomeración 2.750 municipios y 20,4 millones de habitantes. Quedan aún 4.373 municipios y 9,9 millones de habitantes fuera de la intermunicipalidad. Los principales problemas que permanecen son la construcción de la legitimidad de las intermunicipalidades, que requieren la eliminación de los obstáculos políticos para la elección por sufragio directo de los consejeros, la ampliación de los perímetros de ciertas intermunicipalidades, el tiempo necesario para las transferencias de personal y de servicios a las intermunicipalidades. La ley del 13 de agosto de 2004 simplifica el régimen de las intermunicipalidades y permite su fusión voluntaria y su transformación en el sentido de una mayor integración. Tratándose de España, conviene recordar que las grandes aglomeraciones no tienen un número muy elevado de municipios, en comparación con Francia; la fragmentación municipal es mayor en la zona rural.

Por último, el tercer experto comparte la idea contenida en el Libro blanco de que un proyecto de reforma del gobierno local, a la vez que respeta la libertad y la voluntad de los municipios de asociarse, debe apuntar a la racionalización de los modelos asociativos. Es partidario de un enfoque funcional más que estructural de los modelos asociativos, que resulta más flexible y mejor adaptado a una gestión eficaz y eficiente de los servicios de dimensión supra-municipal destinados a satisfacer las diversas comunidades. Se opone, por el contrario, a la propuesta hipotética de crear un “denominador común” respecto de las competencias, sobre la base de un acuerdo entre las comunidades autónomas, las provincias y los municipios. Este enfoque parece estar en contradicción con un modelo de tipo asociativo y contractual. El recurso al convenio podría ser la forma asociativa más elemental, pero también más eficaz. De hecho, implica la iniciativa voluntaria de las colectividades locales y se concretiza en un acuerdo por el que se establecen los objetivos, la duración, las modalidades de consulta, los informes financieros y las garantías. Es evidente que el éxito de este modelo asociativo dependerá del grado de transferencia de las competencias a favor de los municipios, pero la asociación también podría condicionar la transferencia. Sin embargo, el principio de subsidiariedad debe permitir que los más pequeños municipios puedan satisfacer sus propias exigencias, en lo relativo a una oferta adecuada de servicios públicos. Por tanto, cuando el legislador estatal inicie el proceso de transferencia de las competencias, deberá asegurarse de que la organización administrativa sea la adecuada.

En lo relativo a las áreas metropolitanas, este último experto piensa que la nueva LRBRL debería considerar los contratos metropolitanos como instrumentos voluntarios y flexibles de colaboración entre el Estado, las comunidades autónomas y las áreas metropolitanas.

Evidentemente, esta opción debería ser incentivada por mecanismos de cooperación y solidaridad territorial entre los municipios, a fin de suministrar servicios públicos más eficientes y eficaces en la zona determinada. El contrato debería también contemplar la transferencia de recursos financieros adecuados. Se trata de un modelo que, comparado con las otras formas asociativas entre municipios, permitiría hacer proyectos a largo plazo coordinando las grandes políticas públicas relacionadas con el urbanismo, los transportes, el medio ambiente, la seguridad de los ciudadanos y el desarrollo económico local. El Libro blanco distingue entre “áreas metropolitanas institucionales” y “municipios de áreas metropolitanas funcionales”. El primer modelo está más orientado a un sistema estructural, con una organización del poder y de la distribución de las competencias que le sería propia. El riesgo inherente a esta opción, en ausencia de un método de cooperación, consiste en la posibilidad de competencia y conflicto con las comunidades autónomas y las provincias. Por el contrario, el modelo funcional parece más adaptado a la institución del convenio.

### Conclusión

*Aunque los expertos estén divididos sobre la opción propuesta por el Libro blanco en materia de reforma territorial, están de acuerdo en considerar que el Libro blanco debería debatir más en profundidad las ventajas y los inconvenientes de las diferentes opciones posibles en el contexto de España.*

*También están de acuerdo en apoyar la propuesta de desarrollar formas nuevas de intermunicipalidad, por lo menos como solución de segundo rango, y en apoyar la propuesta de los convenios metropolitanos, por el motivo evidente de que el Estado no puede desinteresarse de la organización y del desarrollo de las áreas urbanas que agrupan la mayoría de la población de España.*

### 3.2. Competencia supletoria e “intermunicipalidad” de las provincias

Los autores del Libro blanco adoptan una postura algo ambigua respecto de las provincias.

Por un lado, les atribuyen una posición crucial en tanto que segundo nivel de “gobierno local”. Sobre todo, en las relaciones con las comunidades autónomas el Libro blanco propone que la posición de las provincias sea reforzada e, institucionalmente, mejor garantizada que hasta ahora. Al mismo tiempo, la posición y la función de las provincias hacia los municipios se definen como de naturaleza técnica, instrumental y de apoyo a los municipios. Deberían ser, según el Libro blanco, “una institución instrumental donde el protagonismo y la legitimidad la tengan los alcaldes” (par. II.2.22). Es significativo que el Libro blanco no debata la posibilidad de reforzar

las provincias “políticamente” por introducción de la elección directa de las diputaciones de las provincias. En lugar de ello, el Libro blanco propone que un consejo de alcaldes sea elegido, para reforzar, según el Libro blanco, la “legitimidad democrática” de las provincias.

Esta retención del Libro blanco en lo relativo a un reforzamiento político de las provincias es sin duda sorprendente, si tenemos en cuenta que todos los otros países vecinos (incluida Alemania, que tiene un sistema federal) tienen sistemas de gobierno local con un segundo nivel que procede también de una elección directa por los ciudadanos (como los *Kreise* de Alemania, los consejos de condado de Suecia, los consejos de condado de Inglaterra, los consejos provinciales de Italia). Se puede ver en ello un índice de la voluntad de los autores del Libro blanco de evitar una orientación de reforma demasiado radical.

Pero también se puede ver una solución coherente en relación con el objetivo estratégico, que consiste en reforzar los municipios, y no las provincias en sí. Por ello, la reforma propuesta tiende a reforzar el control de los alcaldes en las provincias. Si nos colocamos en el marco del enfoque propuesto por los autores del Libro blanco, es perfectamente coherente preconizar que las relaciones (interorganizativas e interinstitucionales) entre los municipios y las provincias estén ancladas en el “trabajo en red” (par. II.2.30). Por tanto, las observaciones críticas del Libro blanco sobre los “planes provinciales de obras y servicios” (que datan del antiguo régimen) son comprensibles y parecen bien fundadas (par. II.2.36).

## Conclusión

*Los expertos no consideran que la elección indirecta y la creación del Consejo de Alcaldes sean las mejores formas de reforzar la legitimidad democrática de las provincias, pero anotan que el objetivo de la reforma, sobre este punto, no es en sí reforzar las provincias sino reforzar los municipios a través de ellas.*

## 3.3. Las instituciones (capítulo 3)

### 3.3.1. Institucionalización del “gobierno local”

El Libro blanco basa sus reflexiones y propuestas para una reforma de las instituciones del gobierno local en un análisis detallado y sopesado del concepto original de la legislación de 1985 y de los cambios que se han producido posteriormente, la última vez por la ley de 2003.

El bosquejo histórico expone que la legislación de 1985 estaba inspirada en una concepción “corporatista”, que regula las relaciones entre el consejo elegido y el alcalde (elegido por y entre los consejeros), en la medida en que los dos “órganos” compartían ampliamente las funciones ejecutivas. Se podría hablar de un sistema

“monista” con algunos elementos “dualistas” (en relación con algunas competencias que ejercía el alcalde en tanto que alcalde / “*chief executive*”).

Con la reforma de 1999, este sistema local da un paso hacia un sistema más explícitamente “dualista” (y, a la vez, “parlamentario”): las competencias de los consejos municipales en la toma de decisión sobre tareas administrativas “cotidianas” eran reducidas y, por consiguiente, las del alcalde aumentaban en estas materias.

La reforma legislativa (LRBRL) de 2003 ha fomentado y acentuado esta división (“dualista”) de las funciones entre el Consejo y el alcalde concentrando las funciones del Consejo en la toma de decisiones generales y en el “control”. Al mismo tiempo, los poderes “ejecutivos” del alcalde seguían siendo amplios. El Libro blanco identifica con razón este desarrollo como una “parlamentarización” del sistema local introduciendo la idea de una separación de poderes (en el fondo, ¡material más que formal!).

La legislación de 1999 ha introducido una distinción entre municipios de tamaño diferente: en general entre los municipios de menos de 75.000 habitantes y los de más de 75.000. Entre estos últimos, la ley introduce otras distinciones (artículo 121).

En relación con los municipios de más de 75.000 habitantes, la ley lleva la “parlamentarización” hasta la institución de una “Comisión de Gobierno Local” nombrada (y dimitida de sus funciones) por el alcalde a su discreción. El Libro blanco anota con razón un “acercamiento” con las estructuras políticas y gubernamentales del Estado y de las comunidades autónomas. Puesto que la “Comisión de Gobierno Local” opera como un “consejo de ministros” local (con miembros / “ministros locales” que dirigen sus unidades y sectores administrativos, hasta entonces bajo el liderazgo “monocrático” del alcalde), lleva en ella el potencial de llevar a la práctica una administración local operativa y eficaz.

Aprobando y apoyando esta concepción clave de una “parlamentarización” de las instituciones locales, el Libro blanco propone ampliar esta fórmula a los municipios de más de 50.000 habitantes. Esta propuesta parece fundamentada.

### 3.3.2. Procedimientos en los consejos municipales

Según la lógica de la “parlamentarización”, el Libro blanco subraya la importancia de garantizar y reforzar los derechos de las minorías, incluido de los consejeros individualmente, y sobre todo de la “oposición” (casi parlamentaria) dentro de los consejos. Después de haber anotado este punto ya en la introducción (requiriendo “una definición adecuada del arreglo institucional de la oposición”), el Libro blanco lo retoma proponiendo la introducción de derechos procedimentales en los reglamentos de consejos municipales en tanto que derechos de las minorías (par. II.3.13).

Estas consideraciones y propuestas parecen justificadas.

### 3.3.3. Descentralización y participación en las municipalidades

Al examinar (y aprobar) los cambios de la legislación de 2003 (específicamente el artículo 128), el Libro blanco subraya la importancia de la descentralización de las estructuras administrativas y políticas en las grandes ciudades y la necesidad de ampliar los procedimientos e instrumentos que abren y apoyan la participación de los residentes locales (defensores del pueblo locales, oficinas de quejas, etcétera).

Aunque el argumento del Libro blanco sea totalmente convincente, conviene señalar que sus consideraciones y propuestas se limitan a las ciudades de más de 250.000 habitantes (de acuerdo con la legislación de 2003). Habría que reconsiderar este límite de tamaño, porque sería muy razonable extender esta estrategia de desconcentración e institucionalización de las formas de participación a ciudades menos importantes.

### 3.3.4. Elecciones locales

#### *Sistema electoral*

Hasta ahora, el sistema electoral local distingue dos fórmulas, la primera de las cuales es una elección mayoritaria plurinominal, en los municipios más pequeños, y la otra es una elección de listas cerradas.

El Libro blanco debate un cambio menor, consistente en introducir el voto preferente en la elección de listas cerradas. Se muestra sorprendentemente tímido en relación con este cambio muy modesto. Señala que esta medida “podría fomentar comportamientos demagógicos o rivalidades internas en los partidos”. Cuando debate los argumentos en favor y en contra, el Libro blanco querría descartar (si se introdujera este cambio) el “peligro” para el “líder” de la lista de perder el “primer lugar”. El Libro blanco parece reflejar aquí un concepto bastante estrecho de la política local.

#### *La cuestión de la elección directa del alcalde*

Actualmente, el alcalde es elegido por y en el Consejo Municipal. El Libro blanco señala que, en realidad (y como es el caso también en Francia), el alcalde, aunque *formalmente* elegido por el Consejo, en realidad es *práctica y materialmente* elegido (cuasi) directamente.

Para responder, sin duda, a un debate político que se ha abierto a este respecto en España, el Libro blanco, que pone de manifiesto ciertos inconvenientes que podría acarrear una elección directa (sistema que se ha extendido en diversos países durante los últimos años, pero que acaba de ser rechazado en los Países Bajos en el mes de marzo de 2005), intenta responder a este movimiento proponiendo incrementar la parte de elección directa según modalidades que variarían en función del tamaño del municipio.

Esta reforma sería difícilmente comprendida por el cuerpo elector y no parece interesante. Si no interesa introducir una verdadera elección directa, es preferible conservar el sistema actual.

### 3.3.5. Formación de los órganos (deliberantes y ejecutivos) de las provincias

Dada la importancia que el Libro blanco concede a las provincias, sorprende que la formación de los órganos deliberantes (diputaciones) y ejecutivos (Comisión de Gobierno provincial) sólo se trate “de pasada” (par. II.3.22).

Sería preferible que el Libro blanco desarrollara los motivos de la opción de mantener la elección por sufragio indirecto.

### 3.3.6. La participación de los habitantes (vecinos)

El Libro blanco subraya (y aprueba) las reformas introducidas por la ley de 2003 (véanse artículos 69 y ss.) para extender y reforzar los procedimientos e instrumentos de participación de los “vecinos” en los asuntos del municipio.

El Libro blanco recomienda ampliar estos derechos e instrumentos (4.14) y propone un catálogo de medidas legislativas y prácticas totalmente realistas y que merecen ser examinadas con detenimiento.

Sin embargo, la posición del Libro blanco con respecto al referéndum (decisorio) en tanto que instrumento de la democracia directa parece algo reservada. Podemos compartir la posición del Libro blanco tendente a superar la oposición entre democracia directa y democracia representativa. Conviene señalar que, según la LRBRL de 1985, las formas de participación “no podrán en ningún caso menoscabar” (artículo 69) los poderes del Consejo Municipal.

El Libro blanco parece dejar abierto la cuestión (crucial). El Libro blanco debería tomar posición sobre la cuestión de saber si (y eventualmente en qué casos) el referéndum decisorio ha de ser introducido como alternativa en la votación del Consejo Municipal.

### Conclusión

*Los expertos aprueban las medidas propuestas por el Libro blanco de introducir una mayor separación de los poderes en las instituciones locales, reforzar los derechos procedimentales de los miembros de los consejos y ampliar a las ciudades de más de 50.000 habitantes las medidas institucionales introducidas por la reforma de 2003.*

*En cambio, los argumentos presentados por el Libro blanco en relación con las modalidades de elección de los consejeros municipales y la elección directa del alcalde llevan a los expertos a considerar que ningún argumento es convincente para modificar el sistema actual. El Libro blanco tampoco resulta convincente sobre la cuestión del referéndum local, y debería tomar posición sobre la cuestión de saber si conviene o no introducir el referéndum decisorio.*

### 3.4. La organización administrativa y el personal

Las secciones en las que el Libro blanco aborda las cuestiones de la organización (administrativa) interna de los municipios y del sistema de empleo público local son de una importancia eminente. Aunque los argumentos estén bien pensados, podrían y deberían presentarse de una forma mejor organizada. Hemos de admitir que se trata de un tema más difícil de penetrar para un observador extranjero.

Los dos complejos (organización/reorganización interna de la Administración por un lado, y contratación, cualificación, carreras, etc., de los funcionarios/empleados públicos por otro) están íntimamente ligados, pero han de ser tratados por separado.

En primer lugar, conviene recordar que existen 8.100 municipios en España, de los que el noventa por ciento tienen menos de 5.000 habitantes. En otros términos, en la gran mayoría de municipios, la cuestión de una administración propia con personal propio no se plantea (lo que explica la gran esperanza en el apoyo de la provincia y en la intermunicipalidad). Actualmente, unas 560.000 personas trabajan en los municipios, de las cuales 440.000 son empleados laborales y 120.000 son funcionarios. Entre estos últimos, 5.500 tienen una habilitación nacional. Son funcionarios de Estado, han estudiado en el Instituto Nacional de Administración Pública y, en el pasado, formaban el “cuerpo” tradicional. Este cuerpo desempeña una función crucial en el ejercicio de control del Estado a nivel local (Libro blanco, par. II.6.3.2). Hasta ahora, estos funcionarios con habilitación nacional son funcionarios de Estado integrados en las administraciones locales. Qué duda cabe que este grupo (denominado por simplificar “funcionarios de Estado”) plantea un problema especial en la reestructuración de la Administración municipal y de su personal, como lo señala y destaca el Libro blanco.

#### 3.4.1. Gestión y organización administrativa

Cuando debate sobre los problemas de la reorganización de la administración local, el Libro blanco utiliza conceptos que están en boga en los debates internacionales utilizando términos como “*New Public Management*” y “gobernanza” (par. II.6.12). En este contexto, el Libro blanco trata de combinar los principios de la Administración “antigua” (jerárquica y muy anclada en el pasado administrativo del país) con las exigencias de una administración “moderna” (desjerarquizada, flexibilizada, de gestión, etc.). Por tanto, el Libro blanco establece la distinción, por una parte, entre la función administrativa del “gestor” que gestiona las operaciones administrativas y una función “estratégica” (y, además, política) que el Libro blanco denomina “directiva” (lo que podría traducirse en inglés como “*administrative leadership*”).

Evidentemente, el Libro blanco se mantiene siempre en una fase previa al debate en profundidad de las cuestiones de reorganización, en la tensión entre la Administración “clásica” (“weberiana”) y los conceptos (y “prescripciones”) del *New Public Management*. Sin poder profundizar más en este tema, conviene destacar que, en la discusión actual, la “nueva ola” del *New Public Management* parece haber perdido por lo menos una parte de su vigencia y las reflexiones sobre los principios de la “burocracia clásica” (weberiana o tal vez neo-weberiana) recuperan terreno. En este sentido, el propio Libro blanco refleja los problemas y tensiones que se deben superar.

A este respecto, conviene añadir que el Libro blanco, extendiéndose sobre el perfil del “gubernativo” (*chief executive, administrative leader*) y su contexto político, omite abordar la función eminente que puede (y debe) desempeñar el alcalde en tanto que el enlace “natural” y estructural entre la Administración y la política local. Se debería indudablemente completar el Libro blanco en este sentido.

#### 3.4.2. El personal

El Libro blanco muestra de forma convincente que la reforma de la función pública, sobre todo de la función pública local y la función futura de los “funcionarios de Estado” (que trabajan en las administraciones locales) son problemas clave a resolver.

En lo que respecta a los “funcionarios de Estado”, la disposición de la LRBRL de 1985 según la cual las posiciones clave (relativas a la aplicación de la ley y al control de las finanzas municipales, artículo 92.3) están reservadas a “funcionarios de Estado” (con habilitación de carácter nacional) sigue vigente.

La posición siempre privilegiada de los “funcionarios de Estado” para la ocupación de los puestos superiores en la Administración municipal se ha visto trastocada por la reforma de 2003, que da a los municipios de más de 50.000 habitantes la posibilidad de nombrar en puestos de dirección a “funcionarios de todos los niveles de gobierno” (artículo 130.3), y ya no sólo a “funcionarios de Estado”. Por este motivo, el “antiguo” artículo 92.3 ha sido prácticamente eliminado.

Es, por tanto, perfectamente comprensible que el Libro blanco sea casi entusiasta cuando dice del artículo 130 que es “una de las grandes ideas” (par. II.3.23) que abre un “mercado del empleo” para funcionarios cualificados (aparte de los funcionarios de Estado). Basándose en el mismo argumento, el Libro blanco propone la formación de un “núcleo de funcionarios locales”.

El Libro blanco es totalmente convincente cuando señala que la modernización de las organizaciones administrativas y del régimen del personal constituyen la tarea clave de la modernización del sector público de España.

### **Conclusión**

*Los expertos aprueban la importancia dada por el Libro blanco a la modernización administrativa y a la reforma del régimen del personal.*

*Aprueban la orientación propuesta de armonizar los regímenes aplicables y favorecer la movilidad de los funcionarios de Estado y de los funcionarios locales para acceder a los empleos de gestión de las colectividades locales.*

*Atraen sin embargo la atención sobre el reflujo reciente de la moda del New Public Management en los países que más se habían comprometido en este sentido. ■*

## Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa

José Luis Requero Ibáñez

*Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo.*

*Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

1. Introducción.
2. Principios del procedimiento de ejecución.
  - 2.1. Incorporación de principios constitucionales. 2.2. Competencia del Tribunal. 2.3. Respeto a lo fallado. 2.4. Sanción de nulidad de los actos y disposiciones contrarios a la ejecutoria. 2.5. Flexibilidad de medidas para procurar la ejecución. 2.6. Principios dispositivo y de impulso de oficio. 2.6.1. Actuación de oficio del juez o tribunal. 2.6.2. Actuaciones a instancia de parte. 2.7. Audiencia. 2.8. Diversidad de interesados en la ejecución. 2.9. Órgano administrativo competente para conocer de la ejecución.
3. Procedimiento general de ejecución.
  - 3.1. Fase previa a la ejecución: comunicación de la sentencia. 3.2. Actuación administrativa siguiente y plazos de ejecución. 3.3. Ejecución consistente en el pago de cantidad líquida. 3.3.1. Reglas para condenas de pago de cantidades ilíquidas. 3.3.2. Garantía de cumplimiento. 3.3.3. El problema del devengo de intereses. 3.3.3.1. Intereses moratorios. 3.3.3.2. Intereses sancionadores. 3.4. Medidas complementarias para la garantía de la eficacia de lo fallado. 3.4.1. Caso de anulación total o parcial de actos. 3.4.2. Caso de anulación total o parcial de disposiciones generales o de actos con destinatario plural. 3.4.3. Reglas procedimentales.
4. Procedimientos especiales de ejecución.
  - 4.1. Procedimiento incidental general. 4.1.1. Legitimación activa. 4.1.2. Objeto. 4.1.3. Tramitación. 4.2. Procedimiento de declaración de nulidad de actos o disposiciones que contraríen lo ejecutoriado. 4.2.1. Objeto y procedimiento. 4.2.2. La competencia y sus problemas. 4.2.3. Legitimación. 4.2.4. Relación con los casos de imposibilidad legal o material. 4.3. Procedimiento para los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar una sentencia. 4.3.1. Legitimación. 4.3.2. Plazo para plantearlo. 4.3.3. Tramitación. 4.3.4. Cognición. 4.4. Procedimiento para los supuestos de expropiación de sentencias. 4.4.1. Objeto. 4.4.2. Planteamiento y cognición judicial. 4.4.3. Administración legitimada. 4.5. Procedimiento en caso de trastorno grave de la Hacienda. 4.5.1. Objeto o cognición. 4.5.2. Legitimación. 4.5.3. Procedimiento. 4.6. Procedimientos de ejecución forzosa. 4.6.1. Qué se entiende por ejecución forzosa respecto de condenas judiciales a las administraciones. 4.6.2. Medios de ejecución forzosa. 4.6.3. Ejecución forzosa de condenas de pagar cantidad líquida. 4.6.4. Ejecución forzosa de condenas de hacer y no hacer. 4.7. Procedimientos de extensión de los efectos de una sentencia a quienes estén en la misma situación jurídica. 4.7.1. Procedimiento del artículo 110. 4.7.1.1. Caracterización. 4.7.1.2. Ámbito material. 4.7.1.3. Presupuestos del procedimiento. 4.7.1.4. Procedimiento. 4.7.1.5. Cuestión litigiosa. 4.7.2. Procedimiento del artículo 111. 4.8. Procedimiento de ejecución de transacciones judiciales.
5. Ejecución provisional.
  - 5.1. Supuestos. 5.2. Trámites.
6. Recursos contra autos dictados en ejecución y aplicabilidad de la LEC.
  - 6.1. Recursos contra autos dictados en fase de ejecución. 6.2. Aplicación supletoria de la LEC. 6.2.1. Condenas de pago de cantidad de dinero y reserva de liquidación. 6.2.2. Liquidación de intereses. 6.2.3. Condenas de hacer. 6.2.4. Ejecución en el equivalente. 6.2.5. Ejecución provisional de sentencias.

## 1. Introducción

Llevado del afán de incrementar las garantías en la ejecución de sentencias, según reza la exposición de motivos (VI.3), la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA)<sup>1</sup> regula varios procedimientos aplicables a esta fase del proceso contencioso-administrativo. Esta norma, respecto de la ley de 1956, ha hecho un importante esfuerzo para clarificar estos procedimientos y cohesionarlos con otras normas que incidían en la materia, en especial el artículo 18 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). De esta forma, distinguiremos entre el procedimiento general y los procedimientos especiales.

A estos efectos, por procedimientos especiales entenderemos las reglas que prevé la LJCA en los supuestos en los que la ejecución se desenvuelve con arreglo a reglas específicas (vgr. ejecución de sentencias en asuntos repetitivos, ejecución forzosa, etc.), como los casos en los que en la ejecución surge alguna de sus patologías (vgr. imposibilidad legal o material). Frente a esos supuestos, el procedimiento general es aquel en el que se regula el supuesto de ejecución no patológico, y así fija las reglas generales o comunes de ejecución.

Hay que señalar que estas reglas son aplicables no sólo a los supuestos de ejecución de sentencias, sino también a los supuestos de finalización transaccional y a los autos acordando la medidas cautelares tal y como prevé el artículo 134.1, salvo lo referente al artículo 104.2 sobre ejecución forzosa.

## 2. Principios del procedimiento de ejecución

De la LJCA podemos deducir las siguientes coordenadas, que es básico tener presentes para captar el sentido que tiene en la actualidad el régimen de ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo.

### 2.1. Incorporación de principios constitucionales

La LJCA incorpora expresamente los principios ya recogidos en la Constitución, como ocurre con el artículo 103.1, 2 y 3 si se le relaciona con el artículo 118 de la CE.

### 2.2. Competencia del Tribunal

En consonancia con la práctica de los tribunales más la doctrina del Tribunal Constitucional, la LJCA se basa ya expresamente en el principio de titularidad judicial de la potestad de ejecución de sentencias, principio que abre

a modo de pórtico la nueva regulación y que expresamente se incorpora en el artículo 103.1 en consonancia con el artículo 117.3 de la Constitución.

La ejecución corresponde al Tribunal, si bien determinadas actuaciones deberán ser efectuadas o llevadas a cabo por la Administración en el ejercicio de potestades que sólo ella tiene. Esto lleva a que el Tribunal podrá servirse de la Administración como instrumento de ejecución.

### 2.3. Respeto a lo fallado

Tal y como señala el artículo 18.2 de la LOPJ, la sentencia ha de ser cumplida en sus propios términos. Este principio, reconocido expresamente en el artículo 103.2 *in fine*, se refuerza en el párrafo 4, que sanciona con la nulidad de pleno derecho a los actos que se aparten de lo fallado; en el artículo 104.1 se vuelve sobre este extremo en la llamada a que se “lleve a puro y debido efecto” la sentencia o cuando en el artículo 109.1 se veta expresamente la posibilidad de “contrariar el contenido del fallo”.

El respeto a lo fallado queda ligado al principio de congruencia en fase de ejecución. Significa que si no es posible dar todo lo que la sentencia dice que haya de darse o reconocerse, ha de suplirse esa carencia en la forma más satisfactoria según cada caso concreto, incluso mediante su equivalente económico. Y a su vez, tal principio significa que no puede darse más de lo que se haya reconocido, si bien en el fallo puede haber pronunciamientos expresos y otros que sean implícitos.

### 2.4. Sanción de nulidad de los actos y disposiciones contrarios a la ejecutoria

Es consecuencia del anterior y así la LJCA integra el artículo 62.1.g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, al prever un supuesto de nulidad de pleno derecho de actos y reglamentos. Según el artículo 103.4, que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones “contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”. Respecto de los reglamentos posteriores, este precepto debe ponerse en relación con los supuestos de imposibilidad legal del artículo 105.2, que más adelante se analizará.

### 2.5. Flexibilidad de medidas para procurar la ejecución

La LJCA se dirige tanto a la Administración como al Tribunal conminándoles para que se cumpla la sentencia, debiendo para ello adoptar las medidas que sean

1. El presente trabajo se basa en otro que ya publiqué en su día bajo el título “Ejecución de sentencias en el proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Procedimientos” (*La Ley*, núm. 4570, 25 de junio de

1998). Algunas de las opiniones allí sostenidas se han reconsiderado en sí y, en todo caso, a la vista de la redacción final de la ley.

necesarias. En lo que a la Administración, el artículo 104.1 conmina al órgano a quien corresponda para que “lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo”. En cuanto al Tribunal, si bien la LJCA incluye dentro de lo que denominaremos *procedimientos de ejecución* formas específicas de lograr la ejecución de lo fallado en sus propios términos o en el equivalente, le apodera para adoptar aquellas iniciativas de ejecución que estime oportunas.

Cobra así sentido el artículo 105.2 en la llamada que hace al Tribunal para que adopte “las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria”; otro caso es el artículo 106.4 al apoderar de nuevo al Tribunal para ejecutar la sentencia en la forma menos gravosa para la Administración condenada o la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera eficacia [artículo 108.1.b)]. Por último, esta libertad de medios en que se plasma ese apoderamiento tiene especial reflejo en el artículo 109.1.c).

## 2.6. Principios dispositivo y de impulso de oficio

El principio dispositivo supone que las partes pueden o no promover el proceso como, una vez promovido, tienen un dominio sobre los derechos procesales implícitos en el juicio en el sentido de ejercitarlos o no. Este principio dispositivo está también presente en la LJCA, si bien presenta algunas importantes matizaciones derivadas, a su vez, del principio de impulso de oficio.

### 2.6.1. Actuación de oficio del juez o tribunal

Según el artículo 104.1, el órgano judicial *de oficio*, una vez firme la sentencia, lo comunica al órgano a quien corresponda para que adopte las medidas necesarias encaminadas al cumplimiento del fallo. También de oficio adoptará las medidas previstas en el artículo 112 y aquellas que estime oportunas cuando no conste la ejecución en los plazos señalados. Una importante iniciativa que puede adoptar es la de fijar ya en sentencia el plazo de ejecución [artículo 104.3 en relación, además, con el artículo 71.1.c)], lo que, ligado a lo previsto en el artículo 112, puede hacer presente una intervención judicial más intensa.

### 2.6.2. Actuaciones a instancia de parte

A instancia de parte se declara la nulidad de los actos contrarios a lo fallado (artículo 103.4) y, transcurrido el plazo de ejecución, el artículo 104.2 prevé que “cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar la ejecución forzosa”. También a instancia de las partes se inscribe el fallo en los registros públicos (artículo 107.1), son también las partes quienes deben promover que se reponga la situación si la Administración contraviniera lo fallado (artículo 108.2) y promueven incidentes para solventar las cuestiones que se susciten en la ejecución

(artículo 104). También son los interesados quienes promueven la extensión de lo fallado a los que estén en la misma situación jurídica que las partes que hubieren obtenido ya la sentencia o hubieren visto su recurso suspendido de conformidad con el artículo 37.2 (artículo 110 y 111 respectivamente).

En cuanto a la ejecución provisional de sentencias no firmes, los artículos 83 y 91 prevén que el Tribunal dependa del primer impulso de la parte interesada para proceder a esa ejecución como ya en su día entendió el ATS, Sección 6.<sup>a</sup>, de 11 de enero de 1993.

## 2.7. Audiencia

Distinto del anterior es el principio de audiencia, pues la ejecución y sus incidencias e incidentes deben desarrollarse oyendo el juez o tribunal a las partes. En general, la llamada a la vía de los incidentes que se hace en el artículo 105.3.2 o el artículo 109.1 o el trámite del artículo 110 lo confirma. En otros casos, tal previsión de audiencia se hace en trámites concretos como el que prevé el artículo 105.2 para la adopción de las medidas oportunas cuando concurren causas de imposibilidad material o legal para ejecutar la sentencia.

## 2.8. Diversidad de interesados en la ejecución

Tradicionalmente se ha contemplado el procedimiento de ejecución de sentencias en el contencioso-administrativo desde la perspectiva de la ejecución de sentencias estimatorias, luego contrarias a la Administración demandada, en el que el procedimiento de ejecución se impulsa por quien ha obtenido una sentencia favorable. Ahora bien, la diversidad de interesados en lo fallado permite la intervención en el procedimiento de ejecución de aquellos que no fueron parte hasta ese momento. Así se reconoce en el artículo 109.1 a la hora de instar incidentes sobre la ejecución, posibilidad que se extiende no sólo a la Administración y demás partes procesales, sino a los afectados por el fallo, lo que encuentra su máxima expresión en los procedimientos de los artículos 110 y 111.

## 2.9. Órgano administrativo competente para conocer de la ejecución

Es criterio tradicional, partiendo siempre de la regla general de una regulación pensada para ejecutar sentencias estimatorias, referirse a la Administración como parte condenada y obligada a ejecutar el fallo. Esta regla es coherente con el criterio de legitimación pasiva según el cual no se demanda al órgano de la Administración de quien procede el acto o disposición, ni mucho menos a su titular, sino a la Administración en cuanto tal [cfr. artículo 20.a)].

Sin embargo, el acto o disposición recurridos pueden provenir de un órgano distinto de aquel con quien tiene

que entenderse la ejecución, de ahí que para ejecutar lo fallado el órgano judicial haya de entenderse no con la Administración demandada y condenada sino con el órgano administrativo a quien corresponda la ejecución. La necesidad de concretar cuál es ese órgano se recoge en la LJCA. Consciente de las rémoras que se suelen producir por el peregrinaje de la sentencia por las dependencias administrativas, el artículo 104.1 prevé que la sentencia se comunicará al órgano que haya realizado la actividad objeto de recurso, órgano que deberá remitir acuse de recibo de la sentencia cuya ejecución se trata, pero además ese órgano deberá indicar al juez o tribunal cuál es “el órgano responsable del cumplimiento de aquél (fallo)”. Esto implica que dentro de la Administración demandada cabe la disociación entre el órgano de quien emane el acto, actividad o reglamento objeto de recurso de aquel con quien haya de entenderse la ejecución.

La insistencia en identificar al concreto órgano con quien se entienda la ejecución se reproduce en el artículo 106.1, 2 y 3 y, sobre todo, en el artículo 109.1.a), que prevé como incidente precisamente determinar cuál sea el “órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones” en que se concretó el fallo. En todo caso, identificado el órgano administrativo, queda identificado su titular, así como los funcionarios que deben responsabilizarse de la ejecución, lo que tiene alcance a los efectos del artículo 112.

Toda esta regulación tiene especial trascendencia para aquellos casos en que bien sea por reordenación interna, por ejemplo de departamentos ministeriales o consejerías, desaparezca el órgano con quien se entendía la ejecución. Se trata de casos en los que desaparece el órgano, pero no la competencia atribuida a la Administración de quien dependía. Más complejos son los casos en los que desaparece el departamento o, por ejemplo y más aún, se transfieran competencias de la Administración del Estado a las comunidades autónomas. En este caso, tal circunstancia podrá dar lugar a un incidente del artículo 109.1.a) para determinar no ya cuál es el órgano sino la Administración que asume la competencia de ejecutar la sentencia.

### 3. Procedimiento general de ejecución

#### 3.1. Fase previa a la ejecución: comunicación de la sentencia

Regulada en el artículo 104.1, plantea, como acabamos de ver, la disociación entre el órgano a quien se comunica la sentencia firme y aquel otro a quien corresponde la ejecución de la misma. Esta comunicación es independiente

de la notificación que se haga al representante de la Administración demandada, y sólo los plazos previstos para ejecución se toman a partir de tal comunicación y del acuse de recibo. Esta regla excepciona, para la Administración del Estado, lo previsto con carácter general en el artículo 11 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, al regular el régimen de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal.

#### 3.2. Actuación administrativa siguiente y plazos de ejecución

Recibida la comunicación, la Administración debe proceder a ejecutar la sentencia en el plazo de dos meses, o en el que se fije en sentencia [cfr. artículo 71.1.c)] o bien, y ya dentro de la fase de ejecución, en el plazo inferior que se fije cuando el previsto legalmente o el fijado en sentencia haga ineficaz la ejecutoria o causa grave perjuicio.

De lo expuesto se deduce, por tanto, que la regla general será que la propia Administración demandada y condenada será la que asuma la ejecución de la sentencia, no obstante de los poderes del juez o tribunal como titular de la potestad de ejecución. Sólo cuando se susciten situaciones patológicas es cuando entrará en acción el órgano judicial y así, por lo pronto, ya el artículo 104.2 prevé que de incumplirse el plazo de ejecución es cuando “cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar la ejecución forzosa”.

#### 3.3. Ejecución consistente en el pago de cantidad líquida

##### 3.3.1. Reglas para condenas de pago de cantidades ilíquidas

Dentro de los supuestos de ejecución de sentencias condenatorias está el de pago de cantidad líquida. Hay que recordar que puede condenarse a la Administración al pago de cantidad ilíquida de conformidad con el inciso final del artículo 71.1.d), iliquidez que puede serlo en todo o en parte. Para este caso el procedimiento aplicable será el del artículo 218 y del artículo 712 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil.

##### 3.3.2. Garantía de cumplimiento

*Ex lege* se prevé que el órgano encargado del cumplimiento de la sentencia ordene el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto, que tendrá siempre la consideración de ampliable.<sup>2</sup> A su vez, se prevé expresamente la modificación presupuestaria para hacer frente al pago. Se está, por tanto, ante nor-

2. Sobre créditos ampliables, cfr. artículo 54 de la Ley general presupuestaria (LGP), de 26 de noviembre de 2003, y el artículo 159 de la Ley de hacien-

das locales (LHL), de 28 de diciembre de 1988.

mas directamente dirigidas a la Administración condenada, de forma que al juez o tribunal le competirá requerir su aplicación al tiempo de comunicar la sentencia o el auto de liquidación.

Si por la Administración no se actuase el procedimiento de modificación presupuestaria, habrá que pensar que estará en manos del juez o tribunal acudir a las fórmulas de remoción de obstáculos para la ejecución que más abajo se analizarán y, especialmente, lo previsto en el artículo 108.1 y hasta en el artículo 112 en cuanto a los medios de ejecución forzosa. Por otra parte, y siendo impugnables los presupuestos de las entidades locales, podría plantearse su impugnación si en ellos se desconociese el reflejo presupuestario referido al pago de una cantidad líquida, pudiendo relacionarse tal posibilidad con el artículo 103.4 y 5.

### 3.3.3. El problema del devengo de intereses

La regulación se asienta en el distingo entre intereses moratorios y sancionadores. Se trata de intereses procesales, luego los reconocidos ya en sentencia se capitalizan a estos efectos.

#### 3.3.3.1. Intereses moratorios

Rigen las siguientes reglas:

1.ª. La cantidad líquida o liquidada devengará el interés legal del dinero.

2.ª. El *dies a quo* de inicio del cómputo de esos intereses será la fecha de la notificación al representante de la Administración demandada de la sentencia dictada en primera o única instancia; ese *dies a quo* no se inicia, por tanto, con el momento de la comunicación, que suele ser posterior. Habrá que entender que si se trata de cantidad liquidada en ejecución de sentencia, ese día de inicio habrá que referirlo al auto por el que se fije.

3.ª. Del artículo 106.2 parece deducirse que el devengo de intereses es automático, *ope legis* ("se añadirá") y con carácter retroactivo al momento de la notificación. Esto ocurre al margen de cuál sea el plazo de ejecución concedido, plazo que puede ser:

–El legal del artículo 104.2 de dos meses desde la comunicación, que no notificación.

–El que en cada caso se fije expresamente en el incidente de ejecución del artículo 109.1.b).

–El específico que se fije en sentencia [artículo 71.1.c)].

–El de tres meses del artículo 106.1, aplicable cuando sea preciso hacer una modificación presupuestaria.

Debe tenerse presente que el plazo del artículo 104.2, el que se fije en sentencia [artículo 71.1.c)] o en incidente de ejecución [artículo 109.1.b)] son plazos cuya función consiste en que a partir del mismo las partes y afectados pueden instar la ejecución forzosa, pero al margen de que lo insten o no, desde que se notifica sentencia o resolución condenando al pago de una cantidad líquida, nace el derecho al devengo del interés legal ex artículo 106.2.

En consecuencia, ese plazo de ejecución no es un plazo de gracia a efectos de devengo de intereses moratorios.

#### 3.3.3.2. Intereses sancionadores

Ahora bien, y con independencia de esos intereses moratorios, la LJCA prevé que si no se efectúa el pago del principal más, en su caso, esos intereses en los tres meses siguientes al día no de la notificación sino de la comunicación de la sentencia firme (que será coincidente con la dictada en única instancia), el interés devengado se puede incrementar en dos puntos, pero sólo si se aprecia falta de diligencia.

Se trata de una regulación ciertamente confusa, de la que se deduce lo siguiente:

1.º. Que hecha la comunicación de la sentencia o del auto de liquidación y pasados tres meses, ya sea el plazo de ejecución inferior o igual a tres meses, pueden incrementarse en dos puntos los intereses que ya se están devengando, intereses que serán sancionadores pues se devengan, primero, si no se ha dado cumplimiento a la sentencia dentro del plazo de ejecución y, segundo, si esa falta de cumplimiento obedece, a juicio del juez o tribunal, a falta de diligencia.

2.º. Ahora bien, si al amparo del artículo 104.2 –o artículo 71.1.c)– o, ya en fase de ejecución y amparo del artículo 109.1.c), se fija otro plazo de ejecución podemos encontrarnos con la siguiente situación:

–Que el expresamente fijado sea inferior a los tres meses del artículo 106.3. En este caso, el transcurso de ese plazo sin ejecutarse la sentencia habilita a los legitimados para instar la ejecución forzosa pero, dentro de las modalidades de ejecución forzosa, no puede interesarse el devengo de los intereses sancionadores hasta que no transcurran tres meses desde la comunicación de la sentencia o auto.

–Que el expresamente fijado sea superior a los tres meses del artículo 106.3. En este caso la situación es que hasta que no transcurra el plazo de ejecución no podrá instarse la ejecución forzosa, pero tampoco podrán devengarse intereses sancionadores por dos razones, la primera por cuanto a pesar de que éstos (cfr. artículo 106.3) se devengan a los tres meses desde la comunicación, si el plazo de ejecución es superior no puede incurrirse en la contradicción de acudir a esta medida de ejecución forzosa cuando la Administración no ha incurrido aún en inexecución y, en segundo lugar, que por esta razón no hay base para integrar el concepto indeterminado de falta de diligencia.

### 3.4. Medidas complementarias para la garantía de la eficacia de lo fallado

Con carácter general y para todo tipo de procedimientos, el artículo 107 prevé medidas complementarias para garantizar la eficacia de lo fallado y que se centran en dar publicidad al fallo.

### 3.4.1. Caso de anulación total o parcial de actos

Para tal caso se prevén las siguientes medidas:

–Inscripción del fallo en registros públicos a los que hubiere tenido acceso el acto anulado.

–Publicación en periódicos oficiales o privados.

### 3.4.2. Caso de anulación total o parcial de disposiciones generales o de actos con destinatario plural

Para tal caso se prevé la publicidad en diarios –ya no se habla de “periódicos”– oficiales.

### 3.4.3. Reglas procedimentales

En el caso primero, siempre se actúan estas medidas a instancia de parte y como reglas particulares. Si esas medidas consistiesen en la publicación, el juez o tribunal deberá apreciar “causa bastante” (para periódicos oficiales o privados) y, además, “interés público que lo justifique” (si la publicidad se interesa en periódicos privados), pues se hará a costa de la parte ejecutada.

Para el segundo caso –anulación total o parcial de disposiciones generales o de actos con destinatario plural–, la inserción se acuerda de oficio por el juez o tribunal, publicación que se hará en el plazo de diez días desde la firmeza de la sentencia.

## 4. Procedimientos especiales de ejecución

Junto al procedimiento general u ordinario de ejecución, hay una serie de procedimientos que deben tenerse como de incidentes y no, aun dentro de la equívoca terminología que se produce en este campo, de cuestiones incidentales. En efecto, con carácter general el artículo 137 de la LJCA señala que las “cuestiones incidentales” se suscitarán en pieza separada y no suspenderán el curso de los autos. Por el contrario, los incidentes o procedimientos incidentales que se regulan en el capítulo IV del título IV no tienen esa tramitación en cuanto que su decisión por afectar directamente a la ejecutoria sí que puede producir la paralización del procedimiento de ejecución, pues debe estarse a lo que en cada una de ellas se resuelva.

### 4.1. Procedimiento incidental general

El artículo 109 regula con carácter general un procedimiento para ventilar aquellas cuestiones controvertidas que se susciten en el curso del procedimiento de ejecución.

#### 4.1.1. Legitimación activa

Pueden promover esa cuestión incidental todas las partes y, además, las personas afectadas por el fallo, aun cuando hasta ese momento no hubieren tenido intervención en el procedimiento por no haber comparecido como codemandados. Al estarlo todas las partes se

incluye también a la Administración pública, lo que plantea apreciar de qué supuestos se trata.

En efecto, no habrá problema en caso de litigio entre administraciones, caso en el que la Administración demandante es la parte actora sin más. Más problemático es el caso de sentencias desestimatorias o de las dictadas en procedimientos precedidos por declaración de lesividad.

Si se trata de sentencias desestimatorias, luego confirmatorias del acto, actuación o disposición recurridos, hay que entender que si la sentencia no es firme estaremos ante un supuesto de ejecución provisional, caso en el que la Administración demandada no goza aún de la autotutela que le brinda la inatacabilidad derivada de la firmeza. En definitiva, ese acto, actuación o disposición gozan de ejecutividad o vigencia, pero interina o provisional, luego estaremos en un momento en el que el juez o tribunal será quien decida, luego la Administración se desenvuelve en un ámbito de heterotutela. Si la sentencia es ya firme desaparece la ejecutividad o vigencia interina y la Administración por sí podrá actuar todas sus potestades frente al administrado.

En los procedimientos precedidos de declaración de lesividad, de ser desestimatoria la sentencia, luego confirmatoria del acto declarativo de derechos, el demandado beneficiado estará en condiciones de llevar al procedimiento de ejecución toda incidencia que se suscite ante la posible renuencia de la Administración autora del acto a ejecutar o seguir ejecutando el propio acto cuya anulación ha pretendido ante los tribunales. De ser estimatoria, luego anulado jurisdiccionalmente el acto declarado lesivo por la propia Administración autora del mismo, la única cuestión que puede suscitarse es la concurrencia de un codemandante que por ser corecorrente, interese la efectividad de las consecuencias de la anulación judicial.

#### 4.1.2. Objeto

El objeto de este procedimiento es decidir cuantas cuestiones se susciten en la ejecución, con un doble límite: que conste la total ejecución del fallo y que no se contraría lo fallado. El artículo 109.1 ofrece una serie de supuestos tasados como determinar el órgano administrativo a quien corresponde la ejecución, el plazo de ejecución y los medios y procedimiento para llevar a cabo la ejecutoria. Este último supuesto hace que en el procedimiento general del artículo 104 confluyan los incidentes que sigan a los supuestos de los artículos 105.3 y 106.4.

De tales ejemplos se deduce, especialmente en lo que hace a su promoción por personas afectadas por el fallo, que este procedimiento no puede solaparse con los supuestos regulados en los artículos 110 y 111.

#### 4.1.3. Tramitación

Es sumamente sencilla, pues del escrito se dará traslado a las otras partes para que en plazo común de veinte

días aleguen lo procedente resolviendo el juez o tribunal en diez días mediante auto.

#### **4.2. Procedimiento de declaración de nulidad de actos o disposiciones que contraríen lo ejecutoriado**

##### **4.2.1. Objeto y procedimiento**

Tal y como se dijo antes, el artículo 103.4 integra el motivo de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.g) de la Ley de régimen de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, pues explicita un supuesto de desviación de poder al tratarse de actos o reglamentos dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia de cuya ejecución se trate.

Es en el apartado 5 del artículo 103 donde se regula el procedimiento para su aplicación. Determina así que el procedimiento para tal declaración será el del artículo 109.2 y 3, esto es, no tanto el procedimiento incidental general aplicable para la solución de las cuestiones litigiosas suscitadas en fase de ejecución, como las concretas reglas de tramitación del citado artículo 104.

##### **4.2.2. La competencia y sus problemas**

La competencia objetiva para conocer de esa cuestión incidental será del órgano a que hubiera dictado la sentencia, salvo que el acto o reglamento se hubiere dictado por un órgano administrativo respecto del cual careciese de competencia objetiva para el enjuiciamiento de sus actos o reglamentos. En ese caso de la LJCA, sólo cabe deducir la competencia de ese otro órgano jurisdiccional para conocer de la legalidad del acto o reglamento, pero lo que no dice es si ante ese juez o tribunal competente se deberá incoar un nuevo recurso jurisdiccional o si se puede suscitar directamente ante él la cuestión incidental, lo que no casaría con lo que se entiende por cuestión incidental.

Del artículo 103.5 cabe deducir que habrá que promover un nuevo proceso contencioso-administrativo, pues la remisión a las reglas del artículo 109.2 y 3 se hace para el caso de que el juez o tribunal que conozca de la ejecutoria por haber dictado la sentencia, tenga competencia para anular el acto o reglamento. El empleo de la locución “salvo” ligado a la falta de competencia implica una excepción a esa regla procedimental, de forma que al no indicar procedimiento alguno lleva a la muy discutible solución de tener que promover un nuevo y largo procedimiento contencioso-administrativo.

Esta solución, que podría tener alguna justificación en caso de que la competencia fuese de un órgano judicial de superior jerarquía, es más que discutible cuando el acto o el reglamento que contraría lo ejecutoriado deba ser enjuiciado por un juez contencioso-administrativo respecto de la ejecutoria seguida ante una sala, o ante una sala de un tribunal superior de jus-

ticia o de la Audiencia Nacional respecto de la ejecutoria seguida ante el Tribunal Supremo o por otra sala de un tribunal superior de justicia o de la Audiencia Nacional.

##### **4.2.3. Legitimación**

En todo caso, rige el principio dispositivo en cuanto que ese procedimiento se iniciará siempre a instancia de parte. Esto plantea si sólo están legitimados para promover este procedimiento quienes hayan sido parte en el recurso que dio lugar a la sentencia objeto de ejecución o si bajo la dicción “instancia de parte” se significa a quienes estén legitimados para intervenir en fase de ejecución. Como se vio más arriba, los criterios de legitimación en fase de ejecución son amplios, pues junto a las partes en sentido estricto la LJCA incluye también “a quienes se considere interesados” (artículo 105.2) u otras “personas afectadas por el fallo” (artículo 109.1). Desde la lógica de la ley, parece que hay base para entender que el criterio legitimador debe entenderse en sentido amplio.

##### **4.2.4. Relación con los casos de imposibilidad legal o material**

Hay que deslindar el procedimiento del artículo 103.5 del supuesto de imposibilidad legal o material de ejecutar una sentencia (artículo 105.2) aun cuando se trate de reglamentos o actos administrativos que impidan la ejecución. Es claro que de dictarse tal reglamento o acto impeditivo, las reglas del artículo 105.2 pueden desembocar en la apreciación de la nulidad de ese reglamento con independencia de que procedimentalmente el artículo 103.2 avoque a una declaración de nulidad mientras que el artículo 105.2 lleve no a tal declaración sobre la legalidad de la disposición sino a la apreciación de la concurrencia de una causa de imposibilidad legal o material.

En todo caso las diferencias son manifiestas. En el caso del artículo 105.2 se parte de un esquema en el que la propia Administración obligada a ejecutar opone una causa de imposibilidad legal o material (en cuyo ámbito puede incluirse un acto o reglamento que pudiera ser nulo de pleno derecho), pero la cognición se ciñe a apreciar si concurre esa causa, sin hacer declaración de nulidad de pleno derecho respecto del acto o reglamento que genere una situación de imposibilidad posterior.

#### **4.3. Procedimiento para los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar una sentencia**

El artículo 105.2 prevé la concurrencia de causas sobrevenidas que imposibiliten legal o materialmente la ejecución de lo fallado.

#### 4.3.1. Legitimación

Se trata de un incidente<sup>3</sup> que sólo puede suscitar la Administración, y a tal efecto presentará un escrito en el que “manifestará” la concurrencia de una causa de imposibilidad legal o material de ejecución. Su planteamiento se hace a través del representante legal de la Administración en el proceso y no a través de comunicaciones directas dirigidas al juzgado o tribunal por parte del órgano administrativo encargado de la ejecución.

Hay que entender que al darse traslado al resto de las partes y de aquellos que se consideren interesados, la parte demandante puede suscitar el procedimiento del artículo 103.5 antes visto ya que, como se acaba de decir, esa circunstancia fáctica –puede tratarse de un acto o actuación– o jurídica –un cambio normativo reglamentario– que impida la ejecución pueden ser “contrarios a los pronunciamientos de las sentencias (y haberse dictado) con la finalidad de eludir su cumplimiento” (artículo 103.4).

#### 4.3.2. Plazo para plantearlo

El plazo para suscitar este incidente es el del artículo 104.2 y 3. Sin embargo, no debe olvidarse que, a propósito del anterior artículo 107 el ATS de 6 de abril de 1992 (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>) apuntaba que el plazo de dos meses no será “de caducidad en términos absolutos”, de forma que se ha venido admitiendo la posibilidad de suscitarlo pasado el plazo general de ejecución o el fijado al caso [artículo 104.3 en relación con el artículo 109.1.b)]. No obstante la insistencia del legislador en que se plantee en ese plazo, parece no admitir excepciones.

3. No obstante de su naturaleza incidental, la regulación del artículo 105.2 tiene ribetes de procedimiento administrativo que se lleva al procedimiento judicial. En efecto, no se habla de escrito promoviendo o planteando incidente, sino de manifestación (por escrito, se entiende) al tribunal; a su vez, no se dice que se dará traslado del escrito a las partes e interesados para que aleguen lo que a su derecho convenga, sino que se dará “audiencia”. Por último, de ser un verdadero incidente lo propio es que el supuesto del artículo 105.2 se hubiere llevado al artículo 109.1 como otro apartado ejemplificativo de supuestos incidentales susceptibles en fase de ejecución. Esta circunstancia que se comenta podía tener su lógica en el antiguo artículo 107 de la LJCA de 1956, en el que tras su planteamiento el tribunal decidía sólo sobre cómo ejecutar la sentencia. Ahora, en el artículo 105.2 el juez o tribunal decide si concurre o no la causa de imposibilidad legal o material invocada y además, en su caso, decide sobre el modo equivalente de ejecutar.

4. Sobre el artículo 105.1 de la LJCA de 1956 había incidido el artículo 18.2 de la LOPJ, precepto de complejo contenido, pues si bien ordena ejecutar lo fallado en sus propios términos, regula como patología de la fase ejecutoria la imposibilidad de ejecutar lo fallado para lo que prevé la satisfacción en el equivalente. Además, regula la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia, por razones de utilidad pública o interés social, empleando para ello la fórmula del artículo 1 de la Ley de expropiación forzosa.

Ante tal precepto se planteó la cuestión de si había derogado el artículo 105 de la LJCA de 1956 o si era compatible con el mismo, barajándose varias posibilidades. La primera, que la LOPJ derogó el artículo 105.1.b) y c) y el párrafo 2 de 1956. Tal posibilidad fue expresamente desechada por el Consejo de Estado en su Dictamen 49.737, de 23 de diciembre de 1986. Además, la razonabilidad del anterior artículo 105 se encontraba en los graves motivos que encerraba, ya que se trata de una decisión basada en una razón de interés público prevalente sobre el interés particular declarado en sentencia. La

#### 4.3.3. Tramitación

Es sumamente simple, pues del escrito de manifestación se da audiencia a las partes e interesados para que aleguen lo que a su derecho convenga.

#### 4.3.4. Cognición

El juez o tribunal no sólo decide sobre el modo de ejecutar y, en su caso, sobre la posible indemnización como forma de ejecución en el equivalente, sino que decide ante todo sobre si concurre o no una causa de imposibilidad legal o material. Por otra parte y como ya se ha comentado, tras esa “audiencia” que se da a las partes éstas pueden suscitar un incidente del artículo 103.4 y 5.

#### 4.4. Procedimiento para los supuestos de expropiación de sentencias

##### 4.4.1. Objeto

La LJCA ha eliminado la posibilidad de suspensión o inexecución total o parcial de las sentencias (cfr. artículo 105.1) y procura la coordinación del contencioso-administrativo con el artículo 18.2 de la LOPJ. En efecto, la duda sobre la incidencia del citado precepto de la LOPJ respecto del artículo 105 de la LJCA de 1956 queda zanjada<sup>4</sup> de una doble forma. Por un lado, en su exposición de motivos entiende que el artículo 105 de 1956 había sido derogado por la LOPJ –lo que no era el criterio ni del Tribunal Supremo ni del Consejo de Estado– y, por otra parte, reconduce los antiguos casos de suspensión o inexecución al artículo 18.2 de la LOPJ. En este sentido los conceptos jurídicos indeterminados en que se plas-

Exposición de motivos de la LJCA se adscribe a esta postura al decir que la LOPJ derogó los supuestos de suspensión e inexecución en virtud de la potestad expropiatoria reconocida en el artículo 18.2 de la LOPJ, si bien reconoce que ésta no llegó a concretar los supuestos de expropiación por razones de utilidad pública e interés social. La segunda posibilidad era entender que tanto el artículo 105.2 de 1956 como el artículo 18.2, en su última parte, son contrarios a la Constitución en cuanto que suponen una enervación de la tutela judicial que ha sido dispensada. La tercera postura entendía que la LOPJ, por referirse a todos los órdenes jurisdiccionales, es una ley general que no debe prevalecer frente a los postulados de una ley especial como la LJCA. Sin embargo, tal postura choca con el tenor literal del artículo 18.2 de la LOPE, ya que expresamente se refiere a la expropiación de “derechos reconocidos frente a la Administración pública en una sentencia firme”, y si bien esto puede ocurrir en el resto de los órdenes jurisdiccionales es lo propio del contencioso-administrativo. No obstante, en este sentido se pronunció el Consejo de Estado en el dictamen antes reseñado, en el que exponía que el artículo 18.2 se aplica a supuestos distintos del artículo 105. Y la cuarta postura entendía que el artículo 105 de 1956 mantuvo su vigencia y así lo declaró el Tribunal Supremo (cfr. Auto de 18 de noviembre de 1986).

La situación llevó a la necesidad de compatibilizar ambas regulaciones y, en consecuencia, vigentes las causas del párrafo 2 del artículo 105 de 1956, podía concluirse que la LOPJ introdujo una nueva posibilidad: junto a la suspensión total o parcial del fallo, a su inexecución también total y parcial, se añadía la expropiación de los derechos reconocidos en la sentencia, que en realidad vendría a ser una modalidad de inexecución, siendo nota común en todos los casos la ejecución en el equivalente.

No obstante, y puesto que admitir tal causa supondría un retroceso dada la fórmula abierta del artículo 18.2 frente al contenido tasado del artículo 105.2, podría entenderse que el artículo 18.2 recoge la fórmula expropiatoria

ma nuestra tradicional fórmula expropiatoria (utilidad pública o interés social) y que recoge el citado precepto de la LOPJ, se integran por el artículo 105.3 en los supuestos del antiguo artículo 105.2, si bien el grave quebranto de la Hacienda pública se reconduce al artículo 106.4 como supuesto autónomo.

Por lo tanto son causas de utilidad pública o interés social para expropiar los derechos declarados en sentencia, que su ejecución pueda suponer:

–Peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

–Temor fundado de guerra.

–Quebranto de la integridad del territorio nacional.

#### 4.4.2. Planteamiento y cognición judicial

Como en el artículo 105.2, no se está ante un verdadero incidente. Frente a su consideración como incidente en sentido estricto, se tiene que no se está ante una cuestión que se plantea por la Administración al juez o tribunal para que decida sobre su concurrencia o no –como al menos ocurre con el supuesto del artículo 105.2–, sino que se trata de una decisión político-administrativa, tomada por el órgano del más alto rango dentro de la jerarquía de cada Administración (Gobierno o Consejo de Gobierno de cada comunidad autónoma) sobre cuya concurrencia o no el juez o tribunal nada puede decidir, de manera que la cognición se ciñe a solventar la ejecución en el equivalente. Sí puede hablarse de un incidente propiamente dicho si el motivo invocado es el “peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”, pues sobre su concurrencia o no debe pronunciarse el juez o tribunal.

En todo caso puede decirse que se está ante un acto político o de gobierno deducible del artículo 2.a) de la LJCA, si bien con la paradoja de que tal categoría se mantiene en la LJCA no al regular el ámbito negativo de la jurisdicción –de qué no conoce– sino positivo –de qué conoce–, pero con un matiz: el acto político o de gobierno puede ser revisado jurisdiccionalmente, en lo que ahora interesa, si afecta a derechos fundamentales y en fase de ejecución de sentencia es claro que un acto de tal naturaleza impeditivo de la ejecución afecta al artículo 24.1. Pues bien, el recurso directo cabría en todo caso, pero en fase de ejecución tal acto no sería revisable salvo en el caso de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciu-

dadanos; fuera de tal supuesto, habría en la LJCA un acto político exento de control jurisdiccional aun cuando comprometa un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva plasmada en la ejecución de lo fallado.

#### 4.4.3. Administración legitimada

Sólo lo están la Administración del Estado –que lo hará por resolución del Gobierno– y las administraciones autonómicas –que lo harán a través de sus máximos órganos de gobierno– y éstas para los casos de “peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el acto, actividad o disposición impugnada proviniera de los órganos de la Administración de dicha comunidad”, lo que resulta lógico a luz del artículo 149.1.3 y 4 de la Constitución.

Los entes locales no podrán hacer declaración alguna de utilidad pública o interés social a los efectos del artículo 105.3.<sup>5</sup> De concurrir alguna de las circunstancias determinantes se tienen las siguientes reglas:

–Si la causa es temor fundado de guerra o quebranto de la integridad del territorio nacional, deberán plantearlo a través del Gobierno de la Nación.

–Si la causa es que la ejecución de la sentencia que les condena supone un peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, deberán suscitarlo a través del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma “de su territorio”.

Por otra parte, en el caso de sentencias cuya ejecución se ventile respecto de entidades de Derecho público y corporaciones, los supuestos del artículo 105.3 serán declarados o planteados por la Administración de quien dependan, excepción hecha de los dependientes de la Administración local.

#### 4.5. Procedimiento en caso de trastorno grave de la Hacienda

##### 4.5.1. Objeto o cognición

Como se acaba de indicar de los supuestos tradicionales de suspensión o inejecución total o parcial recogidos en el antiguo artículo 105.2.4 de 1956 se desgaja el trastorno grave para la Hacienda de la Administración demandada y condenada, supuesto que adquiere autonomía en el artículo 106.2.

El artículo 106.4 no prevé que el juez o tribunal aprecie la realidad del trastorno grave, sino decidir sobre cómo ejecutar la sentencia.<sup>6</sup> Lo propio es que la

del artículo 1.1 de la LEF, pero aplicada a aquellos derechos que están declarados por sentencia firme, vedados a la Administración antes de su vigencia, de forma que antes de la LOPJ era imposible acordar tal fórmula expropiatoria en el caso de otros órdenes jurisdiccionales al no existir norma análoga al artículo 105 en la LEC o en la LECrim, salvo previsiones legales específicas como ocurre, por ejemplo, en los regímenes transitorios que las leyes de aguas o de costas prevén para reconvertir derechos de propiedad en derechos concesionales.

Así entendido, el artículo 18.2 de la LOPJ venía a engrosar los privilegios de la Administración en juicio, pues institucionalmente implicaba una inmi-

sión del Ejecutivo en el Judicial, de ahí que pueda sostenerse que, pese a lo dicho más arriba, el ámbito propio del artículo 18.2 son todos los órdenes jurisdiccionales menos el contencioso-administrativo, en el que regía exclusivamente el artículo 105 de 1956.

5. En coherencia con el artículo 2.a) de la LJCA.

6. Ni tan siquiera se hace la prevención del antiguo 105.3 de la LJCA de 1956, que advertía que la mera condena de pagar no podía integrar ese supuesto.

Administración condenada ponga en conocimiento del juez o tribunal el trastorno grave que implica para su Hacienda la ejecución, y esto mediante una propuesta razonada. Ahora bien, si el incidente subsiguiente no se centra en apreciar la realidad o no del trastorno, sí que habrá que entender que por ceñirse “al modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa” lo propio será mantener intacto el contenido del fallo condenatorio (ya no es motivo de inejecución), y dilucidar en el incidente tan sólo lo accidental o circunstancial, esto es, el modo o forma de ejecución (que puede pasar de nuevo por una suspensión o espera) para que se haga en la forma menos gravosa, lo que puede llevar a que se ejecute en un equivalente.

#### 4.5.2. Legitimación

A diferencia de la anterior regulación, este supuesto puede ser apreciado por cada Administración condenada y no privativamente por el Consejo de Ministros tal y como ocurría en la LJCA de 1956.

#### 4.5.3. Procedimiento

La fase previa o de puesta en conocimiento no tiene especial trámite. La Administración condenada, a través de su representante procesal, tal y como se dice sólo para el caso del artículo 105.2, lo expone al juez o tribunal mediante propuesta razonada, prescindiéndose ya del previo dictamen del Consejo de Estado.

La tramitación verdaderamente incidental y, por tanto, reconducible al caso del artículo 109.1.c), viene a continuación en cuanto que “oídas” las partes se resuelve sobre el modo menos gravoso de ejecutar para la Hacienda.

### 4.6. Procedimientos de ejecución forzosa

#### 4.6.1. Qué se entiende por ejecución forzosa respecto de condenas judiciales a las administraciones

La LJCA regula la posibilidad de ejecución forzosa tanto para los casos de ejecución de condenas de pago de cantidades líquidas como para aquellas que consistan en realizar una determinada actividad o dictar un acto o abstenerse de actuar. La regla general se deduce del artículo 104.2 y es la consecuencia del transcurso del plazo de ejecución sin ejecutarse.

El legislador emplea el término de “ejecución forzosa”, lo que requiere importantes modulaciones si se ha de referir a la Administración pública como parte condenada. En efecto, los modos de ejecución forzosa en el procedimiento administrativo se recogen con carácter básico en el artículo 96 de la LRJAP-PAC. La LJCA, para el caso de condenas de hacer, se “administrati-

zan” los medios de ejecución en cuanto que el artículo 108.1.a) prevé la ejecución subsidiaria, así como, con carácter general, multas coercitivas en el artículo 112.a). Caso diferente es, como veremos, el caso de condenas de pago de cantidad líquida.

#### 4.6.2. Medios de ejecución forzosa

Se advierte en este punto una regulación redundante. En efecto, el juez o tribunal puede acudir a formas de ejecución forzosa una vez pasados los plazos de ejecución fijados bien sea en sentencia, bien en fase de ejecución ex artículo 109.1.b) o bien consumido el plazo legal ex artículo 71.1.c). Sin embargo, el artículo 112.1 (reformado por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ) de nuevo nos dice que transcurridos los plazos de cumplimiento del fallo “el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado” entre las medidas que puede arbitrar está las ejemplificadas en los apartados a) y b). A la vista de tal precepto, ¿qué añade ese primer párrafo del artículo 112 a lo ya regulado en el primer inciso del artículo 103.3 o al mismo artículo 108 en su conjunto?

Cabe pensar en una mala técnica legislativa y la conclusión a la que cabe llegar es que pasado el plazo general legal de dos meses o el fijado en sentencia [artículo 71.1.c)] o el que se fije en fase de ejecución [artículo 109.1.b)] es cuando el juez o tribunal, “adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado” (artículo 112.1), esto es, medidas de ejecución forzosa.

Pues bien, de la LJCA se deduce el siguiente elenco de medidas de ejecución forzosa, ya que pueden consistir:

- En las del artículo 108.1.a), para condenas de hacer.
- En las del artículo 108.1.b), también para condenas de hacer.

–En las del artículo 108.2, para condenas de no hacer o cuando se actuase de forma distinta a lo fallado.

–En las del artículo 112.a), es decir, multas coercitivas.

–En las del artículo 112.b), exigencia de responsabilidad penal.<sup>7</sup>

–En la del artículo 106.3, segundo inciso, consistente incremento en dos puntos de los intereses para condenas de pago de cantidades líquidas por falta de diligencia en el pago.

–También para condenas de pago y por intermedio de las posibilidades del artículo 108.1 y hasta del artículo 112, requerir a la Administración para que se inicie y concluya el procedimiento del artículo 106.1.

Veámoslas en función de cada tipo de condenas.

7. Cfr. artículos 410 y 412 del Código penal.

#### 4.6.3. Ejecución forzosa de condenas de pagar cantidad líquida

El artículo 106.3 de la LJCA y para condenas al pago de cantidad líquida, prevé la ejecución forzosa no con carácter general para el caso de incumplimiento, sino para un supuesto concreto. Así, y como se recordará, prevé que si no se paga dentro de los tres meses siguientes al momento en que se comunica la sentencia a la Administración demandada es cuando se podrá instar la ejecución forzosa y para este caso el interés que ya se devenga *ex lege* desde la notificación, se incrementa en dos puntos.

La LJCA no dice en qué consistirá esa ejecución forzosa, pero su dicción parece que diferencia entre la adopción de medios de ejecución forzosa y, además, la posibilidad añadida de incrementar en dos puntos el interés deducible o intereses sancionadores. Cabe plantearse, por tanto, si la LJCA contempla el inicio de la vía de apremio frente a la Administración con la consiguiente derogación tácita del privilegio de prohibición de mandamientos de embargo contra los bienes de las administraciones. No obstante la duda al respecto, queda despejada por la propia Exposición de motivos de la LJCA, que expresamente dice que la regulación de la forma de ejecutar sentencias que condenan al pago se ha hecho “sin eliminar la prerrogativa de inembargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda pública, ya que dicha modificación no puede abordarse aisladamente en la Ley jurisdiccional, sino –en su caso– a través de una nueva regulación, completa y sistemática, del estatuto jurídico de los bienes públicos”.

Ante este panorama los modos de ejecución forzosa para el pago de cantidades líquidas habrá que entenderlos referidos:

–A controlar y, en su caso, activar el procedimiento de ordenación del gasto y de previsión presupuestaria del artículo 106.1, sirviéndose para ello de las posibilidades de los artículos 108 y 112, que a continuación se analizarán.

–A la imposición de intereses sancionadores, que se plasma en la exigencia de intereses del artículo 106.2 incrementados en dos puntos, sancionándose así la falta de diligencia en el cumplimiento de la sentencia.

#### 4.6.4. Ejecución forzosa de condenas de hacer y no hacer

Por condenas de hacer debe entenderse las que condenan a la Administración a realizar una determinada actividad o dictar un acto. Cabe plantearse si dentro de ese tipo de sentencias condenatorias cabe incluir la obligación de iniciar un procedimiento de elaboración de una disposición general, a lo que debe responderse afirmativamente si bien no se está ante el concepto formal de actividad o de acto.

También cabe entender que el artículo 108 recoge la posibilidad de reaccionar frente a actuaciones administrativas que impidan el fallo. Ya se ha visto que en el artículo

103.4 y 5 se sanciona con la nulidad de pleno derecho aquellos actos o disposiciones que contraríen la ejecutoria. Ahora se está ante actividades que poden contravenir el fallo bien sea por tratarse de un hacer distinto del obligado, bien sea por un hacer que se da cuando, por razón del fallo, nada debería hacerse. Estas posibilidades se recogen en el artículo 108.2.

Los supuestos del artículo 108 pueden encuadrarse dentro de lo que es la ejecución subsidiaria. En efecto, si la Administración condenada no hace lo que debe hacer dentro del plazo en que debe hacerlo, el juez o tribunal puede ejecutar el fallo por sus propios medios o bien requiriendo la colaboración de los agentes y autoridades de la condenada o de otras administraciones pero “con observancia de los procedimientos establecidos al efecto”, según reza el artículo 108.1.a), lo que implica la incoación de un procedimiento administrativo o el ejercicio de potestades administrativas actuadas desde el órgano judicial.

A su vez, el artículo 108.1.b) apodera de forma inominada al juez o tribunal en cuanto que “puede adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada”. Este apoderamiento genérico puede presuponer que se haya de acudir a la vía procedimental del artículo 109.1.c) para que, oídas las partes, se perfilen medios y procedimientos idóneos para la ejecución. En todo caso, la posibilidad de la ejecución subsidiaria es una redundancia respecto del anterior apartado a), ya que en la ejecución de la sentencia por los propios medios o mediante autoridades o agentes de la propia Administración o de otras, se está pensando en una verdadera ejecución subsidiaria.

Y otra forma de ejecución forzosa consiste en la imposición de multas coercitivas previstas en el artículo 112.a). Respecto del procedimiento aplicable a la multa coercitiva, hay que estar a lo regulado en el artículo 48.8.

#### 4.7. Procedimientos de extensión de los efectos de una sentencia a quienes estén en la misma situación jurídica

Cabe diferenciar dos tipos de procedimientos. Por una parte, el del artículo 110 y, en segundo lugar, en procedimiento del artículo 111.

##### 4.7.1. Procedimiento del artículo 110

Este procedimiento ha sido objeto de una importante reforma en la disposición adicional 14.8 de la ya citada Ley orgánica 19/2003, de reforma de la LOPJ. Su modificación fue interesada por el Consejo General del Poder Judicial al tiempo de informar al amparo del artículo 108.1.e) de la LOPJ, el anteproyecto de lo que luego sería esa ley orgánica, y las sugerencias se centraron en dos aspectos.

Por un lado, evitar que el procedimiento del artículo 110 dé lugar a un nuevo recurso jurisdiccional, ya que el esquema en ese momento vigente no dejaba de ser ése. En efecto, el procedimiento de extensión de efectos se iniciaba mediante una solicitud dirigida a la Administración, que podía estimarlo o denegarlo mediante resolución expresa o presunta. En caso de denegación, el interesado debía presentar un escrito razonado ante el juez o tribunal de forma que, antes de resolver, el órgano judicial recabaría los oportunos antecedentes. Pues bien, el Consejo General del Poder Judicial interesó que la Administración resolviese siempre expresamente, con lo cual se adelantaría mucho en la eficacia de esta vía si ya el juez sabe, *ex ante*, las causas por las que se opone a la extensión de efectos.

Y por otro lado, el Consejo interesaba que en esa reforma se incluyese la previsión de que no fuese posible extender los efectos de una sentencia cuando el interesado pretendiese lograrlo eludiendo la firmeza de resoluciones que no hubiese recurrido en tiempo.

#### 4.7.1.1. Caracterización

Más que un procedimiento incidental en la fase de ejecución, el artículo tenía todas y tiene –antes quizás más– las trazas de un verdadero procedimiento especial de los regulados en el título V. Sin embargo, se ubica en el capítulo IV del título IV, con lo que se le tiene como un incidente, si bien más simplificado ahora, pero que puede ser complejo desde el punto de vista de la resolución judicial.

#### 4.7.1.2. Ámbito material

Se aplica tanto a cuestiones de personal como a las tributarias. Por cuestiones de personal habrá que entender todo aquel litigio referido al personal al servicio de las administraciones públicas. Al no hacerse la precisión de que ese personal haya de ser funcionario de carrera, el artículo 110 abarcará a todo tipo de personal, luego también a los funcionarios de empleo o a aquellos cuya relación orgánica aún no ha nacido tal y como ocurre en los procedimientos de selección del personal al servicio de las administraciones públicas. A su vez, la materia de “personal” abarca los litigios referidos a quienes ya han visto extinguida tal relación, como ocurre, por ejemplo, en cuestiones de clases pasivas.

Por “materia tributaria” habrá que entender cualquier cuestión litigiosa referida o relacionada con los diversos tipos de ingresos de las administraciones públicas que tengan el carácter de exacción patrimonial coactiva, esto es, impuestos, tasas y contribuciones especiales.

En todo caso, los criterios más o menos restrictivos que se sigan a la hora de aplicar el artículo 110 dependerán en muy buena medida de la utilidad que se deduzca de esta vía, con la que se pretende, como regla general, evitar una larga vía administrativa previa, espe-

cialmente en materia tributaria respecto del procedimiento de reclamaciones económico-administrativas. En este sentido no debe perderse de vista que el artículo 110 puede implicar un auténtico nuevo proceso contencioso-administrativo seguido esta vez por los trámites de los incidentes, pero un proceso encubierto aun cuando con la reforma de la Ley orgánica 19/2003 se haya pretendido su simplificación. Si el asunto es idéntico al resuelto por sentencia firme el trámite y la resolución serán rápidos; ahora bien, si la apreciación de la identidad requiere un detallado enjuiciamiento de las circunstancias del caso se habrá tramitado de hecho un nuevo proceso contencioso-administrativo sin reflejo a efectos estadísticos (formalmente las estadísticas de litigiosidad pueden bajar) ni, probablemente, en la fijación de los módulos de carga de trabajo por cada órgano judicial y magistrado.

#### 4.7.1.3. Presupuestos del procedimiento

Aparte de la materia sobre la que tiene que versar el litigio se requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias:

##### 1.<sup>a</sup>. Firmeza de la sentencia.

Debe existir una sentencia ya firme –bien sea por haberse dictado en única instancia o por haber recaído en vía de recurso– cuyos efectos se pretende extender.

##### 2.<sup>a</sup>. Carácter estimatorio de la sentencia.

Debe ser una sentencia estimatoria, luego cuando se trate de asuntos masificados, de idéntico contenido, en los que ya haya recaído sentencia firme desestimatoria, el juez o tribunal no puede reconducir su trámite a este procedimiento. Para la reconducción de esa masa de litigios quedarían dos vías. Por un lado, el artículo 37.2 y 3 en relación con el artículo 111. Téngase en cuenta que en materia de personal la experiencia demuestra que el porcentaje de desestimaciones es elevado, con lo cual el modo de atajar la tramitación de una masa de asuntos avocados a la desestimación queda tan sólo en el artículo 37.3 por vía del desistimiento, que queda favorecido por no implicar *per se* la condena en costas (artículo 74.6); de no desistir, el juez o tribunal llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos.

Aun así, esos efectos son limitados pues el artículo 37.2 parte de la lógica de que hay numerosos asuntos idénticos pero en trámite, mientras que el fenómeno aquí descrito se refiere a asuntos que se van promoviendo uno a uno o por oleadas existiendo ya sentencia o sentencias firmes desestimatorias. Para este segundo caso hay que entender que la solución es la de la vía del artículo 51.2.

##### 3.<sup>a</sup>. Debe ser de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas.

En tal sentencia se debe haber estimado no sólo una pretensión de mera anulación sino, además, de plena jurisdicción, ya que el artículo 110.1 exige que la misma

“hubiera reconocido una situación jurídica individualizada”, lo que debe relacionarse con el artículo 31.2 de la LJCA.

4.<sup>a</sup>. El examen de la identidad de situaciones.

El artículo 110.1.a) convierte en requisito de procedibilidad lo que puede ser en fondo del incidente, esto es, determinar que se esté en idéntica situación jurídica. Esta circunstancia puede llevar a que, tramitado el incidente, se salde con un auto denegatorio y que obligue a incoar un nuevo procedimiento, con lo cual la economía procesal como objetivo no se habrá logrado. Cabe, por tanto, pensar que el juez o tribunal pueda inadmitir el incidente cuando a la vista del escrito razonado del artículo 110.3 no se aprecie identidad de situaciones jurídicas o la no-concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5.

5.<sup>a</sup>. Competencia del juez o tribunal que conozca del incidente.

El artículo 110.1.b) parte de la lógica de que al juez o tribunal a quien se le plantea el incidente en ejecución de una sentencia firme tenga además competencia territorial para conocer del reconocimiento de la situación jurídica individualizada que unos terceros interesan. En su literalidad se trata de un requisito confuso o, al menos, innecesario, pues de la lectura de tal regla no se sabe con exactitud si se quiere decir que conocerá del incidente de ejecución el mismo juez o tribunal sentenciador o si es planteable interesar la ejecución de una sentencia firme a un juez o tribunal distinto de quien dictó la sentencia cuya aplicación se interesa, pero competente siempre por razón del territorio. En este caso no se estaría ante un incidente de ejecución, lo cual chocaría con la lógica del precepto.

Es regla general y primera (artículo 14.1) que la competencia territorial corresponda al juzgado o tribunal de la circunscripción en la que tiene su sede el órgano administrativo de quien emane el acto o disposición impugnado. De esta regla se exceptúa la segunda del artículo 14.1 en materia de personal y sancionadora (a efectos de sanciones tributarias), ya que el demandante puede optar por recurrir ante el órgano judicial de su domicilio o por aquel en cuya circunscripción tenga su sede el órgano administrativo; pero, a su vez, hay una contraexcepción en el artículo 14.2, pues si el acto afecta a una pluralidad de administrados y los recursos pueden ser interpuestos en sedes distintas, la competencia será la de la regla primera del artículo 14.1.

Pues bien, puede entenderse que habrá que plantear el incidente del artículo 110 ante el juez o tribunal sentenciador. Ciertamente, habría sido más clarificador que el apartado b) se limitase a prever eso, de ahí lo confuso del precepto. Téngase presente que en casos de fuero electivo no hay duda en cuanto a la competencia objetiva, de forma que el artículo 110.1.b), al insistir que el órgano judicial que conozca del incidente del artículo

110, debe ser competente territorialmente, está recordando que no basta con la idéntica competencia objetiva sino que además debe concurrir la territorial.

Todas estas disquisiciones realmente sobran tras la reforma de la Ley orgánica 19/2003, pues si bien mantiene este confuso apartado b), lo cierto es que en su actual redacción el artículo 110.2 prevé que la solicitud se dirija al órgano jurisdiccional competente (esto es una redundancia) “que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos”.

6.<sup>a</sup>. Plazo de ejercicio.

Puesto que el incidente en vía judicial debe ir precedido de una previa reclamación administrativa, se exige que la solicitud se haga “en el plazo de un año desde la última notificación a quienes fueron partes en el proceso”. Tal presupuesto-requisito puede causar dificultades, pues si quien hace la solicitud no ha sido parte en el proceso, no es descabellado que tarde en conocer la existencia de la sentencia firme y, además, de la última notificación. En todo caso, ese plazo se pospone al momento de la última notificación de la resolución recaída en vía de recurso en interés de ley o de revisión.

#### 4.7.1.4. Procedimiento

Su regulación se ha simplificado tras la reforma de la Ley orgánica 19/2003, al eliminarse la previa vía administrativa.

Se inicia por medio de un escrito razonado que deberá ir acompañado del documento o documentos acreditativos de la identidad de situaciones y de que no concurre ninguna de las circunstancias del párrafo 5 del artículo 110. Se trata, por lo tanto, de facilitar al máximo el trabajo del órgano jurisdiccional, pues el interesado tiene la carga de alegar y acreditar; además, es la Administración quien soporta la carga de informar sobre la imposibilidad de extender los efectos.

De esta manera, el juez o tribunal aprecia la posibilidad o imposibilidad de extender los efectos sobre la base del escrito razonado y la documental que se acompañe, más los antecedentes que le remita la Administración, el informe preceptivo que debe aportar y, en su caso, lo que se alegue a la vista de esos antecedentes. Aun así, no deja de ser confuso el párrafo 4 del artículo 110, pues las actuaciones, por un lado, se ponen de manifiesto “a las partes” por plazo común de tres días y, en su caso y por otro lado, se emplaza a los “interesados directamente afectados por los efectos de la extensión”.

Esa diferenciación entre partes e interesados en el incidente de extensión no se acaba de entender pues no parece que deben intervenir los que fueron parte –al menos recurrente, pues la recurrida, es decir, la Administración, siempre será la misma– en el litigio que finalizó por la sentencia cuyos efectos y la cláusula “en su caso” no tiene mucho encaje, pues en la puesta de manifiesto de las actuaciones lo único que tiene sentido es oír al interesado que promueve el incidente sobre lo

informado por la Administración. Si es favorable, huelga ese trámite y si es desfavorable se oír al promotor y no, además, a la defensa de la Administración que ya ha manifestado su parecer en ese informe.

#### 4.7.1.5. Cuestión litigiosa

Lo que se va a ventilar en este incidente es si hay identidad de situaciones jurídicas entre lo resuelto por sentencia firme estimatoria y aquella en la que se encuentra el que lo promueve, esto es, sobre lo que hay que alegar y razonar, lo que supone que aplicará en aquellos casos en los que se han ejercitado pretensiones de mera anulación o si habiéndose ejercitado pretensiones de plena jurisdicción hay diferencia en el contenido del reconocimiento. Evidentemente, esta identidad habrá que apreciarla si concurre la misma razón de resolver aun cuando en la concreción de la situación jurídica individualizada se llegue a resultados distintos (por ejemplo, si se ha reconocido por sentencia a un funcionario un trienio, ése será el debate de la identidad de quien reclama su aplicación, no el número de trienios o su cuantificación).

El artículo 110.5 establece, no obstante, reglas de desestimación, que ahora y tras la Ley orgánica 19/2003 también lo son de inadmisión. Así se desestimará cuando haya cosa juzgada, si la doctrina determinante del fallo cuya aplicación se pretende fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de los tribunales superiores de justicia en el caso del artículo 99; como novedad, es causa de desestimación o, en su caso, de inadmisión si el interesado hubiere consentido la resolución que fue objeto de recurso jurisdiccional en el que recayó la sentencia cuyos efectos se interesa extender. La duda que pende sobre este requisito es la de su constitucionalidad a la vista de la doctrina deducible de la STC 10/1998, de la que cabe deducir que se da más valor a la igualdad en la aplicación de la ley frente a la seguridad jurídica deducible de la inatacabilidad de un acto consentido y firme por no haber sido impugnado ni en vía administrativa ni, en su caso, en vía judicial.

En cuanto a que la sentencia cuyos efectos se pretende extender no sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe tenerse presente que, en la práctica y en materia de personal, la vía casacional no tendrá mucha viabilidad, pues la regla general es la irrecurribilidad en casación en esos litigios –ni siquiera en vía de recurso de casación para unificación de doctrina–, y, en todo caso, si la cuantía es inferior a veinticinco millones de pesetas salvo que esa doctrina se elabore en el restrictivo recurso de casación en interés de ley.

Habría que entender que la doctrina que no se puede contrariar será la formulada con carácter general por el Tribunal Supremo, al margen de la materia. En todo caso, debería haberse previsto que la doctrina de referencia fuese no sólo la del Tribunal Supremo sino, además, la de la Audiencia Nacional o de los tribunales superiores de justicia respecto de los incidentes que se planteen tanto ante los juzgados como ante las propias salas, y ya sea sentencias dictadas en única instancia –sin ulterior casación–, en apelación como en la casación de la que conocen los tribunales superiores.

#### 4.7.2. Procedimiento del artículo 111

El artículo 37.2 prevé que cuando ante un juzgado o tribunal se tramiten una pluralidad de recursos con idéntico objeto,<sup>8</sup> mediante el procedimiento allí previsto no se acumulan, se tramitan sólo uno o varios quedando el resto en suspenso. La sentencia que recaiga se notificará a los que sean partes en esos recursos suspendidos, que podrán optar por seguir para ellos el procedimiento o bien que se les aplique el artículo 111. Evidentemente, pedirán que se les aplique este precepto si la sentencia es estimatoria, pero si no lo es antes de la Ley orgánica 19/2003 quedaba en sus manos seguir el procedimiento, sin que el juez o tribunal pudiese acordar el sobreseimiento; tras la citada reforma y a instancias del Consejo General del Poder Judicial, se introdujo el párrafo 3 de forma que si no media desistimiento el juez o tribunal une a los recursos suspendidos testimonio de la sentencia recaída en el llamado “recurso-testigo”.

Como se ha dicho, los interesados pueden optar por la aplicación del artículo 111. Este precepto lo que hace es seguir para tal caso el procedimiento del artículo 110.3, 4 y 5, es decir, se retoma el procedimiento en forma de incidente y se concluye en la forma antes vista.

#### 4.8. Procedimiento de ejecución de transacciones judiciales

Dentro de las formas de finalizar el procedimiento, el artículo 77 prevé que se haga mediante acuerdo entre las partes promovido de oficio o a instancia de una de las partes, acuerdo que debe implicar la desaparición de la controversia. En tal caso el procedimiento finaliza por auto.

Para tales casos el artículo 113 prevé que en ese acuerdo ha de fijar plazo de ejecución, de forma que transcurrido sin cumplirse cualquiera de las partes –luego también la Administración– puede interesar la ejecución forzosa. Si no se fijase plazo bastará con que la parte

8. Se trata de litigios en masa respecto de asuntos repetitivos. En éstos el presupuesto (acto, actuación, inactividad, vía de hecho o disposición) y las pretensiones pueden ser idénticas; también cabe que se trate de litigios con

presupuestos distintos pero de idéntico contenido (vgr. actos diferentes pero del mismo contenido) respecto de los que se formulan idénticas pretensiones.

perjudicada por el incumplimiento requiera que se cumpla lo pactado y pasados dos meses se podrá instar la ejecución forzosa.

## 5. Ejecución provisional

### 5.1. Supuestos

Si lo que procede es el recurso de casación, se prevé con carácter general que, dictada sentencia o auto, puede interesarse la ejecución provisional una vez preparado el recurso de casación (artículo 91).

Si lo que procede es el recurso de apelación y lo recurrido es un auto, la apelación se admite a sólo un efecto –devolutivo– (artículo 80.1); si se recurren sentencias, la apelación lo es en ambos efectos y no se prevé directamente su ejecución provisional sino la adopción de medidas cautelares que garanticen la ejecución de la futura sentencia (artículo 83.2).

En este segundo caso, al remitirse al capítulo II del título VI lo hace también al artículo 134.1, precepto que prevé para la ejecución de autos acordando medidas cautelares la aplicación de toda la normativa sobre ejecución de sentencias recogida en el capítulo III del título IV, salvo el artículo 104.2, ya que dada la urgencia en la ejecución de esas medidas no se da plazo de gracia alguno.

En consecuencia, si para la ejecución provisional de sentencias recurridas en apelación se acude a los procedimientos de ejecución de medidas cautelares, habrá que concluir, con independencia de los presupuestos del artículo 88, que para su efectividad podrá acudir a las reglas de ejecución de sentencias.

### 5.2. Trámites

Para el caso del artículo 83.2 –ejecución provisional de sentencias apeladas– en relación con el artículo 134.1, es aplicable todo lo dicho menos las reglas referidas a los plazos del artículo 104.2. Si se trata de resoluciones recurridas en casación habrá que entender aplicables todas las reglas. Por otra parte, en algunos casos esa aplicación se recuerda expresamente como ocurre en el artículo 106.5 respecto de la ejecución de sentencias condenatorias a pago de cantidad líquida.

## 6. Recursos contra autos dictados en ejecución y aplicabilidad de la LEC

### 6.1. Recursos contra autos dictados en fase de ejecución

Hay que diferenciar varios supuestos. Con carácter general, las resoluciones que se dicten en fase de ejecución por los juzgados son recurribles en apelación [artículo 80.1.b)] y si son dictados por salas, cabe recurso de casación [artículo 87.1.c)].

En el caso de incidentes de los artículos 110 y 111, aparte de que se resuelven mediante auto, cabe recurrirlos tanto en apelación como en casación (artículos 80.2 y 87.2), si bien será admisible siempre y cuando lo hubiere sido la sentencia recaída en el recurso cuya extensión se interesa. Así se deduce expresamente en el artículo 80.2 y en el artículo 87.1 al remitirse al artículo 86.

### 6.2. Aplicación supletoria de la LEC

En la regulación de la ejecución de sentencias, el artículo 109.1 de la LJCA prevé que mientras que no conste la total ejecución podrá promoverse incidente para decidir cuantas cuestiones se planteen y, en especial, las previstas en ese precepto, lo que plantea en qué medida la regulación de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), es supletoria en este extremo. Para esto habrá que diferenciar el caso de sentencias que condenen al pago de una cantidad –líquida o ilíquida, o parte líquida y parte ilíquida– así como las condenas de hacer.

#### 6.2.1. Condenas de pago de cantidad de dinero y reserva de liquidación

En la LEC el artículo 219 prevé que si se reclama en juicio el pago de una cantidad de dinero, no podrá pretenderse una sentencia declarativa del derecho a percibirlo, sino que deberá pretenderse la condena al pago; no obstante, sí cabe tal pretensión si se dejan para un pleito posterior los problemas de la liquidación. De esta manera, la LEC obliga ya a que en la demanda se especifique o cuantifique exactamente el importe de lo reclamado, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia; todo lo más se permite que en la demanda se fijen las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, que consistirá en una pura operación aritmética. De esta forma la sentencia fijará la cantidad o bien las bases de la liquidación.

En el ámbito de la condena a resarcir daños y perjuicios, la LJCA sigue un criterio asimilable al de la LEC en el artículo 71.1.d). La cuestión radica en determinar el ámbito de cada regulación.

Puede decirse que cuando en el proceso contencioso-administrativo se pretenda la condena al pago de una cantidad, no se admitirá la pretensión de declaración del derecho a percibirla y, si se difiere a la fase de ejecución la cuantificación, sólo será admisible si la liquidación consiste en una operación aritmética. Por contra, si se trata de la reclamación de ser resarcido por daños y perjuicios, aparte de su probanza en autos, es admisible diferir para la fase de ejecución la determinación de la cuantía sobre las bases fijadas en sentencia. Para efectuar tal liquidación es cuando hay que acudir a las reglas de los artículos 712 a 716 de la LEC.

Esto significa que no será preciso agotar dos incidentes en el proceso contencioso-administrativo, uno primero a tenor del artículo 109 para determinar a tenor del párrafo 1.c) el “procedimiento a seguir” con los trámites del artículo 109.2 y 3 y de ahí iniciar los trámites de la LEC. Por el contrario, entiendo que la llamada al incidente de ejecución en el artículo 109.1 lleva directamente a la LEC.

#### 6.2.2. Liquidación de intereses

Para la liquidación de los intereses procesales deducibles del artículo 106 de la LJCA en relación con el artículo 576 de la LEC, son de directa aplicación, por razón de su regulación especial, los apartados 2 y 3 del artículo 106 de la LJCA.

En cuanto a la liquidación de esos intereses, de nuevo entiendo que habrá que estar a las reglas antes citadas de los artículos 712 a 716 de la LEC, con remisión a lo antes expuesto sobre el incidente del artículo 109.

#### 6.2.3. Condenas de hacer

Para el caso de condenas de hacer, la LJCA prevé unas reglas en el artículo 108, que regula qué puede acordarse pero no cómo acordarlo. Para este extremo se plantea la cuestión de si rige el artículo 109 sin más o habrá que acudir a los artículos 705 a 711 de la LEC.

Puesto que lo más aconsejable es ir a lo procesalmente más sencillo y descomplicado, el artículo 109 encierra una regulación parca pero suficiente. Así, el artículo 108 se refiere a condenas de realizar una actividad o dictar un acto; dictada sentencia, el demandante puede promover incidente al amparo del artículo 109, se dará traslado al resto de las partes –artículo 109.2– y resolverá –artículo 109.3– sobre el órgano que deba ejecutar, el plazo en el que debe actuar y los modos como debe actuar.

Como digo, se trata de una regulación sencilla pero completa, sólo integrable en caso de algún concreto aspecto por los artículos 705 a 711 de la LEC.

#### 6.2.4. Ejecución en el equivalente

Para los casos del artículo 105.2 de la LJCA, el juez debe o bien adoptar las medidas necesarias para la ejecución o bien establecer el resarcimiento que proceda. En el caso del artículo 105.3.2 debe establecerse una indemnización como equivalente, y en el caso del artículo 106.4 el juez debe resolver la forma menos gravosa de ejecutar la sentencia.

Pues bien, para los casos del artículo 105.2 (adopción de medidas innominadas necesarias para la ejecución) y del artículo 106.4, basta y sobra con la regulación del artículo 109 de la LJCA; pero cuando se trata de un resarcimiento en el equivalente, será de aplicación el artículo 717 de la LEC, lo que nos remite a las reglas ya citadas de los artículos 714 a 716 de la LEC.

#### 6.2.5. Ejecución provisional de sentencias

La regulación de esta materia en la LJCA se encuentra en el artículo 84 para las sentencias recurridas en apelación, y en el artículo 91 en caso de sentencias recurridas en casación. La regulación que ofrece la LJCA es completa, de ahí que la aplicación supletoria de la LEC sea sumamente limitada.

Evidentemente, no es de aplicación el artículo 524, según el cual la ejecución provisional de una sentencia se solicitará mediante demanda, lo que da lugar más que a un incidente a un procedimiento nuevo, ni el artículo 525, referido a sentencias no ejecutables provisionalmente. En todo caso, sí hay que destacar la distinta “estructura” o esquema del procedimiento de ejecución provisional en la LJCA respecto de la LEC.

Así, en la LJCA, para la ejecución de sentencias recurridas en apelación, el esquema es el de solicitud de ejecución provisional (artículo 84.1), audiencia a las demás partes (artículo 84.4) y la regulación del criterio de pertinencia: no se accede si la ejecución puede causar situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación (artículo 84.3) y, fuera de las consecuencias con tal intensidad, para otros perjuicios sufribles lo que se prevé es adoptar medidas para evitar o paliar, entre ellas la prestación de caución o garantía (artículo 84.1.2).

Para el caso de sentencias recurridas en casación el esquema es el mismo, si bien no se hace expresa mención de la necesidad de oír al resto de las partes antes de decidir sobre la ejecución provisional. Esta circunstancia lleva a aproximar el esquema al de la LEC, pues en esta regulación se insta la ejecución sin necesidad de caución y, salvo que se esté en los casos del artículo 525, se despacha ejecución (artículo 527.3) de forma que la intervención de las otras partes sólo aparece cuando ya el tribunal *a quo* ha accedido a la ejecución (artículo 527.4 y artículo 528.1). No obstante, entiendo que el silencio del artículo 94 de la LJCA no lleva a los artículos 527.3 y 528, pues tales preceptos responden a la lógica querida para la LEC.

En efecto, de la LEC es trasladable la inexigibilidad de prestación de caución simultánea con el escrito interesando la ejecución provisional (artículo 526), así como las reglas según que la ejecución provisional se interese bien sea antes o después de haberse interpuesto el recurso de apelación o bien antes o después de tenerse por preparado el de casación, todo en orden a dejar testimonio o recabar antecedentes de las actuaciones para la ejecución provisional (artículo 527).

Ahora bien, la LEC desea dar un especial dinamismo a la ejecución provisional de sentencias mediante la fijación de casos tasados en los que no se despacha (artículo 525 en relación con el artículo 527.3), fuera de los cuales el juez o tribunal accede a la ejecución y la oposición no aparece antes de ordenarla, sino después (artículo 528.1), de ahí que lo previsto en el artículo 84.4 de la LJCA deba aplicarse analógicamente en el artículo 91 de la LJCA.

Fuera de estos aspectos “estructurales”, ya se ha hecho referencia a los criterios de procedencia de la LJCA, regulados en sentido negativo en la LJCA (artículo 84.3 y artículo 91.3). Pues bien, de la regulación de la LEC puede extraerse la aplicación supletoria de las siguientes reglas:

–Para el caso de sentencias condenatorias a obligaciones no dinerarias, la ejecución provisional puede denegarse cuando cause “situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación” (artículos 84.3 y 91.3), cuando fuese “imposible o de extrema dificultad” restaurar la situación anterior a la ejecutoria o resarcir económicamente al ejecutado (artículos 528.2.2 y 530.2). Esta precisión tiene la importante matización de que tal imposibilidad o extrema dificultad se predicen en la LEC no tanto del contenido del fallo como de las actuaciones ejecutivas en que se traduce la ejecución provisional.

–Para el caso de sentencias condenatorias a obligaciones de dar y en particular condenas dinerarias, el dinamismo de la LEC se traduce en no exigir caución con la solicitud y ordenar la ejecución; tanto es así que para estos casos no se prevé la oposición a la ejecución sino “a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entiende que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios” (artículo 528.3).

En el proceso contencioso-administrativo, lo ordinario será la ejecución de sentencias estimatorias contra una administración, en cuyo caso hay que pensar que lo propio será exigir una caución o garantía, estando exento de prestarla si quien interesa la ejecución es una administración (artículo 84.5), tanto si se trata de un litigio entre administraciones como si se está en el caso de ejecución provisional de una sentencia desestimatoria.

–En todo caso, y aunque en la LEC se regula respecto de la ejecución de sentencias de condena dineraria, sí cabe la aplicación supletoria de la carga que se impone al ejecutado que se opone en cuanto que debe indicar las medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles (artículo 528.3.2). Del mismo modo, debe advertirse que en la LEC se regula el traslado al condenado en sentencia que se opone a la ejecución provisional, las consecuencias dañosas que para el que ganó en el pleito implica que no se acceda a la ejecución provisional.

–En cuanto a las garantías para responder de los daños derivados de la ejecución provisional, la LJCA se refiere a medidas innominadas o bien ya expresamente a caución o garantía. Para estos casos es de aplicación el artículo 529.3.2, según el cual “la caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate”. ■

## La utilización de técnicas de relación con particulares entre administraciones públicas: concesión; licencias; sanciones. La ejecutividad entre administraciones públicas\*

Juan Antonio Xiol Ríos  
Magistrado del Tribunal Supremo.  
Letrado del Tribunal Constitucional (e.)

1. Las relaciones interadministrativas de colaboración y de sujeción.
2. La sujeción de las administraciones públicas a las potestades de otras administraciones en materia tributaria, urbanística, de dominio público y privado y de expropiación forzosa.
  - 2.1. Sujeción a la potestad tributaria.
  - 2.2. Sujeción a las potestades urbanísticas de otras administraciones públicas: la potestad de licencia.
    - 2.2.1. La autonomía local.
    - 2.2.2. La legislación urbanística.
    - 2.2.3. La legislación sectorial.
      - 2.2.3.1. Legislación autonómica en materia de obras públicas.
      - 2.2.3.2. Legislación estatal en materia de obras públicas.
    - 2.2.4. La autolicensing.
  - 2.3. Sujeción a las potestades de otras administraciones en materia de dominio público y privado: las concesiones demaniales.
    - 2.3.1. Autorizaciones y concesiones demaniales.
    - 2.3.2. Cesión de bienes patrimoniales.
    - 2.3.3. Precario.
    - 2.3.4. Condominio y constitución de derechos reales.
    - 2.3.5. Arrendamiento.
  - 2.4. La sujeción a la potestad expropiatoria de otras administraciones públicas.
3. La sujeción de las administraciones públicas a las potestades de otras administraciones mediante técnicas de fomento, contractuales, sancionadoras y de exigencia de responsabilidad patrimonial.
  - 3.1. El ejercicio de las técnicas de fomento en relación con otras administraciones.
  - 3.2. De los convenios interadministrativos a la técnica contractual.
  - 3.3. La sujeción a la potestad sancionadora de otras administraciones públicas.
    - 3.3.1. Los entes públicos como sujetos pasivos de la potestad sancionadora.
    - 3.3.2. Posición de la jurisprudencia.
    - 3.3.3. Algunas particularidades relativas al ejercicio de la potestad sancionadora contra los entes públicos.
      - 3.3.3.1. Infracciones típicas de las administraciones públicas.
      - 3.3.3.2. Responsabilidad solidaria o subsidiaria respecto de las infracciones cometidas por autoridades, funcionarios o agentes o por entes u organismos dependientes.
      - 3.3.3.3. Respeto a las competencias y lealtad institucional.
      - 3.3.3.4. Principio de culpabilidad.
      - 3.3.3.5. Responsabilidad directa de las autoridades y funcionarios.
      - 3.3.3.6. La eficacia del ejercicio de la potestad sancionadora contra otras administraciones.
  - 3.4. La exigencia de responsabilidad patrimonial de otra Administración pública.
4. Ejecutividad y ejecución de oficio entre administraciones.
  - 4.1. El carácter debilitado del privilegio de ejecución de oficio: la necesaria intervención de los tribunales cuando existe controversia jurídica entre administraciones públicas. La exigencia de responsabilidad patrimonial de otra Administración pública.
  - 4.2. La aplicación de los principios reguladores de las relaciones interadministrativas a la ejecución forzosa.
  - 4.3. La compensación como forma ordinaria de extinción de los créditos entre administraciones públicas.
  - 4.4. La utilización frente a las administraciones públicas de los medios de ejecución forzosa previstos en la Ley de procedimiento administrativo.
    - 4.4.1. Medios de ejecución forzosa: apremio sobre el patrimonio.
    - 4.4.2. La ejecución subsidiaria.
    - 4.4.3. La multa coercitiva.
    - 4.4.4. La compulsión sobre las personas.

\*Texto de la conferencia impartida en la sesión de 2 de abril de 2005 del Seminario de Derecho Local promovido por la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, la Escuela

de Administración Pública de Cataluña y el Área Metropolitana de Barcelona-Mancomunidad de Municipios.

## 1. Las relaciones interadministrativas de colaboración y de sujeción

Las relaciones entre las administraciones públicas son concebidas por el legislador con carácter general como relaciones entre entes investidos de competencias y potestades que actúan en pie de igualdad en aras a la consecución de intereses generales, por lo que deben actuar coordinadamente. Esta es la forma en que se regulan dichas relaciones en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL, artículo 10) y, posteriormente, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC, que desarrolla estas relaciones en su título primero).

Esta última ley, modificada de modo significativo por la Ley 4/1999, recoge una quintaesencia de los principios que deben presidir la relación entre las administraciones públicas, entre los que figura, como principio general (artículo 3), el principio de coordinación, y, como principios específicos (artículo 4), el principio de lealtad institucional, que se traduce en el deber de respeto a las competencias de las demás administraciones, en el deber de auxilio y de prestación de información a las demás administraciones y en el deber de cooperación y asistencia.

La realidad del Derecho nos ofrece, sin embargo, una situación frecuente, en la que el legislador no repara con suficiente intensidad, hasta el punto de que puede decirse que son numerosas en la actualidad las lagunas legales que afectan a la materia. Me refiero a aquellos supuestos en los cuales se da una relación entre administraciones públicas que no puede sujetarse a los parámetros clásicos de las relaciones interadministrativas, porque los intervinientes no actúan en pie de igualdad, sino que, como consecuencia del carácter de la relación y del régimen jurídico aplicable a la misma, uno de los sujetos aparece claramente en la posición propia del particular o de ciudadano y, en consecuencia, sujeto a las potestades propias del otro ente público.

La orfandad legal en que se encuentra este tipo de relaciones da lugar, en ocasiones, a situaciones que pueden sorprender desde la perspectiva clásica del Derecho administrativo: el ayuntamiento que sanciona al Estado por construir sin licencia, el Estado que expedia al ayuntamiento por no dar de alta en la Seguridad Social a un trabajador o impone al ayuntamiento un recargo de apremio por deudas no satisfechas a la Seguridad Social, la comunidad autónoma que multa a un ayuntamiento por vertidos ilegales o expropia terrenos de dominio público municipal, la paralización del procedimiento de

apremio para el cobro de cuotas de la Seguridad Social porque la Diputación Provincial exige el pago previo para publicar en el *Boletín Oficial* los edictos de notificación, el organismo gestor de la Seguridad Social que exige al ayuntamiento el reintegro de la subvención para el fomento del empleo o el ayuntamiento que, por sí y ante sí, descuenta un porcentaje del recargo provincial del impuesto de actividades económicas en concepto de premio de recaudación, etcétera.<sup>1</sup>

Los principios a que antes me he referido, a pesar de haber sido pensados y desarrollados especialmente en relación con las relaciones interadministrativas que se desarrollan en pie de igualdad, ofrecen un caudal importante de sugerencias para resolver las posibles situaciones no previstas en el ordenamiento jurídico a que pueden dar lugar las relaciones interadministrativas de sujeción de una administración a otra. De hecho, como veremos, han sido objeto ya de un desarrollo apreciable por parte de los poderes normativos. Especialmente, cabe señalar el principio de respeto a las competencias de las restantes administraciones como manifestación del principio de lealtad institucional porque, como veremos, es el que explica muchas de las particularidades que se manifiestan en las relaciones interadministrativas de sujeción por contraste con las relaciones interadministrativas de cooperación.

La Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, recoge igualmente como principios a los cuales ha de ajustarse la actuación de la Administración catalana los principios de mutua colaboración y lealtad institucional (artículo 54.2). En el mismo sentido, el artículo 129.a) de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña (LMRL), establece como principios a los que han de adecuar su actuación la Administración de la Generalidad y los entes locales de Cataluña los de lealtad institucional y respecto de las competencias que corresponden a las demás administraciones.

El principio de lealtad institucional<sup>2</sup> es considerado por la doctrina como semejante al principio de la “lealtad federal” en el sistema constitucional alemán, si bien proyectado sobre las relaciones entre todas las administraciones públicas. La “lealtad constitucional” impone, según la doctrina alemana, deberes negativos de respeto a las competencias ajenas, deberes positivos de ayuda y colaboración y un estilo de comportamiento que informa la conducta pública de la Federación y los estados.

En nuestro sistema, este principio ha sido configurado como un elemento de modulación del ejercicio de las competencias tanto del Estado como de los demás

1. ANAYA GÓMEZ, A. (1996). “La responsabilidad interadministrativa y el artículo 106.2 de la Constitución”, en “Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 14, págs. 205-215.

2. FERNÁNDEZ MONTALVO, R. (2000). *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Diputación de Barcelona, pág. 33 y siguientes.

entes territoriales. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 32/1983, de 28 de abril, señala que la finalidad de integración de los diversos subsistemas en el conjunto del sistema estatal debe lograrse mediante las técnicas de información recíproca, homogeneidad técnica en determinados aspectos y acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en ejercicio de sus respectivas competencias (fundamento jurídico [FJ] 2).

El principio de lealtad institucional supone, pues, que, desde el punto de vista negativo, las administraciones están obligadas a no realizar ni ejecutar actividad alguna que pueda poner en peligro o que pueda significar una merma de las competencias de las restantes administraciones que puedan resultar afectadas, para lo que, al ejercitar sus propias competencias, deben tener en cuenta los intereses del conjunto y los de las demás administraciones. La LBRL, al igual que ha hecho después la LRJPAC [artículo 4.1.b)], precisa, en el artículo 55.a), tanto la necesidad de ponderar los intereses de las restantes administraciones como de respetar el ejercicio de sus competencias. Añade, significativamente, la necesidad de respetar las consecuencias que de dicho ejercicio se deriven para las competencias propias.

Desde el punto de vista positivo, la lealtad institucional implica la obligación de auxiliar a las restantes administraciones en el ejercicio de sus competencias manteniendo una actitud constructiva tendente a facilitar el cumplimiento eficaz de las competencias de los otros entes. De ello se contemplan algunos ejemplos importantes en nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre con el deber de auxilio en la ejecución a las restantes administraciones que se establece en la LRJPAC (artículo 4.4: “La Administración General del Estado, las de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias”). Esta concreta manifestación, en el contexto del principio de lealtad institucional y de sus distintas manifestaciones, tiene, como veremos, notable importancia para calibrar los mecanismos de ejecución que son aplicables por una administración pública respecto de otra sujeta a sus potestades.

## 2. La sujeción de las administraciones públicas a las potestades de otras administraciones en materia tributaria, urbanística, de dominio público y privado y de expropiación forzosa

### 2.1. Sujeción a la potestad tributaria

La discusión acerca de si los entes públicos tienen aptitud para ser obligados tributarios puede considerarse

superada. Los entes públicos, en el caso de que realicen el presupuesto descrito en el hecho imponible, adquirirán la condición de obligados tributarios, a no ser que intervenga una exención. La consignación expresa de exenciones en muchos supuestos constituye una demostración *a sensu contrario* de la sujeción.

En los casos en que se trata de tributos de la misma Administración se ha pretendido que concurre una causa de extinción, la confusión o coincidencia en la condición de acreedor y deudor, dado que cada Administración actúa con personalidad jurídica única. Existen, sin embargo, razones específicas de funcionamiento de la Hacienda, entre ellas razones contables, de conocimiento de fuentes de riqueza, estadísticas y de ejemplaridad, que justifican mantener también en estos casos el ejercicio de la potestad tributaria. El vehículo jurídico para darle curso es el de las llamadas *relaciones interorgánicas*, aun cuando la repercusión última del fenómeno es propiamente de carácter contable.<sup>3</sup> Cuando se trata de diferentes administraciones públicas no cabe duda, en consecuencia, que las mismas, cuando se da el hecho imponible y no concurre una causa de exención, ostentan la condición de obligados tributarios con respecto al ejercicio de las potestades tributarias por parte de las administraciones titulares de las mismas.

Así se infiere directamente de la regulación contenida en la Ley general tributaria acerca del sujeto pasivo del tributo. El artículo 35.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT), establece que “son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias”.

El carácter de obligado tributario susceptible de ser atribuido a los entes públicos no se refiere exclusivamente a la deuda tributaria propiamente dicha, sino también a las obligaciones tributarias de carácter formal. Por si no fuera suficiente el artículo 35.3 de la LGT –el cual establece que “también tendrán el carácter de obligados tributarios aquellos a quienes la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias formales”–, el artículo 93 de la LGT considera como obligados a prestar información a la Hacienda pública a las “personas físicas o jurídicas, públicas o privadas”, por lo que no cabe la menor duda que esta obligación comprende también a las restantes administraciones, así como a las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las autoridades de previsión social y las demás entidades públicas, incluidas las gestoras de la Seguridad

3. PÉREZ ROYO, F. (2002). *Derecho financiero y tributario*, pág. 142 y siguientes.

Social y quienes, en general, ejerzan funciones públicas, según se encarga de precisar en esta larga enumeración el artículo 94 de la LGT.

La sujeción de las administraciones públicas a la potestad tributaria de las restantes administraciones comporta algunas particularidades. Una de ellas es el establecimiento de una responsabilidad solidaria que afecta a las comunidades autónomas respecto del pago de las deudas tributarias contraídas por las entidades de Derecho público que dependen de ellas, así como de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la comunidad autónoma o instituciones asociativas voluntarias públicas en las que participen, en proporción a sus respectivas cuotas y sin perjuicio del derecho de repetir que les pueda asistir. Esta misma responsabilidad solidaria afecta a las corporaciones locales en términos similares, referidos a los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de carácter local, siempre que en este último caso su capital social pertenezca íntegramente a la entidad social o un ente público de la misma (disposición adicional séptima de la LGT).

Otra particularidad digna de nota es la exención que suele establecerse en favor de entidades públicas respecto de ciertos tributos. Así ocurre, por ejemplo, en la Ley del impuesto sobre sociedades, texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo (LIS), cuyo artículo 9 declara exentos del impuesto a las administraciones públicas que cita (Estado, comunidades autónomas y entidades locales, entre otras).

La doctrina y la jurisprudencia se han planteado el problema de la bonificación del 99% aplicada en este impuesto a las sociedades municipales (artículo 32 de la LIS).<sup>4</sup> En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de junio de 1982 (Repertorio Jurídico Aranzadi 3667). El tribunal declaró a efectos del tratamiento fiscal en el caso de los aprovechamientos de los bienes comunales que no se trata de un servicio municipal de su competencia. En el caso de la promoción y gestión de viviendas la STS de 17 octubre de 1983 (Aranzadi 5195) entiende que no se trata de un servicio público para el que exista una competencia específica y que, en consecuencia, la sociedad municipal que ejerce esta actividad económica no disfruta de la correspondiente bonificación. La conclusión a que se ha llegado, en suma, es que esta bonificación, dado el principio de libre competencia que impera en el derecho interno y comunitario, sólo será aplicable cuando se trate de servicios de carácter obligatorio regulados en el artículo 26 de la LBRL y para las actividades de interés local mencionadas el artículo 25.2, siempre que estén

declaradas expresamente en una ley como servicio público local, con lo que se trataría de un sector económico declarado de titularidad pública y, por lo tanto, no susceptible de prestación por la iniciativa privada.

## 2.2. Sujeción a las potestades urbanísticas de otras administraciones públicas: la potestad de licencia

### 2.2.1. La autonomía local

La sujeción a la potestad de licencia de los entes locales por parte de las restantes administraciones públicas constituye una exigencia del principio de autonomía local, que, como es bien sabido, integra una garantía institucional consagrada por el artículo 137 de la Constitución (CE).

El Tribunal Constitucional ha debido abordar algunos supuestos en los cuales la legislación trata de eximir a obras o edificaciones llevadas a cabo por otras administraciones del control preventivo de carácter municipal que establecen con carácter general las leyes como núcleo de las competencias urbanísticas del municipio. La STC 40/1998, de 19 de febrero, ha declarado que la Constitución no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado a las entidades locales y que no cabe hablar de intereses naturales de las mismas. Corresponde, en consecuencia, al legislador la determinación concreta del contenido de la autonomía local. Entre los asuntos de interés de los municipios y a los que, por tanto, se extienden sus competencias, está el urbanismo. Así lo ha precisado el legislador estatal en el artículo 25.2.d) de la LBRL al disponer que el municipio ejercerá sus competencias en materia de "ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística" y al prever en el artículo 84.1.b) el sometimiento de la actividad de los ciudadanos "a previa licencia y a otros actos de control preventivo". El Tribunal Constitucional, sin embargo, estima que de ello no se deduce que la intervención del municipio en los casos de ejecución de obras que deben realizarse en el término municipal tenga que traducirse sin excepción alguna en el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística, sino que ésta es sólo la solución normal, "por lo que a la actividad de los ciudadanos se refiere, e incluso deberá ser también la regla general en el caso de obras que deben realizarse por otras administraciones". Sin embargo, no puede considerarse que atente contra la autonomía local que el legislador disponga que, cuando existan razones que así lo justifiquen, la intervención municipal se articule por medio de otros procedimientos adecuados para garantizar el respeto a los planes de ordenación urbanística. En este sentido considera adecuado a la Constitución el artículo

4. ARANA GARCÍA, E. (2000). "El impuesto de sociedades y su 'especial' aplicación a las sociedades municipales: Análisis de su constitucionalidad", en

*El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor don Ramón Martín Mateo.*

19 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante (LPMM), en cuanto sus trae al control preventivo municipal “las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el dominio público portuario por las autoridades portuarias”, puesto que no excluye la intervención del municipio, el cual debe emitir un informe sobre la adecuación de tales obras al plan especial de ordenación del espacio portuario (apartado 1). Se garantiza, en opinión del Tribunal Constitucional, la intervención del ente local, tal y como exige la garantía institucional de la autonomía municipal. Sin embargo, la competencia del Estado sobre puertos no puede justificar la exención de una licencia municipal en aquellos casos en los que las obras de construcción o conservación, aun realizándose en la zona de servicio portuario, no afectan propiamente a construcciones o instalaciones portuarias, sino a edificios o locales destinados equipamientos culturales o recreativos, certámenes feriales y exposiciones.

Por lo general, la legislación, tanto estatal como autonómica, suele ajustarse a estos parámetros.

### 2.2.2. La legislación urbanística

La legislación urbanística suele establecer, como no podía menos de ser, el carácter necesario de la licencia municipal para la realización de todo tipo de obras o edificaciones, pero exceptúa lo que establezca la legislación sectorial o se remite a ella o prevé por sí misma excepciones al control preventivo municipal en función de la previsión de las obras en determinados planes y proyectos, cuyo procedimiento de elaboración y aprobación permite que se cumpla la exigencia constitucional de intervención por parte del municipio.

La Ley de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo (LU), considera sujetos a licencia (artículo 182.1) los actos especificados en el artículo 179.1 (actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, de edificación, construcción y derribo de obras) promovidos por órganos del Estado o de la comunidad autónoma o por entidades de Derecho público que administren bienes estatales o autonómicos, con las excepciones de las previstas en la legislación sectorial. Esta sujeción comprende, según prevé expresamente la LU, los actos de las entidades locales que no tengan competencia para otorgar la licencia.

En la Comunidad Valenciana (Ley 6/1994, de 15 de noviembre) se establece (artículo 81) la sujeción a licencia de obras de la ejecución de obras públicas y de construcciones de servicio público cuando lo exija la legislación reguladora de la correspondiente obra o servicio.

El artículo 2.6.a) de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de las Islas Baleares, establece que serán sujetos a licencia previa, sin perjuicio de las autorizaciones que sean procedentes, entre otros actos, las obras de construcción de infraestructura civil, tales

como presas, viario público y privado, defensa y corrección de cauces públicos, puertos, diques, etc., excepto que estos actos hayan sido detallados y programados como obras a ejecutar en un plan especial o plan territorial o plan director sectorial debidamente aprobado o autorizado, pero excluye de la obligatoriedad de la licencia las obras de mejora y mantenimiento de las obras públicas. Por el contrario, el artículo 2.7 considera sujetos expresamente a licencia los actos de edificación en las zonas de servicio de los puertos y aeropuertos, así como las zonas de servicio público.

La Ley 10/1998, sobre planes y proyectos regionales de Castilla y León (artículo 22.5), establece que no estará sometida a los actos de control preventivo municipal la ejecución de las obras públicas e instalaciones complementarias definidas en los planes y proyectos regionales.

La Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia (disposición adicional primera), establece que las obras promovidas directamente por la Administración pública o sus organismos autónomos previstas en un proyecto sectorial y calificadas como de marcado carácter territorial no están sujetas a licencia urbanística municipal sin perjuicio de la aprobación de los proyectos que ponga en conocimiento de los ayuntamientos afectados.

La Ley 4/1990, de 31 de mayo, de ordenación del territorio del País Vasco, exime de control preventivo municipal a las obras públicas de marcado carácter territorial previstas en los planes territoriales sectoriales y que así sean catalogadas por la comisión de ordenación del territorio del procedimiento de elaboración del plan (disposición adicional quinta), sin perjuicio de la puesta en conocimiento de los ayuntamientos de los proyectos aprobados.

### 2.2.3. La legislación sectorial

#### 2.2.3.1. Legislación autonómica en materia de obras públicas

En la legislación sectorial es donde se contienen supuestos de no-sujeción a la potestad de licencia de las corporaciones locales:

En materia de carreteras, la Ley de Cataluña 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras, establece en el artículo 18.2 que los proyectos de carreteras y las obras de construcción y explotación de las mismas, por el hecho de que constituyen obras públicas de interés general, no están sometidos a licencia municipal ni a otros actos de control preventivo. La Generalidad comunicará a las entidades locales afectadas la ejecución de las correspondientes obras antes de su inicio. Como excepción, quedan sometidas a licencia municipal las obras de construcción que se realicen en las áreas de servicio.

Esta regulación parece dudosamente constitucional, en la medida en que se prevé únicamente una comunica-

ción al municipio afectado, y no un informe por parte de éste, como parece exigir como requisito de carácter mínimo la sentencia constitucional a que acaba de hacerse referencia.

Sin embargo, también en Cataluña la Ley 11/1998, de 5 de noviembre, de helipuertos, establece en el artículo 4 el requisito de la obtención de las correspondientes licencias municipales para el establecimiento de helipuertos permanentes.

En otras comunidades autónomas se contienen a menudo exenciones de licencia en materia de obras públicas que son dudosamente constitucionales, en la medida en que no incluyen otras referencias que la comunicación previa al ayuntamiento y a veces ni siquiera este requisito. Es el caso del artículo 39.1 de la Ley de carreteras de Andalucía 8/2001, de 12 de julio, la cual añade que en la realización de obras e instalaciones en las zonas funcionales el resto del dominio público viario sí estará sometida a licencia municipal. En el mismo sentido que la Ley de Cataluña 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras, la Ley de carreteras de Cantabria 5/1996, de 17 de diciembre (artículo 12), y la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1991, de 27 de marzo, de carreteras (artículo 15). La Ley 7/1995, de 27 de abril, de carreteras de Extremadura (artículo 16) exime de control preventivo municipal a las obras de construcción, reparación o conservación de las vías reguladas en la expresada ley. En el mismo sentido, la Ley 4/1994, de carreteras de Galicia (artículo 20), y la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de carreteras y caminos de Castilla-La Mancha (artículo 19).

El artículo 15 de la Ley del Principado de Asturias 13/1986, de 28 de noviembre, de ordenación y defensa de las carreteras del Principado, establece que corresponderá otorgar a los respectivos ayuntamientos las autorizaciones o licencias para realizar obras en los tramos de carreteras que tengan la condición de travesías de población, previo informe favorable sobre las condiciones de seguridad y viabilidad de la consejería, y el artículo 7.1 somete a autorización de ésta las obras, edificaciones y cualquier ocupación o actividad en terrenos colindantes o sitios en el área de influencia de las carreteras del Principado, sin perjuicio de las licencias urbanísticas y demás autorizaciones que procedieren.

La Ley 2/1990, de 16 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Castilla y León, exime de control preventivo municipal a las actuaciones relativas a las carreteras a que se refiere la ley (artículo 13), pero prevé que en los supuestos de tramos urbanos y variantes de población se remitirá el proyecto a los ayuntamientos para que ratifiquen su conformidad o disconformidad con la normativa urbanística aplicable.

También prevé un informe municipal, en sentido análogo, la Ley 2/1991, de 7 de marzo, de carreteras de la comunidad autónoma de La Rioja (artículo 12).

El artículo 23.1 de la Ley 5/2004, de 16 de noviembre, de puertos de Cantabria, establece que no estarán sujetas a control preventivo municipal las obras de infraestructura portuaria y las obras públicas de gran envergadura que afecten a la localización del puerto o a su conexión con la red diaria y los sistemas generales de comunicaciones, sin perjuicio de que pueda recabarse del municipio un informe sobre la adecuación de las obras proyectadas al planeamiento urbanístico. En el mismo sentido, el artículo 20 de la Ley 14/2003, de 8 de abril, de puertos de Canarias.

La Ley 6/1996, de 9 de julio, de coordinación de los servicios de transportes urbanos e interurbanos por carretera de Galicia (artículo 14), exime, como obras públicas de interés general, de previa autorización de la Junta o licencia municipal a las obras de infraestructuras incluidas en el plan de explotación previsto en la expresada ley.

#### **2.2.3.2. Legislación estatal en materia de obras públicas**

En el ámbito estatal, la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, prevé en su artículo 12 que las obras de construcción, reparación o conservación de carreteras estatales no estarán sometidas a los actos de control preventivo municipal por constituir obras públicas de interés general. La STC 151/2003, de 17 de julio, desestima el conflicto positivo de competencia planteado por la Generalidad de Cataluña por entender que el artículo 33.3 del Reglamento general de carreteras aprobado por el Real decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, no menoscaba la competencia exclusiva de Cataluña en materia de urbanismo. La sala afirma que no afecta al orden constitucional de competencias que la vinculación del planeamiento urbanístico se produzca mediante los estudios informativos de carreteras, una vez éstos aprobados definitivamente, como precisa el controvertido precepto.

En materia de aeropuertos, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, atribuye al Ministerio de Fomento la delimitación de una zona de servicio en los aeropuertos con superficie para la ejecución de las actividades aeroportuarias, tareas complementarias y espacios de reserva y la competencia para aprobar el correspondiente plan director en el que se incluirán usos industriales y comerciales cuya localización en ella resulte necesaria o conveniente por su relación con el tráfico aéreo o por los servicios que presten a los usuarios (artículo 166).

La STC 204/2002, de 31 de octubre, declaró inconstitucional el apartado 3 del expresado precepto, en cuanto eximía a las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito del aeropuerto y su zona de servicio por AENA de los actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, por constituir obras públicas de interés general. El Tribunal entiende que la rotundidad de la

exclusión de la intervención del municipio (al cual no se le reconoce ni la intervención por vía de informe) no respeta la garantía local de la autonomía local y, por tanto, debe declararse inconstitucional sin que quepa ninguna interpretación constitucionalmente conforme.

Finalmente, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, establece en su disposición adicional tercera, apartado 3, que “la construcción, modificación y ampliación de las obras públicas de interés general no estarán sometidas a licencia o a cualquier otro acto de control preventivo municipal, siempre que se siga lo previsto en la apartado 1 de esta disposición”. El expresado apartado prevé que los proyectos de obras públicas de interés general se remitirán a la Administración urbanística competente, al objeto de que informe sobre la adaptación de dichos proyectos al planeamiento urbanístico que resulte de aplicación. Este informe se emitirá en el plazo de un mes, pasado el cual se entenderá evacuado en sentido favorable.

Previamente, la disposición adicional segunda, en el marco de los principios de colaboración y cooperación mutuas en el ejercicio de las actuaciones de planificación y construcción de obras públicas entre la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales, prevé que, en defecto de acuerdo entre las administraciones públicas, los planes y proyectos de obras públicas de competencia del Estado prevalecerán sobre los demás instrumentos de planificación u ordenación territorial o urbanística en lo que se refiere a las competencias estatales exclusivas. Asimismo, los informes de la Administración General del Estado en exclusión de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales tendrán carácter vinculante en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado, previa una fase de negociación que prevé la ley.

#### 2.2.4. La autolicensia

En relación con las licencias municipales se nos plantea también el supuesto en el que el municipio competente para otorgarla es, al mismo tiempo, el autor del acto sujeto a licencia. Son los casos que podemos llamar *de autolicensia*.

El artículo 182.1 de la LU, al establecer la sujeción de las entidades locales a licencia municipal respecto de los actos de transformación o utilización del suelo o del subsuelo, de edificación y de construcción y derribo de obras, precisa que se trata de aquellas entidades locales “que no tengan la competencia para otorgar la licencia”. Con ello implícitamente se establece que si es la propia entidad municipal la que realiza el acto sujeto a licencia, no será necesario este requisito.

Se produce en estos casos, en efecto, una confusión o identificación entre la Administración sujeta a la potestad y la Administración titular de la misma, que determina que la aprobación misma del acto sujeto a licencia comporte también la voluntad de otorgarla y, en consecuencia, haga innecesario que este requisito se cumpla separadamente.

Sin embargo, este principio no rige con carácter general para aquellos casos en que la licencia municipal debe ser objeto de una tramitación específica con intervención de otros organismos, como ocurre en el caso de las actividades clasificadas. En relación con esta materia, la STS de 6 de julio de 1993 (Aranzadi 5472), en relación con la utilización para la guarda de ganado que había sido promovida por el ayuntamiento ordena el cese inmediato de la actividad ejercida por el ayuntamiento hasta que la misma obtenga, tras incoar el oportuno expediente en que se siga el procedimiento adecuado, un pronunciamiento municipal favorable a la adecuación del corral a la normativa urbanística y a los requisitos del Reglamento de actividades de 1961. La sentencia concluye que “es claro que una administración pública no puede –por simple vía de hecho– iniciar y mantenerse el ejercicio de una actividad sin respetar las restricciones legalmente exigidas para la misma, a las que la actividad municipal también resulta sometida. Consecuencia obligada de la nulidad de los acuerdos municipales aquí impugnados –que ya ha declarado la sala *a quo*– debe ser, por ello, la declaración expresa de que el mantenimiento de la actividad es radicalmente incompatible con la necesidad de sometimiento a la norma que debe presidir toda actividad de una administración pública, por lo que –con estimación parcial del recurso– procede declararlo expresamente así en el fallo”.

A su vez, la STS de 19 de diciembre de 1995 (Aranzadi 9971) anula en parte los acuerdos de un ayuntamiento, estimando que es conforme a Derecho el acuerdo de concesión provisional de una licencia de apertura de un vertedero de residuos y no así la definitiva hasta el cumplimiento de las medidas correctoras señaladas en los informes técnicos de la Comisión Provincial de Medio Ambiente.

La sentencia considera que, tratándose de la actividad molesta e insalubre, los órganos concurrentes en la decisión deben observar lo dispuesto en el Reglamento de actividades molestas, según el cual, junto con la solicitud de licencia, se adoptarán los sistemas correctores que propongan utilizar, con expresión de su grado de eficacia y garantía de seguridad. El carácter vinculante en cuanto a las medidas correctoras del informe de la Comisión Provincial del Medio Ambiente respeta, según la sentencia, las atribuciones municipales, atemperándolas en el caso de posibles perjuicios al medio ambiente, sin vulnerar con ello el principio de autonomía municipal y provincial proclamado en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

### 2.3. Sujeción a las potestades de otras administraciones en materia de dominio público y privado: las concesiones demaniales

#### 2.3.1. Autorizaciones y concesiones demaniales

El ejercicio de las facultades sobre el dominio público correspondiente a una administración pública puede comportar también el establecimiento de una relación de sujeción a estas potestades por parte de otra administración. Nada impide que la Administración competente pueda otorgar autorizaciones para el uso especial de bienes de dominio público o concesiones demaniales para el uso privativo de los mismos en favor de otras administraciones.

El artículo 90 de la Ley 33/2003, de 13 noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), prevé expresamente que la autorización de uso de los bienes del patrimonio del Estado puede otorgarse en favor de personas públicas o privadas.

La jurisprudencia precisa únicamente que el ejercicio de las actividades sobre los bienes demaniales o patrimoniales de las administraciones que obtengan la autorización o la concesión debe entenderse limitada por las restricciones que afectan a ésta.

La STS de 29 de septiembre de 2004, recurso de casación núm. 799/2001, contempla el supuesto de una autorización de uso especial y obras desmontables en las playas de un municipio otorgada por la Administración del Estado con el fin de que el ayuntamiento, una vez titular de la autorización correspondiente, otorgue las licencias de explotación pertinentes en uso de sus facultades. En este supuesto el ayuntamiento defendía que las licencias por él otorgadas estaban sujetas únicamente a la legislación básica de régimen local y, en consecuencia, no debía exigirse con absoluto rigor el plazo de vigencia de un año que fija para este tipo de autorizaciones para usos en la zona marítima-terrestre la Ley de costas. El Tribunal Supremo no comparte esta argumentación, pues considera que la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC), es aplicable como texto legal básico que contiene las normas sobre protección de las playas españolas y “ello significa que dichas normas han de ser respetadas por los particulares y también por las entidades públicas y privadas, de modo que la normativa general debe ser cumplida por los ayuntamientos y aunque éstos usen de potestades de acuerdo con la legislación de régimen local deben hacerlo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de costas”.

#### 2.3.2. Cesión de bienes patrimoniales

La Ley 11/1981, de 7 de diciembre, de patrimonio de la Generalidad de Cataluña (artículo 21), establece la posibilidad de ceder gratuitamente el dominio de bienes patrimoniales inmuebles de la Generalidad en favor de otras administraciones o instituciones públicas. En el

mismo sentido, la LMRL (artículo 196) establece que los bienes patrimoniales inmuebles se pueden ceder gratuitamente a otras administraciones o entidades públicas.

En el ámbito de la Administración General del Estado, la LPAP prevé (artículo 145) que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya aplicación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia a comunidades autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

La cesión de un bien patrimonial comporta que la Administración cesionaria queda sujeta a los controles establecidos en la ley. El artículo 148.2 de la LPAP asigna a la Dirección General del Patrimonio del Estado la función de controlar la aplicación de los bienes y derechos de la Administración General del Estado al fin para el que fueron cedidos, pudiendo adoptar para ello cuantas medidas de control sean necesarias. En el caso de incumplimiento del fin de la cesión, el artículo 150 prevé la resolución de la misma y la reversión de los bienes a la Administración cedente.

En el ámbito de la Administración local, el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL, artículo 79.2), y el Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986 (RBCL, artículo 109), prevén también la cesión gratuita de bienes inmuebles a entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. El artículo 111 del RBCL prevé la resolución de la cesión y la reversión a la corporación local de los bienes cedidos que no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de serlo posteriormente.

La LMRL establece (artículo 195) que los entes locales pueden ceder gratuitamente los bienes patrimoniales mediante la instrucción del expediente en el que deben acreditarse determinados requisitos.

Los artículos 80 y 120 del TRRL no prevén la adjudicación directa de un bien patrimonial a una institución pública o privada de interés público. En cambio, el artículo 134 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra, prevé la enajenación directa cuando la adquirente sea una corporación de Derecho público, o una asociación o fundación de interés público reconocida por la ley.

#### 2.3.3. Precario

La Administración titular puede ceder el uso de un bien demanial o patrimonial en precario. La peculiaridad de esta modalidad de cesión reside en que el ente titular

del patrimonio puede en cualquier momento recuperarlo. La cesión en precario no se encuentra regulada específicamente en la legislación local, por lo que será preciso aplicar las normas generales. La jurisprudencia declara que si se trata de un precario de primer grado, es decir, dotado de cierta estabilidad en virtud de las condiciones de otorgamiento o de la prolongación de la tolerancia administrativa, la recuperación del bien no puede hacerse sino por razones de interés público y mediando la oportuna indemnización por los perjuicios causados.

V. gr., la STS (Sección 4.<sup>a</sup>), de 8 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3681), recurso de casación núm. 8789/1997, declara lo siguiente:

"[...] como señala en el mismo sentido la sentencia de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1998/624) (rec. núm. 1338/1990), la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar. Los rasgos fundamentales del actuar administrativo no permiten la asimilación del precario administrativo con la mera tolerancia del Derecho civil (sentencia de 11 de octubre de 1968 [Aranzadi 1968/4689]). No se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, pues esto sólo se admitiría en una precariedad de segundo grado, pero no en una precariedad de primer grado creada con carácter permanente y duradero, lejos de la provisionalidad y transitoriedad más propia de la precariedad de segundo grado (sentencias de 23 de diciembre de 1971 [Aranzadi 1971/5199], 8 de marzo de 1972 [Aranzadi 1972/1262], 22 de abril de 1977 [Aranzadi 1977/1743] y 14 de noviembre de 1984 [Aranzadi 1984/5747])."

No cabe duda de que la cesión en precario puede producirse también en favor de otra administración pública, la cual estará sujeta a las potestades de que dispone la Administración titular del bien.

#### 2.3.4. Condominio y constitución de derechos reales

La complejidad de las actividades de interés común entre varias administraciones puede llevar a la gestión de bienes demaniales o patrimoniales en régimen de condominio.<sup>5</sup> La constitución del condominio queda supeditada al cumplimiento de la finalidad reflejada en el convenio suscrito para dicha gestión, lo que implica una separación de las reglas civiles sobre comunidad de bienes. Esta figura se ha utilizado tradicionalmente en el caso de comunidades de bienes de aprovechamiento vecinal entre varios pueblos.

Normalmente, esta situación exige la constitución de una organización específica dotada de personalidad y encargada de gestionar el servicio y la comunidad de

bienes. Esta organización puede tener personalidad jurídica pública (mancomunidades, consorcios) o privada (sociedad local) y gestionar bienes demaniales o privados. La titularidad de los bienes permanece en manos de los entes que aprueban el convenio.

La cesión del uso de un bien puede hacerse no solamente mediante la constitución de un condominio con otra administración, sino también mediante la constitución de un derecho real, como el de servidumbre. Estas modalidades no son aplicables al dominio público, porque los bienes de esta naturaleza sólo son susceptibles de cesión de conformidad con las reglas que les son propias, es decir, mediante autorización o concesión o cumpliendo las normas de servicio a las que el bien está destinado.

El artículo 195 de la LMRL prevé como requisito para cesión gratuita de bienes patrimoniales por parte de las entidades locales que en el expediente previo se acredite que la finalidad de la cesión no puede alcanzarse manteniendo el ente local el dominio o el condominio de los bienes ni constituyendo sobre éstos un derecho real, lo cual equivale a reconocer la posibilidad de estas figuras.

#### 2.3.5. Arrendamiento

Es posible que la Administración ceda a otra el uso del bien patrimonial, con lo cual se creará un derecho obligacional de arrendamiento. El arrendamiento es contemplado como modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos en los artículos 85.4 de la LBRL y 138 y siguientes del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL). El artículo 138 caracteriza esta figura como una forma de prestación de servicios mediante el arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia. El objeto de la cesión no son propiamente los bienes, sino el servicio, para cuya adecuada prestación se requiere la peculiaridad de arrendar ciertos bienes. Por eso dice el artículo 140.2 del RSCL que se aplicarán subsidiariamente las reglas dedicadas a la concesión de servicios.

La LMRL exige que el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se efectúe por medio de subasta pública, o, excepcionalmente, por concurso. El artículo 220.2 prevé que, excepcionalmente, cuando no sea posible el aprovechamiento de los bienes comunales en régimen de explotación común o colectiva, se podrán arrendar o ceder el uso. Para este caso exige también que la adjudicación se efectúe mediante subasta pública. También en esta ley (artículo 245) se prevé que los entes locales pueden prestar servicios públicos mediante el arrendamiento de las instalaciones que les pertenecen, pero se excluyen de esta forma de gestión los servicios de asistencia

5. COLOM PIAZUELO, E. (2000). "La gestión de los servicios públicos por las administraciones locales y el dominio público: Posibilidades de articulación",

en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor don Ramón Martín Mateo*.

social y los servicios que comporten el ejercicio de potestades de coacción administrativa, de forma similar al artículo 138 del RSCL.

#### 2.4. La sujeción a la potestad expropiatoria de otras administraciones públicas

Dice García de Enterría que debe resolverse negativamente la cuestión de si determinados sujetos pueden quedar excluidos por su cualidad de la condición de expropiados a tenor del artículo 1 de la Ley de expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LExpro). La cuestión, a su juicio, debe remitirse a si determinados bienes pueden o no ser excluidos de la expropiación (dado el carácter inalienable de los bienes de dominio público). Ni el Estado ni ninguna administración puede pretender por su sola cualidad subjetiva quedar exonerada de la expropiación que pueda promoverse en beneficio de un tercero, incluidos los particulares, y tampoco las entidades extranjeras o el propio Estado.<sup>6</sup>

Garrido Falla<sup>7</sup> se plantea el problema de si cabe la expropiación forzosa de bienes de dominio público. Para el expresado autor no existe una repugnancia de principio a la llamada *mutación demanial externa*, concepto que ha hecho fortuna en la doctrina y en la legislación para designar los casos en que la transferencia del bien de dominio público no se reduce a su cambio de destino (mutación demanial en sentido propio), sino al cambio de titularidad de una a otra administración. Opina que esta mutación demanial externa puede resolverse mediante un expediente expropiatorio, aun cuando del artículo primero de la LExpro parezca desprenderse una contestación negativa. Aduce, en efecto, que la propia LExpro admite procedimientos especiales de expropiación en que los bienes expropiados pertenecen en gran medida al dominio público (artículo 86 y siguientes de la LExpro: expropiación que dé lugar a traslados de poblaciones). Garrido Falla aduce también el ejemplo del artículo 2.1 de la Ley de montes de 1957, que declara posible “la expropiación forzosa para obras y trabajos cuyo interés general prevalezca sobre la utilidad pública de los montes afectados. La indicada preferencia se sustancia en expediente aparte, el que será oído el Ministerio de Agricultura”. En contra de su opinión cita el libro de García de Enterría *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* del año 1956.

La STS de 14 de noviembre de 1984 (Aranzadi 5419) admite que en los casos de expropiación de dominio público entre administraciones públicas no hay propiamente expropiación, pero sí derecho a obtener una indemnización. En efecto, esta sentencia dice que no

se puede valorar el suelo objeto de expropiación de bienes de dominio público admitida por la legislación urbanística de acuerdo con los criterios establecidos en la misma, ya que el bien no tiene contenido económico al ser de dominio público, pero sí puede concederse una indemnización por las consecuencias derivadas del cambio de afectación del bien, estimándolo en el valor estricto que tenía en el momento de la ocupación.

En suma, la jurisprudencia entiende que un bien de dominio público municipal puede pasar a ser de dominio público estatal por vía de ejecución del plan y este cambio exige una mutación demanial, que se resuelve dentro del expediente expropiatorio con una indemnización equivalente al justiprecio correspondiente al valor que tenía el bien en el momento de la ocupación, incrementado con el cinco por ciento del premio de afección y los intereses legales devengados, puesto que es un bien sin contenido económico alguno, ya que está destinado a uso público gratuito.<sup>8</sup>

En la legislación autonómica, siguiendo el régimen que establece el artículo 210 del texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, se admite la mutación demanial externa operada en el seno del expediente expropiatorio. Así, la LU establece en el artículo 147, al regular los efectos del sistema de expropiación sobre los bienes de dominio público, que si un ámbito de expropiación incluye bienes de dominio público a los cuales corresponda según el planeamiento un destino diferente a la que motivó la afectación o la adscripción al uso general o a los servicios públicos, la tramitación de la mutación demanial o de la desafectación ha de seguir el procedimiento determinado por la legislación que regula el patrimonio del Estado, de la Generalidad o de los entes locales, según a quien corresponda la titularidad del bien. En general, el principio de unidad de procedimiento para el ejercicio de las competencias concurrentes está sancionado por el artículo 137 de la LMRL.

### 3. La sujeción de las administraciones públicas a las potestades de otras administraciones mediante técnicas de fomento, contractuales, sancionadoras y de exigencia de responsabilidad patrimonial

#### 3.1. El ejercicio de las técnicas de fomento en relación con otras administraciones

La irrupción de las administraciones públicas en el campo social y económico ha determinado que por

6. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004). *Curso de Derecho administrativo*, II, pág. 228.

7. GARRIDO FALLA, F. (1982). *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

8. ROSELLÓ VILA, A. (1996). “La expropiación de los bienes del dominio público entre administraciones”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 17/22-28 abril. Especialmente, pág. 317 y siguientes.

parte del Estado o de las comunidades autónomas frecuentemente sea necesaria, al margen de los cauces generales de financiación, la aportación de medios económicos en favor de actividades de la competencia de otras administraciones públicas. En algunos casos, esta aportación se realiza utilizando las técnicas propias del ejercicio de la actividad administrativa de fomento en favor de los particulares, lo que determina que las administraciones beneficiarias de estas medidas queden sujetas a las potestades de la Administración concedente, especialmente las de inspección y control y la facultad de exigir el reintegro total o parcial en el caso de incumplimiento de la finalidad de la subvención; y que, en sentido inverso, las administraciones beneficiarias puedan exigir de la Administración otorgante el cumplimiento de los requisitos legales para la adjudicación de las subvenciones.

Citaré dos ejemplos, tomados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

—La STS (Sección 4.<sup>a</sup>), de 13 de enero de 2003 (Aranzadi 341), recurso de casación núm. 6885/1998, desestima un recurso de casación interpuesto por el Estado contra una sentencia estimatoria del recurso deducido por el ayuntamiento contra resoluciones de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo por las que se declaraban indebidas determinadas percepciones y ordenaban la devolución, declarando, entre otros extremos, lo siguiente:

“Los actos administrativos originariamente impugnados constituyen, sin duda, un supuesto de subvención, configurada tradicionalmente como medida que utilizan las administraciones públicas para fomentar la actividad de los particulares o de otras administraciones públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente.

“[...] No puede, por tanto, ignorarse el carácter modal y condicional de las subvenciones, en los términos en que ha sido contemplada por la jurisprudencia de esta sala al examinar la eficacia del otorgamiento de las subvenciones: su carácter finalista determina el régimen jurídico de la actuación del beneficiario, en el presente caso del ente local, y la posición de la Administración concedente. En concreto, para garantizar, en sus propios términos, el cumplimiento de la afectación de los fondos a determinados comportamientos, que constituyen la causa del otorgamiento, así como la obligación de devolverlos, en los supuestos en que la Administración otorgante constata de modo fehaciente el incumplimiento de las cargas asumidas, como deriva del propio esquema institucional que corresponde a la técnica de fomento que se contempla [...]”

—La STS de 22 de noviembre de 2004 (Aranzadi 2005/348) resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que, a petición de un ayuntamiento, declaraba la nulidad del Decreto del Gobierno de Aragón que resolvió la convocatoria de subvenciones con cargo al Fondo Autonómico de Inversiones Municipales de Aragón, declarando la nulidad del mismo y desestimando el resto de las pretensiones de la demanda.

Afirma la sentencia que, dado el gran número de peticionarios, la Administración podía, o reducir proporcionalmente a cada solicitante la cantidad solicitada, o hacer un reparto genérico básico y otro selectivo en función del mejor derecho, que valorase la urgencia o incluso la conveniencia y oportunidad de algunas solicitudes, pero el ejercicio de esa discrecionalidad está condicionado a los términos de la convocatoria y a la exposición, por vía de motivación, de los criterios concretos aplicados, de forma que los ayuntamientos afectados pudieran conocerlos y defenderse. En efecto, quienes solicitan la subvención y reúnen las condiciones de la convocatoria, tienen derecho a obtenerla en las condiciones establecidas; pero la obligación de la Administración que crea y convoca la subvención y el derecho de las corporaciones que la solicitan están delimitados por la cuantía fijada en la convocatoria o por los presupuestos a que la misma se remite.

### 3.2. De los convenios interadministrativos a la técnica contractual

Observa García de Enterría que los convenios entre administraciones pueden producirse con finalidades diversas, y entre ellos se dan también los tipos de acuerdos propios de la relación Administración-administrados. Pone como ejemplo una concesión, un acuerdo expropiatorio, un arrendamiento de bienes, un concierto fiscal o un consorcio forestal.<sup>9</sup>

La Ley de contratos de las administraciones públicas, texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), excluye de su regulación (artículo 3) los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí.

A estos convenios de colaboración se refiere el artículo 6 de la LRJPAC, al decir, en su apartado primero, que la Administración General y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar

9. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004). *Curso de Derecho administrativo*, II, pág. 679.

convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las administraciones de las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. Cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil, según precisa el apartado 5 del expresado artículo.

La forma de consorcios o convenios administrativos es considerada también como instrumento de cooperación económica, técnica y administrativa entre administraciones por la LBRL (artículo 57) y a estas mismas formas se refiere también el artículo 70 del TRRL.

La evolución de la realidad jurídica va poniendo de manifiesto que la regulación de los convenios de colaboración es difícilmente aplicable a las nuevas situaciones de aplicación de técnicas estrictamente contractuales en el ámbito de las administraciones públicas, cuando éstas no actúan en pie de igualdad, sino que una de ellas ejerce el poder de adjudicación y la otra asume la posición correspondiente al adjudicatario o concesionario particular respecto de la Administración concedente. Los convenios de colaboración regulados en el artículo 6 de la LRJPAC están referidos a relaciones convencionales cuyo objeto está compuesto por intereses comunes, lo que implica en principio una posición de igualdad de las partes. La comunidad de intereses desde el objeto del negocio jurídico determina, en efecto, una posición de igualdad de los sujetos intervinientes.<sup>10</sup>

Por otra parte, el legislador, como veremos seguidamente, contempla ya con normalidad la existencia de contratos interadministrativos, especialmente en la LCAP, que dan lugar a relaciones en las que uno de los sujetos intervinientes colabora en los intereses propios de la otra parte, que también es una administración, situándose en una posición de subordinación.

Ello lleva inmediatamente a preguntarse si las relaciones de colaboración en las que una administración pública ocupa el lugar propio de un particular deben entenderse comprendidas en el artículo 6 de la LRJPAC.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que la forma normal de relacionarse las administraciones públicas es la vía del convenio de colaboración prevista en el artículo 3.1.d) de la LCAP, con lo que se obvian las dificultades que en orden a clasificación, garantías, procedimientos de adjudicación, etc., presenta la LCAP en su aplicación, como adjudicatarios, a los organismos autónomos y, en general, a los entes públicos.

Sin embargo, en muchas ocasiones las administraciones optan por celebrar un verdadero contrato, adaptan-

do a sus propias particularidades estas exigencias de la ley, sin duda por las dificultades que pueden presentarse desde el punto de vista del cumplimiento de los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia que son inherentes al ejercicio del poder de adjudicación de las administraciones públicas, con independencia de quien sea el adjudicatario, tanto desde la perspectiva del Derecho interno como, especialmente, de las nuevas perspectivas aportadas por el Derecho comunitario.

A pesar de que la Junta Consultiva parece admitir una libertad de la Administración para elegir sin restricciones el procedimiento más cómodo para satisfacer sus necesidades, debe mantenerse que, si esto fuera posible, las administraciones públicas podrían despejar gratuitamente el obstáculo de la libre elección del contratista cuando el adjudicatario fuera otra administración. Existiría, como se ha defendido doctrinalmente, una correspondencia entre la posibilidad de optar por el contrato administrativo o por el convenio y la de someterse o no al principio de libre concurrencia. Sin embargo, esta correlación es difícilmente admisible.

Por esta razón una parte de la doctrina sostiene que los convenios que acogen una relación de subordinación no caben en la cláusula prevista en el artículo 6 de la LRJPAC (sin perjuicio de que pudieran tener acogida en el artículo 15 de la misma ley, que regula la encomienda de gestión). La elección de los convenios de subordinación implicaría una liberación de los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad y no-discriminación difícilmente susceptible de ser generalizada a todas las relaciones contractuales interadministrativas por las razones antes indicadas.<sup>11</sup>

El supuesto contemplado por la Junta Consultiva a que antes me he referido es el de un contrato celebrado por la Dirección del Instituto Geográfico Nacional, dependiente del Ministerio de Fomento, con el Instituto Cartográfico de Cataluña, organismo autónomo dependiente de la Generalidad. A pesar del informe favorable de la Junta Consultiva en favor de la vía del convenio, las expresadas administraciones optaron por celebrar un verdadero contrato. La elaboración de las hojas del mapa elaborado por el Instituto Cartográfico Nacional correspondientes al territorio de Cataluña por parte del Instituto Cartográfico de Cataluña suponía una garantía en cuanto a la calidad del trabajo que debía realizarse debido al prestigio de la citada institución y al hecho de que había venido colaborando en la revisión topográfica de las hojas que el Instituto Geográfico Nacional había publicado respecto a Cataluña. Atendiendo a todo

10. ÁVILA ORIVE, J. L. (2002). *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid, pág. 90 y siguientes.

11. ÁVILA ORIVE, J. L. (2002). *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid, pág. 92 y siguientes.

ello, se hacía aconsejable la adjudicación a favor del Instituto Cartográfico de Cataluña de este contrato por el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 211.b) de la Ley 13/1995, de contratos [hoy 210.b) de la LCAP], toda vez que el servicio jurídico del Ministerio de Fomento había informado favorablemente la procedencia del contrato. De conformidad con el informe de la Junta Consultiva se salvó el requisito de la falta de clasificación del Instituto Cartográfico de Cataluña.

En el informe 12/1997, de 20 de marzo, a que acaba de hacerse referencia, la Junta Consultiva reprodujo los criterios que había mantenido ya en anteriores informes en numerosas ocasiones. Afirma la Junta que es criterio reiteradamente mantenido que las dificultades que suscita la aplicación de contratos del Estado a los entes públicos y que se manifiestan en una serie de normas, como las relativas a la acreditación de no hallarse incurso en prohibiciones de contratar, cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social, clasificación y régimen de garantías, determina que las relaciones de contenido contractual entre estos organismos deben realizarse normalmente a través de la vía de colaboración y sólo excepcionalmente a través de verdaderos y propios contratos administrativos.

La Junta entiende que los convenios de cooperación comprendidos en el artículo 2.4 de la Ley de contratos del Estado, es decir, los que se celebren con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto los contratos regulados en la Ley de contratos del Estado o por normas administrativas especiales, ya que el apartado 7 del mismo artículo excluía de la ley los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas de Derecho privado siempre que su objeto no estuviese comprendido en los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales.<sup>12</sup>

Hoy la referencia al artículo 2.7 de la Ley de contratos del Estado debe entenderse realizada al artículo 3.1.d) de la LCAP, la cual no utiliza la expresión “particulares”, sino la de “personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado”, no obstante lo cual la Junta entiende que dicha doctrina es aplicable también a este precepto.

La legislación sectorial recoge en términos muy amplios la posibilidad de celebrar convenios entre las administraciones públicas, de tal suerte que no excluye la existencia de convenios de sujeción de una administración a las potestades de otra, y en algunos casos se prevé expresamente esta situación.

El primer supuesto aparece ejemplificado en la LPAP, la cual establece en el artículo 187 una amplia libertad

de estipulaciones para los convenios que puede establecer la Administración General del Estado y sus organismos públicos con otras administraciones públicas, o con personas jurídicas de Derecho público o de Derecho privado pertenecientes al sector público, con el fin de ordenar las relaciones de carácter patrimonial y urbanístico entre ellas en un determinado ámbito o realizar actuaciones comprendidas en la misma ley en relación con los bienes y derechos de sus respectivos patrimonios (artículo 186).

El segundo supuesto aparece recogido paradigmáticamente en la legislación contractual administrativa, en la cual se admite que el concesionario de una obra pública sea otra administración. En efecto, la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, prevé, por una parte, en la disposición adicional segunda, una amplia cláusula de colaboración y cooperación entre la Administración General del Estado y las administraciones de las comunidades autónomas y de las entidades locales en el ejercicio de sus actuaciones de planificación y construcción de obras públicas. Pero, por otra parte, el apartado 5 del artículo 237 de la misma ley prevé expresamente, al regular el contrato de concesión de obras públicas, que el concesionario pueda ser una administración pública. En este caso se prevé “que deberá acomodarse íntegramente a lo dispuesto en esta ley para aquellas obras que deban ser ejecutadas por terceros”. Detrás de este precepto se advierte una preocupación por garantizar los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia, aun cuando el concesionario de la obra pública sea una administración. Se da una respuesta, en consecuencia, a las preocupaciones que acabamos de apuntar en relación con la alternatividad convenio de colaboración/contrato interadministrativo.

El artículo 237 de la LCAP establece la obligatoriedad de la subcontratación cuando sea impuesta por la Administración concedente. No se trata de la cesión de la concesión de obra, sino de la ejecución de la obra, y ello es debido a que, tratándose de una obra de gran importancia económica, puede existir un interés público en que su ejecución se reparta entre pequeñas empresas, con una gestión única.<sup>13</sup>

Con carácter general, el concesionario debe someter los contratos que celebre con un tercero a normas de publicidad establecidas para el contrato de obras, así como a ciertos plazos. Con ello, la LCAP se acomoda a lo dispuesto en la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, en relación con las concesiones de obras públicas.

12. Pueden consultarse estos informes en la página web de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: <http://portal.minhac.es/Minhac/Temas/Contratacion/Junta+Consultiva+de+Contratacion+Administrativa/default.htm>.

13. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael [et al.]. *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, pág. 639.

Pues bien, estas disposiciones son aplicables a las administraciones cuando tengan el carácter de concesionarias, conforme al ya citado artículo 237.5 de la LCAP.<sup>14</sup>

Será aplicable también a este tipo de concesiones el régimen de responsabilidad previsto en la expresada ley. La subcontratación no libera al contratista de su responsabilidad con la Administración concedente (artículo 115.3 de la LCAP). Para este contrato en particular, el artículo 238 de la LCAP reserva al concesionario el control e inspección de la obra y establece que el concesionario será responsable de las consecuencias derivadas de la ejecución o resolución de los contratos que celebre con terceros y responsable asimismo único frente a éstos de las mismas consecuencias.

La Ley 6/1988, de 30 de marzo, de ordenación de los terrenos forestales en Cataluña, prevé en los artículos 26 y 44.2 que la Administración forestal puede establecer consorcios u otros convenios administrativos con los propietarios de terrenos forestales. Los artículos 31 y 32.2 prevén que el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca puede establecer convenios con entidades públicas y privadas para la ejecución de trabajos de prevención y extinción de plagas forestales y para la detección de la lluvia ácida y la lucha contra sus efectos en los terrenos forestales.

El Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (LSS), contempla un supuesto análogo. Prevé (artículo 199) conciertos de los organismos de la Administración de la Seguridad Social con entidades públicas o privadas para la prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional.

### 3.3. La sujeción a la potestad sancionadora de otras administraciones públicas

#### 3.3.1. Los entes públicos como sujetos pasivos de la potestad sancionadora

La doctrina y la jurisprudencia se han planteado desde hace largos años la posibilidad de que una administración pública pueda imponer sanciones a otra. En general, se han hecho afirmaciones generales de sujeción pasiva de las administraciones públicas a la potestad sancionadora.

En el plano teórico, tanto las leyes generales como las sectoriales no parecen impedir, como regla general, que pueda ejercerse la potestad sancionadora sobre entes de carácter público. El artículo 130 de la LRJPAC permite que puedan ser sancionadas por hechos constitutivos

de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas. Aluden también a las personas jurídicas, entre otras, en el ámbito estatal, la LC (artículo 93), la Ley 16/1989, de defensa de la competencia (artículo 29); el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS, artículo 2); y la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria (artículo 33).

En el ámbito de la comunidad autónoma de Cataluña se refieren también a las personas jurídicas como sujetos pasivos de la potestad sancionadora, entre otras, las siguientes leyes: la Ley 5/1998, de 17 de abril, de puertos (artículo 104); la Ley 23/1998, de estadística (artículo 57); la LU (artículo 213); el Decreto legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, de patrimonio (artículo 40); la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo (artículo 91); la Ley 15/2003, de 13 de junio, reguladora de los residuos (artículo 35); la Ley 16/2003, de 13 de junio, sobre calidad agroalimentaria (artículo 54); y la Ley 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales (artículo 35).

Esta apelación a las personas jurídicas comporta reconocer que los entes públicos pueden ser sujetos pasivos de la potestad sancionadora. En algún caso, como ocurre con la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña, se hace una referencia específica a las personas jurídico-públicas con dicho carácter (artículo 91, párrafo primero). Una situación similar se produce en el ámbito de la normativa urbanística, en donde la apelación a la responsabilidad disciplinaria de los promotores que se contiene en diferentes leyes autonómicas debe ser puesta en relación con la definición que de esta figura efectúa la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, según la cual será considerado promotor “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada” (artículo 9).

Han sido frecuentes, sin embargo, las llamadas a la prudencia y a la interpretación restrictiva de las facultades sancionadoras sobre otras administraciones. L. Martín-Retortillo afirmaba en el año 1976, en una de las primeras referencias a la cuestión, que “nada impide que entes titulares de poderes públicos puedan estar sometidos, de alguna manera, siempre circunspecta, a los poderes de otros órganos o administraciones públicas”.<sup>15</sup>

Se ha argumentado en ocasiones sobre las dificultades e incluso la imposibilidad que la peculiar estructura de las administraciones públicas y de su sistema de relaciones supone para la imposición de sanciones recíprocamente entre ellas. En el ámbito doctrinal, Rebollo ha afirmado que, pese a que las personas públicas pueden ser sujetos activos de las infracciones administrativas, es

14. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2003). “Contratos y concesiones de obras: La Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 16, mayo-agosto.

15. MARTÍN-RETORTILLO, L. (1976). “Multas administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 79.

irreal la consecuencia que ello comporta: la imposición de una sanción por la Administración a un ente público. Añade que resulta especialmente absurdo cuando la infractora es la propia Administración competente para sancionar. Considera el autor que no resulta fácil justificar la sanción en ningún caso porque generalmente no se conseguirá infligir un mal real a la Administración ni a las autoridades, funcionarios o personal a su servicio, sino quizá a los propios administrados o usuarios como contribuyentes. Concluye que frecuentemente existirán otros medios de resolución más idóneos, ya sean específicos para el servicio en cuestión, ya sean generales, como el control jurisdiccional y la responsabilidad patrimonial de la Administración.<sup>16</sup>

### 3.3.2. Posición de la jurisprudencia

Estas consideraciones han calado en alguna ocasión en la jurisprudencia de los tribunales.

En la jurisprudencia menor ha manejado argumentos contrarios a la posibilidad de sancionar a las administraciones públicas partiendo del principio de confusión de patrimonios o caja única. Puede citarse, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía de 30 de marzo de 1993,<sup>17</sup> la cual establece la imposibilidad de que las sanciones administrativas puedan ser utilizadas entre administraciones públicas porque la imposición de una sanción pecuniaria a una administración contraviene la finalidad de aflicción que se persigue con la imposición de la multa al compensarse la merma del erario con el ingreso del importe de la sanción y por otra se opera un mero trasvase de fondos entre patrimonios que tienen un denominador común contrario al principio de unidad de caja. La STSJ de Cantabria de 17 de mayo de 1994<sup>18</sup> anula una sanción impuesta al IMSERSO por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo afirmando que “el Estado, a través de sus órganos propios, ejerce la potestad sancionadora, no para preservar el orden jurídico general e impedir las conductas de los administrados que infrinjan el ordenamiento jurídico, sino para reprimir, en cierta medida, una actitud objetivamente sujeta a aquella responsabilidad, de la que no es del todo ajena la Administración sancionante, que se rige por el principio de personalidad única, y que puede establecer mecanismos de control, intervención y garantía, tanto por medio de reglamentos generales como a través de órdenes e instrucciones singulares para evitar dicha conducta. Desde la óptica, no ya de la infracción, sino de su consecuencia sancionadora, el Estado, en cuyo complejo institucional se aloja la enti-

dad recurrente, de esta manera, dirime una cuestión carente, en definitiva, de interés económico, pues [...] la cuestión se resuelve de hecho en una solución de repercusiones exclusivamente internas”. La sentencia, sin embargo, admite que estas reflexiones, fundadas en el principio de unidad de caja, decaen en el supuesto de sanciones impuestas entre distintas administraciones públicas.

La STS de 4 de marzo de 1985 (Aranzadi 1232) establece la imposibilidad de imponer una sanción a un patronato provincial de la vivienda por cuanto su finalidad es esencialmente pública o cuasi pública, sin beneficio o lucro de carácter privado. En el mismo sentido puede citarse la STS de 23 de enero de 1986 (Aranzadi 48).

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo parece admitir el carácter facultativo de la imposición de una sanción a otra administración pública. Es el caso de la STS de 3 de julio de 1997 (Aranzadi 5829), la cual declara lo siguiente: “Es evidente que la Confederación Hidrográfica del Júcar podía haber tramitado el procedimiento sancionador, ya que bastantes motivos había para ello por parte del ayuntamiento. No estimó conveniente hacerlo al tratarse de una entidad pública y a lo largo de tantos años trató de solucionar el problema a través del diálogo, sin conseguir el cese de los vertidos ni la instalación de la depuradora.”

Por lo general, sin embargo, ante la generalización de estas situaciones, la jurisprudencia más reciente parte del principio de que las administraciones públicas están sujetas, al igual que los ciudadanos, a la potestad sancionadora de las restantes administraciones. Apoyan esta apreciación consideraciones relacionadas con el principio de sujeción de las administraciones públicas a la ley y al Derecho, de igualdad jurídica, de eficacia de las sanciones y de ejemplaridad en el ejercicio de las potestades administrativas.

Pueden ponerse numerosos ejemplos:

—La STS de 30 de enero de 1996 (Aranzadi 463) desestima un recurso de apelación contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que a su vez desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un ayuntamiento contra una resolución de la Dirección General de Puertos y Costas que le impuso una sanción de cinco millones de pesetas por vertido de basuras en la zona marítimo-terrestre, con obligación de reponer el terreno a su estado primitivo, además de multas coercitivas de 200.000 pesetas cada quince días mientras siguiesen efectuándose los vertidos. El Tribunal Supremo estima proporcionada la cuantía de la sanción, valorando las

16. REBOLLO PUIG, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, págs. 615-616.

17. Citada por VERA JURADO, D. J. (2001). “Las sanciones entre administracio-

nes públicas”, en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*.

18. Citada en la STSJ de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cantabria de 10 de mayo de 2002 (EDJ 2002/40937).

circunstancias concurrentes y refiriéndose expresamente a que con anterioridad el ayuntamiento había sido sancionado por los mismos hechos y requerido para que se abstuviera de reincidir en ellos con obligación de reponer la zona a su primitivo estado. Añade el Tribunal Supremo que “tratándose de una administración pública debía, por razones de ejemplaridad para el resto de los ciudadanos, cumplir con los mandatos legales, sin que pueda excusarle de ello el carecer de terrenos propios para depositar los residuos”.

—En el mismo sentido, la STS de 27 de marzo de 1998 (Aranzadi 2857) revoca una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que estimó el recurso interpuesto por un ayuntamiento contra una resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de España que lo sancionó como responsable de una infracción administrativa tipificada en el Reglamento del dominio público hidráulico aprobado por el Real decreto 849/1986, de 11 de abril, y lo obligó a reponer un arroyo a su primitivo estado con la demolición a su costa de las obras e instalaciones realizadas ilegalmente y a la retirada de los materiales empleados en terrenos de dominio público, con la advertencia de que si deseaba captar aguas de dicho arroyo debería solicitar ante la Confederación Hidrográfica la oportuna concesión administrativa de acuerdo con los artículos 93 y siguientes del citado reglamento. La sentencia impugnada anulaba el acto por entender que “se plantean cuestiones de dominio sobre las aguas y sus aprovechamientos que inciden en la discrepancia sobre la competencia para decidir sobre los mismos, y cuyo enjuiciamiento hay que señalar desborda la competencia de esta jurisdicción”. El Tribunal Supremo entiende, por el contrario, que se está enjuiciando la legalidad de un acto sancionador de una administración pública sujeta al Derecho administrativo cuya fiscalización corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Subraya que los hechos han sido admitidos por la entidad local y que no puede aceptarse la alegación de que las obras realizadas lo fueron al amparo de las competencias otorgadas a la corporación local por la Ley de montes de 1957, pues la conducta infractora fue ejecutada durante la vigencia de la Ley de aguas de 1985, que derogaba expresamente el artículo de aquella ley que autorizaba a las entidades locales propietarias de montes incluidos en el catálogo para disponer del uso y disfrute de las aguas que tengan su nacimiento en los mismos mientras incurran por ellos.

—Otro supuesto de imposición de una sanción a otra administración se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1996 (Aranzadi 8695), en la cual se revoca la sentencia de instancia que confirmó una sanción impuesta por la Dirección General de Trabajo de la Junta de Galicia a la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos de Pontevedra por entender que la Adminis-

tración del Estado actuó dentro de los límites que le eran posibles procurando irrogar a los contratados el mínimo perjuicio en relación con los retrasos en la percepción de sus haberes motivados por la compleja tramitación y la posterior intervención crítica de las nóminas de salarios, complicada por el elevado número de contratados. El Tribunal Supremo, sin embargo, admite implícitamente la responsabilidad en materia sancionadora de la Administración del Estado ante la Administración autonómica.

—La STS de 6 de mayo de 1981 (Aranzadi 2306) admite el sometimiento a la acción directa de vigilancia de cumplimiento de las leyes laborales de los centros regidos por el Estado, municipios u otras corporaciones, sin subordinar la realización de la inspección al requisito de la previa notificación al alcalde en aras de la eficacia práctica de la inspección.

—La STS de 13 marzo de 1997 (Aranzadi 1625) confirma una sanción impuesta a un ayuntamiento por la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social por falta de alta y cotización a la Seguridad Social. En esta misma materia, la STS de 6 de mayo de 1981 (Aranzadi 2306) declara que “en el ámbito de la Seguridad Social, el ayuntamiento actuó como empresario y sin privilegio alguno”, y por ello declara el sometimiento del mismo a la acción directa de vigilancia del cumplimiento de las leyes laborales sin subordinar la actuación de la Inspección al requisito de la previa notificación al alcalde, siguiendo la doctrina sentada en las STS de 12 noviembre de 1976, 9 de noviembre de 1976 y 16 de febrero de 1981. Se proclama expresamente que el alcance de esta doctrina afecta a los centros laborales exigidos por el Estado, municipios u otras corporaciones.

—La STS de 12 marzo de 2004 (Aranzadi 2493) declara no haber lugar a un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional que estimó el recurso formulado por un ayuntamiento contra la orden ministerial del Ministerio de Medio Ambiente por la que se le impuso la sanción de multa y una indemnización por daños causados a dominio público hidráulico como autor de la infracción calificada como muy grave sancionada en la Ley de aguas.

—La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de diciembre de 1999 (Aranzadi 4241) declara que el sometimiento de los entes locales a la ley y al Derecho determina que “En caso de incumplimiento si la conducta constituye una infracción administrativa podrá ejercerse la potestad sancionadora por el órgano que la tenga atribuida y de pertenecer éste a otra administración, el principio de autonomía local no impedirá la tramitación del procedimiento sancionador en el que se resuelva sobre el incumplimiento imputado. [...] Aun cuando el ente local actúe en ejercicio de una competencia propia que le atribuye el artículo 25 de la

LBRL, la Administración competente debe ejercer la potestad sancionadora, sin que la posición que en el procedimiento tiene el responsable varíe por el hecho de ser un ayuntamiento”.

—En materia tributaria la doctrina admite con carácter general que la responsabilidad puede corresponder tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, con las matizaciones que es procedente hacer en el ámbito del Derecho administrativo sancionador al principio del Derecho penal según el cual las personas morales no pueden ser responsables penalmente.<sup>19</sup> Esto conlleva que, al no distinguirse entre las personas jurídicas, la potestad sancionadora puede ejercerse sobre las administraciones públicas en quienes concurra la condición de obligado tributario. El artículo 181.1 de la LGT dispone, en este sentido, que “serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en las leyes”.

### **3.3.3. Algunas particularidades relativas al ejercicio de la potestad sancionadora contra los entes públicos**

#### **3.3.3.1. Infracciones típicas de las administraciones públicas**

La aplicación de la potestad sancionadora a las administraciones públicas debe tener, en primer lugar, en cuenta que algunas de las conductas tipificadas como infracciones únicamente pueden ser realizadas por personas físicas o por particulares y, en consecuencia, no pueden ser exigidas a entidades públicas, según se infiere de los elementos que las integran. Así ocurre, por ejemplo, con la consideración como sujetos infractores, en determinados casos, de los trabajadores (artículo 2.3 de la LISOS).

En sentido contrario, en ocasiones se tipifican infracciones que constituyen conductas privativas de las administraciones públicas y, en consecuencia, pueden ser consideradas como infracciones de propia mano que únicamente pueden ser cometidas por las personas jurídico-públicas dotadas por el ordenamiento jurídico de la competencia para realizar la conducta específica. Así ocurre, por ejemplo, en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español (LPHE), en cuyo artículo 76.1.c) se configura como infracción “el otorgamiento de licencias para la realización de obras que no cumpla lo dispuesto en el artículo 23”. En este último precepto se prohíbe el otorgamiento de licencias para la realización de obras que, conforme a lo previsto en la citada ley, requieran cualquier autorización administrativa hasta que ésta haya sido concedida.

#### **3.3.3.2. Responsabilidad solidaria o subsidiaria respecto de las infracciones cometidas por autoridades, funcionarios o agentes o por entes u organismos dependientes**

El carácter de persona jurídica o, en ocasiones, el carácter jurídico público que corresponde a las administraciones, es contemplado específicamente por la ley con la finalidad de establecer supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria en relación con infracciones cometidas por autoridades, empleados o agentes o por entes que se consideran subordinados o dependientes de las expresadas administraciones.

El artículo 57 de la Ley de Cataluña 23/1998, de 30 de diciembre, de estadística, establece en su apartado segundo que las personas jurídicas son responsables del pago de las sanciones impuestas como consecuencia de las infracciones cometidas por sus órganos, empleados o agentes.

En el ámbito tributario destaca la ya mencionada responsabilidad solidaria que afecta a las comunidades autónomas respecto del pago de las deudas tributarias contraídas por las entidades de Derecho público que dependen de ellas, así como de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la comunidad autónoma o instituciones asociativas voluntarias públicas en las que participen, así como la responsabilidad solidaria que afecta a las corporaciones locales en términos similares (disposición adicional séptima de la LGT).

#### **3.3.3.3. Respeto a las competencias y lealtad institucional**

De las posiciones jurisprudenciales que acaban de examinarse, así como de las reflexiones doctrinales y de las regulaciones legales que van prevaleciendo en la materia, puede inferirse que los principios establecidos en la legislación, a los cuales deben sujetarse las relaciones interadministrativas, aun cuando están concebidos primordialmente desde el punto de vista de las relaciones de igualdad, son igualmente aplicables a los supuestos de relaciones interadministrativas de sujeción. En relación con la potestad sancionadora parece tener especial interés el principio de respeto a las competencias de las demás administraciones como manifestación de la lealtad institucional, al que me he referido al inicio de este trabajo.

Aunque no exista previsión legal, este principio comporta que el ejercicio de la potestad sancionadora contra otras administraciones debe hacerse de la forma menos gravosa para el ejercicio de sus competencias, calibrando las consecuencias que la imposición de la sanción y el expediente sancionador mismo tiene para los intereses generales afectados, en relación con el objeto y la finalidad de la sanción impuesta. En algunos

19. PÉREZ ROYO, F. (2002). *Derecho financiero y tributario*, pág. 299.

casos, como hemos visto, este principio puede traducirse en dar preferencia a la vía de negociación, diálogo y requerimiento o imposición de medidas correctoras frente al ejercicio de la potestad sancionadora. La clásica potestad de las administraciones públicas para imponer unilateralmente sus decisiones ha cristalizado históricamente en el ámbito de la potestad sancionadora a que nos referimos, como se ha observado por la doctrina, en frecuentes supuestos en los cuales la potestad sancionadora ha sido ejercida por la Administración del Estado en relación con las corporaciones locales, pero raramente en sentido inverso. Las mutaciones sustanciales que ha experimentado este principio, paralelas a la configuración del administrado como ciudadano investido de derechos y al respeto a las competencias de las restantes administraciones públicas, han abierto el campo de las estrategias administrativas de decisión a técnicas de actuación negociada y de colaboración, acuerdos y alternativas varias de asociación, sin las cuales no puede ya sostenerse la prerrogativa de la acción unilateral.<sup>20</sup>

En la jurisprudencia y en la legislación encontramos ejemplos de la aplicación de estos principios. La ya citada STS de 3 de julio de 1997 admite que la Confederación Hidrográfica no estime conveniente tramitar el procedimiento sancionador contra un ayuntamiento tratando de solucionar el problema mediante el diálogo para conseguir el cese de los vertidos ilegales y la instalación de una depuradora. Creemos que esta prudencia en el ejercicio de la potestad sancionadora no solamente es admisible en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, sino que es exigible y controlable por medio de los tribunales, puesto que responde a uno de los principios consagrados por las leyes a que deben sujetarse las relaciones entre las administraciones públicas.

En ocasiones, como veremos, la ley contiene una expresa exención de responsabilidad por parte de la Administración infractora, que es sustituida por la imposición de medidas correctoras o va acompañada de la apelación a la responsabilidad disciplinaria de las autoridades, funcionarios o agentes que hayan podido incurrir en ella, lo que parece inspirarse en consideraciones similares.

En el ámbito legislativo estatal el caso más llamativo es el de la legislación en materia de riesgos laborales. El artículo 45.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), establece que “en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposi-

ción, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca”.

La doctrina ha interpretado este precepto en el sentido de que no excluye la responsabilidad de las administraciones públicas, sino que se limita a prever un procedimiento especial para exigir las responsabilidades que deriven de las infracciones que se produzcan en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de dichas administraciones.<sup>21</sup>

Sin embargo, en la jurisprudencia menor se encuentran resoluciones que entienden que en materia de prevención de riesgos laborales la actuación contra las administraciones públicas, de las que forman parte las entidades públicas empresariales, como AENA, RENFE y FEVE, únicamente puede cristalizar en la imposición de medidas correctoras y no sancionadoras (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12 de julio de 2003, 15 de julio de 2003<sup>22</sup> y 26 de diciembre de 2003 (Repertorio Jurídico El Derecho, ED. 2003/209135); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7 de diciembre de 2002 (ED. 2002/68805); y sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de marzo de 2000 (ED. 2000/17222), 29 de junio de 2001 (ED. 2001/37889) y 10 de mayo de 2002 (ED. 2002/40937), que consideran aplicable este precepto únicamente cuando se trata de la misma Administración del Estado.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de octubre de 2002 (ED. 2002/88344) considera, por el contrario, procedente la imposición de una sanción por este motivo a RENFE, y recuerda la existencia de numerosas sentencias del Tribunal Supremo y de otros tribunales superiores de justicia imponiendo sanciones a RENFE en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Las sentencias citadas son anteriores a la entrada en vigor del Real decreto 707/2002, que desarrolla el procedimiento que debe seguirse en estos supuestos. En él se establece que el procedimiento especial (que implícitamente excluye la imposición de sanciones) es aplicable a la Administración General del Estado, a sus organismos autónomos y entes públicos que dependen de aquella, cualquiera que sea el carácter laboral, estatutario o funcional del personal afectado, excluido el personal militar, pero no a las entidades públicas empresariales y tampoco a las administraciones cuando actúen como promotoras de obras de construcción, ni a los contratistas y concesionarios. Respecto de las restantes administraciones públicas, se establece también la aplicabilidad del citado procedimiento.

20. MUÑOZ MACHADO, S. (2004). *Tratado Derecho administrativo y Derecho público general*, tomo I, Civitas, págs. 86-87.

21. MOLTÓ GARCÍA, J. I. (1999). *La prevención de riesgos laborales en las*

*administraciones públicas*, Madrid, especialmente págs. 38 y 259 y siguientes.

22. Ambas citadas en la STSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2003 (EDJ 2003/209135).

Resulta dudoso que el procedimiento específico previsto en el artículo 35 de la LPRL sea aplicable a los trabajadores de régimen laboral, pues el artículo 3 de la LPRL contrapone las relaciones laborales reguladas en el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores a las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las administraciones públicas, refiriendo a este último las peculiaridades contempladas en la ley. En suma, entiendo que la doctrina seguida por las sentencias citadas de los tribunales superiores de justicia de Asturias, Cantabria y Murcia sólo es aplicable a los funcionarios o al personal estatutario, pero no a los trabajadores en régimen laboral; y que, en sentido contrario, el sometimiento a este procedimiento específico de las infracciones cometidas en relación con los trabajadores al servicio de las administraciones públicas, con las solas excepciones que se prevén en el real decreto, a mi juicio vulnera lo dispuesto en la ley.

Otro importante supuesto que comporta un tratamiento especial de las administraciones públicas en relación con el ejercicio de potestades sancionadoras es el contemplado en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LPDPC). El artículo 46 de la ley establece que cuando las infracciones fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las administraciones públicas, el director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción y podrá proponer también la iniciación de actuaciones disciplinarias si procedieran.

#### 3.3.3.4. Principio de culpabilidad

La responsabilidad por infracciones administrativas de las administraciones públicas está sujeta, como ocurre con carácter general en el ámbito del Derecho sancionador, al principio de culpabilidad, que exige la concurrencia de culpa o negligencia para que la conducta constitutiva de la infracción pueda ser reprochable. Las argumentaciones utilizadas en la doctrina y en la jurisprudencia para justificar la responsabilidad de las personas jurídicas (como excepción al viejo principio de Derecho penal que vincula la responsabilidad de esta naturaleza a las personas físicas) es aplicable a las administraciones públicas, respecto de las cuales puede decirse sintéticamente que su responsabilidad se produce por reflejo. La persona jurídica se encarna en personas físicas, en sus órganos o representantes. Por consiguiente es el dolo o la culpa de estos últimos lo que deberá demostrar la Administración pública si pretende

sancionar a una persona jurídica como ocurre con las demás administraciones públicas.<sup>23</sup>

En el caso de la ya citada STS de 22 de noviembre de 1996, el Tribunal Supremo anula una sanción impuesta por la Administración autonómica a la Administración del Estado porque aprecia falta de culpabilidad, ya que a su juicio la Administración estatal había realizado cuantas actuaciones estaban en su mano para evitar el retraso del pago de las retribuciones en que consistía la infracción imputada.

El principio de presunción de inocencia se extiende también, como es lógico, a las administraciones públicas, pero en ocasiones el legislador refuerza el expresado principio cuando se trata de ellas. Así ocurre en la LPHE, en la cual se establece que se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una entidad de Derecho público (artículo 29.3, *in fine*).

#### 3.3.3.5. Responsabilidad directa de las autoridades y funcionarios

La ley deriva en ocasiones la comisión de una infracción por un ente público a la responsabilidad disciplinaria de las autoridades, funcionarios o agentes que hayan realizado las conductas susceptibles de sanción. Esta apelación va acompañada en algunos casos, como hemos visto anteriormente, de una exención de responsabilidad sancionadora para el ente público. Veamos a continuación algunos ejemplos:

El artículo 93.1 de la LC atribuye responsabilidad [artículo 93.c).1] a los funcionarios o empleados de cualquier Administración pública que informen favorablemente el otorgamiento del correspondiente título, que serán sancionados por falta grave en vía disciplinaria, previo el correspondiente expediente.

El artículo 29.3 de la LPRL establece que el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales puede tener el carácter de falta conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las administraciones públicas.

El artículo 46 de la LPDPC establece que cuando las infracciones fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las administraciones públicas, el director de la Agencia Española de Protección de Datos, además de establecer las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción, podrá proponer también la iniciación de actuaciones disciplinarias si procedieran.

23. VERA JURADO, D. J. (2001). "Las sanciones entre administraciones públicas", en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, págs. 69-70.

### 3.3.3.6. La eficacia del ejercicio de la potestad sancionadora contra otras administraciones

Como se ha visto, la doctrina pone en duda la eficacia del ejercicio de la potestad sancionadora contra las administraciones públicas. En el caso de que la Administración infractora sea la misma competente para imponer la sanción, desde el punto de vista jurídico las dificultades que puedan surgir de la confusión entre el ente sancionador y el ente sancionado puede resolverse por la ya conocida vía de las relaciones interorgánicas. Sin embargo, es cierto que pueden caber dudas en estos supuestos acerca de la eficacia real de la infracción y por ello no puede extrañar que la propia legislación en determinados casos, como hemos tenido ocasión de ver, prevea expresamente la exención de responsabilidad y su sustitución por medidas de carácter disciplinario o de carácter corrector.

El control jurisdiccional en estos supuestos resulta ciertamente difícil, por cuanto la exigencia de responsabilidad disciplinaria sólo puede ser actuada ante los tribunales por parte de los sujetos interesados, condición que la jurisprudencia niega normalmente al mero denunciante, si no demuestra un interés legítimo en el asunto, más allá del mero interés en el cumplimiento de la legalidad y en la imposición de la sanción a los infractores. Solamente se produce por lo general la intervención jurisdiccional cuando el órgano sancionador se decide a tramitar el expediente por la infracción cometida por otra Administración pública o por un organismo dependiente de la propia Administración a la que pertenece.

La doctrina, en paralelo a estas consideraciones, sugiere soluciones para evitar los inconvenientes a que acaba de hacerse referencia, las cuales, sin embargo, exigen una previsión en la ley. Una de las medidas propuestas<sup>24</sup> es el reconocimiento del derecho de repetición frente a las autoridades y demás personal al servicio de las administraciones de la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo o culpa, a semejanza de lo previsto por el 145.2 de la LRJPAC para los supuestos de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

### 3.4. La exigencia de responsabilidad patrimonial de otra Administración pública

La jurisprudencia admite que la utilización por el artículo 139.1 de la LRJPAC del término “particulares” al hablar de la responsabilidad patrimonial de la Administración debe ser objeto de una interpretación integradora, de

modo que no sólo comprende a los ciudadanos o administrados, sino también a las distintas administraciones públicas cuando sufren lesión en sus bienes y derechos, consecuencia de la relación directa de causa-efecto como consecuencia del funcionamiento anormal normal o anormal de servicios públicos.

Aun cuando una de las explicaciones aducidas para justificar esta postura (STS de 2 de julio de 1998, Aranzadi 6059, y STS de 14 de octubre de 1994, Aranzadi 8741) radica en una causa hoy inexistente (la imposibilidad de acudir a los tribunales para plantear un conflicto interadministrativo: artículo 44 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, LJCA), la jurisprudencia continúa entendiendo que una administración pública no debe soportar el daño sufrido en su patrimonio ocasionado por el funcionamiento del servicio de otra Administración que tiene un patrimonio diferente de la primera, en tanto que el deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento que frente a los particulares, que es evitar que una persona pública o privada haya de soportar la lesión o el daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios de la Administración pública. En el mismo sentido, las sentencias de la Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de abril de 1996 y de 5 de febrero de 1998.<sup>25</sup> Esta última invoca los dictámenes del Consejo de Estado, también favorables a entender que el término “particulares” se refiere en general a los perjudicados, incluyendo tanto a los sujetos privados como a los públicos (v. gr., dictamen núm. 42/1994, de 28 de abril, y dictamen núm. 3142/1996, de 7 de abril). En el mismo sentido, los dictámenes 346/1997 y 14/1998, de 19 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, la cual se remite a la doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado.

## 4. Ejecutividad y ejecución de oficio entre administraciones

### 4.1. El carácter debilitado del privilegio de ejecución de oficio: la necesaria intervención de los tribunales cuando existe controversia jurídica entre administraciones públicas

Aunque el privilegio de la ejecutividad o decisión previa –el carácter ejecutivo de las decisiones de la Administración sometida al posterior control de los tribunales– y el de ejecución de oficio –la ejecución por parte de la Administración de sus actos por sus propios medios– son considerados generalmente por la doctrina española

24. VERA JURADO, D. J. (2001). “Las sanciones entre administraciones públicas”, en *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, pág. 73.

25. Citadas por SAMBOLA CABRER, X. (2000). “Legitimación para ejercitar la

acción de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: Los funcionarios públicos y las administraciones públicas como ‘particulares’”, en <http://noticias.juridicas.com>.

como manifestaciones de un mismo principio de autotutela (dentro del que suelen distinguirse las modalidades de autotutela decisoria y autotutela ejecutiva) Muñoz Machado ha llamado recientemente la atención sobre el hecho de que, mientras el privilegio de la ejecutividad o del acto previo tiene profundas raíces en el principio de eficacia de la acción administrativa y el de seguridad jurídica, no ocurre lo mismo con el principio de ejecución de oficio o ejecución forzosa de las decisiones de la Administración. No puede decirse con rigor que en nuestro sistema constitucional la ejecución de oficio pueda admitirse con carácter absoluto cuando la propia jurisprudencia constitucional ha subordinado esta prerrogativa a la intervención judicial al menos en los casos en los cuales resulta afectado un derecho fundamental, y ha mantenido que la Constitución impone una reinterpretación de los textos que contienen reglas respecto de la ejecutividad (STC 66/1984, de 6 de junio).

Desde otra perspectiva puede concluirse que resulta hoy muy dudoso defender como un dogma que la ejecución forzosa por la Administración de sus propias decisiones sea una prerrogativa general y característica de nuestro sistema administrativo por el hecho de que el ordenamiento establece técnicas múltiples de intervención de los tribunales que condicionan, restringen o imposibilitan el ejercicio de esta prerrogativa, que se reflejan especialmente en el ejercicio de las facultades de ejecución forzosa de unas administraciones públicas frente a otras. Muñoz Machado llega afirmar que por la vía de la aplicación de las medidas cautelares se ha llegado a propiciar una intervención judicial ordinaria en la ejecución forzosa de las decisiones administrativas.<sup>26</sup>

Podríamos añadir que la legitimación para solicitar la adopción de medidas cautelares o para solicitar la ejecución provisional de la sentencia susceptible de apelación o de casación que, en este último caso, la nueva LJCA reconoce expresamente en favor de la Administración (artículo 84.5), en relación con los principios que rigen dicha ejecución provisional, y la progresiva regulación de los conflictos interadministrativos como una modalidad especialísima del contencioso-administrativo (artículo 44 de la LJCA) abierto a la legitimación general cifrada no sólo en la defensa de las competencias propias, sino en la de los intereses confiados a la Administración correspondiente (artículo 20 de la LJCA, artículos 65 y siguientes de la LBRL), constituyen también buenos ejemplos de la tendencia a introducir restricciones a las que cada vez con mayor intensidad se ve sujeto el principio de ejecución forzosa de los actos administrativos frente a otras administraciones.

De una interpretación sistemática de toda esta normativa, puede adelantarse la conclusión, en una primera perspectiva, de que el ordenamiento jurídico prácticamente exige la intervención de los tribunales para que una administración pública lleve a cabo la ejecución forzosa de sus actos frente a otra cuando existe conflicto entre las mismas y la afectada puede justificar razonablemente que dicha ejecución obstaculiza o afecta a sus intereses o competencias, siempre que no exista un interés público de naturaleza superior a cargo de la Administración ejecutante que con arreglo al propio ordenamiento pueda considerarse prevalente.

#### **4.2. La aplicación de los principios reguladores de las relaciones interadministrativas a la ejecución forzosa**

La regla general de la ejecución forzosa de los actos administrativos está contemplada en el artículo 95 de la LRJPAC, pero no puede olvidarse que esta ley subordina el ejercicio de esta prerrogativa a que la Constitución o la ley no exija la intervención de los tribunales, lo cual autoriza a profundizar en los principios de la Constitución para determinar los límites de este privilegio, especialmente cuando se trata de actuaciones interadministrativas.

No cabe duda de que entre estos principios debe valorarse el principio de subordinación al interés público, que es esencial para la actuación de las administraciones según el artículo 103 de la Constitución, el de lealtad institucional entre las administraciones públicas, y el principio, que es consecuencia de los anteriores, de respeto a las competencias de los restantes entes públicos, tal como lo establece la legislación que se ocupa de las relaciones interadministrativas.

El ordenamiento jurídico parte de una intervención previa del legislador para definir los intereses que deberán atenderse al desarrollar las políticas públicas sobre una determinada materia. La exigencia de una actuación eficaz para conseguir los fines fijados por la ley determina que también las potestades administrativas resulten vinculadas por el resto del ordenamiento jurídico mediante las propias normas, directrices, planes o programas establecidos por las propias administraciones públicas competentes para profundizar en la definición de los intereses generales establecidos por el legislador, acudiendo a veces a la técnica de autoatribución de las potestades precisas para atenderlos.

Particularmente en el ámbito local, resulta preciso señalar que la garantía institucional de la autonomía local proclamada en el artículo 140 de la Constitución implica el reconocimiento a los entes locales de todas las potestades y competencias que sean precisas para

26. MUÑOZ MACHADO, S. (2004). *Tratado Derecho administrativo y Derecho público general, tomo I*, Civitas, pág. 613 y siguientes.

atender a sus fines. La configuración de esta garantía de manera genérica se justifica porque la asignación específica de competencias limitaría la capacidad de opción de los entes locales para definir sus propias políticas. Por ello la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la libertad de opción como componente de la garantía institucional de la autonomía local. La Ley orgánica del Tribunal Constitucional ha sido revisada mediante la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, para permitir a los entes locales que planteen conflictos contra leyes estatales o autonómicas que vulnere su autonomía, y el artículo 25 de la LBRL utiliza una cláusula general de apoderamiento en favor de los entes locales al aludir a la competencia del municipio para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Sentado esto, puede afirmarse que las administraciones públicas pueden utilizar los medios de ejecución forzosa previstos por la legislación respecto de las restantes administraciones; pero esta afirmación genérica debe ser objeto de sustanciales matizaciones y modulaciones en función de los principios a que acaba de hacerse referencia. El deber –negativo– de abstención que impone el principio de respeto a las competencias como manifestación de la lealtad institucional exige no sólo modular la utilización de los medios de ejecución forzosa respecto a las restantes administraciones, sino también prescindir de algunos de ellos cuando su sentido es contrario al ejercicio de eficaz de dichas competencias por constituir un potencial obstáculo. El deber –positivo– de los entes públicos de auxiliar a las demás administraciones para la ejecución de sus actos comporta indudablemente la consecuencia de que la utilización de determinados medios de ejecución forzosa implementados por unas administraciones públicas contra otras comportaría por sí misma una vulneración del núcleo esencial del principio de colaboración que debe presidir las relaciones interadministrativas.

En términos generales, también desde esta perspectiva puede llegarse a la afirmación antes adelantada, en el sentido de que la intervención de los tribunales puede reputarse necesaria para llevar a cabo la ejecución forzosa por una administración pública frente a otra cuando existe conflicto entre las mismas y la afectada puede justificar razonablemente que dicha ejecución obstaculiza o afecta a sus intereses o competencias, siempre que no exista un interés público de carácter superior a cargo de la Administración ejecutante que pueda considerarse prevalente.

Naturalmente, este principio está sujeto al control judicial, puesto que la LJCA permite solicitar a las administraciones públicas ante los tribunales medidas cautelares, entre las cuales puede figurar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo que otra Administración

pública pretende ejecutar contra ellas. La STS de 14 de enero de 1997 (Aranzadi 129) enjuicia un supuesto de impugnación por el cabildo insular y el ayuntamiento de una licencia de casino de juego otorgada por la Administración autonómica, cuya suspensión se solicita por las administraciones impugnantes. La sentencia deniega la suspensión por considerar que existe un interés público de ámbito superior de carácter prevalente relacionado con la competencia transferida a la comunidad autónoma para el planeamiento de los casinos y la determinación de su emplazamiento.

El ATS de 13 de marzo de 1997 (Aranzadi 1673) deniega la suspensión, solicitada por una comunidad autónoma, del acuerdo del ayuntamiento por el que se concedió a un particular licencia de segregación en suelo rústico, afirmando que en este caso no debe apreciarse la mayor relevancia de los intereses por los que vela la comunidad autónoma, pues el acto de segregación controvertido no produce perjuicios irreparables en el ámbito de sus competencias, ya que la segregación no permite explotaciones agrícolas inviables, misión por la que debe velar la comunidad autónoma.

Por supuesto, las prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico en relación con la ejecución forzosa que derivan de la peculiar estructura de las administraciones, de su configuración orgánica y de la relación de los medios de que disponen con los fines que les han sido asignados son también aplicables a las ejecuciones contra las administraciones llevadas a cabo por otras administraciones, como ocurre con la prerrogativa de la inembargabilidad o de la inalienabilidad de los bienes que integran el dominio público. Entre estas prerrogativas se halla una presunción de diligencia en favor de las administraciones, que tiene una de sus manifestaciones en la exigencia de justificar que la Administración ha actuado con falta de diligencia para que pueda aplicarse el recargo del dos por ciento para el cómputo de los intereses procesales a su cargo (artículo 106.3 de la LJCA).

Ciertamente, la legislación recoge manifestaciones concretas de estos principios, a algunas de las cuales voy a referirme seguidamente. Me interesa, sin embargo, subrayar que cuando exista una laguna legal en la materia debe partirse de la aplicación analógica de las disposiciones que contiene el ordenamiento jurídico en relación con estos puntos, la cual configura sustancialmente una posición de la Administración pública como ejecutada muy distinta de la que ostenta el particular frente a la Administración cuando ésta decide proceder a la ejecución de oficio de sus actos.

#### **4.3. La compensación como forma ordinaria de extinción de los créditos entre administraciones públicas**

La legislación reconoce con carácter general un principio en virtud del cual los créditos existentes entre dos

administraciones públicas deberán liquidarse por medio de la compensación entre los entes públicos afectados. Este principio se halla reconocido en el artículo 65 del Reglamento general de recaudación, aprobado por el Real decreto 1684/1990, de 20 de diciembre (RGR), y en los artículos 73.2 y 74 de la LGT.

En el ámbito local, una manifestación de este principio la encontramos en el artículo 109 de la LBRL, en el cual se dice lo siguiente: “La extinción total o parcial de las deudas que el Estado, las comunidades autónomas, los organismos autónomos, la Seguridad Social y cualesquiera otras entidades Derecho público tengan con las entidades locales, o viceversa, podrán acordarse por vía de compensación, cuando se trate de deudas vencidas, líquidas y exigibles.”

La jurisprudencia ha subrayado decididamente la vigencia de este precepto y ha determinado que, fundado en la autonomía local por las profundas razones de rango constitucional a las que antes me he referido, su aplicación debe prevalecer sobre las limitaciones que establece la LSS en el artículo 26 para la compensación de sus créditos.

V. gr., la STS de 10 de noviembre de 2004 (Aranzadi 6882) declara que “en múltiples sentencias, desde la de 13 de octubre de 1993, de 30 de marzo de 1994 y 29 de junio de 1994, hasta otras más recientes de primero de enero de 1998, 4 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001, esta misma sala ha tenido en cuenta y ha aplicado circunstanciadamente, según los casos, el citado artículo 109 de la LBRL”. La sentencia añade que procede desestimar el recurso interpuesto reprochando a la parte recurrente, la Tesorería de la Seguridad Social, que ni siquiera critique las apreciaciones de la sentencia impugnada, la cual, aun teniendo en cuenta la modificación operada en el artículo 26.2 de la LSS por la Ley 42/1994, entiende que no es obstáculo para el ejercicio de la potestad de compensación que el artículo 109 de la LBRL atribuye a las corporaciones locales. Lo que sostiene la Administración recurrente es de nuevo, según la sentencia, la aplicación exclusiva de la normativa sectorial de la Seguridad Social, cuando tal planteamiento se rechaza en las sentencias ya citadas.

En el ámbito tributario, el artículo 73.2 de la LGT establece que serán compensables de oficio, una vez transcurrido el plazo de ingreso en período voluntario, las deudas tributarias vencidas, líquidas y exigibles que las comunidades autónomas, entidades locales y demás entidades de Derecho público tengan con el Estado.

El procedimiento de compensación exige un expediente en el cual se produzca un acuerdo entre las administraciones interesadas o, al menos, no se justifique por parte de la afectada la falta de requisitos necesarios para que la compensación pueda tener lugar. En caso de existir conflicto entre las partes, la cuestión podrá someterse a los tribunales de justicia. V. gr., la Sentencia

de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2000 (ED. 2000/1746), en recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad local, declara que procede la compensación de deudas entre los créditos municipales por participación en los tributos del Estado y sus deudas por multas de tráfico, por concurrir los requisitos legales.

La STS de 6 de mayo de 1998 (ED. 1998/17354) declara que no es admisible la extinción de una obligación por compensación por decisión unilateral del ayuntamiento, pues el artículo 65.3 del Reglamento general de recaudación aprobado por el Real decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, exige para compensación un acto administrativo firme recaído con audiencia de los interesados.

La prohibición de la declaración unilateral de la compensación se declara también por la STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de julio de 2000 (ED. 2000/26925) y por la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de marzo de 2001 (ED. 2001/35272).

#### **4.4. La utilización frente a las administraciones públicas de los medios de ejecución forzosa previstos en la Ley de procedimiento administrativo**

##### **4.4.1. Medios de ejecución forzosa: apremio sobre el patrimonio**

Según el artículo 96.1 de la LRJPAC, son medios de ejecución forzosa el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas.

Sin desconocer el principio que antes se ha sentado en relación con la necesaria intervención judicial previa en muchos supuestos en los cuales existe conflicto en relación con el ejercicio de las potestades de ejecución forzosa de una administración frente a otra (con lo cual se convierte la ejecución del acto en un problema de ejecución de la sentencia dictada), debe afirmarse que, cuando se procede a la ejecución forzosa en vía administrativa, no todos los medios catalogados por la ley son utilizables del mismo modo y con la misma intensidad frente a otras administraciones públicas, habida cuenta de la repercusión que pueden tener el ejercicio de las competencias y de los intereses por los que debe velar la Administración ejecutada.

La vía de apremio sería, en principio, susceptible de ser utilizada en la ejecución forzosa de los actos de una administración frente a otra, siempre que se observasen las limitaciones que con carácter general se han expuesto. Encontramos algún ejemplo en la jurisprudencia menor. La STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2000 (ED. 2000/74889) desestima el recurso contra el acuerdo municipal que contenía una providencia de apremio contra la autoridad portuaria por impago de suministro de agua.

Sin embargo, en las materias principales (recaudación tributaria y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social) la vía de apremio resulta excluida como forma de ejecución de los actos administrativos contra otros entes públicos, tanto por el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto 1415/2004, de 11 de junio (artículo 39 y siguientes), como por la LGT y el RGR, y sustituido por la vía de compensación a que antes se ha hecho referencia.

La STS de 8 de octubre de 2003 (Aranzadi 7291), en un recurso en interés de la ley, declara que no es exigible el recargo de apremio por impago de deudas a la Seguridad Social a las corporaciones locales (a diferencia de lo que ocurre con los intereses de demora) puesto que la vía de apremio no es aplicable según la normativa sectorial a dichas administraciones territoriales de conformidad con el artículo 167 del Texto refundido de 1995 y las normas jurídicas que excluyen el despacho del mandamiento de ejecución y la providencia de embargo contra sus bienes y derechos, aun con las limitaciones que derivan de la doctrina del Tribunal Constitucional.

La STS de 28 de mayo de 2004 (ED. 2004/63712) invoca el artículo 109 de la LBRL para afirmar que tratándose de una relación entre el IRYDA y un ayuntamiento, al ser en este caso una corporación local la deudora, el procedimiento de apremio ha sido sustituido por el procedimiento de compensación de deudas de entidades públicas.

La STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2003 (ED. 2003/199464) declara que la única vía de que disponen las administraciones públicas, aparte de la utilización del mecanismo de compensación (artículo 65 del RGR) para conseguir el cobro de sus deudas tributarias de otras administraciones públicas es acudir al pertinente recurso contencioso-administrativo tras los requerimientos oportunos que autoriza el artículo 44 de la LJCA. Si existiese un acto firme de reconocimiento de la deuda, su ejecución podría efectuarse al hilo del artículo 29.2 de la LJCA, que también exige la intervención judicial.

#### 4.4.2. La ejecución subsidiaria

Este medio de ejecución forzosa parece compadecerse difícilmente con el principio de auxilio en el ejercicio de las competencias de las restantes administraciones públicas y el deber de auxilio a las mismas para la ejecución de sus actos. Por ello, salvo los casos excepcionales en que la ley pueda prever de manera expresa su aplicación a las personas jurídico-públicas, entendemos que la ejecución subsidiaria, en cuanto afecta al núcleo de las competencias ejercidas por otras administraciones, exige, en caso de conflicto entre una y otra administración, la previa intervención judicial por las vías ofrecidas por la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el artículo 49 de la LPDCP encontramos un supuesto en el que se ordena expresamente la ejecución por la propia Administración controladora, dado el rango fundamental de los derechos que pueden resultar afectados. En efecto, dicho precepto establece que en los supuestos de utilización o cesión lícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad, el director de la Agencia Española de Protección de Datos podrá, además de ejercer la potestad sancionadora, requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal la cesación en la utilización o cesión ilícita de los datos y, si el requerimiento fuera desatendido, podrá, mediante resolución motivada, inmovilizar tales ficheros a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas. Este precepto precisa que los ficheros de carácter personal a que se refiere son tanto aquellos de titularidad privada como los de titularidad pública.

#### 4.4.3. La multa coercitiva

En los casos previstos en la ley, entendemos que, paralelamente al ejercicio de la potestad sancionadora y como medio de ejecución forzosa tendente a conseguir la efectividad del cumplimiento de lo acordado por la Administración que ejerce la competencia principal, puede caber la imposición de multas coercitivas a la Administración ejecutada, siempre que la ley no excluya su imposición a los entes públicos. Al menos, así lo entiende la STS de 30 de enero de 1996 (Aranzadi 1996/463), que confirma en apelación una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestima el recurso contencioso-administrativo deducido por un ayuntamiento contra la resolución de la Dirección General de Puertos y Costas que le impuso, además de una sanción pecuniaria, la obligación de reponer el terreno a su estado primitivo, y multas coercitivas de 200.000 pesetas cada quince días mientras siguieran efectuándose los vertidos.

En la normativa sobre impacto ambiental (Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre) se describen conductas a cargo de las administraciones públicas, las cuales pueden dar lugar al deber de restitución exigible mediante multas coercitivas y vía de apremio. Así, el artículo 29 prevé que cuando la ejecución de los proyectos sometidos obligatoriamente al procedimiento de evaluación de impacto ambiental que comenzaran a ejecutarse sin el cumplimiento de este requisito, produjera una alteración de la realidad física y biológica, su titular deberá proceder a la restitución de la misma en la forma que disponga la Administración. A tal efecto ésta podrá imponer multas coercitivas sucesivas de hasta 50.000 pesetas cada una, sin perjuicio de la posible ejecución subsidiaria por la propia Administración a cargo

de aquél independientemente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados que tiene el titular del proyecto.

#### **4.4.4. La compulsión sobre las personas**

Entendemos que la aplicación de este medio de ejecución forzosa a otras administraciones públicas también reviste un carácter excepcional, por cuanto es evidente el grado intenso de afectación que puede revestir respecto al ejercicio de las competencias de la Administración afectada y los intereses representados por ésta. Por ello entiendo que debe quedar reducida a los casos en que la ley la prevea expresamente en relación con los entes públicos. ■

## La responsabilidad administrativa. El nexo causal. Últimas orientaciones jurisprudenciales\*

Jesús Ernesto Peces Morate  
*Magistrado de la Sala Tercera del  
Tribunal Supremo*

1. La responsabilidad como principio general del Derecho.
2. Diferencia entre la responsabilidad administrativa y las prestaciones o ayudas de carácter social.
3. La objetivación de la responsabilidad administrativa.
4. Compatibilidad de prestaciones.
5. La responsabilidad administrativa en las relaciones de sujeción especial.
6. El nexo causal.
7. Caracteres del nexo causal.
8. La prueba del nexo causal.
9. La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad administrativa.
10. Responsabilidad patrimonial derivada de festejos populares organizados o autorizados por los ayuntamientos.
11. La responsabilidad administrativa y el caso fortuito o la fuerza mayor.
12. Las transferencias de servicios y la responsabilidad patrimonial de la Administración.

---

\*Texto de la conferencia impartida en la sesión de 2 de abril de 2005 del Seminario de Derecho Local promovido por la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, la Escuela

de Administración Pública de Cataluña y el Área Metropolitana de Barcelona-Mancomunidad de Municipios.

## 1. La responsabilidad como principio general del Derecho

La causa de la reparación o indemnización de los daños y perjuicios producidos por un acto ilícito o culposo, e incluso por la actividad sin culpa o negligencia, está en el principio de responsabilidad, de manera que, aun contemplada y regulada por la ley, tiene su fuente o raíz en un principio general del Derecho, cual es que cada uno debe responder de sus propios actos.

## 2. Diferencia entre la responsabilidad administrativa y las prestaciones o ayudas de carácter social

El principio inspirador de estas ayudas es el de solidaridad, de manera que el Estado o las administraciones públicas se hacen cargo de la reparación de daños y perjuicios causados por terceros.

El significado de las ayudas públicas a determinadas víctimas o perjudicados debe distinguirse del concepto de indemnización en sentido estricto, pues la Administración no puede asumir sustitutoriamente las debidas por el culpable o responsable de un hecho, razón por la que aquéllas sólo existen cuando la norma las establece con los criterios de preferencia o moderación que la propia ley señala, de manera que existe una diferencia sustancial entre las indemnizaciones reparatorias y las prestaciones asistenciales, lo que justifica su diferente tratamiento jurídico, y, en concreto, un diverso régimen para los titulares del derecho.

Las ayudas estatales a determinados ciudadanos o colectivos, afectados por ciertas limitaciones o carencias, así como las previstas para las víctimas o perjudicados de algunos hechos (como los delictivos), aunque en los textos legales se denominen *indemnizaciones*, no pierden su genuino significado de prestaciones basadas en el principio de solidaridad y no en el de responsabilidad, pues, de lo contrario, se desnaturalizaría el sistema jurídico de la reparación, arraigado en los principios de responsabilidad personal y de autonomía de la voluntad, quedando sustituido por otro determinista y de responsabilidad universal, en el que la sociedad asumiría todos los riesgos generados en su seno y la Administración se constituiría en su aseguradora.

No cabe, pues, equiparar la obligación de resarcimiento que pesa sobre el responsable de un hecho, aunque lo sea con carácter objetivo o por el resultado, a la ayuda de quien, sin responsabilidad alguna, asume reparar un daño o perjuicio.

Para establecer esas ayudas o prestaciones de carácter social, el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a las necesidades sociales (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990 –cuestión 1419/1988).

Mientras que para la concesión de estas ayudas o prestaciones es suficiente acreditar que concurren las circunstancias legalmente previstas, para ser acreedor de una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración se requiere probar la existencia de un nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado dañoso o lesivo producido.

## 3. La objetivación de la responsabilidad administrativa

Su justificación, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, se asienta en la exigencia de que un ciudadano (administrado) no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa, que tiene como finalidad el interés general (por todas, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1994), con significado equivalente a lo que en la doctrina *iusprivatista* se denominó *socialización de los riesgos*.

Por consiguiente, las administraciones responden tanto si el funcionamiento del servicio público ha sido normal como anormal, si bien el incorrecto funcionamiento de dicho servicio puede incidir, de forma decisiva, en la conclusión sobre la relación de causalidad, como después veremos, o en la apreciación de la antijuridicidad del daño o perjuicio, requisitos ambos para que nazca la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

La Administración, sin embargo, no es responsable de cualquier resultado lesivo o dañoso originado en el transcurso de su actividad sino sólo de aquellos que sean consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público, de modo que la jurisprudencia (Sentencia de 27 de julio de 2002 –recurso de casación 4012/1998–) se ha hecho eco de la perturbación que pudiera suponer para la correcta realización y progresiva ampliación de los servicios públicos una interpretación laxa del requisito de nexo causal, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, podría verse frustrado con interpretaciones extensivas del aludido requisito.

Ello no es obstáculo a que si la prestación del servicio genera un riesgo por el modo en que se organiza, se haya declarado por la jurisprudencia la responsabilidad patrimonial de la Administración, como en el caso de las lesiones causadas por funcionarios de policía, francos de servicio, con el arma reglamentaria que portan (Sentencia de fecha 8 de febrero de 2005 –recurso de casación 2177/2001).

## 4. Compatibilidad de prestaciones

Es doctrina jurisprudencial consolidada que las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración por tener su causa en títulos diferentes y ser exigencia

de dicha responsabilidad la plena indemnidad de la víctima, que no se lograría con el percibo de las prestaciones prefijadas en las normas sectoriales (sentencias de 2 de marzo, 20 de mayo y 28 de noviembre de 1995, 17 de abril y 12 de mayo de 1998, 5 de febrero, 2 de marzo y 10 de abril de 2000, 29 de junio de 2002 y 1 de febrero de 2003 –recurso de casación 7061/2001).

### 5. La responsabilidad administrativa en las relaciones de sujeción especial

La jurisprudencia se ha planteado la cuestión de si el servidor público está o no amparado por el derecho que los particulares tienen a ser indemnizados por las administraciones públicas como consecuencia de las lesiones que puedan sufrir en cualquiera de sus bienes o derechos cuando aquéllos ejercen las funciones propias de su cargo, o, por el contrario, al asumir voluntariamente los riesgos inherentes al concreto servicio público que prestan, tienen el deber jurídico de soportar los daños o perjuicios connaturales a dicho servicio, de modo que no se podrían calificar de antijurídicos, no generando por ello derecho a una indemnización por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública sino como meros acreedores de las prestaciones derivadas de su relación estatutaria.

Este conflicto fue resuelto en el recurso de casación 7061/2001 por la Sentencia de fecha 1 de febrero de 2003, cuya doctrina se reitera en la Sentencia de 14 de octubre de 2004 (recurso de casación 2282/2000), corrigiéndose en ésta la tesis mantenida por la sala de instancia.

En aquella primera sentencia, que sirve de precedente a la segunda, se declara que la clave para resolver dicha cuestión está en la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y, en su caso, ha de tenerse en cuenta si ésta es o no imputable al funcionario o servidor público.

En el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino tan sólo con las prestaciones previstas en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio que mantuvo la Sentencia de 10 de abril de 2000 (recurso de casación 9147/1995).

Cuando el funcionamiento del servicio público hubiese sido incorrecto, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia *exclusivamente* de la propia actuación del empleado público, en cuyo caso su misma conducta sería la *única* causante del daño o perjuicio por él sufrido, faltando el requisito del nexo causal para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si aquélla obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.

En el caso de que ninguna participación hubiese tenido el servidor público en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración pública de todos los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, pero en el supuesto de que hubiese cooperado en la inadecuada actuación administrativa, la indemnización en su favor habrá de moderarse atendiendo a su grado de participación.

### 6. El nexo causal

Es éste el elemento o factor clave para declarar o no una responsabilidad extracontractual por el resultado.

Al haber desplazado este requisito al elemento culpabilístico en el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración, el juzgador no tiene que inquirir si hubo negligencia del personal a su servicio sino que habrá de llegar a la convicción de si hay relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado, aunque para obtener tal conclusión tenga relevancia si el funcionamiento del servicio público fue normal o anormal, se incurrió o no en algún error y si la práctica se ajustó a la *lex artis*.

El perjudicado, según la doctrina jurisprudencial tradicional, debe soportar la carga de probar el daño o perjuicio y la relación de causalidad entre éstos y la actuación de la Administración (sentencias, por todas, de 25 de enero de 2003 –recurso de casación 7926/1998, fundamento jurídico octavo– y 6 de abril de 2004 –recurso de casación 3560/1999, fundamento jurídico quinto D, párrafo decimosexto).

Tal carga ha dado pie a la doctrina (López Menudo: “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: Un paso adelante en la definición del sistema”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, octubre, noviembre y diciembre de 1999) para indicar certeramente que “el sistema de responsabilidad objetiva que rige para la Administración pública, tan pretendidamente generoso en abstracto por el efecto deslumbrador que a primera vista produce el hecho de basarse en la pura relación causal, tiene la gran asignatura pendiente de afinar lo relativo a la carga de la prueba, porque a veces los pronunciamientos enfatizadores de la generosidad del sistema, que suelen lucir las sentencias de nuestros tribunales contencioso-administrativos, quedan en la nada o en muy poco si todo ello queda rebajado en la práctica con un desplazamiento del *onus probandi*, a veces materialmente imposible”.

La proteica realidad ha propiciado que la jurisprudencia repita que “el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua*

*non*, esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del precedente, aunque es necesario, además, que resulte normalmente idóneo para determinar el concreto evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso” (sentencias de 22 de octubre y 20 de diciembre de 2004 –recursos de casación 6777/2000 y 3999/2001).

## 7. Caracteres del nexo causal

Con una cierta inercia, carente de lógica, alguna jurisprudencia continúa con un viejo estribillo (sentencias de fechas 22 de octubre, 9 de noviembre y 20 de diciembre de 2004 y 4 de febrero de 2005 –recursos de casación 6777/2000, 7834/2000, 3999/2001 y 1070/2001–), según el cual la relación de causa a efecto ha de ser directa, inmediata y exclusiva, cuando lo cierto es que la propia doctrina jurisprudencial ha declarado hasta la saciedad que la relación de causalidad, determinante de la responsabilidad patrimonial de la Administración, puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes (sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de junio de 2001, 18 de julio de 2002, 5 de mayo y 14 de octubre de 2004, entre otras muchas), características estas que pueden dar lugar o no a moderar la reparación a cargo de la Administración.

En alguna de las sentencias que aluden a la nota de la *exclusividad* del nexo causal, como la de fecha 9 de noviembre de 2004 (recurso de casación 7834/2000), se viene después a reconocer que ésta “debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto, especialmente en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos o inactividad de la Administración, en los que la concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas, e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación o de atemperar la indemnización a la características o circunstancias concretas del caso examinado”.

No obstante, la culpa *exclusiva* de la víctima o la de terceros suprime de raíz la responsabilidad patrimonial de la Administración, como se ha declarado en las sentencias de 17 de abril de 2001, 19 de noviembre de 2002, 10 de octubre de 2003, 3 de mayo de 2004 y 8 de julio de 2004, mientras que la culpa concurrente de la víctima ha sido tenida en cuenta para disminuir la indemnización (Sentencia de 29 de enero de 2004) y otro tanto sucede cuando concurre con la de la Administración la de un tercero (Sentencia de 14 de octubre de 2004).

El funcionamiento anormal del servicio público no genera inexorablemente responsabilidad patrimonial para la Administración cuando no se acredita la existencia de nexo causal entre ese incorrecto funcionamiento y el resultado lesivo o dañoso producido (Sentencia de 26 de febrero de 2004 –recurso de casación 8656/1999–),

pero no se puede negar que una actuación anormal de la Administración permite, en ocasiones, construir una presunción favorable al perjudicado siempre que entre aquélla y el resultado dañoso producido pueda establecerse un enlace preciso y directo según las reglas de la lógica (artículo 386 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil), modo de proceder para deducir la conclusión de que existe nexo causal cuando se incurre en error o se infringen las reglas de la *lex artis* (sentencias de 30 de octubre de 1999, 14 de julio y 22 de diciembre de 2001), de aquí que el elemento culpabilístico continúa siendo de gran trascendencia para declarar la responsabilidad aunque ésta venga anudada al resultado y no sea preciso teóricamente investigar si fue correcto el empleo de la técnica.

## 8. La prueba del nexo causal

Ya aludimos en el apartado sexto a que esta carga pesa sobre el perjudicado reclamante, pero también advertíamos del riesgo que el desplazamiento del *onus probandi* conlleva, cuando se hace materialmente imposible para aquél demostrarlo.

Por tal razón, el artículo 217.6 de la Ley de enjuiciamiento civil, 1/2000, recogiendo la práctica jurisprudencial, ha consagrado el principio *favor probationis*, al establecer que “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”.

La complejidad en el establecimiento de la imprescindible relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño sufrido ha propiciado múltiples teorías, que tienen reflejo en la jurisprudencia, y que van desde la equivalencia de condiciones hasta la de la probabilidad estadística, pasando por la causalidad adecuada, la pérdida de oportunidad, los cursos causales no verificables y la creación culposa de un riesgo.

Será siempre la lógica o la sana crítica el medio que utilizará el juzgador para llegar a la conclusión de si concurre o no la insustituible relación de causalidad entre la actuación del servicio público y el resultado producido, lo que permitirá, dejando plena constancia del razonamiento o juicio realizado, al juez o tribunal de instancia aceptar o rechazar el resultado de las pruebas y al de casación enmendar o no las conclusiones sobre el nexo causal a que llegó la sala sentenciadora, operación discursiva que, en ocasiones, lleva a aceptar las conclusiones acerca del nexo causal de la sentencia recurrida, como en las sentencias de 6 de octubre de 2001, 19 de noviembre de 2002, 30 de octubre de 2003, 16 de diciembre de 2003, 27 de mayo de 2004 y 2 de noviembre de 2004, o, por el contrario, a rechazarlas, como en las sentencias de 30 de octubre de 1999, 12 de marzo, 27 de julio y 14 de octubre de 2002, 19 de octubre de 2004 (recurso de casación 7286/2000), 8 de febrero de 2005 (recurso de casación 2177/2001) y 10 de febrero de 2005 (recurso de casación 1112/2001).

La valoración de las pruebas en la instancia es tan imprescindible como decisiva, pues, si bien es cierto que el artículo 88.3 de la ley de esta jurisdicción permite la integración de los hechos admitidos como probados por el tribunal de instancia, no autoriza, sin embargo, a apartarse de ellos, habiendo declarado también la doctrina jurisprudencial que, por más que el nexo causal constituya una apreciación jurídica susceptible por ello de ser revisada en casación, se ha de partir de los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo* (sentencias de 14 de mayo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 26 de marzo, 6 de abril, 24 de mayo, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 9 de mayo de 2000, 22 de diciembre de 2001, 27 de julio, 21 de octubre y 16 de diciembre de 2002, 30 de octubre y 16 de diciembre de 2003, 16 de diciembre de 2004 y 10 de febrero de 2005).

A pesar de que los hechos declarados probados por la sala sentenciadora sirven de base fáctica para discutir en casación si concurre o no el nexo causal, por ser esta una apreciación jurídica susceptible de ser revisada, sin embargo cabe también en casación discutir la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal *a quo* mediante la demostración de que aquélla resulta ilógica o arbitraria y también por haber conculcado los principios generales del Derecho o las reglas sobre la prueba tasada, que en caso de prosperar permite al tribunal de casación apartarse de los hechos declarados probados por aquél (Sentencia de 2 de noviembre de 2004 –recurso de casación 6372/2000– y 10 de febrero de 2005 –recurso de casación 1112/2001).

Cuando los hechos determinantes de la relación de causalidad han sido declarados probados por cualquier otra jurisdicción con carácter definitivo, tales conclusiones fácticas vinculan a la jurisdicción contencioso-administrativa, y así se ha recogido, entre otras, en la Sentencia de 29 de junio de 2002 (recurso de casación 1635/1998), al declarar, de acuerdo con la doctrina constitucional, plasmada en las sentencias 77/1983, 67/1984, 58/1988, 207/1989, 189/1990, 171/1991 y 182/1994 del Tribunal Constitucional, que “los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (artículo 9.3 y 173.3 de la Constitución) vedan a los jueces y tribunales, fuera de los casos previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección jurisdiccional carecería de efectividad si se permitiese reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia, cuyo efecto no sólo se produce con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurran las identidades propias de la cosa juzgada, sino que también se da cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que guardan con aquélla una estricta dependencia aunque no sea posible apreciar el efecto recogido

en el artículo 1252 del Código civil, ya que no se trata de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada, que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquéllos”.

Sigue afirmando el Tribunal Constitucional en esas sentencias que la intangibilidad de lo decidido “en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en el artículo 24.1 de la Constitución, de tal suerte que éste es también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto”.

Si bien la relación de causalidad, como se ha indicado anteriormente, es considerada por la jurisprudencia una apreciación jurídica, susceptible por ello de ser revisada en casación, no cabe, sigue diciendo la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2002, apartarse de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, que, a su vez, se limitó, como era procedente, a reproducir las declaraciones y apreciaciones de la sentencia pronunciada por la jurisdicción penal, criterio seguido por la misma sala y sección del propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de octubre de 2003 (recurso de casación 2291/1999), al declarar que “del examen de la sentencia de instancia resulta que el tribunal *a quo* considera acreditado, así resulta de lo que se afirma en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, el deficiente funcionamiento del vertedero de basuras y la trascendencia que para el entorno comporta, de lo que se deja, dice la sala *a quo*, suficiente constancia en la documentación aportada al proceso penal que se ha traído a autos, al tiempo que asume la declaración de hechos probados del proceso penal y considera justificadas las consecuencias que el funcionamiento del basurero producía sobre la propiedad recurrente en vía contenciosa, todo ello como consecuencia de que la sentencia penal afirma, y así lo asume también expresamente la sala de instancia, teniendo en cuenta documentación aportada en el proceso penal que se ha traído a este recurso contencioso, que la instalación del vertedero conlleva el esparcimiento de residuos en las proximidades de la zona [...]”.

La prueba del nexo causal dando validez a la practicada en otro proceso, en el que la relación de causalidad resultó acreditada, ha sido expresamente admitida en la Sentencia de 6 de febrero de 1996 (recurso de apelación 13862/1991), que sigue el criterio establecido en las de 24 de diciembre de 1994, 18 de abril de 1995 y 8 de noviembre de 1995, declarando que “el respeto del principio de

igual trato en la aplicación de la ley aconseja, a fin de evitar cualquier discriminación, incorporar en los diferentes pleitos, que puedan versar sobre idéntico objeto, el informe o informes periciales emitidos contradictoriamente en los primeros procesos sustanciados para evitar la contradicción con los precedentes que resolvieron litigios entre las mismas partes u otras diferentes en situación equivalente y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente iguales, que no pueden conducir, a no ser que se vulnere el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, a pronunciamientos distintos salvo que se justificase suficientemente el apartamiento de la anterior doctrina en virtud de sólidas razones para ello”.

Nos referimos antes a la vinculación con los hechos declarados probados en otras jurisdicciones, singularmente por la del orden penal, pero lo mismo cabe decir cuando la propia jurisdicción contencioso-administrativa se hubiese pronunciado previamente acerca de la concurrencia del nexo causal respecto de una concreta actuación o inactividad administrativa y el resultado producido. Así se procedió en la Sentencia ya citada de 6 de febrero de 1996 (recurso de apelación 13862/1991), al haberse dictado previamente otra Sentencia con fecha 11 de septiembre de 1995 (recurso de apelación 1362/1990) relativa al perjuicio causado por efecto de la inundación producida con la apertura de las compuertas de un pantano.

En la aludida Sentencia de 6 de febrero de 1996, la Sala Tercera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de expresar que “el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, protegido por el artículo 14 de la Constitución, relacionado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el artículo 9.3 de ésta, y en conexión también con el derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado por el artículo 24 de la Constitución, nos obliga a seguir el criterio acogido en la citada sentencia de la Sección Tercera de esta sala, al no existir razones para apartarnos del mismo, pues el indicado derecho fundamental, como declaramos en nuestras sentencias de 18 de abril de 1995 (recurso de casación 1785/1992, fundamento jurídico undécimo) y de 8 de noviembre de 1995 (recurso de casación 954/1992, fundamento jurídico duodécimo), siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, entre otras, en sus sentencias 49/1982, 63/1984, 73/1988, 108/1988, 185/1988, 200/1989, 200/1990, 201/1990, 202/1990, 2/1991, 201/1991, 202/1991, 140/1992, 71/1993, 90/1993, 160/1993, 246/1993, 269/1993 y 306/1993, significa que un mismo juez o tribunal en el ejercicio de la potestad jurisdiccional no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos”.

La jurisprudencia ha entendido que el incumplimiento de ciertos deberes o normas por el perjudicado no rompe el nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado producido, señalando que “el instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

se arrumbaría si el incumplimiento de cualquier norma reguladora de la convivencia situase al ciudadano ante el deber jurídico de soportar las consecuencias del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos cuando la prestación de éstos tenga relación con la obligación incumplida por el perjudicado” (sentencias de 7 de noviembre de 1994 –recurso de apelación 5100/1991– y 6 de febrero de 1996 –recurso de apelación 13862/1991).

En esta última sentencia se declaró que “la infracción de una norma, que impone determinadas obligaciones a los ciudadanos o administrados, conllevará el reproche o sanción que legalmente vengan establecidos al respecto, pero no exonera a la Administración de responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios causados a aquéllos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, salvo los casos de fuerza mayor o cuando no exista vínculo alguno de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido, pues dicha responsabilidad ha sido configurada legal y jurisprudencialmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en cuyos efectos reparadores podrá tener más o menos trascendencia la propia conducta del perjudicado como concausa del daño producido, hasta, en ocasiones, llegar a romper el exigible y aludido nexo causal con la subsiguiente excusa para la Administración”.

A pesar de ser la valoración de los hechos realizada por los tribunales de instancia la base sobre la que el tribunal de casación decide acerca de la existencia o inexistencia del nexo causal, dado que se trata de una cuestión estrictamente jurídica la relativa a la relación de causalidad, salvo los supuestos de haberse combatido eficazmente tal valoración (Sentencia citada de 10 de febrero de 2005 –recurso de casación 1112/2001–), lo cierto es que la posible integración de los hechos, permitida ahora por el artículo 88.3 de la ley de esta jurisdicción 29/1998, de 13 de julio, y ya utilizada antes por la jurisprudencia (sentencias de 14, 23 y 29 de enero de 1998, 9 de febrero, 4 de marzo, 4 de mayo, 3 de junio y 21 de diciembre de 1999, 6 de abril, 3 de mayo, 19 de julio y 5 de octubre de 2000, 31 de mayo, 28 de julio y 27 de octubre de 2001, 18 de mayo, 15 y 29 de junio, 27 de julio, 28 de septiembre, 14 de octubre y 9 de diciembre de 2002 y 18 de enero de 2003), ha abierto la posibilidad de que el tribunal de casación, sin discutir la valoración de los hechos realizada por los tribunales sentenciadores, examine pruebas no apreciadas por éstos para llegar a unas conclusiones fácticas diferentes, que permiten una distinta conclusión jurídica acerca de la existencia o no del nexo causal o de su ruptura.

Así, por ejemplo, en las sentencias de la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, de fechas 25 de enero de 2003 (recurso de casación 7926/1998), 1 de junio de 2004 (recurso de casación 2491/2000) y 20 de diciembre de 2004 (recurso de casación 3999/2001) se lleva a cabo

la oportuna integración de los hechos para llegar a una conclusión distinta a la realizada por la sala de instancia en cuanto al nexo causal, pero hay que reconocer que el tribunal de casación se muestra, habitualmente, renuente a practicar dicha integración, como lo demuestran las sentencias de fechas 6 de octubre de 2003 (recurso de casación 1822/1999), 6 de abril de 2004 (recurso de casación 3560/1999) y 27 de mayo de 2004 (recurso de casación 556/2000), aunque las partes lo hubiesen solicitado expresamente, siendo la práctica general, según hemos indicado, la de partir de los mismos hechos declarados probados por el tribunal *a quo*, aun considerando que su conclusión jurídica, en cuanto a la existencia o no de nexo causal, es desacertada, por lo que señalará otra diferente, como en la reciente Sentencia de 10 de febrero de 2005 (recurso de casación 1112/2001, fundamento jurídico tercero) o en la más antigua de 27 de julio de 2002 (recurso de casación 4012/1998).

### 9. La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad administrativa

Es pacífica la doctrina jurisprudencial acerca de la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de sus omisiones o inactividad (sentencias de 18 de octubre y 27 de noviembre de 1993, 4 de junio de 1994, 30 de abril, 31 de julio, 26 de octubre y 12 de noviembre de 1996, 25 de enero de 1997, 15 de junio de 2002 –recurso de casación 453/1997–, 29 de junio de 2002 –recurso de casación 1635/1998– y 20 de diciembre de 2004 –recurso de casación 3999/2001–), exigiéndose siempre, como es lógico, que entre esas omisiones o inactividad y el daño producido exista nexo causal, que puede aparecer también, como en los supuestos de la actividad administrativa, bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes.

Entre lo casos enjuiciados por inactividad de la Administración podemos hacernos eco de los resueltos por las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 15 de junio de 2002 (recurso de casación 453/1997), ante la falta de exigencia de cumplimiento al propietario de un edificio de sus deberes urbanísticos y del incumplimiento por el ayuntamiento de proceder a la ejecución sustitutoria, y 20 de diciembre de 2004 (recurso de casación 3999/2001), en que, además de proceder el tribunal de casación a integrar los hechos, consideró que hubo nexo de causalidad entre la caída de un escolar perseguido por sus compañeros de instituto y la desidia de los encargados del centro, que no evitaron la novatada de que fue objeto el menor lesionado.

En el primer caso, la sala de instancia había declarado inadmisión el recurso contencioso-administrativo, cuya decisión fue anulada, por lo que el tribunal de casación formuló una declaración de hechos probados a la vista de las pruebas practicadas.

A partir de tales hechos, se examinaron los deberes que el ordenamiento urbanístico impone a los propietarios de edificios, en orden a conservarlos en condiciones de seguridad, y a los del ayuntamiento para requerir a aquéllos a tal fin, ejercitando, si preciso fuere, sus potestades sancionadoras, pero si el propietario no ejecuta las obras, es el ayuntamiento quién las debe realizar a cargo del obligado a través del procedimiento de ejecución subsidiaria.

Como el ayuntamiento demandado no cumplió esos deberes, no obstante haberle hecho patente los perjuicios tal situación, se considera que la actuación municipal fue incorrecta, declarando su responsabilidad para resarcir a aquéllos, quedando a salvo su derecho para repetir contra el propietario incumplidor.

En el segundo, el tribunal de casación, después de integrar los hechos, declara, en contra de lo estimado por el tribunal de instancia, que la primera caída ocurrida en el centro escolar, al tratar de huir el menor de unos compañeros que pretendían hacerle una novatada, es imputable a la Administración educativa por no haber prestado los profesores la debida atención, vigilancia y cuidado para evitar la persecución de la que el joven fue objeto por parte de otros alumnos cuando se encontraba en el propio instituto.

Pero el tribunal de casación no se para en esta declaración, sino que llega a estimar que, al no haber quedado el menor debidamente curado de las lesiones producidas con aquella caída, la segunda claudicación que sufrió, al haberle fallado la pierna no restablecida, cuando subía por la escaleras del centro, es también imputable a la Administración titular del referido centro escolar, declarando textualmente que “las lesiones y secuelas ocasionadas al menor [...] tienen su origen en la primera caída al ser perseguido por sus compañeros del Instituto, que no fue evitada por los responsables del centro y que le generó unas lesiones y fallos en la pierna derecha, que fueron los que determinaron la segunda caída, que le agudizó las lesiones padecidas”, terminando con la conclusión de que existe un nexo causal que comporta la responsabilidad de la Administración.

### 10. Responsabilidad patrimonial derivada de festejos populares organizados o autorizados por los ayuntamientos

Es muy numerosa la jurisprudencia construida sobre las reclamaciones de indemnización a los entes municipales como consecuencia de los perjuicios sufridos en el curso o transcurso de festejos organizados o autorizados por los ayuntamientos, de la que no podemos hacernos eco por lo casuística que resulta, pero nos parece útil recordar alguna y, ante todo, transcribir la doctrina fijada en la Sentencia de 12 de julio de 2004 (recurso para unificación de doctrina 98/2004), que, a su vez, se

hace eco de la establecida en la sentencia invocada como de contraste y dictada por la misma sala con fecha 17 de noviembre de 1998 (recurso de casación 3489/1994).

En el recurso de casación 3106/1997, el ayuntamiento, cuya responsabilidad patrimonial se había declarado como consecuencia de las heridas y secuelas sufridas por el demandante en un tradicional festejo por aquél organizado y vigilado, planteó la infracción cometida por la sala sentenciadora de los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y de la jurisprudencia que los interpreta, por entender que los daños y perjuicios fueron causados con ocasión de la realización de dicho festejo popular pero no por causa de los servicios municipales que lo organizaron y vigilaron, sino, antes bien, debido al mal uso que de ellos hizo el perjudicado y por la inadecuada conducta que observó, de modo que, a su parecer, no existía relación de causalidad alguna entre la prestación de dicho servicio y el resultado dañoso producido, afirmando también que ni siquiera desde la perspectiva de la creación de un riesgo cabe atribuírsele responsabilidad patrimonial, ya que se adoptaron las adecuadas medidas de seguridad y vigilancia, sin que, dado el carácter tradicional de la fiesta, el ayuntamiento pudiera eludir organizarlo.

El tribunal de instancia había condenado al ayuntamiento a indemnizar al perjudicado y el de casación consideró en su Sentencia, de fecha 28 de julio de 2001, improsperables los motivos alegados por aquél para pedir la anulación de la sentencia recurrida, rechazando, en primer lugar, que el festejo organizado no crease riesgos, ya que no era la primera ocasión en que se habían producido daños y perjuicios semejantes, que dieron lugar a otros procesos anteriores, en que se dictó sentencia condenatoria contra el mismo ayuntamiento.

Las razones para rechazar los motivos de casación, aparte de los propios hechos declarados probados en la sentencia recurrida y no combatidos en casación, se centran en que no sólo no hubo culpa exclusiva de la víctima sino que tampoco concurrió concausa alguna que a él pudiera serle imputada para llegar a la consecuencia de que tuviese que compartir la proyección económica del resultado lesivo, para cuya conclusión fáctica el tribunal sentenciador realizó un análisis pormenorizado y lógico de la prueba, sin que la participación en la fiesta pueda considerarse un hecho ajeno o extraño a la acción administrativa, al estar promovida y organizada por el ayuntamiento con el fin de lograr la participación de los ciudadanos en ella, y que la posible conducta imprudente del perjudicado carecía de relevancia para interferir el nexo causal, puesto que los servicios de vigilancia municipales no impidieron o evitaron, como debían, la posible actuación culposa de aquél, con lo que, en definitiva, la Administración generó un riesgo cuyas consecuencias debe soportar.

Con idéntico criterio se había pronunciado la Sentencia de 13 de septiembre de 1996 (recurso de casación 7725/1996).

Esta tesis del riesgo creado por la Administración es la misma sostenida en la Sentencia de fecha 8 de febrero de 2005 (recurso de casación 2177/2001), al considerarse en ésta que el modo como la propia Administración organiza el servicio policial crea un riesgo que comporta que deba soportar los daños causados por los funcionarios de policía con el arma reglamentaria aunque se encuentren francos de servicio, a la que aludimos en el capítulo 3 de este estudio, dedicado a la objetivación de la responsabilidad administrativa.

En la Sentencia de fecha 12 de julio de 2004, la Sala Tercera del Tribunal Supremo estima un recurso de casación para unificación de doctrina porque la sala de instancia se apartó claramente de la doctrina establecida en la previa Sentencia de la misma Sala Tercera de fecha 17 de noviembre de 1998, dictada en el recurso de casación 3489/1994.

Se establece como doctrina jurisprudencial en ambas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, a efectos de determinar si existe responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados, se deben integrar en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos las fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por ellos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o por entidades con personalidad jurídica independiente pero incardinadas en la organización municipal (sentencias de 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 4 de mayo de 1998 y 19 de junio de 1998).

Se declara también en una y otra sentencias que, frente a la relevancia causal absolutamente prioritaria de la omisión por el ayuntamiento de elementales medidas encaminadas a evitar el riesgo de manipulación por los menores de los restos de los fuegos de artificio, la conducta de éstos, de carácter previsible, consistente en acudir al lugar a retirar o manipular los residuos del castillo de fuegos artificiales disparado el día anterior, se presenta como ausente de relevancia suficiente no ya para determinar la ruptura del nexo de causalidad, sino para imponer siquiera una moderación de la responsabilidad.

Vuelve la jurisprudencia a dar total y definitiva relevancia a la creación de riesgos tanto para apreciar la concurrencia del nexo causal cuanto para considerar que la conducta del perjudicado carece de relevancia a fin de moderar la responsabilidad administrativa.

### **11. La responsabilidad administrativa y el caso fortuito o la fuerza mayor**

Es ésta excluyente de responsabilidad patrimonial de la Administración por expresa disposición legal, y así lo ha recogido unánimemente la jurisprudencia (sentencias,

por todas, de 20 de diciembre de 2004 y 10 de febrero de 2005), aplicando estrictamente lo dispuesto en los preceptos reguladores de la misma.

Ha declarado, sin embargo, que para que pueda apreciarse la concurrencia de fuerza mayor el suceso ha de ser ajeno al servicio público (sentencias de 23 de febrero, 30 de septiembre y 18 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996, 31 de julio de 1996 –recurso de casación 6935/1994, fundamento jurídico cuarto–, 26 de febrero de 1998 –recurso de apelación 4587/1991–, 10 de octubre de 1998 –recurso de apelación 6619/1992, fundamento jurídico primero–, 13 de febrero de 1999 –recurso de casación 5919/1994, fundamento jurídico cuarto–, 16 de febrero de 1999 –recurso de casación 6361/1994, fundamento jurídico quinto–, 11 de mayo de 1999 –recurso de casación 9655/95, fundamento jurídico sexto–, 25 de noviembre de 2000 –recurso 7541/1996–, y las que mantuvieron su mismo criterio de fechas 10 de febrero, 19 de abril, 11 de mayo, 19 y 21 de junio de 2001, 1 de diciembre de 2003 y 26 de abril de 2004).

Es doctrina también consolidada la que declara que, para exonerarse de su responsabilidad, la Administración debe acreditar la existencia de fuerza mayor, recayendo así la carga de probarla sobre la propia Administración (sentencias de 2 de febrero de 1988, 13 de febrero de 1990, 11 y 30 de septiembre de 1995 y 6 de febrero de 1996, entre otras).

Responde la Administración del caso fortuito, que la jurisprudencia ha definido como aquel suceso indeterminado e interior al servicio, indeterminado porque la causa productora del daño es desconocida (una falta de servicio que se ignora), pero es interior a dicho servicio por tratarse de un evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización (sentencias de 23 de septiembre de 2004 –recurso de casación 6716/2000– y 28 de octubre de 2004 –recurso de casación 5564/2000).

En estas mismas sentencias se declara que la fuerza mayor, en cambio, representa una determinación irresistible y exterior, pues, aun prevista, no se habría podido evitar, y exterior porque la causa productora de la lesión es ajena al servicio y al riesgo que éste representa, en las que se citan como precedentes de la doctrina sobre la fuerza mayor las sentencias de 23 de mayo de 1986 y 19 de abril de 1997.

Un planteamiento doctrinal de la cuestión se encuentra en el trabajo del magistrado del Tribunal Supremo Fernando Martín González (*Cuadernos del Derecho Judicial*, núm. VIII, 1994, páginas 221-273) sobre la “Responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos”, en el que se puede leer que:

“Los daños ocasionados por ‘caso fortuito’ sí quedan a cargo de la Administración titular del servicio o actividad en cuyo marco se producen, lo que impone deslin-

dar los conceptos de caso fortuito y de fuerza mayor, porque sólo es ésta última la que excluye la responsabilidad de la Administración. Por ello se configura como un requisito negativo, que no ha de concurrir, para que opere tal clase de responsabilidad.

“Parece que ambos conceptos vienen confundidos en el artículo 1105 del Código civil cuando establece que ‘fuera de los casos expresamente mencionados en la ley [...] nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables’.

“Pero entre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor hay alguna diferencia.

“El caso fortuito se caracteriza por la indeterminación y la interioridad.

“La indeterminación supone que la causa del daño es desconocida.

“La interioridad hace referencia a la relación del evento dañoso con la organización en que se presenta el daño: se trata de un evento íntimamente conectado con el funcionamiento de la actividad o del servicio.

“En la fuerza mayor lo que hay es una causa extraña a la organización y a la actividad. El artículo 1575 del Código civil alude a supuestos extraordinarios: incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado y que no se haya podido racionalmente prever.

“Tal concepto de fuerza mayor viene a entroncar con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado y se destaca en aquél la excepcional gravedad o inevitabilidad de un acontecimiento normalmente insólito y, por tanto, no razonablemente previsible.

“Por el contrario, integran el caso fortuito aquellos eventos internos, intrínsecos, insitos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos, por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste, con causa desconocida. Estos eventos no son un obstáculo para la declaración de responsabilidad administrativa, como se indicó.”

## 12. Las transferencias de servicios y la responsabilidad patrimonial de la Administración

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias de fechas 6 de mayo de 1997 (recurso de apelación 9013/1992) y 10 de febrero de 2001 (recurso de casación 6806/1996) que las transferencias de bienes, derechos y obligaciones comporta que la Administración a la que se transfieren deba soportar las consecuencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración aunque el hecho del que dimana hubiese acontecido con anterioridad a la concreta transferencia y con independencia de que hubiese sido o no declarada dicha responsabilidad en vía administrativa o en sede jurisdiccional. ■

## Las últimas reformas sobre el IBI y en materia catastral

1. Reformas introducidas en el IBI a partir de la promulgación de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre.

2. Novedades en el IBI y en el catastro inmobiliario introducidas por la Ley de PGE para el año 2005.

2.1. Descripción genérica de las reformas introducidas. 2.2. Modificaciones en el IBI.

2.2.1. Actualización de los valores catastrales. 2.2.2. Determinación de la base liquidable por el Catastro. 2.2.3. Régimen de base liquidable y de bonificación de determinados bienes inmuebles. 2.3. Modificaciones en el TRLCI. 2.3.1. Clases de bienes inmuebles. 2.3.2. Reformas producidas en materia de titulares catastrales, e introducción de la figura de la representación, en la nueva redacción dada al artículo 9 del TRLCI. 2.3.3. Breve alusión a las restantes modificaciones introducidas en el TRLCI por la Ley de PGE para 2005.

3. Problemas originados por la ampliación del plazo que se acaba de reseñar respecto a los bienes inmuebles de características especiales: particular consideración de las centrales hidroeléctricas y de las centrales nucleares ubicadas en varios términos municipales.

Clemente Checa González

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Consejero del Consejo Consultivo  
de Extremadura*

## 1. Reformas introducidas en el IBI a partir de la promulgación de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre

A modo de introducción de carácter general, hay que señalar que las innovaciones básicas introducidas en la regulación del IBI por medio de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LRHL, sobre la que posteriormente ha incidido el TRLRHL, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, fueron las siguientes:

A) Se mejoró técnicamente la determinación de su *hecho imponible*, efectuando a estos fines una remisión en bloque al concepto de bienes inmuebles a efectos catastrales, siendo reseñable, sobre todo, la creación de la nueva categoría de bienes inmuebles de características especiales, ya recogida en la coetánea Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario.

B) Se regularon de forma expresa los *supuestos de no-sujeción*, y se sistematizaron las *exenciones*.

En este sentido constituyó una novedad la inclusión, en el artículo 62.5 de la LRHL (actual artículo 61.5 del TRLRHL), de una lista de supuestos de *no-sujeción*, ninguno de los cuales se conceptuaría como tal si no fuera por la declaración legal expresa.

Así *no están sujetos* al IBI: 1.º) las carreteras, los caminos, las demás vías terrestres y los bienes de dominio público marítimo terrestre e hidráulico, siempre que sean de aprovechamiento público y gratuito, hipótesis antes configurada como exención, supuesto que no comprende a las autopistas, sin perjuicio de que su sometimiento efectivo a gravamen no se produzca por disfrutar de beneficios fiscales (*vid.* Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre la construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, y STS de 13 de julio de 2002), y 2.º) una serie de bienes inmuebles propiedad de los municipios en que estén enclavados, tales como los de dominio público afectos a uso público (caminos, calles, plazas, jardines, etcétera) o a un servicio público gestionado directamente por el ayuntamiento (mercados, lonjas, etcétera), excepto cuando se trate de inmuebles cedidos a terceros mediante contraprestación; y los bienes patrimoniales, exceptuados igualmente los cedidos a terceros mediante contraprestación. Es muy positivo que tales bienes se declaren no sujetos en lugar de exentos, que es otra alternativa, pues no tienen mucho sentido las exenciones, cuando, por imperativo del Derecho común, hay confusión entre deudor y acreedor, al ser ambos el ente local.

En cuanto a las *exenciones*, las mismas pasaron a ser de dos clases: *obligatorias* (artículo 62.1 y 2 del TRLRHL) y *potestativas* (artículo 62. 3 y 4 del TRLRHL); clasificándose, a su vez, las primeras en dos grupos: las *aplicables de oficio* (artículo 62.1 del TRLRHL) y las que precisan de la *previa solicitud del sujeto pasivo* (artículo 62.2 del TRLRHL), siendo criticable que se estableciese respecto

a las obligatorias la no-compensación a los ayuntamientos, esto es, la no-aplicación a ellos de lo dispuesto en el artículo 9.2 del TRLRHL.

Las *potestativas*, introducidas para dar mayor vuelo a la autonomía local son las existentes a favor de los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública, siempre que los mismos estén directamente afectos al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros; y la que permite a los ayuntamientos establecer, en razón de criterios de eficiencia y economía en la gestión recaudatoria del IBI, la exención de los inmuebles rústicos y urbanos cuya cuota líquida no supere la cuantía que se determine mediante una ordenanza fiscal.

C) En cuanto a los *sujetos pasivos* se atribuyó la facultad de repercutir la carga tributaria del IBI conforme a las normas de Derecho común, completándose el sistema con el establecimiento de la repercusión obligatoria para los ayuntamientos de la totalidad de la cuota líquida del IBI en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos del mismo, utilicen mediante contraprestación sus bienes demaniales o patrimoniales.

D) Se limitó, de forma expresa, la responsabilidad por afección de los bienes inmuebles al pago de la *cuota tributaria*, no de la deuda tributaria como anteriormente sucedía, lo que originó numerosos problemas acerca de si las sanciones estaban incluidas, o no, en tal concepto. Ahora hay que tener presente que el artículo 58 de la LGT señala claramente que las sanciones no forman parte de la deuda tributaria, de la que sí forman parte la cuota, el interés de demora y los diversos recargos allí establecidos, no quedando, pues, estos últimos: interés de demora y recargos tampoco afectos, por ser diferentes de la cuota tributaria.

E) En materia de *base imponible*, y, más en concreto, en cuanto a su determinación, notificación e impugnación, se produjo una mayor y más completa coordinación con las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario, al indicarse (actual artículo 65 del TRLRHL) que tal base “estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles, que se determinará, notificará y será susceptible de impugnación conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario”.

El valor catastral de un inmueble está integrado por el valor catastral del suelo y por el valor catastral de la construcción. El valor catastral de los inmuebles no puede superar el valor de mercado. Eso no es novedoso. Sí lo es, en cambio, que la propia Ley del Catastro diga que entiende por tal: el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas, estableciéndose, a tal efecto, que se establecerá, mediante orden ministerial, un coeficiente de referencia al mercado para los bienes de una misma clase. No me parece la mejor solución que dicho coeficiente se establezca en una orden ministerial, por

suponer ello una vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria; si bien hay que tener presente que el Tribunal Constitucional ya ha entendido de forma muy flexible la exigencia de este principio respecto al establecimiento de la base imponible de los impuestos.

Quizá lo más importante es que se establece que en los bienes inmuebles con precio de venta limitado administrativamente, v. gr. viviendas de protección oficial, el valor catastral no podrá en ningún caso superar dicho precio. Esa pretensión se había planteado en muchas ocasiones por los contribuyentes ante los tribunales, influidos, sin duda, por el hecho de que con respecto a algunos tributos, por ejemplo, el ITP, sí había prosperado en sede judicial.

F) En cuanto a la *cuota tributaria* las principales modificaciones tuvieron lugar en la regulación de los *tipos de gravamen*, así como en el establecimiento de nuevas *bonificaciones*, todo ello, como se apuntó en la Exposición de motivos de la Ley 51/2002, “en el contexto de proporcionar a los ayuntamientos, como órganos titulares y gestores del impuesto, un amplio abanico de herramientas para conjugar su potencial recaudatorio con las posibilidades que el tributo ofrece como instrumento al servicio de la política tributaria municipal”.

Los *tipos de gravamen* se establecerán por los ayuntamientos libremente, con un límite mínimo, que, además, tiene carácter supletorio, y otro máximo. El tipo de gravamen mínimo y supletorio será el 0,4% cuando se trate de bienes inmuebles urbanos, y el 0,3% cuando se trate de bienes inmuebles rústicos, y el máximo será el 1,10% para los urbanos y el 0,90% para los rústicos. Esos tipos pueden incrementarse por los ayuntamientos –he aquí una manifestación concreta del principio de autonomía consagrado en el artículo 140 de la CE– mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza fiscal, en función de la concurrencia de las siguientes circunstancias: ser capital de provincia o de comunidad autónoma, prestación del servicio público colectivo de superficie o de servicios que excedan de los estrictamente obligatorios (establecidos en el artículo 26 de la LRBRL), y, en relación con los bienes rústicos, que los terrenos de esa naturaleza constituyan más de un 80% de la superficie total del término municipal.

El establecimiento de estos criterios es la consecuencia directa de la STC 19/1987, de 17 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 13.1 de la Ley 24/1983, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las haciendas locales, que autorizaba a los ayuntamientos a establecer libremente los tipos de gravamen de las contribuciones territoriales. En ella se ofrecían al legislador algunas pautas para cohonstar estos dos principios consagrados en la Constitución: el de autonomía municipal (artículo 140) y el de reserva de ley (artículo 31.3).

Con todo, hay que tener muy presente que probablemente en el futuro haya que proceder a un análisis más detenido de esta situación, ya que una cuestión que ha suscitado bastante polémica, siendo muy probable que en fechas no lejanas la misma se reavive aún con mayor intensidad y virulencia que en el pasado, ha sido la de si es o no factible que las corporaciones locales puedan establecer libremente los *tipos de gravamen de sus propios impuestos*.

En favor de la posibilidad a que tal hecho se produzca milita decididamente, por una parte, el importante argumento de la *autonomía local* de estos entes, así como, por otra, las exigencias derivadas del principio de *suficiencia financiera*, que, como se ha señalado en la última sentencia que se acaba de citar, “supone el establecimiento de los mecanismos necesarios para que la autonomía pueda convertirse en una realidad material, generando recursos económicos de un volumen adecuado”, y que demanda un amplio margen de libertad en este campo, para así hacer factible la adaptación de sus ingresos tributarios a sus concretas y específicas necesidades económicas, que no pueden obviamente ser predeterminadas previamente por el legislador extraño a los entes locales.

En contra de la misma se encuentra, sin embargo, el contenido y alcance del principio de *reserva de ley en materia tributaria*, siempre que lógicamente se entienda que el establecimiento del tipo de gravamen está cubierta por mencionado principio, extremo éste en el que ciertamente existen discrepancias doctrinales, si bien hay que reconocer que la postura de nuestro Tribunal Constitucional ha sido hasta el presente decididamente favorable a entender que los tipos de gravamen de las corporaciones locales deben establecerse necesariamente mediante una ley, si bien, para salvaguardar la autonomía local, ha señalado que en el establecimiento de los mismos el legislador debe reconocer a dichos entes una intervención en el establecimiento de los mismos, para lo cual el cauce más idóneo es el de que el legislador establezca una serie de criterios o de límites con relación a las alícuotas tributarias, para que sean después las corporaciones locales las que decidan, en ejercicio de su autonomía y en atención a las peculiaridades de su Hacienda propia, cuál sea el tipo que, de acuerdo con el marco legal, apliquen en su respectivo ámbito territorial.

Probablemente se tendría que ser mucho más flexible sobre este extremo, ya que entiendo que la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional respecto a esta materia ha sido demasiado *rígida y formalista, marcada-mente centralista*, ya que, refiriéndonos a las ordenanzas fiscales de las corporaciones locales estimo que no se puede trasladar *sic et simpliciter* a esta materia el esquema de relaciones ley-reglamento, puesto que *las ordenanzas municipales son normas que responden, directa e*

*inmediatamente, como la ley, al principio democrático de representación popular, y también, como la ley, sirven para hacer efectivo el principio de autoimposición, lo que conlleva que exista una radical diferencia entre las ordenanzas y los reglamentos emanados del Ejecutivo estatal o autonómico, diferencia ésta que tendría que implicar que la expresión “con arreglo a la ley”, utilizada por el artículo 31.3 de la CE, se debiese interpretar de forma distinta cuando se aplicase a las ordenanzas municipales que cuando se refiriese a los reglamentos estatales o autonómicos.*

En mi opinión, por el camino de conceder mayor libertad a los entes locales que la actualmente establecida a la hora de establecer los tipos de gravamen de los impuestos locales, es por donde se debería avanzar en una futura reforma del régimen tributario local, de tal suerte que así se posibilitase un mayor grado de desarrollo de la autonomía local, cuyo reconocimiento constituye un principio fundamental para asegurar el funcionamiento democrático del sistema institucional general.

No quiero decir con ello que el establecimiento del tipo de gravamen por parte de las corporaciones locales tenga necesariamente que ser absolutamente libre –aunque tampoco me repugna esta solución, que cuenta, además, con el sólido apoyo de lo establecido a este respecto por parte de la Resolución de la Comisión de Estructuras y Finanzas Locales, aprobada el 20 de junio de 1979, y por las decisiones conclusivas de la Comisión de los Poderes Locales y Regionales de Europa, reunida en Estrasburgo el 28 de octubre de 1981, y cuya resolución final fue adoptada por el Consejo de Europa, en la que se señaló que al menos una parte de los recursos tributarios de las colectividades locales deben provenir de impuestos localizables sobre su territorio y respecto a los cuales tengan el *poder de establecer los tipos de gravamen*–, pero sí que esta determinación esté sujeta a menos trabas que en los momentos presentes, en los que se sigue manteniendo, convenientemente disfrazada, una inaceptable tutela de estos entes por parte del legislador estatal, para lo cual lo más operativo sería tal vez que las leyes reguladoras de los ingresos locales se limitasen, sin establecer límites máximos y mínimos en cuanto a las alícuotas, a establecer simplemente criterios idóneos tendentes a evitar una absoluta y total discrecionalidad del ente local impositor a la hora de concretar el tipo de gravamen aplicable a las figuras tributarias locales, tesis ésta que en Italia ya recibió el respaldo de la Sentencia de la Corte Costituzionale de este país de 23 de mayo de 1973, cuya doctrina entiendo que sería perfectamente extensible a España.

Es cierto, sin duda, que obrando de la forma que se postula se provocarían disparidades de tratamiento tributario, una distinta presión fiscal, en suma, entre los diversos municipios, pero ello es plena y totalmente legítimo y admisible, toda vez que esa apuntada diversidad –que también tiene lugar, por otra parte, cuando los tipos de los

impuestos locales se fijan entre una banda de fluctuación, o atendiendo a una serie de alícuotas máximas– puede tener su fundamento en una mayor calidad de los servicios públicos locales, siendo, en otro caso, los mismos ciudadanos quienes reaccionarán en contra de tal situación, expresando con su voto una actitud contraria al poder local responsable de la excesiva presión fiscal, debiendo tenerse presente a este respecto que es un hecho comprobable el que, cada vez más, la variable fiscal entra a formar parte como un componente más del voto ciudadano.

Probablemente una de las cuestiones que más debates motivó desde que el proyecto de Ley de reforma de las haciendas locales tuvo entrada en el Congreso fue la tributación de los *inmuebles desocupados*.

Las hipótesis barajadas fueron, esencialmente, dos: una, establecer un tipo de gravamen más elevado que el que se aplica a los restantes bienes urbanos, y la otra, aplicar un recargo. La idea original fue la primera; pero, finalmente, la idea que acabó prevaleciendo fue la de establecer un *recargo*, y así se recoge ahora en el artículo 72.4 del TRLRHL, que establece un recargo de hasta el 50% de la cuota líquida del IBI, que se aplica, exclusivamente, a los inmuebles de usos residenciales; pero no al suelo vacante, contrariamente a lo pretendido por el Grupo Parlamentario Socialista, en el entendimiento de que de esa forma se hubiera fomentado la movilidad de los solares, paliando en parte la especulación del suelo.

El tipo de gravamen aplicable a los *bienes inmuebles de características especiales*, que tendrá carácter supletorio, será del 0,6%, pudiendo los ayuntamientos establecer para cada grupo de los mismos existentes en el municipio, un tipo diferenciado que, en ningún caso, será inferior al 0,4% ni superior al 1,3%. Como se ha declarado por la STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2004, en la que se discutía si era posible aplicar el tipo del 1,3% desde el 1 de enero de 2003, esta posibilidad de que los ayuntamientos establezcan tipos menores o mayores para esta clase de bienes es operativa desde el 1 de enero de 2003, ya que el periodo transitorio establecido a los efectos de permitir efectuar la valoración catastral de estos bienes conforme a las nuevas reglas de la Ley del Catastro Inmobiliario, que justifica el mantenimiento del valor catastral y de las reducciones en la base imponible para los bienes ya catastrados, no afecta a la aplicabilidad de los tipos de gravamen establecidos en la Ley 51/2002, por lo que, en suma, *los mismos son operativos desde el 1 de enero de 2003*.

Hemos visto que pueden establecerse tipos incrementados. Pues bien, en sentido contrario, también se prevé la posibilidad de reducir los tipos de gravamen. Aparte del supuesto que se acaba de citar (aplicación del 0,4% para bienes de características especiales) señala a este respecto el artículo 72.5 del TRLRHL que en los municipios en los que entren en vigor nuevos valores catastrales de inmuebles rústicos y urbanos, resultantes de procedimientos de

valoración colectiva de carácter general, los ayuntamientos podrán establecer, durante un periodo máximo de seis años, tipos de gravamen reducidos, que no podrán ser inferiores al 0'1% para los bienes inmuebles urbanos ni al 0'075%, tratándose de inmuebles rústicos.

Las *bonificaciones* se contemplan en los actuales artículos 73 y 74 del TRLRHL, que distingue entre *obligatorias* y *potestativas*.

—Entre las primeras se encuentran:

a) La establecida en favor de los inmuebles que constituyan el objeto de la actividad de las empresas de urbanización, construcción y promoción inmobiliaria, y su importe —sólo aplicable previa solicitud de los interesados— es entre el 50 y el 90% de la cuota íntegra del IBI, aplicándose, en defecto de acuerdo municipal, la bonificación máxima del 90%. Su plazo de disfrute comprenderá desde el periodo impositivo siguiente a aquél en que se inicien las obras y un año más a partir de su terminación, siempre que durante ese tiempo se realicen obras de urbanización o construcción efectiva. En todo caso, dicho plazo no podrá exceder de tres periodos impositivos. Con esta bonificación se persigue evitar que dichas empresas paguen por la titularidad de bienes que “por no formar parte de su patrimonio permanente, constituyen un verdadero *stock* de existencias, equivalente al que, en otro tipo de entidades mercantiles, integran las ‘mercancías de almacén’” (STS de 8 de abril de 2002).

b) Una segunda bonificación, ya establecida en la disposición adicional 1.3 de la LIVA, es la que afecta a las VPO y a las que resulten equiparables a éstas conforme a la normativa de la respectiva comunidad autónoma. Las mismas tienen derecho a una bonificación del 50% en la cuota íntegra del IBI, durante los tres periodos impositivos siguientes al del otorgamiento de la calificación definitiva.

Dentro de este mismo grupo nos encontramos con otra bonificación más, que se aplica después de que haya concluido el plazo de disfrute de la anterior. Tiene carácter *potestativo*, pues sólo se aplicará si los ayuntamientos así lo deciden, y su porcentaje no es fijo, sino variable, ya que éstos pueden moverse en una banda que puede llegar hasta el 50% en la cuota íntegra del IBI, siendo también la correspondiente ordenanza fiscal la que deberá concretar, con ese límite máximo, el porcentaje y también el plazo de duración.

c) Se establece, por último, que tienen derecho a una bonificación del 95% de la cuota íntegra y, en su caso, del recargo del IBI establecido a favor de las áreas metropolitanas, los bienes rústicos de las cooperativas agrarias y de explotación comunitaria de la tierra, en los términos establecidos en la Ley sobre régimen fiscal de las cooperativas.

—En las bonificaciones *potestativas* se incluyen:

a) La recogida en favor de los bienes inmuebles urbanos ubicados en áreas o zonas del municipio que correspondan a asentamientos de población singularizados por

su vinculación o preeminencia de determinadas actividades primarias y que dispongan de un nivel de servicios, infraestructuras o equipamientos colectivos inferior al existente en otras áreas, siempre que sus características económicas aconsejen una especial protección.

Las ordenanzas fiscales podrán establecer la misma en hasta el 90% de la cuota íntegra del IBI inferior al existente en las áreas o zonas consolidadas del mismo.

b) Para corregir el impacto de la entrada en vigor de nuevos valores catastrales.

Los ayuntamientos podrán acordar, para cada ejercicio, y con una duración máxima que no puede exceder de tres periodos impositivos, la aplicación a los bienes inmuebles de una bonificación en la cuota íntegra del IBI equivalente a la diferencia positiva entre la cuota íntegra del ejercicio y la cuota líquida del ejercicio anterior multiplicada esta última por el coeficiente de incremento máximo anual de la cuota líquida que establezca la ordenanza fiscal para cada uno de los tramos de valor catastral y, en su caso, para cada una de las diversas clases de cultivos o aprovechamientos o de modalidades de uso de las construcciones que en la misma se establezcan y en que se sitúen los diferentes bienes inmuebles del municipio.

c) A favor de cada grupo de bienes inmuebles de características especiales.

La bonificación puede llegar a alcanzar hasta el 90% de la cuota íntegra del IBI, debiendo ser la ordenanza fiscal la que también fije su duración.

d) La última bonificación potestativa es la establecida a favor de los sujetos pasivos que ostenten la condición de familia numerosa, pudiendo alcanzar su porcentaje hasta el 90% de la cuota íntegra del IBI.

e) Por último, en punto a la gestión del IBI, las innovaciones introducidas fueron destinadas, por una parte, a simplificar el procedimiento; y, por otra, a intensificar el principio de colaboración que debe presidir las relaciones entre las administraciones públicas, que es especialmente necesaria en este caso, habida cuenta que la gestión del IBI es compartida, ofreciendo dos manifestaciones: *gestión catastral*, por un lado, y *gestión tributaria*, por otro. La primera es competencia del Estado. La segunda corresponde a los entes locales. Esta distribución de competencias fue considerada conforme con la Constitución por la STC 233/1999, de 16 de diciembre.

## 2. Novedades en el IBI y en el Catastro Inmobiliario introducidas por la Ley de PGE para el año 2005

### 2.1. Descripción genérica de las reformas introducidas

La Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de PGE para el año 2005, ha introducido un serie de disposiciones que inciden en el ámbito local, algunas de ellas de vigencia anual, y otras de carácter indefinido.

En cuanto al *IBI*, único impuesto local, por otra parte, que ha sido incidido por dicha Ley de PGE 2005, las modificaciones se concretan, básicamente, en:

- 1) La actualización de los valores catastrales de los bienes inmuebles en un 2%.
- 2) Y la ampliación de determinados plazos.

En cuanto al *Catastro Inmobiliario*, las principales novedades inciden sobre las materias siguientes:

- 1) La ampliación del ámbito de aplicación a un nuevo caso: el derecho de superficie.
- 2) El acogimiento de supuestos de cotitularidad catastral.
- 3) La regulación de la representación a efectos catastrales.
- 4) El establecimiento de una serie de deberes de carácter formal.
- 5) Y la ampliación de determinados plazos.

Paso a referirme, seguidamente, a todas estas modificaciones.

## 2.2. Modificaciones en el IBI

### 2.2.1. Actualización de los valores catastrales

La *primera de ellas*, la de la actualización de los valores catastrales, se contiene en el *artículo 63 de la Ley de PGE para 2005*, que señala a este respecto que con efectos de 1 de enero del año 2005 se actualizarán todos los valores catastrales de los bienes inmuebles mediante la aplicación del coeficiente 1,02, que se aplicará de la forma siguiente:

- a) Cuando se trate de bienes inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el *Catastro Inmobiliario*, se aplicará sobre el valor asignado a dichos bienes para 2004.
- b) Cuando se trate de valores catastrales notificados en el ejercicio 2004, obtenidos de la aplicación de ponencias de valores parciales aprobadas en el mencionado ejercicio, se aplicará sobre dichos valores.
- c) Y cuando se trate de bienes inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el *Catastro Inmobiliario*, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, dicho coeficiente se aplicará sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro, con aplicación de los módulos que hubieran servido de base para el establecimiento de los valores catastrales del resto de los bienes inmuebles del municipio.

En el citado artículo 63 de la Ley PGE 2005 se prevén, asimismo, aquellos casos en que esta actualización no se va a producir, indicándose a este respecto que quedan excluidos de ella:

—Los valores catastrales obtenidos de la aplicación de las *ponencias de valores totales* (recuérdese que estas ponencias son las que abarcan la totalidad de los bienes de una misma clase dentro del término municipal) aprobadas entre el 1 de enero de 1997 y el 30 de junio de 2002.

—Y los valores obtenidos de la aplicación de las *ponencias de valores parciales* (las mismas son las que afectan a algunos bienes inmuebles de alguna o varias zonas, polígonos, etc., de un municipio) aprobadas desde el 1 de enero de 1997 en los municipios en que haya sido de aplicación el artículo 2 de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, de reforma de la LRHL, y se estableció una reducción en la base imponible del IBI.

Y se señala, por último, que el incremento de los valores catastrales de los *bienes inmuebles rústicos* no tendrá efectos respecto al límite de base imponible de las explotaciones agrarias que condiciona la inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia, que seguirá rigiéndose, en consecuencia, por su legislación específica.

### 2.2.2. Determinación de la base liquidable por el Catastro

La *segunda modificación* en materia de IBI, introducida por la referida Ley de PGE para 2005, ha consistido en la reforma que la disposición adicional trigésima segunda de esta ley realiza, también con efectos de 1 de enero de 2005 y vigencia indefinida, de la *disposición transitoria duodécima del TRLRHL*, referente a la base liquidable del IBI, señalando a este respecto que hasta el 31 de diciembre de 2006 —frente a lo que antes se decía de los ejercicios de 2003 y 2004—, la determinación de la misma, atribuida a los ayuntamientos por el artículo 77.3 del TRLRHL, se realizará por la Dirección General del Catastro, salvo que el ayuntamiento comunique a la misma que dicha competencia será ejercida por él. Esta comunicación deberá realizarse antes de que finalice el mes de febrero del año en el que asuma el ejercicio de la mencionada competencia.

Ésta es una muestra más, como luego criticaré detenidamente con referencia a un problema puntual y concreto, al que me referiré al final de esta charla, de la extrema lentitud con la que se está desarrollando todo el proceso catastral.

### 2.2.3. Régimen de base liquidable y de bonificación de determinados bienes inmuebles

Y la *tercera modificación* en punto al IBI, introducida asimismo por la disposición adicional trigésima segunda de la Ley PGE 2005, viene constituida por la adición de una nueva *disposición transitoria, la decimoctava*, al del TRLRHL, que se refiere al régimen de base liquidable y de bonificación de determinados inmuebles en el IBI.

Y en ella se manifiesta que a los inmuebles rústicos valorados conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria primera del TRLCI (*disposición ésta que, por cierto, y como luego se verá, también ha sido modificada por la Ley de PGE para 2005, estableciendo una fórmula transitoria de cálculo del valor catastral de ciertos bienes inmuebles rústicos*) les será aplicable, hasta la realización de un procedimiento de valoración

colectiva de carácter general para inmuebles de esa clase, la reducción a la que se refiere el artículo 67 y, en su caso, la bonificación que hubiera acordado el ayuntamiento conforme al artículo 74.2, ambos del TRLRHL.

Dicho artículo 67 del TRLRHL alude a la reducción en base imponible para los bienes inmuebles que se encuentren en determinadas circunstancias, normalmente relacionadas con incrementos de valores catastrales fruto de ponencias totales de valores o inmuebles afectados por un procedimiento de valoración colectiva general o parcial. Y el artículo 74.2 de este texto refundido se refiere, como ya se dijo, a una bonificación en la cuota íntegra del IBI.

Se especifica por el legislador que en ambos supuestos estos beneficios fiscales sólo se aplicarán sobre la primera componente del valor catastral.

Conforme a lo establecido por la referida nueva redacción de la disposición transitoria primera del TRLCI los beneficios se aplican sobre el valor del suelo ocupado por la construcción más el valor de la construcción afectados por el coeficiente de referencia al mercado, por lo que, en definitiva, el beneficio fiscal no es aplicable sobre el valor catastral correspondiente a la parte del suelo en el que no exista construcción.

Por último, se ha ampliado, hasta el 31 de diciembre de 2006, el plazo para aplicar la reducción en la base imponible del IBI prevista en la disposición transitoria octava del TRLRHL, relativa a la tributación de los bienes inmuebles de características especiales.

### 2.3. Modificaciones en el TRLCI

La disposición adicional trigésima cuarta de la Ley PGE 2005, con efectos de 1 de enero de 2005 y vigencia indefinida, ha introducido una serie de reformas en el TRLCI, consistiendo las mismas en: a) dar nueva redacción a sus artículos 6.2; 9; 13.2; 15; párrafos e) y f) del artículo 16.2; y apartados 1 y 2 de la disposición transitoria primera; b) añadir un nuevo apartado 3 a su artículo 13, y un nuevo párrafo d) en el artículo 14, y c) incorporar una nueva disposición transitoria, la séptima, a dicho texto refundido.

Paso a describir las mencionadas reformas.

#### 2.3.1. Clases de bienes inmuebles

Conocido es por todos que a través de la Ley 51/2002, de reforma de la LRHL, entre otras relevantes modificaciones, se mejoró técnicamente la determinación del hecho imponible del IBI, efectuando a estos fines una remisión en bloque al concepto de bienes inmuebles a efectos catastrales, y, al propio tiempo, se produjo la creación de la nueva categoría de bienes inmuebles de características especiales.

La implantación de esta nueva categoría de bienes inmuebles, que se desgajó de la de bienes inmuebles urbanos, ya había sido auspiciada, y estimada como

deseable, en el *Informe de la Comisión para la Reforma de las Haciendas Locales*, fechado el 3 de julio de 2002, al asegurarse en él que esta nueva categoría podía contribuir a que los bienes que en ella se incluyesen podían, no sólo estar más adecuadamente valorados atendiendo a su especificidad, sino también que, teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos, fuese posible aplicarles tipos impositivos diferenciados, revisiones catastrales con periodicidad adecuada, y no necesariamente con la del resto de bienes inmuebles, así como un régimen especial de reducción de la base imponible, o la no-aplicación del mismo.

Y, acogiendo esta observación, en la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, se procedió a definir qué debía entenderse por bienes inmuebles de características especiales, concepto éste que ahora se contiene en el artículo 8 del TRLCI.

En el apartado 1 del mismo se indica que los citados bienes constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble.

Y en su apartado 2 se señala que se consideran integrados dentro de estos bienes inmuebles de características especiales los comprendidos en los siguientes grupos: a) los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares; b) las presas, saltos de agua y embalses, incluso su lecho o vaso, excepto los destinados exclusivamente al riego; c) las autopistas, carreteras y túneles de peaje, y d) los aeropuertos y puertos comerciales.

Estos inmuebles han pasado a tener un tratamiento especial tanto en los aspectos catastrales como en los tributarios, y debe indicarse que los mismos han pasado a tener mayor relevancia y trascendencia en la modificación, antes referida, efectuada en el artículo 6.2 del TRLCI, por la Ley PGE 2005, al introducirse por medio de esta norma un cambio de orden entre el contenido de la letra b) de dicho artículo 6.2, que pasa a ser la c), y viceversa, lo que implica, indudablemente, que los bienes inmuebles de características especiales han pasado a ocupar una posición preferente frente a los derechos de superficie o concesiones administrativas sobre bienes inmuebles.

Este trato especial para los denominados actualmente *inmuebles de características especiales* ya se contemplaba, de alguna manera, con anterioridad, toda vez que cuando las construcciones podían valorarse con la utilización del cuadro de la Norma 20 del Real decreto 1020/1993, se consideraban “convencionales” y cuando no, la Norma 12.3 establecía:

“Cuando las especiales características de un construcción no permitan su identificación con alguno de los tipos definidos en el cuadro antes citado, ni su asimila-

ción a ninguna de las tipologías descritas se realizará una valoración singularizada, utilizando el método valorativo que prevea la ponencia de valores. En este caso no serán de aplicación los coeficientes del cuadro al que se refiere la Norma 20.”

Ahora bien, este sistema no era muy acertado desde una perspectiva jurídica, ya que dejar que fuera la ponencia la que fijase el método valorativo suponía dejar una puerta abierta a una posible descoordinación de los valores resultantes, y si bien el Catastro evitó esta posibilidad dictando instrucciones que debían ser utilizadas en todas las ponencias cuyo ámbito de aplicación afectase a estas “singularidades”, ello tenía el importante inconveniente y el grave defecto jurídico de que estas instrucciones no se publicaban en el BOE, produciéndose por ello un desconocimiento, y, por ende, una vulneración de la deseable y exigible certidumbre jurídica, de si el método valorativo que incluyese una ponencia era el mismo, o no, en todo el territorio de régimen común.

Con todo ello se ha terminado, afortunadamente, en la actualidad, ya que al establecerse en el antes citado artículo 8 del TRLCI, unas condiciones concretas para que un inmueble reciba la consideración de ser de características especiales, ello conlleva que no pueda ser considerado “singular”, según la terminología precedente, cualquier bien que los técnicos consideren que no es asimilable a los incluidos en el antes referido cuadro de la Norma 20, sino tan sólo aquellos que se contemplan en el susodicho artículo 8 del TRLCI, entendiendo, además, que deben cumplirse, inexcusablemente, dos condiciones: que constituyan un conjunto complejo de carácter unitario, y que estén destinados a los usos antes aludidos.

Por ello es, pues, perfectamente posible que en los momentos presentes construcciones consideradas antes como “convencionales” pasen a formar parte de un bien inmueble de características especiales, por estar integradas en un conjunto complejo de carácter unitario, noción ésta sobre la que posteriormente volveré al referirme a una cuestión concreta relativa a las centrales hidroeléctricas y a las centrales nucleares.

Aparte de lo expuesto, en la nueva redacción dada al artículo 6.2 del TRLCI por la Ley PGE 2005 se ha ampliado el campo de aplicación de las clases de bienes inmuebles, al *incluirse entre ellas al ámbito espacial de un derecho de superficie*, que se añade al supuesto, ya existente, de una concesión administrativa sobre los bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a los que se hallen afectos, precisando el legislador que esta clasificación se aplicará salvo que se den los supuestos previstos en las letras a) y b) de dicho artículo 6.2, lo que implica que el ámbito espacial de un derecho de superficie o de una concesión administrativa será calificado como bien inmueble siempre y cuando no formen parte

de alguno de los supuestos anteriores referidos en tal precepto, como, por ejemplo, que formen parte de un bien inmueble de características especiales.

### **2.3.2. Reformas producidas en materia de titulares catastrales, e introducción de la figura de la representación, en la nueva redacción dada al artículo 9 del TRLCI**

Hubo una época en que el destinatario del Catastro y del valor catastral era el sujeto pasivo del IBI, lo cual derivaba en buena medida de la inserción de la normativa catastral en el susodicho impuesto; pero como quiera que esta situación generaba problemas en una figura como el valor catastral, que despliega eficacia en muchos más ámbitos (tributarios y extratributarios), por lo que resultaba perturbador referirse al sujeto pasivo del IBI para regular una cuestión estrictamente catastral que apenas tuviese incidencia en dicho impuesto, o que poseyese repercusiones más importantes en otros ámbitos, se optó por conceder autonomía al destinatario directo del Catastro, desligándolo del IBI, para lo cual se creó, lo que, a mi juicio, fue acertado, esta figura del titular catastral.

Ello no supone, sin embargo, que se produzca una desconexión entre dicho titular catastral y el sujeto pasivo del IBI. Antes al contrario, existe un estrecha relación entre ambos, titular catastral y sujeto pasivo del IBI, ya que son contribuyentes del IBI el propietario, el concesionario, el superficiario y el usufructuario, es decir, las mismas personas que ostentan la condición de titulares catastrales, tal como se establece en el artículo 9 del TRLCI.

En dicho precepto, en el que se indica que son titulares catastrales las personas naturales y jurídicas dadas de alta en el Catastro Inmobiliario por ostentar la titularidad de determinados derechos reales, se han introducido una serie de reformas en virtud de la tantas veces citada ya Ley PGE 2005, y las mismas han consistido en lo siguiente:

a) En *primer lugar*, la modificación consistente en el cambio de orden realizada, de suerte que se ha pasado a recoger, en primer lugar, como titulares catastrales a quienes son titulares del derecho de propiedad, por encima de los que ostentan la titularidad de una concesión administrativa sobre el bien inmueble o sobre los servicios públicos a que se halle afecto, de un derecho real de superficie, o de un derecho real de usufructo.

b) En *segundo término*, se ha suprimido el segundo párrafo del apartado de este artículo 9, en el que se establecía textualmente que “la constancia en el Catastro Inmobiliario de la titularidad catastral conforme a uno de los supuestos definidos en el párrafo anterior, por el orden en él establecido, excluirá la aplicación de los restantes”, eliminación ésta que es consecuencia de la nueva redacción del párrafo anterior, de tal forma que ya no existe esa especie de “jerarquía” entre derechos

inscribibles, sino que se adopta una nueva postura de hacer constar en el Catastro el mayor volumen de información posible, de manera coherente con la finalidad expresada en la propia Ley del Catastro Inmobiliario de convertirlo en un registro administrativo dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles.

c) En *tercer lugar*, si bien se mantiene en lo esencial el contenido del anterior número 3 de este artículo 9, que ahora pasa a desarrollarse en los números 2 y 3 del mismo, se han introducido, sin embargo, algunas modificaciones puntuales.

Así, se sigue afirmando que cuando la plena propiedad de un bien inmueble o uno de los derechos limitados a que se refiere el apartado anterior pertenezca *pro indiviso* a una pluralidad de personas, la titularidad catastral se atribuirá a la comunidad constituida por todas ellas, que se hará constar bajo la denominación que resulte de su identificación fiscal o, en su defecto –y éste es el añadido introducido–, *en forma suficientemente descriptiva*.

Se mantiene, asimismo, que tendrán la consideración de titulares catastrales cada uno de los comuneros, miembros o partícipes de las mencionadas entidades, pero se especifica que *lo serán, únicamente, por su respectiva cuota*. Anteriormente la identidad y cuota de participación de cada uno de los comuneros, miembros o partícipes de dichas entidades se hacía constar en el Catastro cuando así se solicitase, de forma expresa, mediante acuerdo unánime de los mismos. Y también, a diferencia de la anterior redacción, se ha suprimido la vinculación de la titularidad de los miembros de la entidad a la circunstancia de que se produjese un incumplimiento de la obligación de aportar el NIF.

Se sigue haciendo mención en la nueva redacción del artículo 9 del TRLCI a los supuestos de derechos sobre bienes inmuebles de titularidad común de los cónyuges; pero, a diferencia de lo que antes se decía que podían solicitar que constase en el Catastro la identidad de cada uno de ellos, ahora se dispone que *la titularidad catastral corresponderá a ambos, atribuyéndose por mitad a cada uno de ellos*, salvo que se justifique otra cuota de participación.

Fruto de esta modificación, y con el fin de equiparar situaciones, en la nueva *disposición transitoria séptima del TRLCI*, que tiene como título el de “Incorporación de cotitularidades al Catastro”, se señala que la descripción de los inmuebles inscritos en el Catastro con anterioridad al 1 de enero de 2005 podrá completarse con la información que le suministre la AEAT, relativa a la identidad y cuota de participación del cónyuge no inscrito, así como de los comuneros, miembros o partícipes de las comunidades o entidades sin personalidad, pudiendo, asimismo, producirse la incorporación al Catastro de esta información en virtud de solicitud de los interesados.

d) En *cuarto término*, se ha introducido un nuevo número 4 en este artículo 9, en virtud del que se dispone que si bien no tendrán la consideración de titulares catastrales, sí constarán, sin embargo, en el Catastro, a los exclusivos efectos de información respecto de las imputaciones de rentas inmobiliarias en el IRPF, quienes ostenten sobre el bien inmueble un derecho real de disfrute sometido a dicha imputación. Ello, como ha señalado la doctrina, y lo mismo cabe afirmar respecto a otras referencias que se incluyen en el TRLCI respecto a las imputaciones de renta inmobiliaria, parece tener su fundamento y justificación en el establecimiento de una fuente de información para la Administración tributaria a la hora de que ésta pueda sujetar a control aquellas rentas derivadas de la titularidad de los bienes inmuebles que estén desocupados.

e) En *quinto lugar*, se ha añadido un nuevo número 6 a este artículo 9, dedicado a la representación, en el que se establece la obligación de nombramiento de un representante en los casos de cotitularidad catastral sobre un mismo bien inmueble, para lo cual se han incluido las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup>) Dicho representante será el sujeto designado por los cotitulares.

2.<sup>a</sup>) Si éste no hubiera sido designado, legalmente se considera como tal a:

a) Quien ostente la condición de sustituto del contribuyente en el IBI.

b) Quien tenga la condición de contribuyente en el IBI.

c) Cualquiera de los comuneros, miembros o partícipes, si se está en presencia de una entidad sin personalidad jurídica.

3.<sup>a</sup>) Cuando la titularidad catastral de los bienes inmuebles corresponda a los dos cónyuges, se presumirá otorgada la representación indistintamente a cualquiera de ellos, salvo que se produzca manifestación expresa en contrario.

4.<sup>a</sup>) Y, en los restantes supuestos, la representación se regirá por lo previsto en la LGT.

Con ser todo ello significativo, *la reforma más importante y trascendente* realizada, a mi juicio, en este artículo 9 del TRLCI, ha consistido en una ampliación del ámbito de este precepto, al establecer en este sentido que titulares catastrales no sólo son quienes ostenten sobre un bien inmueble la titularidad de una serie de derechos, como anteriormente se afirmaba, sino la referida titularidad *sobre parte de un bien inmueble*, disponiendo a este respecto que son titulares catastrales las personas naturales y jurídicas dadas de alta en el Catastro Inmobiliario por ostentar, *sobre la totalidad o parte de un bien inmueble*, la titularidad de alguno de los siguientes derechos: a) *derecho de propiedad plena o menos plena*; b) *concesión administrativa sobre el bien inmueble o sobre los servicios públicos a que se halle afecto*; c) *derecho real de superficie*, y d) *derecho real de usufructo*.

Estos titulares catastrales, conforme a lo dispuesto por la nueva redacción dada al artículo 13.2 del TRLCI, están sujetos –además de a colaborar genéricamente con el Catastro facilitando al mismo cuanta información resulte precisa para su gestión– a la obligación de formalizar las declaraciones conducentes a la incorporación en el Catastro Inmobiliario de los inmuebles y de sus alteraciones, así como a facilitar los datos identificativos de quienes ostenten un derecho real de disfrute que genere rentas imputadas en el IRPF, excepto en aquellos casos en los que la información ya es suministrada por otros sujetos, tales como, por ejemplo, notarios, registradores o ayuntamientos.

En dicho artículo 13 se ha añadido también un nuevo apartado 3, que simplemente se limita a disponer que cuando fuesen varios los obligados a declarar un mismo hecho, acto o negocio, cumplida la obligación por uno, se entenderá cumplida por todos.

### 2.3.3. Breve alusión a las restantes modificaciones introducidas en el TRLCI por la Ley de PGE para 2005

Las mismas han consistido, expuestas de forma sintética, en:

a) Añadir un nuevo párrafo d) en el artículo 14 del TRLCI, en el que se establece que representa un tipo de comunicación la información con trascendencia catastral que debe remitir la AEAT al Catastro, en los supuestos y condiciones que se determinen reglamentariamente, con los datos identificativos y cuotas de participación de los titulares de derechos que recaigan sobre bienes inmuebles, obtenida a través de los procedimientos de aplicación de los tributos.

b) Modificar el artículo 15 de dicho texto refundido, de manera que frente a lo que antes se establecía en él respecto a los procedimientos de incorporación al Catastro mediante solicitud, procedimientos que eran la solicitud de baja, la de incorporación de titularidad, y la de incorporación de cotitularidades, en la nueva redacción de este precepto se recogen sólo dos situaciones en las que se puede solicitar la incorporación o la baja en el Catastro, siendo las mismas la ya antes existente de *baja*, a presentar por quien, figurando como titular catastral, hubiera cesado en el derecho que originó dicha titularidad; y la segunda, y éste es un *nuevo supuesto*, la referente a los titulares de los derechos reales de disfrute que generan imputaciones de renta sometidas a tributación en el IRPF, que podrán solicitar que se haga constar la adquisición, existencia o cese de su derecho a efectos informativos.

c) Dar nueva redacción a los párrafos e) y f) del artículo 16.2 del TRLCI, precepto en el que se establece la declaración o comunicación, según proceda, de una serie de hechos, actos o negocios, pasándose a incluir en el párrafo e) del mismo, además de la referencia antes existente a la constitución, modificación o adquisición de la titularidad de una concesión administrativa y

de los derechos reales de usufructo y de superficie, el supuesto de los derechos de disfrute que generen rentas inmobiliarias en el IRPF; mientras que en su párrafo f) se sigue manteniendo la referencia a las entidades sin personalidad jurídica, y se añade una previsión para los bienes comunes a ambos cónyuges. En ambos supuestos se trata de dejar constancia de las variaciones en la cuota de participación que se hayan podido producir, y, específicamente, para el caso de las entidades sin personalidad, también de las variaciones en su composición interna.

d) La disposición transitoria primera, 1, del TRLCI fijaba las fechas a partir de las que pasarían a tener efectividad la clasificación de los bienes inmuebles y el contenido de las descripciones catastrales, fecha que era la del 1 de enero de 2006.

La modificación introducida al respecto por la Ley PGE 2005 ha tenido como objetivo fundamental el modificar el plazo a partir del cual tiene efectividad dicha clasificación, y establecer uno para los supuestos de construcciones ubicadas en suelo rústico.

Conforme a dicha reforma, la clasificación de bienes inmuebles rústicos y urbanos establecida por la LCI será aplicable a partir del primer procedimiento de valoración colectiva de carácter general que se realice con posterioridad al 1 de enero de 2003, manteniendo hasta ese momento los inmuebles que figuren o se den de alta en el Catastro la naturaleza que les correspondería conforme a la normativa anterior a la referida LCI.

Si se trata de bienes de naturaleza rústica, la Ley PGE 2005 ha establecido que las construcciones ubicadas en suelo rústico que no resulten indispensables para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, mantendrán su naturaleza urbana hasta la realización, con posterioridad al 1 de enero de 2006, de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, cualquiera que sea la clase de inmuebles a los que éste se refiera.

En caso de referirse este procedimiento a inmuebles urbanos, se determinará simultáneamente un nuevo valor catastral para todos aquellos inmuebles que cuenten con una construcción en suelo de naturaleza rústica. Estos valores, en tanto no se aprueben las nuevas normas reglamentarias de valoración de inmuebles rústicos, se obtendrán por la aplicación de una serie de reglas, conforme a las cuales resulta que el valor catastral del inmueble se obtendrá aplicando la siguiente fórmula:

$$VC = (Vs \text{ con } c + Vc) \times \text{Coef. RM} + Vcs \text{ sin } c$$

VC = valor catastral del inmueble

VS con c = valor del suelo de la superficie ocupada por la construcción

Vc = valor construcción

Coef. RM = coeficiente de referencia al mercado vigente para inmuebles urbanos

Vcs sin c = valor catastral del suelo no ocupado por construcciones

Por último, la modificación introducida en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del TRLCI ha consistido en ampliar el plazo en el que los bienes inmuebles de características especiales, que ya constasen en el Catastro a la entrada en vigor de la LCI conforme a su anterior naturaleza, seguirán conservando su valor catastral. *Dicho plazo finalizaba el 31 de diciembre de 2005, y ahora se ha ampliado hasta la entrada en vigor de los nuevos valores resultantes de las ponencias especiales que se aprobarán antes del 1 de octubre de 2007, sin perjuicio de su actualización cuando proceda, así como el régimen de valoración.*

### 3. Problemas originados por la ampliación del plazo que se acaba de reseñar respecto a los bienes inmuebles de características especiales: particular consideración de las centrales hidroeléctricas y de las centrales nucleares ubicadas en varios términos municipales

Un poco de historia previa para centrar correctamente el tema que quiero seguidamente exponer. Muchas fueron en el pasado las disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto a la sujeción, o no, al IBI de determinadas instalaciones e infraestructuras, tales como las centrales hidroeléctricas y las centrales nucleares.

Las cuestiones controvertidas al respecto eran, básicamente, dos. La *primera*, si la sujeción al IBI de las mismas debía ser en concepto de bienes de naturaleza urbana o de naturaleza rústica. Y, la *segunda*, más compleja de dilucidar, era la de si la totalidad de las mismas estaba efectivamente gravada por este impuesto, o si, por el contrario, era preciso distinguir, a estos fines, entre las construcciones propiamente dichas, que obviamente sí estarían sujetas al IBI, y el suelo anegado por las mismas, el lecho del embalse, en el supuesto de que éste existiese, tal como ocurre en las centrales hidroeléctricas y en las nucleares, que había quien entendía que tenía que declararse no sujeto al pago de IBI.

Ambas cuestiones quedaron definitivamente establecidas por la *STS de 15 de enero de 1998*, en la que, luego de señalarse que los bienes integrantes de una central hidroeléctrica, y, por extensión el mismo criterio sería aplicable a las centrales nucleares, están sujetos al IBI, y, además, *en concepto de bienes urbanos*, se declaró la *no-sujeción a este impuesto del terreno inundado por las aguas de la presa, es decir, por el lecho del embalse*.

Esta doctrina del Tribunal Supremo se ha mantenido y reiterado de forma inequívoca en el tiempo, a través de muy numerosos pronunciamientos jurisdiccionales, pudiendo citarse, a título de mero ejemplo, y por referirme tan sólo a las tres últimas dictadas a este propósito que conozco, sus *sentencias de 22 de diciembre de 2003, 16 de marzo de 2004 y 28 de abril de 2004*.

Ello ha sido así hasta el 31 de diciembre de 1998, puesto que a partir del 1 de enero de 1999, fecha en que entró en vigor la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cambió de raíz esta situación.

Y es que el artículo 18.14 de dicha Ley 50/1998 dio nueva redacción al artículo 62.b).2 de la LRHL, que pasó a disponer que tenían la consideración de construcciones de naturaleza urbana las “presas, saltos de agua y embalses, incluido el lecho de los mismos”, por lo que, *a partir de la fecha indicada, 1 de enero de 1999, los citados embalses, incluido el lecho de los mismos, pasaron a ser conceptuados legalmente como inmuebles de naturaleza urbana, a efectos de la sujeción de ellos al IBI, como bienes de naturaleza urbana.*

Los referidos bienes, como es conocido, pasaron posteriormente a integrarse en la *nueva categoría de bienes inmuebles de características especiales*, a la que se aludió tanto en la LCI, Ley 48/2002, como en la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LRHL, cuyo concepto, contenido y alcance se recoge en la actualidad en el TRLCI, del que se desprende que tales bienes deben cumplir dos condiciones: que constituyan un conjunto complejo de carácter unitario, y que estén destinados a los usos allí mencionados.

Y es necesario resaltar como se merece esta importante noción de conjunto complejo de carácter unitario, que es la aplicable, entre otros bienes, a las presas, saltos de agua y embalses, incluso su lecho o vaso, y a las centrales nucleares.

Y ello porque a partir de este concepto es claro, por consiguiente, que *el legislador considera a las centrales nucleares como una unidad, como un todo complejo y unitario, por lo que, en suma, ya no es posible seguir sosteniendo, como antes sucedía, que hay que distinguir, aplicando valores catastrales diferentes, entre los distintos elementos que conforman e integran dichas centrales, cada uno de los cuales con su propio y específico valor catastral.*

Por el contrario, lejos de ello, el legislador parte de la inequívoca premisa de que estamos en presencia de un todo unitario –y ello es así desde el 1 de enero de 2003, fecha de entrada en vigor tanto de la Ley 48/2002, del catastro, como de la Ley 51/2002, de reforma de la LRHL, y que, por ello, *el valor catastral del mismo es también único, es decir, existe un solo valor catastral para todo el conjunto formado por la central nuclear de que se trate.*

Ello conlleva, aplicando esta idea al caso de, por ejemplo, una central nuclear, que a partir de la promulgación de las citadas leyes del Catastro y de la de reforma de la LRHL, perdió su razón de ser la necesidad de asignar un valor catastral al edificio de la central nuclear, y otro distinto y diferente respecto al embalse que sirve de refrigeración a la misma.

Por consiguiente, en lugar de diferentes valores catastrales para la central y el embalse, lo pertinente es, sin ningún género de duda, el establecimiento de *un único valor catastral para el conjunto unitario conformado por la propia central nuclear y el susodicho embalse de refrigeración que a ella sirve, el cual no es independiente de aquélla, sino que forma parte integrante de la misma*.

Un ejemplo concreto. Pensemos en una central nuclear ubicada en el término municipal de un ayuntamiento (A), en tanto que el embalse de refrigeración de la misma incide en tres ayuntamientos (B), (C) y (D).

A partir del 1 de enero de 2003, fecha en la que adquirió carta de naturaleza la categoría de los bienes inmuebles de características especiales –y aun inclusive es posible mantener, aunque al respecto no soy tan categórico, que desde antes, esto es, desde el 1 de enero de 1999, fruto de la reforma realizada en la LRHL por la ya citada Ley 50/1998, momento en el que se pasó a disponer, como se ha dicho, que tenían la consideración de construcciones de naturaleza urbana las “presas, saltos de agua y embalses, incluido el lecho de los mismos”– resulta que dicha central nuclear es un conjunto complejo de carácter unitario, en razón de lo cual la misma debe valorarse catastralmente también unitariamente, y no, como antes ocurría, asignando un valor catastral por una parte al edificio de la central, y otro distinto al embalse de la misma.

De ello se desprende, en materia de recaudación tributaria en concepto de IBI, que los referidos ayuntamientos B, C y D han pasado a disfrutar de un régimen mucho más favorable que el que antes tenían a este respecto.

Y ello porque frente a la posibilidad de beneficiarse tan sólo de una parte de la cuota de IBI, calculada ésta en función del valor catastral asignado al embalse de refrigeración de la central, y distribuida en los términos establecidos por el artículo 61.4 del TRLRHL, esto es, prorrateada con base en la superficie que tal embalse ocupa en los términos municipales de B, C y D, han pasado a la situación de gozar de una parte de la cuota de IBI –prorrateada del modo que se acaba de señalar, es decir, en función de la superficie que afecte a este ayuntamiento–, pero calculada la misma en función del valor catastral asignado a la central nuclear en su conjunto: edificio de ella más embalse de refrigeración, valor catastral éste que, obviamente, es superior al individual de cada uno de los componentes aisladamente considerados de la susodicha central, por lo que, en suma, la cantidad a percibir en este concepto por los referidos ayuntamientos B, C y D será más cuantiosa y elevada que la cifra a la que con anterioridad tenían derecho.

Frente a ello surgía el problema originado por lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del TRLCI, que, como ya se indicó, señalaba que los bienes inmuebles de características especiales que, a la entrada en vigor de la LCI, constasen en él con-

forme a su anterior naturaleza mantendrían hasta el 31 de diciembre de 2005 su anterior valoración.

Se apreciaba, pues, de la lectura de este texto, que la beneficiosa situación que en materia de recaudación tenían derecho a disfrutar los ayuntamientos B, C y D quedaba demorada temporalmente, ya que, a la vista de que hasta el 31 de diciembre de 2005 no había obligación de establecer el valor catastral de la central nuclear conforme a los nuevos parámetros que se han expuesto, esto es, concretando tal valor de forma unitaria para el conjunto unitario y global que conforma tal central, resultaba que hasta esa fecha seguirían existiendo valores catastrales diferentes, uno para el edificio en sí de tal central, y otro distinto para el embalse de refrigeración de la misma.

Esto implicaba, obviamente, una importante pérdida económica para los ayuntamientos B, C y D, que, pese a tener reconocido sustantivamente un derecho que le posibilitaba, claramente, alcanzar una mayor recaudación, se encontraban en la tesitura de que por motivos formales –la demora en la valoración de los bienes inmuebles de características especiales, y el consiguiente mantenimiento de su anterior valor hasta el 31 de diciembre de 2005 sólo es explicable por las dificultades que ello conlleva, dada la singularidad y especificidad del bien objeto de valoración, esto es, en definitiva, por razones de índole formal, ya que si el Catastro dispusiese de más medios personales y materiales este problema valorativo no existiría– se le impedía legalmente el ejercicio del mismo.

Y esta situación, obviamente ya grave de por sí, se ha empeorado aún mucho más como consecuencia de la reforma realizada en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del TRLCI, según la que, y como ya se expuso, se demora más la entrada en vigor del nuevo valor catastral a asignar a dicha central hasta la entrada en vigor de los nuevos valores resultantes de las ponencias especiales que se aprobarán antes del 1 de octubre de 2007.

Y de ello se desprende que los ayuntamientos B, C y D han visto cómo la posibilidad de obtener mayores ingresos resultantes del prorrateo de la cuota del IBI, calculada en función del valor catastral asignado a la central nuclear como un complejo unitario, se ha alargado considerablemente en el tiempo, con el evidente perjuicio económico que para ellos esto supone.

Esta dilación temporal en el cálculo y en la determinación del nuevo valor catastral de dicha central nuclear, y, por extensión, de todos los bienes inmuebles de características especiales, es intolerable jurídicamente, y, además, productora de una grave inseguridad jurídica, y de una total falta de certeza, ya que si en la Ley PGE 2005 se ha procedido a ampliar el plazo mencionado para establecer estos valores catastrales, nada nos asegura ni garantiza que no se vuelva a hacer lo propio en sucesivas leyes de PGE, incluyéndose en ellas una nueva ampliación temporal para realizar esta tarea.

Cierto es, sin duda, que la valoración de esta clase de bienes de características especiales es compleja, tal como se desprende de la lectura del artículo 31, y del 29 a que aquél se remite, del TRLCI; pero, con todo, por mucha dificultad que al respecto exista –la cual, por lo demás, como ya se apuntó, sería salvable simplemente con la mayor dotación de medios personales y materiales al Catastro– *ello no puede, en modo alguno, conllevar ni implicar que un derecho sustantivo de los ayuntamientos B, C y D, con base en el que los mismos tenían la muy razonable y bien fundada certidumbre y seguridad, que no mera expectativa, de que iba a contar y disfrutar de mayores recursos económicos, se vea menoscabado, alterado y recortado de este modo, proceder éste que, en definitiva, implica algo tan evidente, y, por lo demás, tan contrario a la justicia tributaria, como hacer prevalecer la forma sobre la esencia*, lo accesorio: el procedimiento de fijación del valor catastral, sobre la sustancia, que no es otra, conforme a cuanto se ha expuesto, que el derecho que asiste a los ayuntamientos B, C y D, y que lo tienen legalmente reconocido desde la promulgación de las leyes 48/2002, del Catastro, y 51/2002, de reforma de la LRHL, a que la central nuclear se valore catastralmente como un conjunto complejo de carácter unitario, y tras de lo cual, y por aplicación del artículo 61.4 del TRLRHL, se proceda, al estar localizada dicha central en cuatro términos municipales, a distribuir las cantidades obtenidas en concepto de IBI en proporción a la superficie que la mencionada central nuclear ocupe en cada uno de los referidos cuatro municipios A, B, C y D.

A la vista de todo ello, debiera reconocerse, sin mayores problemas, que los ayuntamientos B, C y D puedan intervenir activamente frente al Catastro, presentando frente a él aquellas consideraciones, y razones jurídicas, que estimen pertinentes y oportunas en defensa de su derecho y de sus legítimos intereses, para así evitar verse perjudicados por esa dilación en el establecimiento, concreción y determinación del mencionado nuevo valor catastral unitario que la central nuclear va a tener, y que debiera estar ya establecido, si el legislador no hubiese concedido al Catastro un plazo originario para realizar tal tarea, al cual se ha añadido la prórroga que para ello se ha fijado en la Ley PGE 2005.

Además, aparte de ello, y bajo la idea de no presentar tan sólo quejas al respecto, sino de intentar hallar, en sentido positivo, una solución al problema planteado, y al conflicto suscitado, dichos ayuntamientos bien podrían aportar al Catastro como alternativa que considero plenamente coherente, y totalmente correcta y acertada desde una perspectiva jurídica, la consistente en que hasta tanto en cuanto no se establezca el citado nuevo valor catastral de mencionada central nuclear *lo pertinente es que por parte del Catastro se proceda a adicionar el actual valor catastral asignado al edificio de dicha*

*central con el establecido para el embalse, y que la suma total de ambas magnitudes se divida entre los cuatro municipios: A, B, C y D, en los que se localiza el bien inmueble de características especiales que la citada central es, utilizando para ello el criterio que se contempla en el artículo 61.4 del TRLRHL, esto es, entendiendo que dicha central nuclear pertenece a cada uno de tales municipios en función de la superficie que la misma ocupa en cada uno de los respectivos cuatro términos municipales.*

A través de la citada propuesta se cohonestan, entiendo que de modo satisfactorio para todas las partes en juego –salvo, seguramente, para el ayuntamiento A, que es el único que, en puridad, se está beneficiando de la demora en el establecimiento del valor catastral que como un todo complejo de carácter unitario debe fijarse para la central nuclear–, el derecho sustantivo a que se utilice el sistema querido por el legislador respecto a la valoración catastral de los bienes inmuebles de características especiales, y las dificultades temporales que tiene el Catastro para realizar tal tarea, ya que éste, por el momento, lo único que tendría que hacer sería tomar los valores catastrales ya fijados para el edificio de la central y para el embalse que sirve para refrigerar la misma, permitiéndole, por tanto, que hasta octubre de 2007 no fije el nuevo valor catastral de tal central como un todo unitario. ■

## Aplicación de la nueva normativa tributaria a las haciendas locales

Emilio Aragonés Beltrán  
*Magistrado*

1. Aplicación general de la LGT a las haciendas locales.
  - 1.1. Planteamiento. 1.2. LGT/2003 y aspectos constitucionales. 1.3. TRLHL. 1.4. Ámbito de las ordenanzas fiscales locales. 1.4.1. Remisiones normativas en el TRLHL. 1.4.2. La ordenanza como fuente del ordenamiento jurídico en la LGT/2003. 1.4.3. Ordenanzas y reserva de ley. 1.4.3.1. Autonomía local. 1.4.3.2. Posición del juez frente a las ordenanzas fiscales. 1.4.3.3. Potestad normativa tributaria. 1.4.3.4. Reserva de ley en la LGT/2003. 1.4.4. Conclusión.
2. Aplicación del título I de la LGT.
  - 2.1. Principios generales. 2.1.1. Concepto de los tributos. 2.1.2. Administración tributaria. 2.2. Normas tributarias. 2.2.1. Aplicación temporal de las normas tributarias. 2.2.2. Disposiciones interpretativas o aclaratorias. 2.2.3. Conflicto en la aplicación de la norma.
3. Aplicación del título II.
  - 3.1. Disposiciones generales. 3.1.1. Devengo y exigibilidad. 3.1.2. Interés de demora. 3.1.3. Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo. 3.1.4. Recargos del período ejecutivo. 3.1.5. Derechos y garantías de los obligados tributarios. 3.2. Obligados tributarios. 3.2.1. Clases. 3.2.1.1. Entidades sin personalidad. 3.2.1.2. Obligados solidarios. 3.2.1.3. Sustitutos. 3.2.1.4. Obligados a realizar pagos a cuenta. 3.2.2. Sucesores. 3.2.2.1. Introducción. 3.2.2.2. Sucesores de personas físicas. 3.2.2.3. Sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad. 3.2.2.4. Procedimiento. 3.2.3. Responsables. 3.2.3.1. Normas generales. 3.2.3.2. Responsables solidarios. 3.2.3.3. Responsables subsidiarios. 3.2.3.4. Procedimiento. 3.2.4. Capacidad de obrar y domicilio fiscal. 3.3. Deuda tributaria. 3.3.1. Componentes. 3.3.2. Extinción.
4. Aplicación del título III.
  - 4.1. Disposiciones generales y normas comunes. 4.1.1. Competencias. 4.1.2. Consultas. 4.1.3. Tecnologías informáticas y telemáticas. 4.1.4. Prueba. 4.1.5. Notificaciones. 4.2. Gestión tributaria. 4.2.1. Autoliquidaciones. 4.2.2. Devoluciones. 4.2.3. Declaraciones. 4.2.4. Comprobación por órganos de gestión. 4.3. Inspección y recaudación. 4.3.1. Inspección tributaria. 4.3.2. Recaudación tributaria.
5. Aplicación del título IV.
  - 5.1. Síntesis de la nueva regulación sustantiva. 5.2. Procedimiento sancionador. 5.3. Régimen transitorio.
6. Aplicación del título V.
  - 6.1. Entidades locales. 6.2. Declaración de nulidad de pleno derecho. 6.2.1. Supuestos de nulidad. 6.2.2. Procedimiento. 6.3. Declaración de lesividad de actos anulables. 6.4. Revocación. 6.4.1. Actos revocables. 6.4.2. Plazo y legitimación. 6.4.3. Competencia y procedimiento. 6.5. Rectificación de errores. 6.6. Devolución de ingresos indebidos. 6.6.1. Supuestos. 6.6.2. Reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos. 6.6.3. Ejecución de la devolución. 6.6.4. Actos firmes. 6.6.5. Rectificación de autoliquidaciones. 6.7. Recurso de reposición. 6.7.1. Plazo para resolver. 6.7.2. Intereses de demora. 6.7.3. Suspensión. 6.7.4. Actos censales. 6.8. Reclamaciones económico-administrativas.

## 1. Aplicación general de la LGT a las haciendas locales

### 1.1. Planteamiento

La promulgación de la Ley general tributaria de 1963 (LGT/1963) se hizo ya, como declaraba su exposición de motivos, con la pretensión de informar con criterios de unidad las instituciones y procesos que integran la estructura del sistema tributario.

De forma prácticamente unánime, la doctrina y la jurisprudencia sostuvieron por ello la aplicación de la LGT/1963 a las haciendas locales, aunque no dejaron de suscitarse dudas provocadas, por una parte, por el principio de autonomía local, y, por otra parte, por la dificultad de aplicar determinadas normas concebidas para la Hacienda estatal.

La Constitución solventó el primer problema, al atribuir competencia exclusiva al Estado sobre la “Hacienda general”, debiendo entenderse como tal la Hacienda del Estado y también lo fundamental y básico de las otras haciendas públicas, la autonómica y la local.

La segunda cuestión se intentó solventar en la Ley de haciendas locales (LHL), introduciendo aquellas particularidades propias de las haciendas locales, que, no obstante, se regían supletoriamente por la legislación tributaria general del Estado, según el artículo 5.E) de la Ley de bases del régimen local. Además, los artículos 10 a 14 de la LHL se remiten explícitamente a decisivos aspectos de la Ley general tributaria.

Ahora bien, el citado artículo 5.E) de la Ley de bases fue declarado inconstitucional por la STC 214/1989, de 21 de diciembre de 1989, y las remisiones de los artículos 10 a 14 de la LHL fueron interpretados por algunos como limitativos de la aplicación de la LGT a las haciendas locales.

Tal interpretación fue estimada errónea por la generalidad de la doctrina: la razón por la que la LHL no recogió directamente la aplicación de la LGT fue por la mención que ya se hacía en el artículo 5.E) de la Ley de bases, que explícitamente se recogía en el artículo 1.1 de la LHL. La inconstitucionalidad formal de aquel precepto no puede privar de operatividad a la remisión que contenía.

De esta forma, los artículos 10 a 13 de la LHL, que detallan el principio general de la aplicación de la LGT a los tributos locales, pudieron estimarse redundantes en un primer momento, tanto por las conclusiones a que ya habían llegado la doctrina y la jurisprudencia,<sup>1</sup> como por la mención a la “legislación general tributaria del Estado” contenida en el artículo 5.E).a) de la Ley 7/1985.

Pero, tanto la anulación, por motivos formales, de este último precepto, como la trascendental importancia práctica que tiene el poder prescindir radicalmente de cualquier discrepancia al respecto, obligan a aplaudir las referencias legales a las correspondientes normativas generales.

Este criterio de unificación u homologación de régimen jurídico es igualmente compartido por la doctrina<sup>2</sup> y se continuó en las sucesivas normas legales dictadas. En tal sentido, destaca que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías del contribuyente, comenzó por establecer en su artículo 1.1 que “la presente ley regula los derechos y garantías básicas de los contribuyentes en sus relaciones con las administraciones tributarias, y será aplicable a todas ellas”, de donde resultaba la directa aplicación también a las administraciones tributarias locales.

### 1.2. LGT/2003 y aspectos constitucionales

La nueva Ley general tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre: LGT/2003), en vigor desde el 1 de julio de 2004, confirma sin duda posible alguna la anterior conclusión.

Dispone en su mismo artículo 1, que regula su “Objeto y ámbito de aplicación”, que la LGT establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y que “será de aplicación a todas las administraciones tributarias en virtud y con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1, 8, 14 y 18 de la Constitución”.

Desde el punto de vista constitucional, esta aplicación a todas las administraciones tributarias no ofrece problema. La LGT/2003 hace expresa mención de los títulos competenciales utilizados al mencionar los siguientes números del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución:

–El 1 (condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales).

–El 8 (normas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y determinación de las fuentes del Derecho).

–El 14 (Hacienda general y deuda del Estado).

–El 18 (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, que garanticen a los administrados un tratamiento común ante todas ellas, y procedimiento administrativo común).

Dejando al margen la trascendencia de la cuestión en el ámbito de las comunidades autónomas, la misma también resulta de importancia en el ámbito de las haciendas locales a efectos de valorar si la solución que ofrece

1. Cfr. NIETO MONTERO, J. J.: *La gestión de los impuestos municipales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 58 a 61.

2. Cfr. RUBIO DE URQUÍA, J. I.: *Ley reguladora de haciendas locales*, Publicaciones Abella, Madrid, 1989, pág. 93; y *Ley reguladora de haciendas*

*locales*, segunda edición, Publicaciones Abella, Madrid, 1996, pág. 111; así como ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: “La aplicación de la LGT a las haciendas locales”, en *Tratado de Derecho financiero y tributario local*, Madrid, Marcial Pons-Diputación de Barcelona, 1993, págs. 95 a 105.

el artículo 1 de la nueva Ley general tributaria y los correspondientes preceptos del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLHL), encaja en el esquema constitucional.

En sentido afirmativo, el Tribunal Constitucional ha afirmado la competencia del Estado en aplicación del artículo 149.1.1, que exige garantizar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento del deber de contribuir (STC 61/1997).

Pero es el título derivado del artículo 149.1.14 el más aplicado por el Tribunal Constitucional para establecer la vinculación de la Ley general tributaria a todas las haciendas públicas en general, y de forma específica, respecto a las haciendas locales (STC 233/1999, de 16 de diciembre de 1999, sobre la LHL: la competencia sobre hacienda ha de abarcar todos los supuestos de ejercicio del poder tributario del Estado, con independencia del “nivel de hacienda” en que incidan, es decir, con independencia del sistema o subsistema tributario que afecten).

—Con base en este título, el Tribunal Constitucional ha defendido la aplicación a todas las haciendas, incluso forales, de las normas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, a la determinación del interés de demora o a las garantías para el cobro de créditos tributarios (STC 14/1986, de 31 de enero de 1986).

En definitiva, del análisis de la jurisprudencia constitucional se concluye que los preceptos de la Ley general tributaria, en la medida en que recogen los principios y las normas generales del sistema tributario español, así como la adaptación del procedimiento administrativo común al ámbito tributario, en desarrollo de los preceptos constitucionales aludidos, es de obligatoria aplicación para todas las administraciones tributarias. Esta afirmación es aún más rotunda en el caso de las haciendas locales, donde la potestad legislativa y el ámbito de autonomía que ofrece la Constitución es menor que en el caso de las haciendas autonómicas.<sup>3</sup>

Esta solución es coincidente, además, con la adoptada en otras normas que inciden en esta materia, y en particular la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (artículo 1 y disposición adicional decimosexta) y la ya citada Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes (artículo 1).

La referencia a estas normas obliga a extraer dos consecuencias en materia de aplicación de la Ley general tributaria a las demás administraciones tributarias: a) Dado que en la nueva ley se produce una sustancial

aproximación de la regulación tributaria al procedimiento administrativo común, es claro que cuando el legislador tributario regula esta materia lo está haciendo en desarrollo del mismo título competencial que fundamenta la propia Ley 30/1992, no pudiendo ser la disposición adicional quinta de esta ley un cheque en blanco para que las haciendas territoriales regulen libremente en el ámbito tributario. b) Los derechos y garantías que se incorporan a la nueva ley procedentes de la normativa que se deroga, así como los de nuevo cuño, deben tener igualmente aplicación directa y homogénea en todo el territorio nacional, de acuerdo con los principios que inspiraron la Ley de derechos y garantías de los contribuyentes.

### 1.3. TRLHL

Los artículos 10 a 14 del Texto refundido de la Ley de haciendas locales efectúan numerosas remisiones a la Ley general tributaria, con matices de importancia, que confirman la aplicación de ésta en las haciendas locales:

#### a) Recargos e intereses de demora

Según el artículo 10.1 del TRLHL, en la exacción de los tributos locales y de los restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales, los recargos e intereses de demora se exigirán y determinarán en los mismos casos, forma y cuantía que en la exacción de los tributos del Estado.

El matiz que introduce el apartado 2 del mismo precepto, añadido por la Ley 5/2002, afecta al ámbito de proyección de las ordenanzas fiscales, que por su importancia tratamos conjuntamente con posterioridad.

El precepto fue sido modificado por la Ley 50/1998, de medidas para 1999, con el único fin de extender a los restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales el régimen de recargos e intereses de demora aplicable en la exacción de los tributos estatales. Además, se sustituyó la referencia al “recargo de apremio” por la más genérica de “recargos”, con lo que se incluyen no sólo las modalidades de aquel recargo de apremio sino también los relativos a las autoliquidaciones extemporáneas pero espontáneas.

#### b) Infracciones y sanciones tributarias

De acuerdo con el artículo 11 del TRLHL, en materia de tributos locales, se aplicará el régimen de infracciones y sanciones regulado en la Ley general tributaria y en las disposiciones que la complementen y desarrollen, con las especificaciones que resulten de esta ley y las que, en su caso, se establezcan en las ordenanzas fiscales al amparo de la ley.

El precepto, tras su reforma por la Ley 50/1998, sigue

3. Cfr. MESTRE GARCÍA, E.: *La Ley general tributaria y su aplicación a las haciendas locales*, Fundaciones de Asesores Locales, Málaga, 2004, págs. 44 a 48.

remitiendo a la aplicación del régimen de infracciones y sanciones regulado en la LGT y disposiciones complementarias y de desarrollo, limitándose la modificación incluida por la Ley 50/1998, de medidas para 1999, a añadir el inciso “con las especificaciones que resulten de la presente ley y las que, en su caso, se establezcan en las ordenanzas fiscales al amparo de la ley”, materia que estudiaremos separadamente.

La remisión se hace no sólo a la LGT, sino también a las disposiciones que la complementen y desarrollen, que para la LGT/2003 es el Real decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario (BOE de 28 de octubre de 2004). Es el único de los reglamentos de desarrollo de la LGT/2003 que ha sido dictado en el momento de elaborar la presente ponencia (enero de 2005). Según su artículo 1.3, “Este reglamento resultará aplicable en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria”, es decir, a todas las administraciones tributarias, en virtud y con el alcance del propio artículo 1 de la LGT/2003.

#### c) Gestión

El artículo 12.1 del TRLHL dispone que la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizarán de acuerdo con lo prevenido en la Ley general tributaria y en las demás leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo.

El apartado 2 se remite al ámbito de las ordenanzas fiscales, que analizamos separadamente.

El TRLHL ha suprimido del precepto la anterior referencia a la Ley de derechos y garantías del contribuyente, como consecuencia de su derogación e integración en la LGT/2003.

Como “disposiciones dictadas para su desarrollo” sólo pueden entenderse las de carácter general, debidamente publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* y no las de carácter interno. Sin embargo, pueden éstas ser de interés para su asunción voluntaria por las haciendas locales.<sup>4</sup>

#### d) Consultas

Según el artículo 13 del TRLHL, en relación con la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales, la competencia para evacuar las consultas a que se refiere el artículo 88 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, corresponde a la entidad que ejerza dichas funciones.

Se trata de un precepto que se ciñe a establecer una norma de competencia en relación con el régimen de

consultas establecido en la LGT.

El Decreto 404/1997, de 21 de marzo, transitoriamente vigente en esta materia, regula en su disposición adicional tercera 2 la “Facultad de aplicación por las comunidades autónomas y por las entidades locales del procedimiento de resolución de consultas”, disponiendo que las entidades locales, en el ámbito de lo dispuesto en este artículo 13 de la LHL, podrán aplicar el procedimiento previsto en el propio Real decreto 404/1997 para la resolución, por sus propios órganos, de las consultas que deban resolver con efecto vinculante.

Se trata, como se desprende de su mismo texto, de una simple posibilidad de aplicación, que conllevará la prevalencia de lo que al respecto se establezca en la ordenanza general del ente local, de forma que el procedimiento del Real decreto 404/1997 sólo será de aplicación con carácter supletorio o subsidiario respecto de tal ordenanza general.

En el estricto ámbito competencial, el artículo 13 de la LHL atribuye la competencia para evacuar consultas a la entidad que ejerza, en cada supuesto concreto, las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales.

En consecuencia,<sup>5</sup> hay que distinguir los tres supuestos siguientes:

*Primero.* Cuando las entidades locales ejerzan directamente las aludidas funciones, serán ellas mismas las que evacuen las consultas.

*Segundo.* Cuando otra entidad ejerza tales funciones, en virtud de delegación o colaboración, será tal entidad la competente para evacuar las consultas.

*Tercero.* Cuando se trate de consultas sobre aspectos de la gestión catastral en el IBI o de la gestión censal en el IAE, reservadas al Estado, será éste el competente para evacuarlas.

#### e) Revisión de actos en vía administrativa

Se trata de la materia en que la regulación de las haciendas locales contiene mayores especialidades.

Se aplicarán las normas generales de la LGT/2003 en cuanto a los procedimientos especiales de revisión de los actos dictados en materia de gestión tributaria, como dispone el artículo 14.1 del TRLHL: se estará a lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y en los párrafos siguientes:

a) La devolución de ingresos indebidos y la rectificación de errores materiales en el ámbito de los tributos locales se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 32 y 220 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

b) No serán en ningún caso revisables los actos admi-

4. Por ejemplo, las que se refieren a actuaciones en los procesos concursales: Circular de 25 de junio de 1990, que es de indudable interés para las haciendas locales (cfr. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, S.: “La suspensión de pagos y el procedimiento de apremio”, en *Revista de Hacienda Local*, núm. 73, enero-abril 1995, págs. 15 a 56).

5. Cfr. RUBIO DE URQUÍA, J. I.: (*Ley reguladora de haciendas locales*, Publicaciones Abella, Madrid, 1989, págs. 96, y *Ley reguladora de haciendas locales*, segunda edición, Publicaciones Abella, Madrid, 1996, pág. 116). Puede consultarse igualmente GONZÁLEZ GARCÍA, E.: “Las consultas tributarias (en el ámbito local)”, en *La gestión tributaria en la hacienda local*, CEMCI, Granada, 1991.

nistrativos confirmados por sentencia judicial firme.

Los actos dictados en materia de gestión de los restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales también estarán sometidos a los procedimientos especiales de revisión conforme a lo previsto en este apartado.

Por el contrario, se mantiene la regulación específica del recurso de reposición, contenida en el artículo 14.2 del TRLHL. Así lo confirma el apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la LGT/2003: "La normativa aplicable a los tributos y restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales en materia de recurso de reposición y reclamaciones económico-administrativas será la prevista en las disposiciones reguladoras de las haciendas locales."

En el caso de las reclamaciones económico-administrativas, la incidencia será menor al no existir actualmente dicha vía impugnatoria en el ámbito local desde su eliminación por la Ley 7/1985, si bien es preciso resaltar: a) Que la vía económico-administrativa sigue siendo aplicable para los actos de gestión estatal relativos a tributos locales de gestión compartida (IBI e IAE). b) Que la vía económico-administrativa local resulta de aplicación en los municipios de gran población, según la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En los casos en que se establezca esta vía, la incidencia de la Ley general tributaria será mayor de acuerdo con la remisión que contiene el artículo 137.5 de la Ley 7/1985, añadido por la citada Ley 57/2003.<sup>6</sup>

#### 1.4. Ámbito de las ordenanzas fiscales locales

##### 1.4.1. Remisiones normativas en el TRLHL

Tanto el TRLHL, en sus artículos 10 a 14, como la LRLHL, en su disposición adicional cuarta, contienen varias referencias al papel que las ordenanzas fiscales pueden tener como fuentes del ordenamiento tributario:

A) El artículo 10 del TRLHL, sobre recargos e intereses de demora, dispone en su párrafo segundo que, cuando las ordenanzas fiscales así lo prevean, no se exigirá interés de demora en los acuerdos de aplazamiento o fraccionamiento de pago que hubieran sido solicitados en período voluntario, en las condiciones y términos que prevea la ordenanza, siempre que se refieran a deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva y que el pago total de éstas se produzca en el mismo ejercicio que el de su devengo.

Se trata de un añadido que se introdujo al precepto por la Ley 51/2002, en cuya virtud se permite la no-exigencia de interés de demora en los acuerdos de aplazamiento o fraccionamiento de pago que cumplan los

siguientes requisitos:

–Que lo prevean así las ordenanzas fiscales, que habrán de establecer las correspondientes condiciones y términos.

–Que el aplazamiento o fraccionamiento hubieran sido solicitados en período voluntario.

–Que se refieran a deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva.

–Que el pago total de las mismas se produzca en el mismo ejercicio que el de su devengo.

La justificación de la enmienda que propició esta modificación legal residió en "facilitar el fraccionamiento del pago en los tributos locales, en términos análogos al pago fraccionado del impuesto sobre la renta de las personas físicas".

El nuevo precepto vino a precisar los requisitos y presupuestos que, como limitaciones, se imponen a las facultades de los entes locales en materia de aplazamientos y fraccionamientos respecto de la no-exigencia de intereses de demora (artículo 6.4 del Reglamento general de recaudación). Las concretas previsiones del artículo 10 terminan con cualquier incertidumbre normativa al respecto.<sup>7</sup>

B) El artículo 11 del TRLHL, relativo a infracciones y sanciones tributarias, establece que en materia de tributos locales se aplicará el régimen de infracciones y sanciones regulado en la Ley general tributaria y en las disposiciones que la complementen y desarrollen, con las especificaciones que resulten de esta ley y las que, en su caso, se establezcan en las ordenanzas fiscales al amparo de la ley.

El último inciso procede de la reforma por la Ley 50/1998. Según la justificación de la enmienda que dio lugar al añadido, éste tiene como única finalidad prever las especificaciones que puedan contener las ordenanzas fiscales en el ámbito de las infracciones y sanciones en materia de tributos locales. Con ello se quiere incidir en un tema harto complejo, sobre el que existe una amplia jurisprudencia constitucional, que quedó resumida en la STC 341/1993, de 18 de noviembre.

Pero los términos con que se contempla la cuestión convierten al precepto en totalmente inane, pues las especificaciones de la propia LHL se limitan a la muy discutible de considerar infracción tributaria simple (actualmente, leve) la falta de presentación de las declaraciones por alteraciones a los efectos del impuesto sobre bienes inmuebles, al tiempo que en lugar alguno de la LHL se ampara para el establecimiento de infracciones y sanciones. La referencia sólo podía entenderse hecha al artículo 78 de la LGT/1963, en la medida en que permite la colaboración de normas reglamentarias, como las ordenanzas en este sentido, en la

6. Cfr. ARAGONÉS BELTRÁN, E.: "La organización económica de los entes locales en la Ley de medidas para la modernización del gobierno local", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5.

7. En materia de aplazamientos y fraccionamientos, ha de consultarse PAGÉS I GALTÉS, J.: "El pago fraccionado de los tributos locales: Su regulación por ordenanza fiscal", en *Tributos Locales*, núm. 30, junio de 2003, págs. 13-33.

tipificación de las infracciones tributarias simples.

C) El artículo 12.2 del TRLHL, sobre gestión, señala que a través de sus ordenanzas fiscales las entidades locales podrán adaptar la normativa a que se refiere el apartado anterior al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa. En el mismo sentido, el artículo 15.3 del TRLHL, que se analiza posteriormente.

El precepto fue añadido también por la Ley 50/1998. Con la redacción originaria del artículo 12 de la LHL surgió la cuestión interpretativa referida a la aplicación directa a las haciendas locales de las normas que cita, como resulta de su propia literalidad, o sólo supletoria, como resulta de lo previsto en el artículo 7.3 de la LHL (“procedimientos, trámites y medidas en general, jurídicas o técnicas, relativas a la gestión tributaria que establece la presente ley y, supletoriamente, a las que prevé la Ley general tributaria”).

La cuestión surgió en relación con las normas a aplicar por las comunidades autónomas cuando gestionen tributos locales por delegación, supuesto en que será de aplicación la normativa estatal sobre gestión tributaria y no la propia de la comunidad, según la interpretación dominante.<sup>8</sup> Por el contrario, si se entiende que prevalece el artículo 7.3 y que la aplicación de la normativa estatal es sólo supletoria, las disposiciones autonómicas que incidan sobre la materia podrían prevalecer sobre las estatales.<sup>9</sup>

En el nuevo apartado 2 del artículo 12, introducido por la Ley 50/1998, se faculta a las entidades locales a dictar ordenanzas fiscales que adecuen las normas estatales de gestión tributaria a sus peculiaridades funcionales y orgánicas.

Realmente, la previsión legal no innova ni aporta nada al régimen anterior, pues la adaptación a que se refiere el precepto (“al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas”) va implícita en la propia autonomía local, cuya manifestación indiscutible de todo punto es la autoorganización.

Tampoco es novedosa la restricción con que concluye el precepto (“sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa”), aunque la formulación es equívoca, pues se quiere referir a todos los aspectos diferentes de la propia autoorganización administrativa. Pero para ello se acude a un concepto erróneo (“contenido material”) que prescinde del dato esencial de que se trata de cuestiones estrictamente procedimentales en su inmensa mayoría, y de las cuales, obviamente, no podrá prescindir la “adaptación” de la

normativa por la ordenanza fiscal.

Ni siquiera se ha acogido una propuesta tan elemental como la que las notificaciones edictales pudieran hacerse, en los grandes municipios que así lo acordaran, en el propio *Boletín Oficial Municipal*, lo que supone seguir minusvalorando la autonomía local.

Las posibles perspectivas que abre la actual redacción del artículo 12 de la LHL son analizadas en detalle y con rigor por J. I. Rubio de Urquía.<sup>10</sup> Según sus conclusiones, cabe asignar el siguiente alcance a la potestad reglamentaria atribuida a las entidades locales por el referido artículo 12 de la LHL:

1) Las ordenanzas fiscales podrán regular aquellos extremos de las leyes estatales que obedezcan al peculiar régimen de organización y funcionamiento de la Administración Tributaria del Estado y que no afecten al propósito material del precepto de que se trate.

2) Las ordenanzas fiscales podrán actuar en idéntico sentido respecto de las normas del Estado por las que se desarrollen las leyes anteriores.

3) Las ordenanzas fiscales podrán regular cuantos aspectos de la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales carezcan directa o indirectamente de cobertura en la normativa estatal, sea legal o reglamentaria.

4) Por último, las ordenanzas fiscales podrán regular cuantas cuestiones les hayan sido expresamente atribuidas por ley o norma reglamentaria.

Con todo ello resulta un curioso juego de complementariedad o subsidiariedad de las ordenanzas locales, destacado por el mismo autor: a) En todo lo previsto por la normativa estatal, será ésta la que resulta de aplicación directa, salvo en lo adaptado por la Ordenanza fiscal; en este último supuesto será de aplicación directa la Ordenanza fiscal. b) En todo lo susceptible de ser regulado por la Ordenanza fiscal, será ésta la normativa de aplicación directa; en su defecto, resultará de aplicación supletoria la normativa estatal.

#### 1.4.2. La ordenanza como fuente del ordenamiento jurídico en la LGT/2003

El artículo 7 de la LGT/2003 enumera las fuentes del ordenamiento tributario, con significativas novedades respecto al artículo 9 de la LGT/1963 y con adaptación al sistema de fuentes establecido en la Constitución y a la integración en la Unión Europea.

También resulta novedosa la nueva delimitación de la potestad reglamentaria, que se ajusta a los principios constitucionales, ya que el artículo 6 de la LGT/1963 atri-

8. RUBIO DE URQUÍA, J. I.: *Ley reguladora de haciendas locales*, Publicaciones Abella, Madrid, 1989, pág. 96, y *Ley reguladora de haciendas locales*, segunda edición, Publicaciones Abella, Madrid, 1996, pág. 115; ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: “La aplicación de la LGT a las haciendas locales”, en *Tratado de Derecho financiero y tributario local*, Madrid, Marcial Pons-Diputación de Barcelona, 1993, pág. 102.

9. NIETO MONTERO, J. J.: *La gestión de los impuestos municipales*, Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 61 a 65.

10. “Alcance de la potestad normativa de las entidades locales en materia de gestión tributaria: Algunas puntualizaciones”, en *Tributos Locales*, núm. 7, mayo de 2001, págs. 89 a 96.

buía la potestad reglamentaria al jefe del Estado y al ministro de Hacienda, siendo lo primero obviamente inconstitucional y lo segundo se matiza en el sentido de que el ministro de Hacienda puede dictar disposiciones de desarrollo en materia tributaria cuando así lo disponga expresamente la ley o reglamento objeto de desarrollo y en el ámbito de las competencias del Estado.

En lo que aquí interesa, la letra e) del artículo 7.1 de la LGT/2003 contiene una explícita mención a las “las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de las normas anteriores y, específicamente en el ámbito tributario local, por las correspondientes ordenanzas fiscales”.

De esta forma, las ordenanzas fiscales se mencionan como disposiciones reglamentarias específicas en el ámbito tributario local.

Por otra parte, el apartado 3 de la disposición adicional cuarta de la LGT/2003 establece que “Las entidades locales, dentro del ámbito de sus competencias, podrán desarrollar lo dispuesto en esta ley, mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales”.

Para Mestre García,<sup>11</sup> esta norma resulta sorprendente, pues interpretada literalmente significaría ampliar considerablemente la potestad normativa de las entidades locales desde la perspectiva de su sujeción a los reglamentos generales de desarrollo de la Ley general tributaria.

Para este autor, no parece ser éste el sentido del precepto, de modo que el ámbito de la ordenanza municipal será el que se derive de los artículos 10 a 14 del TRLHL, concretamente del ya comentado artículo 12.2, según el cual el ámbito de las ordenanzas locales en esta materia es adaptar las leyes y reglamentos del Estado al régimen de organización y funcionamiento de las entidades locales, sin contravenir el contenido material de dicha normativa.

Debe entenderse, sin embargo, que la transcrita disposición viene a reforzar las conclusiones antes mencionadas sobre el sentido del artículo 12.2 del TRLHL. Efectivamente, las ordenanzas fiscales locales no podrán contravenir el contenido material de los reglamentos estatales, pero sí podrán regular: a) Todos los aspectos formales derivados del régimen de su peculiar régimen de organización y funcionamiento, frente al de la Administración Tributaria del Estado, siempre que no afecten al propósito material del precepto reglamentario. b) Cuantos aspectos de la aplicación de los tributos locales carezcan directa o indirectamente de cobertura en la normativa estatal, sea legal o reglamentaria, siempre que no estén sujetos a reserva de ley.

### 1.4.3. Ordenanzas y reserva de ley

#### 1.4.3.1. Autonomía local

El principio de autonomía local ha llevado siempre al

reconocimiento a las corporaciones locales de un cierto poder de creación normativa, articulado a través de las ordenanzas. Incluso la Constitución de Cádiz mencionó expresamente como competencia de los ayuntamientos la formación de las ordenanzas municipales del pueblo y su presentación a las Cortes para su aprobación (artículo 321.8), y ello como reconocimiento de una realidad histórica.

Correlativamente, las concepciones administrativistas surgidas de la Revolución Francesa van a ir aumentando las facultades de la Administración central tanto en la elaboración como en la aprobación de las ordenanzas, iniciándose a continuación el proceso inverso, de proclamación de la libertad municipal con la consiguiente restricción de los controles de pura oportunidad por parte de aquélla. Los avatares políticos de España influirán en el mismo sentido, con fuertes limitaciones en los períodos autoritarios y mayor autonomía en los democráticos.

En el sistema actual, resulta claro que la cláusula de autonomía municipal implica, en sí, el reconocimiento de un poder normativo en los municipios, y ello por simples exigencias semánticas, dado que autonomía significa poder de crear un propio ordenamiento jurídico.<sup>12</sup> Cuando la Constitución dice que los municipios gozan de autonomía implica, por tanto, que gozan de la capacidad para crear su propio ordenamiento jurídico y que ello debe ser siempre respetado por la legislación ordinaria, por más que se trate de un ordenamiento limitado y derivado de otro que tiene su cúspide en la Constitución y del que emana la ley. Por ello, se reconoce a las entidades locales la potestad reglamentaria –artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985– y se proclama que en la esfera de su competencia, las entidades locales podrán aprobar ordenanzas y reglamentos, que en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes (artículo 55 del Texto refundido de 1986).

En definitiva, como alguna vez ha señalado la jurisprudencia, las leyes no tienen la función de otorgar o desconocer esta potestad normativa de los entes locales, sino la de condicionar y acotar el poder autonómico municipal de producción de esas fuentes jurídicas secundarias que son las ordenanzas y reglamentos locales. De esta forma, el principio de legalidad administrativa tiene matices peculiares en el terreno de las ordenanzas municipales, respecto de las relaciones ordinarias entre ley y reglamento.

#### 1.4.3.2. Posición del juez frente a las ordenanzas fiscales

Ha de comenzarse distinguiendo entre las distintas relaciones entre la Constitución y la ley y entre la ley y el reglamento: con apoyo en una constante jurisprudencia constitucional (STC 66/1985, de 23 de mayo; 108/1986, de 29

11. *La Ley general tributaria y su aplicación a las haciendas locales*, Fundaciones de Asesores Locales, Málaga, 2004, págs. 56 y 57.

12. Cfr. EMBID IRUJO, E.: “Publicación y entrada en vigor de las ordenanzas

y reglamentos municipales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 62, 1989, pág. 219.

de julio; 99/1987, de 11 de junio, y 227/1988, de 29 de noviembre) suele destacarse que mientras la esencia de la ley es su carácter soberano en la creación del Derecho, es obvio que tal soberanía no puede concederse al reglamento, norma inferior no en sentido cuantitativo o de escalonamiento, sino de grado o calidad. La ley no es ejecución de la Constitución; ha de producirse en el cuadro de la misma, no sólo en cuanto a sus contenidos orgánicos y competenciales sino también a sus principios materiales, pero dentro de este cuadro general el legislador actúa con plena libertad política, de forma que con la misma Constitución son posibles leyes de contenido muy diverso y hasta antagónico según la opción política en el poder.

Las relaciones entre ley y reglamento son esencialmente diferentes: el reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, sino una organización servicial de la misma, lo cual algo en esencia distinto, pues en el reglamento no se expresa una hipotética "voluntad general", sino que es una simple regla técnica, "ocurrencia de los funcionarios", a la que los órganos simplemente administrativos han dado expresión.

Por ello, el reglamento es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, una norma necesitada de justificación caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, así como libremente justiciable por el juez. Mientras el legislador actúa con plena libertad política de configuración, dentro del cuadro constitucional, el ejecutivo únicamente dispone de una mera discrecionalidad administrativa, que no puede nunca ser equiparada a aquella libertad y que ha de ser controlada y reducida en su ámbito a través de las distintas técnicas perfiladas en una larga y fatigosa evolución del Derecho administrativo.

Para situar las ordenanzas locales dentro del ordenamiento jurídico han de tenerse en consideración ambas cuestiones.

Desde luego, como todo reglamento, no pueden actuar frente o al margen de la legislación, no pueden dejar sin efecto o contradecir los preceptos legales (principio de jerarquía normativa), ni tampoco pueden producirse en ámbitos diferentes de los que la ley les deja, ni pueden suplirla donde ésta es necesaria (principio de reserva de ley), y en tal sentido, es clara su naturaleza reglamentaria.

Pero el esquema de relaciones entre ley-reglamento del Ejecutivo no puede trasladarse automáticamente a las relaciones entre ley-ordenanza municipal. Las ordenanzas emanan de corporaciones representativas elegidas por los vecinos mediante sufragio universal (artículo 140 de la Constitución), a las cuales ha de reconocerse la

misma amplia libertad de configuración normativa, que como resultado de las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral expresa libremente, se reconoce al legislador respecto de la Constitución. En cuanto se ejerza esta libertad normativa, el esquema de relaciones ordenanza-ley sería el mismo que entre ley-Constitución.

En tal sentido, destaca L. Morell Ocaña<sup>13</sup> que el legislador ha de otorgar a las corporaciones locales ámbitos de esta propia libertad de configuración normativa que goza en cuanto tal legislador, dejando ámbitos exentos en manos de un poder propio y específico de aquéllas. Por ello, en determinados aspectos de la vida local, el legislador tiene que detenerse en un punto, a partir del cual ha de transferir su propia libertad configuradora a los órganos de gobierno de las corporaciones locales. En síntesis, la autonomía local exige dejar ámbitos exentos de la voluntad decisora del legislador para que en ellos actúe la voluntad propia de las corporaciones locales, a través de sus propios órganos.

En consecuencia, respetados los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley, debe existir un ámbito de libertad normativa propia en la formulación de las ordenanzas, la cual habrá de ser respetada, como manifestación del pluralismo político, por el órgano jurisdiccional que controle su conformidad a Derecho.

En este control jurisdiccional de las ordenanzas, pues, habrá de tenerse especial cuidado en distinguir los problemas de reserva de ley y de legalidad, en que se deberá controlar y reducir la discrecionalidad técnica de desarrollo, y aquellas determinaciones que son reflejo de la libertad normativa consecuente con la autonomía local, respecto de las cuales los órganos jurisdiccionales habrán de adoptar una posición análoga a la del Tribunal Constitucional respecto de las leyes: sólo cuando exista una demostración convincente de que se ha incurrido en inconsecuencia o incoherencia creadoras de desigualdad o de distorsión de los efectos legales, ya en el plano técnico o ya en situaciones personales permanentes, deberá declararse la nulidad de la ordenanza.

Trasladando conceptos del voto particular del magistrado Sr. Rubio Llorente a la STC 53/1985, de 11 de abril, debe tenerse presente siempre, respecto del problema conocido como "gobierno de los jueces", que los órganos jurisdiccionales no ostentan la representación popular, aunque sí el poder de invalidar normas aprobadas por los representantes populares, poder que tienen exclusivamente por ser tribunales, cuya fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en las preferencias éticas y políticas propias de sus miembros, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación

13. *El régimen local español*, tomo I, Madrid, Civitas, 1988, pág. 170.

jurídica.

En definitiva, el órgano jurisdiccional no podrá entrar a enjuiciar el hacer uso de las facultades de libertad normativa que a la autonomía local concede la ley (así, establecer o no un impuesto potestativo; corregir los tipos de un impuesto obligatorio; o tener en cuenta criterios genéricos de capacidad económica en materia de tasas) aunque, obviamente, habrá de analizar el respeto a las normas legales en tal uso y, en tales ámbitos, deberá adoptar una postura similar a la del Tribunal Constitucional respecto de las leyes. Por el contrario, en lo demás el control jurisdiccional tendrá el mismo alcance que el relativo a los reglamentos.<sup>14</sup>

#### 1.4.3.3. Potestad normativa tributaria

La aplicación concreta de la potestad reglamentaria local general a la materia tributaria se recoge en el artículo 106.2 de la Ley 7/1985, y se desarrolla en el artículo 15 del TRLHL, partiendo de la distinción entre tributos potestativos y obligatorios.

De estos preceptos resultan hasta cuatro modalidades o manifestaciones de la potestad reglamentaria local en el ámbito tributario, a saber: primero, ordenanzas fiscales generales; segundo, disposiciones interpretativas y aclaratorias; tercero, ordenanzas relativas a los tributos de exacción potestativa, y cuarto, ordenanzas relativas a los tributos de exacción obligatoria.

La Ley 50/1998 modificó el artículo 15 de la LHL, mediante el añadido de un nuevo apartado 3, a fin de prever las nuevas ordenanzas fiscales que contempla la modificación del artículo 12. Se añadió a tal efecto un nuevo apartado 3 al artículo 15, concretando que las entidades locales ejercerán la potestad reglamentaria relativa a la adaptación de la normativa general en materia de gestión, liquidación, inspección y recaudación –con las limitaciones señaladas: adaptación al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada entidad local, pero sin que pueda contravenir el contenido material de aquella normativa–, a través de dos posibles mecanismos: a) bien en las ordenanzas fiscales reguladoras de los distintos tributos locales, o b) bien mediante la aprobación de ordenanzas fiscales específicamente reguladoras de la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales.

#### 1.4.3.4. Reserva de ley en la LGT/2003

El artículo 8 de la LGT/2003 incluye, al igual que hacía el artículo 10 de la LGT/1963, un listado de materias cuya regulación está sujeta a reserva de ley formal, revisando

el contenido de tal listado, algunas de cuyas menciones estaban claramente obsoletas, por carecer de encaje en el actual ordenamiento y añadiendo otras nuevas, como las referencias al establecimiento de presunciones *iuris et de iure*, a la obligación de realizar pagos a cuenta y la determinación de su importe máximo, al establecimiento y modificación de recargos, a la obligación de pagar intereses de demora o al establecimiento de obligaciones entre particulares resultantes del tributo.

El establecimiento o reserva de determinadas materias para su regulación exclusiva por ley tiene especial importancia para las entidades locales, según se ha visto. El principio de legalidad y la reserva de ley deben ser objeto de una adecuada y razonable interpretación, en los términos que ha señalado el propio Tribunal Constitucional. Esta flexibilidad tiene dos fundamentos: por un lado, hacer posible el ejercicio del poder tributario local y, por otro, porque el fundamento principal de la reserva de ley, como “garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma” a través de sus representantes se cumple, en esencia, en el caso de las entidades locales.

En este aspecto, cabe destacar que el propio legislador erró al sustituir toda la regulación de las tasas y precios públicos locales con motivo de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de tasas y precios públicos. El fundamento jurídico 18 de la STC 233/1999, de 16 de diciembre de 1999, señaló al respecto que el examen de la constitucionalidad de los preceptos de la LHL originaria sobre los precios públicos debe partir necesariamente de la STC 185/1995, de 5 de diciembre, pero no es posible entender que la intervención que la LHL otorga a los municipios en un ingreso propio de carácter materialmente tributario, como son los precios públicos constitutivos de prestaciones de carácter público, excede de los límites derivados de la reserva de ley de los artículos 31.3 y 133 de la CE, pero es evidente que la decisión, necesariamente limitada, que reclaman los artículos 133.2 y 142 de la CE para los entes locales en lo que se refiere al establecimiento y exigencia de sus propios tributos sólo puede tener como protagonista al órgano que, en tanto que formado a partir de la elección por sufragio de los vecinos de la corporación local, cumple con las exigencias del fundamento último de la reserva de ley tributaria, a saber, que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuenta para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes.

#### 1.4.4. Conclusión

De todo lo anterior debe concluirse con la afirmación

14. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 1994 afirma que “el control a desarrollar por este órgano jurisdiccional es exclusivamente jurídico, esto es, sobre la conformidad o no a derecho de tales disposiciones generales, sin que sean factibles análisis sobre la oportunidad o acierto de la mismas, habida cuenta de que los órganos jurisdiccionales no

ejercen sobre las corporaciones locales, regidas por el principio constitucional de autonomía, función alguna de tutela que viniera a sustituir a las que anteriormente ejercían las autoridades estatales, sino un estricto control de legalidad en los términos del artículo 106.1 de la Constitución”.

de que el apartado 3 de la disposición adicional cuarta de la LGT/2003, al posibilitar que las entidades locales puedan desarrollar lo dispuesto en dicha Ley general tributaria mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales, está ratificando el indudable ámbito de tales ordenanzas, que no podrán ser contrarias a la ley, ni tampoco a los reglamentos estatales, en las materias concretas de los artículos 10 a 14 del TRLHL, pero que sí podrán desarrollar una y otros para hacer posible su efectiva aplicación en los entes locales.

Con ello se pretende dar solución a un fenómeno harto frecuente e igualmente lamentable: la normativa legal y reglamentaria del Estado no contempla la especificidad de los tributos locales ni la realidad orgánica y funcional de la Administración tributaria local. El fenómeno es incluso apreciable en la propia TRLHL: lejos de tratarse de una “ley general” que pueda ser aplicable a todas las haciendas, es una ley pensada y elaborada en consideración únicamente a la hacienda estatal, con una concepción centralista –casi jacobina– que desconoce la actual distribución territorial del poder consagrado por la Constitución.<sup>15</sup>

En algunas materias esta aplicación de normativa general a las haciendas locales ha suscitado problemas. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de mayo de 2001 (Recurso núm. 1921/1998) anuló una resolución municipal que fundamenta la denegación de un fraccionamiento o aplazamiento de pago solicitado, en la aplicación de la Ordenanza general de gestión que establece la no-concesión en caso deudor en procedimiento de apremio, pese a estar autorizada en el Reglamento general de recaudación.

Por su parte, la contestación a la consulta núm. 231/2002, de la Dirección General de Tributos, de 13 de febrero de 2002, se refiere a la posible aplicación de la Orden de 10 de diciembre de 1998 a la gestión recaudatoria realizada por los ayuntamientos. Para la contestación, de acuerdo con los artículos 12 de la LHL y 6 del RGR, será de aplicación a las entidades locales en materia de gestión recaudatoria tanto el Reglamento general de recaudación como las disposiciones dictadas en su desarrollo, entre ellas, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de diciembre de 1998, cuyo apartado noveno señala que “no se practicará liquidación por intereses de demora en el procedimiento de apremio cuando la cantidad resultante por este concepto no exceda de 5.000 pesetas”, no previéndose la posibilidad de que la cuantía de las deudas pueda acumularse a efectos de determinar los intereses de demora que correspon-

dan a las deudas apremiadas, por lo cual el citado límite de 5.000 pesetas deberá apreciarse en relación con cada una de las deudas, independientemente de que los efectos de la tramitación del procedimiento de apremio se acumulen en un solo expediente.<sup>16</sup>

## 2. Aplicación del título I de la LGT

### 2.1. Principios generales

El capítulo I del título I de la LGT/2003 (“Disposiciones generales del ordenamiento tributario”), además de recoger, en los términos ya analizados, su objeto y ámbito de aplicación, hace referencia a las siguientes cuestiones, que pueden tener incidencia en las haciendas locales.

#### 2.1.1. Concepto de los tributos

El artículo 2 de la LGT/2003 recoge un concepto de tasa más simplificado que el contenido en la Ley de tasas y precios públicos y en el TRLHL, modificándose (disposición final primera de la LGT/2003) el concepto contenido en la primera, pero no el contenido en el artículo 20 del TRLHL.

Aunque no hay ningún cambio sustancial en el nuevo concepto, no puede dejar de destacarse esta actuación legislativa de mantener el concepto de tasa del artículo 20 del TRLHL, pues existían ya dos llamativas diferencias:

*Primera.* La legislación de haciendas locales se aparta del concepto de la LOFCA –copiado en las redacciones dadas por la Ley 25/1998 de los artículos 26.1.a) de la LGT y 6 de la Ley 8/1989, de tasas y precios públicos– de una forma sutil, pero trascendental a efectos prácticos.

Tratándose de supuestos de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, no hay diferencia entre una y otra legislación: siempre y sin posible excepción la exacción habrá de ser una tasa.

Pero cuando se trata de supuestos de prestación de servicios o realización de actividades, cuando concurren las circunstancias que señalan en forma idéntica todos los preceptos citados surge una diferencia harto significativa. En la legislación general, siempre se tratará de tasas y sólo podrán ser tasas cuando concurren tales circunstancias, debiendo ser precios públicos cuando no concurren las mismas circunstancias.

Lo mismo ocurría en el proyecto de la Ley 25/1998 para el ámbito local. Pero el texto legal final del artículo 20.1 de la LHL procede de la aceptación de sendas enmiendas parlamentarias, en cuyas acordes justificaciones se indicaba que “la modificación propuesta trata, en primer lugar,

15. Cfr. RUBIO DE URQUÍA, J. I.: “Los tributos locales ante la nueva Ley general tributaria”, en *Tributos Locales*, núm. 17, abril de 2002, págs. 7-13.

16. Del contenido de esta contestación a la consulta núm. 231/2002 discrepa abiertamente J. J. SÁNCHEZ ONDAL, que además estudia otros aspectos de la cuestión en general (“Precisiones respecto a los intereses de demora

en el procedimiento de apremio con especial referencia a las deudas locales”, en *Tributos Locales*, núm. 6, abril de 2001, págs. 125-129; y “De nuevo sobre la exigibilidad de intereses de demora en el procedimiento de apremio”, en *Tributos Locales*, núm. 22, octubre de 2002, págs. 113 a 115.

de flexibilizar el concepto de tasa, manteniendo su esencia y adaptándolo a las especialidades que concurren en la Hacienda local, de forma tal, que necesariamente deben revestir la forma de tasas aquellas prestaciones patrimoniales en las que concurren las circunstancias que de acuerdo con la STC 185/1995, de 14 de diciembre, así lo exigen, pero que a su vez no imposibilita el que otras prestaciones de servicios o realización de actividades puedan revestir la forma de esta categoría tributaria, y que si no se dan las circunstancias que determinen que una prestación patrimonial deba ser tasa, dicha prestación pueda configurarse como precio público”.

Como explica J. I. Rubio de Urquía,<sup>17</sup> tales circunstancias vienen formuladas muy abstractamente, dando lugar a una situación de indeterminación general absolutamente inevitable que resulta de muy difícil solución en el ámbito local, por no decir de imposible solución. Aun en supuestos concretos será muy difícil saber cuándo concurren efectivamente las circunstancias especificadas en la ley y, en muchos otros, aun siendo identificadas esas circunstancias, es posible que las mismas varíen de un momento a otro.

El primer párrafo de la nueva redacción del artículo 20.1 de la LHL pretende –como destaca el mismo autor– paliar en la medida de lo posible los efectos de esa dinámica, ciertamente endiablada. El legislador amplía de alguna forma el ámbito material del hecho imponible de la tasa, y faculta a las entidades locales para que establezcan tasas por supuestos de prestación de servicios o realización de actividades en los que no concurra ninguna de las circunstancias especificadas en la definición legal general del mencionado hecho imponible.<sup>18</sup>

*Segunda.* La misma legislación de haciendas locales omite, respecto del concepto de la legislación general, que la prestación de los servicios sea “en régimen de Derecho público”, con los problemas propios de las “exacciones parafiscales”. En todo caso, son constantes los esfuerzos jurisprudenciales para intentar distinguir entre tasa y tarifa (STS de 4 de marzo de 1998).

La LGT/2003, al modificar el artículo 6 de la Ley de tasas y precios públicos, pero al dejar incólume el artículo 20 de la LHL (tampoco afectado por el TRLHL), mantiene estas sutiles pero importantes y polémicas especialidades de las tasas locales.

17. *El nuevo régimen de las tasas y precios públicos locales*, CISS, Valencia, 1998, pág. 59.

18. En palabras del mismo RUBIO DE URQUÍA (*op. cit.*, 1998, pág. 60), “se trata, en definitiva, de una especie de cláusula de seguridad a la que pueden acogerse las entidades locales cuando no tengan certidumbre acerca de la concurrencia efectiva de las circunstancias requeridas por la ley, evitando así que la configuración de un determinado supuesto de hecho como tasa pueda ser impugnada por disconformidad con la definición del hecho imponible de la categoría tributaria tasa. Planteada la cuestión en términos más expresivos, podría decirse que a través del precepto que se considera el legislador estatal está lanzando al responsable local el siguiente mensaje: en caso de duda establezca usted una tasa”.

19. MESTRE GARCÍA, E.: *La Ley general tributaria y su aplicación a las haciendas locales*, Fundaciones de Asesores Locales, Málaga, 2004, págs. 54-55.

20. Tienen especial interés al respecto el Protocolo y los convenios de

### 2.1.2. Administración tributaria

El artículo 5 de la LGT/2003 delimita el concepto de Administración tributaria, lo cual tiene interés en relación con otras remisiones que al mismo se hacen en la propia ley.

Se define como tal Administración tributaria aquella integrada por los órganos y entidades de Derecho público que desarrollan las funciones reguladas en los títulos III, IV y V de la ley, lo que significa que el concepto no alcanza únicamente a la estructura orgánica encargada directamente de la gestión de los tributos, sino a cualquier otro centro o departamento que, por ejemplo, gestiona una tasa o procede a su cobro en período voluntario. La referencia a las funciones del título V supone que también se integran en este concepto, por ejemplo, los órganos económico-administrativos.<sup>19</sup>

En el ámbito de competencias del Estado es especialmente destacable la mención y atribución genérica de funciones a la Agencia Estatal de Administración Tributaria que en la LGT/2003 aparecía de forma tangencial.

Las entidades locales se citan en el apartado 3 del precepto, junto con las comunidades autónomas, para establecerse que ambas ejercerán las competencias relativas a la aplicación de los tributos y a la potestad sancionadora con el alcance y en los términos previstos en la normativa que resulte aplicable según su sistema de fuentes, que ya se ha analizado.

El apartado 5 y último del precepto menciona genéricamente una cuestión relevante para la gestión de los tributos locales. Se posibilitan las fórmulas de colaboración para la aplicación de los tributos entre las entidades locales, así como entre éstas y el Estado o las comunidades autónomas. Se ratifica así lo ya previsto en el artículo 8.4 del TRLHL, introducido por la Ley 50/1998 y en el artículo 106.2 de la Ley 7/1985.<sup>20</sup>

### 2.2. Normas tributarias

Además de la cuestión de las fuentes normativas, incluida la reserva de ley tributaria, ya analizadas, el capítulo II del título I de la LGT/2003, regula las siguientes cuestiones de interés para las haciendas locales.

colaboración entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Federación Española de Municipios y Provincias, firmados el 15 de abril de 2003, para la recaudación en vía ejecutiva de los tributos de las entidades locales por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en materia de intercambio de información tributaria y colaboración en la gestión recaudatoria con las entidades locales, en materia de suministro de información de carácter tributario a las entidades locales o en materia de presentación telemática de declaraciones y comunicaciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas en representación de terceros.

El artículo 5.5 de la LGT/2003 supone otorgar pleno respaldo normativo, en la propia Ley general tributaria, a estos acuerdos.

También ha de recordarse que el título IV del Texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo, se dedica a la colaboración e intercambio de información.

### 2.2.1. Aplicación temporal de las normas tributarias

El artículo 10.2 de la LGT/2003 introduce un cambio en cuanto a los hechos impositivos a los que resulta de aplicación una norma de nueva aprobación: salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin período impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo período impositivo se inicie desde ese momento.

Esta novedad no tiene mayor trascendencia en cuanto a los tributos cuyo devengo se produce al comienzo del período impositivo, como el IBI, el IAE o el impuesto sobre vehículos, pero sí en aquellos cuyo devengo se produce al final de aquél (IRPF, por ejemplo). Así ocurre también con el recargo del IBI para inmuebles de uso residencial desocupados, que se devengará el 31 de diciembre (artículo 72.4 del TRLHL).

### 2.2.2. Disposiciones interpretativas o aclaratorias

El artículo 12.3 del TRLHL mantiene la competencia exclusiva del ministro de Hacienda para dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás normas en materia tributaria.

Pero tal competencia se predica únicamente en el “ámbito de las competencias del Estado”. El artículo 106.2 de la Ley 7/1985 permite a las corporaciones locales emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las ordenanzas fiscales, sean reguladoras de sus tributos propios o sean de ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección.

No obstante, se han dictado algunas órdenes ministeriales aclaratorias en materia de tributos locales, por ejemplo, la de 5 de junio de 2003, sobre inclusión del ICIO en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos de 3 de enero de 1979, pero por estar prevista tal interpretación en el propio acuerdo.

### 2.2.3. Conflicto en la aplicación de la norma

El artículo 15 de la LGT/2003 introduce, como importante novedad, la regulación de lo que denomina “conflicto en la aplicación de la norma”, en sustitución de la anterior e inoperante figura del fraude de ley. Así lo destaca la propia exposición de motivos: se revisa en profundidad la regulación del fraude de ley que se sustituye por la nueva figura del “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, que pretende configurarse como un instrumento efectivo de lucha contra el fraude sofisticado, con superación de los tradicionales problemas de aplicación que ha presentado el fraude de ley en materia tributaria.

Se trata de evitar el abuso en la aplicación de la norma (así se denominó en el anteproyecto de la LGT/2003), es decir, de una cláusula anti-abuso o anti-elusión. Para

ello se amplía el ámbito de aplicación (no sólo el hecho imponible, sino también cualquier minoración de la base o de la deuda tributaria) y se elimina el elemento subjetivo, no exigiéndose prueba del mismo.

Según el precepto, se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión Consultiva a que se refiere el artículo 159 (compuesta, en los términos establecidos reglamentariamente, por dos representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas, actuando uno de ellos como presidente, y por dos representantes de la Administración tributaria actuante). El mismo artículo 159 de la LGT/2003 establece el procedimiento correspondiente.

En el ámbito local, habrá de ser la oportuna ordenanza general fiscal la que establezca y regule la composición de esta Comisión Consultiva, cuyo informe favorable es indispensable para declarar el conflicto en cuestión.

En las liquidaciones que se realicen como resultado del conflicto, se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

## 3. Aplicación del título II

Del título II de la LGT/2003 (“Los tributos”) destacan, en su aplicación en las haciendas locales, los siguientes aspectos:

### 3.1. Disposiciones generales

El capítulo I del título II de la LGT/2003 regula la relación jurídico-tributaria, las obligaciones tributarias, las obligaciones y deberes de la Administración tributaria y los derechos y garantías de los obligados tributarios.

Son de reseñar las siguientes novedades, con influencia en los tributos locales.

#### 3.1.1. Devengo y exigibilidad

Siguiendo los anteriores criterios jurisprudenciales, el

artículo 21 de la LGT/2003 regula separadamente el devengo (momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal, determinado las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa) y la exigibilidad de los tributos (la ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo).

Así, por ejemplo, el artículo 107.1 del TRLHL establece, a efectos del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, que el valor del terreno a tener en cuenta es el del momento del devengo. Pero la Ley del tributo puede establecer otra cosa, como ocurre con el importe neto de la cifra de negocios de las personas jurídicas a efectos de la exención del IAE (artículo 82.1 del TRLHL: habrá de tenerse en cuenta el importe que corresponda al penúltimo año anterior al de devengo de este impuesto).

La exigibilidad en un momento distinto al del devengo del tributo, se ha convertido en la regla general. Es el caso del ICIO, en que ha de solicitarse la licencia preceptiva antes de iniciarse la construcción, instalación u obra (artículo 102.4 del TRLHL: el devengo se establece en un momento en el que todavía no se conoce de modo definitivo el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, lo que determina el mecanismo de la liquidación provisional anticipada previsto en el artículo 103.1 del TRLHL).<sup>21</sup>

El artículo 21 de la LGT/2003 supone respaldar los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que determinaron la nulidad de varias ordenanzas municipales por establecer el deber de presentar autoliquidación en el momento de solicitar la correspondiente licencia, al ser un momento anterior al previsto legalmente.

### 3.1.2. Interés de demora

Su nueva regulación en el artículo 26 de la LGT/2003 tiene una relevancia directa en las haciendas locales, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del TRLHL.

La LGT/2003 establece, como resalta su exposición de motivos, una completa regulación del interés de demora, destacando como principal novedad la no-exigencia de interés de demora desde que la Administración incumpla alguno de los plazos establecidos en la propia

ley para dictar resolución por causa imputable a la misma, salvo que se trate de expedientes de aplazamiento o de recursos o reclamaciones en los que no se haya acordado la suspensión.

El “Informe sobre el borrador del anteproyecto de la nueva Ley general tributaria”, de 23 de enero de 2003 (Informe 2003), destacó las siguientes novedades de esta nueva regulación:

–Se afirma, expresamente, su carácter objetivo, desvinculado del ánimo subjetivo del deudor.

–Se limita o excluye su exigencia en varios supuestos en que el retraso resulta imputable a la Administración acreedora.

–Se aclaran diversos aspectos no explicitados de manera satisfactoria en la actual LGT, tales como el presupuesto de hecho de esta prestación, su base de cálculo o el período de su exigencia.

–Por lo que se refiere a su cuantía se mantiene, en términos generales, la regulación actual, sin introducir diferenciación según se trate de intereses devengados por retraso de la Administración o del particular.

La nueva regulación del interés de demora del artículo 26 de la LGT/2003 se refiere a los siguientes aspectos:<sup>22</sup>

#### a) Carácter objetivo.

El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de los casos previstos en la normativa tributaria.

#### b) No-intimación ni retraso culpable.

La exigencia del interés de demora tributario no requiere la previa intimación de la Administración ni la concurrencia de un retraso culpable en el obligado.

#### c) Supuestos en que se exige.

Son los siguientes:

1) Cuando finalice el plazo establecido para el pago en período voluntario de una deuda resultante de una liquidación practicada por la Administración o del importe de una sanción, sin que el ingreso se hubiera efectuado.

2) Cuando finalice el plazo establecido para la presentación de una autoliquidación o declaración sin que hubiera sido presentada o hubiera sido presentada incorrectamente, salvo lo dispuesto en el artículo 27.2 sobre la presentación de declaraciones extemporáneas

21. Cfr. ORÓN MORATAL, G.: “El ingreso anticipado en las ordenanzas fiscales del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras: Entre la reserva de ley y la autonomía municipal”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 10, 1993, págs. 15 a 22.

22. Sobre la nueva regulación del interés de demora en la LGT/2003, cfr. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ: “El interés de demora exigible por la Administración en el

Proyecto de Ley general tributaria: Luces y sombras”, en *Quincena Fiscal*, núm. 15, septiembre de 2003; SIMÓN ACOSTA, E.: “Los intereses de demora en derecho tributario”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 612, 19 de febrero de 2004; y PÉREZ AYALA, M.: “La nueva regulación del interés de demora en la Ley 58/2003. Comentario al artículo 26 LGT”, en *Tributos Locales*, núm. 39, abril de 2004, págs. 101 a 108.

sin requerimiento previo.

3) Cuando se suspenda la ejecución del acto, salvo en el supuesto de recursos y reclamaciones contra sanciones durante el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa.

4) Cuando se inicie el período ejecutivo, salvo lo dispuesto en el artículo 28.5 respecto a los intereses de demora cuando sea exigible el recargo ejecutivo o el recargo de apremio reducido.

5) Cuando el obligado tributario haya obtenido una devolución improcedente.

d) Cálculo.

El interés de demora se calculará sobre el importe no ingresado en plazo o sobre la cuantía de la devolución cobrada improcedentemente, y resultará exigible durante el tiempo al que se extienda el retraso del obligado, salvo lo dispuesto seguidamente.

e) Inexigencia.

No se exigirán intereses de demora desde el momento en que la Administración tributaria incumpla por causa imputable a la misma alguno de los plazos fijados en esta ley para resolver hasta que se dicte dicha resolución o se interponga recurso contra la resolución presunta. Entre otros supuestos, no se exigirán intereses de demora a partir del momento en que se incumplan los plazos máximos para notificar la resolución de las solicitudes de compensación, el acto de liquidación o la resolución de los recursos administrativos, siempre que, en este último caso, se haya acordado la suspensión del acto recurrido. Pero esta regla de inexigibilidad no se aplicará al incumplimiento del plazo para resolver las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento del pago.

f) Nueva liquidación.

En los casos en que resulte necesaria la práctica de una nueva liquidación como consecuencia de haber sido anulada otra liquidación por una resolución administrativa o judicial, se conservarán íntegramente los actos y trámites no afectados por la causa de anulación, con mantenimiento íntegro de su contenido, y exigencia del interés de demora sobre el importe de la nueva liquidación. En estos casos, la fecha de inicio del cómputo del interés de demora será la misma que hubiera correspondido a la liquidación anulada y el interés se devengará hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación, sin que el final del cómputo pueda ser posterior al plazo máximo para ejecutar la resolución.

g) Cuantía.

El interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquél resulte exigible, incrementado en un veinticinco por ciento, salvo que la Ley de presupuestos generales del Estado establezca otro diferente. No obstante, en los supuestos de aplazamiento, fraccionamiento o suspensión de deudas garantizadas en su totalidad mediante aval solidario de

entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o mediante certificado de seguro de caución, el interés de demora exigible será el interés legal.

Los tipos de interés vigentes para 2005 vienen recogidos en la disposición adicional quinta de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2005, que fija el interés legal en el cuatro por ciento y el interés de demora en el cinco por ciento. Como se observa, se trata de tipos muy por encima de los vigentes para la Deuda Pública, lo que, a diferencia de otras épocas, debe propiciar el pago y su posterior devolución en caso de prosperar los recursos, abandonando antiguas prácticas de recurrir exclusivamente para demorar el pago.

Por otra parte, en la LGT/2003 las sanciones tributarias dejan de formar parte del concepto de deuda tributaria y se regulan de forma específica en su título IV, en que se establece que no se exigirán intereses de demora hasta que la sanción sea firme en vía administrativa. Según el artículo 212.3, la interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos: a) la ejecución de las sanciones quedará automáticamente suspendida en período voluntario sin necesidad de aportar garantías hasta que sean firmes en vía administrativa, y b) no se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa.

La novedad más importante, que tiene carácter innovativo y no se limita a recoger criterios jurisprudenciales ya alcanzados con anterioridad, es la que se refiere al no devengo de intereses de demora cuando se hayan interpuesto recursos administrativos, se haya acordado la suspensión del acto recurrido y se incumplan los plazos establecidos para resolver hasta que se dicte resolución o se interponga recurso contra la resolución presunta.

De esta forma, interpuesto el recurso de reposición previsto en el artículo 14.2 del TRLHL, transcurrido el plazo máximo de un mes para su resolución, a que se refiere la letra l) de dicho precepto, dejará de devengarse el interés de demora hasta la resolución o la interposición de recurso contra la desestimación presunta.

### 3.1.3. Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo

—La nueva regulación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo se mantiene en el artículo 27 de la LGT/2003 de forma muy similar a la actual, pero introduciéndose ciertas mejoras de importancia.

En primer lugar, se define, en precepto de rango legal, lo que ha de entenderse por recargos (prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requeri-

miento previo de la Administración tributaria) y por requerimiento previo (cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria).

–La cuantía de los recargos se mantiene cuando la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso: el recargo será del cinco, diez o quince por ciento, respectivamente, y se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas, excluyendo las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

–También se mantiene la cuantía si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa una vez transcurridos doce meses desde el término del plazo establecido para la presentación. El recargo será del veinte por ciento y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse. Para estos casos, se introduce la precisión (en línea con lo sostenido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de marzo de 2002) de que la exigencia de intereses de demora lo será por el período transcurrido desde el día siguiente al término de los doce meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado.

–Si se produce la declaración sin ingreso, no impedirá la exigencia de los recargos e intereses del período ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación.

–Para la aplicación de estos recargos, las autoliquidaciones extemporáneas deberán identificar expresamente el período impositivo de liquidación al que se refieren y deberán contener únicamente los datos relativos a dicho período. De esta forma, se pretende evitar que los sujetos realicen regularizaciones encubiertas beneficiándose de la aplicación del régimen de recargos. Así puede suceder, por ejemplo, en el impuesto sobre el valor añadido, mediante la declaración de cuotas repercutidas en períodos posteriores al de su devengo. Tales conductas constituirán infracción leve (artículo 191.6 de la LGT/2003).

La aplicación del artículo 27 de la LGT/2003 es clara en

los tributos locales, dada la actual redacción del artículo 10 del TRLHL, que se refiere, sin distinción, a todos los recargos.

Sin embargo, la disposición adicional decimoquinta de la LGT/2003 excluye la aplicación de este artículo 27 a las declaraciones catastrales. Cuando no se presente la correspondiente declaración catastral en plazo, habrá de estarse a lo previsto en el artículo 70.a) del Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo (“Constituirá infracción tributaria simple: a) La falta de presentación de las declaraciones, no efectuarlas en plazo y la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas. Si fueran varios los obligados a presentar una declaración, cumplida la obligación por uno de ellos, se entenderá cumplida por todos”).<sup>23</sup>

### 3.1.4. Recargos del período ejecutivo

La evolución del recargo de apremio en nuestro ordenamiento jurídico tributario resulta de lo más tortuoso, siendo objeto de sucesivas reformas legales. La STS de 20 de junio de 2003 lo pone de relieve, con una extensa exposición de los antecedentes de su regulación.

La LGT/2003 contiene una regulación más completa y sistemática del inicio del período ejecutivo y de los recargos de apremio.

Según el artículo 161 de la LGT/2003, el período ejecutivo se inicia en el caso de deudas liquidadas por la Administración tributaria, el día siguiente al del vencimiento del plazo establecido para su ingreso voluntario; y en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si éste ya hubiere concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación.

En todo caso, la presentación de una solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo durante la tramitación de dichos expedientes.

El inicio del período ejecutivo determinará la exigencia de los intereses de demora y de los recargos del período ejecutivo, que serán de tres tipos: recargo ejecutivo, recargo de apremio reducido y recargo de apremio ordinario, siendo incompatibles entre sí y calculándose sobre la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario (artículo 28 de la LGT/2003):

–El recargo ejecutivo será del cinco por ciento y se

23. Sin que se alcance a comprender las razones de tan extraña exclusión, tampoco es de aplicación a las infracciones y sanciones en materia catastral el régimen de la LGT/2003, sino que se regirán por su normativa específica, según la misma disposición adicional decimoquinta de la LGT/2003. El resultado es esperpéntico, porque la Ley del catastro sigue hablando de infracciones tributarias simples, categoría que ha desaparecido

do de nuestro ordenamiento jurídico.

También es harto sorprendente que el principio general de regularización voluntaria excluyente de las sanciones, contenido en el artículo 179.3 de la LGT/2003, no quede mencionado en tal disposición adicional de la misma LGT/2003, con lo que el conflicto está servido

aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio.

–El recargo de apremio reducido será del diez por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario y el propio recargo antes de la finalización del plazo previsto en la ley para las deudas apremiadas.

–El recargo de apremio ordinario será del veinte por ciento y será aplicable cuando no concurren las circunstancias anteriores.

El recargo de apremio ordinario es compatible con los intereses de demora. Cuando resulte exigible el recargo ejecutivo o el recargo de apremio reducido no se exigirán los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo.

### 3.1.5. Derechos y garantías de los obligados tributarios

La LGT/2003 deroga explícitamente la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías del contribuyente. Pero lo hace para incorporar su contenido en la propia LGT, como ya se mencionaba en la Exposición de motivos de la propia Ley 1/1998. La incorporación o integración en la LGT se enmarca en el ánimo codificador de la nueva LGT:

–La sección tercera, en el capítulo I (artículos 30 a 33), regula las obligaciones económicas de la Administración tributaria, trasladándose a ella lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 1/1998, con regulación de la obligación de realizar devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, la de devolución de ingresos indebidos y la de reembolso de los costes de las garantías. En esta última se introduce como novedad la obligación de la Administración de abonar también el interés legal generado por el coste de las garantías.

–La sección cuarta del mismo capítulo (artículo 34) reproduce la lista de derechos y garantías de los obligados tributarios contenida en el artículo 3 de la Ley 1/1998, e incorpora al mismo nuevos derechos como el derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de la comunidad autónoma, el derecho a formular quejas y sugerencias, el derecho a que consten en diligencia las manifestaciones del interesado o el derecho a presentar cualquier documento que se estime conveniente.

## 3.2. Obligados tributarios

### 3.2.1. Clases

Tienen trascendencia en los tributos locales las menciones que a las clases de obligados tributarios se hacen en

los artículos 35 a 38 de la LGT/2003.

#### 3.2.1.1. Entidades sin personalidad

En principio, sólo son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas (artículo 35.1), pero, igualmente, en las leyes en que así se establezca (principio de reserva de ley), las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición (artículo 35.4). El texto legal es idéntico al artículo 33 de la LGT aún vigente (LGT/1963).<sup>24</sup>

La LGT/2003 lleva a cabo únicamente un cambio de ubicación del precepto, que a su vez ha quedado reflejado en el TRLHL:

–Tasas: artículo 23.1.

–Contribuciones especiales: artículo 30.1.

–IBI: artículo 63.1.

–IAE: artículo 83.

–Vehículos: artículo 94.

–ICIO: artículo 101.1.

–Plusvalía: artículo 106.1.

Las demás menciones al artículo 35.4 de la LGT/2004 que se contienen en el TRLHL son las siguientes:

–Responden solidariamente de la cuota del IBI, y en proporción a sus respectivas participaciones, los copartícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, si figuran inscritos como tales en el Catastro Inmobiliario. De no figurar inscritos, la responsabilidad se exigirá por partes iguales en todo caso (artículo 64.2).

–Exención en el IAE de los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, las sociedades civiles y las entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros, según la letra c) del artículo 82.1.

–Sustituto en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana cuando el contribuyente sea una persona física no residente en España (artículo 106.2).

#### 3.2.1.2. Obligados solidarios

Rige el artículo 35.6 de la LGT, cuyo aspecto más novedoso es la consecuencia jurídica prevista en él: lo característico de la solidaridad es que el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento de la prestación íntegra, pero del tercer párrafo al artículo 35.6 (añadido en la tramitación parlamentaria), se deduce a *contrario sensu* que si la Administración conoce la identidad de todos y cada uno de los coobligados, así

24. Como advierte el Informe de 2003, el precepto no dice que estas entidades sean obligados tributarios, sino que pueden tener dicha consideración cuando la ley lo prevea expresamente. De esta manera se viene a reconocer, tal y como sucedía con anterioridad, que la capacidad jurídica en materia tributaria se rige por los criterios del Derecho común. Por tanto, estas entida-

des sólo sirven como unidad de referencia o centro de imputación al que concretar el presupuesto de hecho, pero no tienen la condición de deudores tributarios, ya que la misma es incompatible con su carencia de capacidad jurídica y responsabilidad patrimonial.

como la proporción que corresponde a cada uno, habrá de “dividir” la liquidación, exigiendo a cada uno sólo la parte que le corresponde.

Por tanto, si la Administración conoce la identidad de todos los obligados y su porcentaje de participación, el régimen aplicable no es el de la solidaridad sino el de la mancomunidad. Y si la Administración no conoce estos datos, la solidaridad puede todavía evitarse proporcionando la información necesaria para que se giren liquidaciones “divididas”, lo que supone que, en definitiva, el régimen aplicable es también el de la mancomunidad, con la carga de identificar a los demás obligados. La solidaridad es sólo la consecuencia de no levantar la mencionada carga.

La duda surge ante el inciso final del párrafo, que hace referencia expresa a la participación “en el dominio o derecho transmitido”. Ello hace pensar que tal párrafo sólo es aplicable en supuestos como la copropiedad de un inmueble (o carácter ganancial del mismo) a efectos de IBI, de copropiedad (o carácter ganancial) de un automóvil a efectos del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica, de venta de un bien ganancial a efectos del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos o de compra de un bien para la sociedad de gananciales a efectos de transmisiones patrimoniales onerosas, supuestos todos ellos en que hay concurrencia (ya sea de tipo romano o germánico) en la propiedad o en el derecho adquirido, y en los que, por tanto, es claramente aplicable la regla de la mancomunidad con la carga de identificar a los copartícipes, si no son conocidos por la Administración.

Mención aparte merecen los supuestos en que no hay concurrencia en un mismo presupuesto, sino varios presupuestos realizados cada uno por una persona distinta, en cuyo caso no existe ni mancomunidad ni solidaridad, sino obligaciones autónomas y distintas que deben lógicamente liquidarse y notificarse por separado. Es el caso de las llamadas *comunidades de vecinos en régimen de propiedad horizontal*, que como entidades sin personalidad pueden ser sujetos pasivos en el sentido del artículo 35.4 (por ejemplo a efectos de una tasa por entrada de vehículos), pero no pueden serlo en el sentido del artículo 35.6. Así, por ejemplo, si el hecho imponible es la propiedad (por ejemplo en el IBI), los elementos comunes forman parte de la propiedad de cada piso, sin que, por tanto, sea posible liquidar a uno de los propietarios la totalidad del IBI correspondiente al inmueble, aunque no se conozca la identidad de los demás propietarios o de alguno de ellos.

Por tanto, como concluye R. Falcón Tella,<sup>25</sup> en los supuestos que tradicionalmente venían calificándose

como de solidaridad tributaria (la concurrencia en un mismo hecho imponible, o en un mismo presupuesto de hecho de la sustitución o de la responsabilidad, y la acumulación de rentas a efectos de liquidación), la solidaridad será a partir de ahora únicamente la consecuencia de no levantar la carga de identificar a los coobligados, y su porcentaje de participación, cuando estas circunstancias no son conocidas previamente por la Administración. Pero la regla general ha pasado a ser, en rigor, la mancomunidad, pues incluso aunque se entienda que hay que pedir expresamente la “división” de la liquidación, si se concede al coobligado esta facultad es claro que no estamos propiamente ante un supuesto de solidaridad, sino de mancomunidad.

### 3.2.1.3. *Sustitutos*

Es sustituto el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma. El sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, salvo que la ley señale otra cosa (artículo 36.3 de la LGT/2003).

La figura del sustituto aparece en diversos tributos locales:

–En las tasas, en los precisos supuestos del artículo 23.2 del TRLHL.

–En el IBI, en el supuesto de concurrencia de varios concesionarios sobre un mismo inmueble de características especiales, será sustituto del contribuyente el que deba satisfacer el mayor canon (artículo 63.1 del TRLHL). El sustituto del contribuyente podrá repercutir sobre los demás concesionarios la parte de la cuota líquida que les corresponda en proporción a los cánones que deban satisfacer cada uno de ellos (artículo 63.2 del TRLHL).

–En el ICIO, en el supuesto de que la construcción, instalación u obra no sea realizada por el sujeto pasivo contribuyente tendrán la condición de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente quienes soliciten las correspondientes licencias o realicen las construcciones, instalaciones u obras, y el sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de la cuota tributaria satisfecha (artículo 101.2 del TRLHL).

–En el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la persona física o jurídica, o la entidad a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, que ad-

25. *Quincena Fiscal*, núms. 2, enero de 2004, y 3/4, febrero de 2004: “El artículo 35.6 de la nueva LGT”.

quiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate, cuando el contribuyente sea una persona física no residente en España (artículo 106.2 del TRLHL).

#### **3.2.1.4. Obligados a realizar pagos a cuenta**

Es obligado a realizar pagos fraccionados el contribuyente a quien la ley de cada tributo impone la obligación de ingresar cantidades a cuenta de la obligación tributaria principal con anterioridad a que ésta resulte exigible (artículo 37.1 de la LGT/2003).

La figura es de aplicación en el ICIO: cuando se conceda la licencia preceptiva o cuando, no habiéndose solicitado, concedido o denegado aún dicha licencia preceptiva, se inicie la construcción, instalación u obra, se practicará una liquidación provisional a cuenta, determinándose la base imponible. Una vez finalizada la construcción, instalación u obra, y teniendo en cuenta su coste real y efectivo, el ayuntamiento, mediante la oportuna comprobación administrativa, modificará, en su caso, la base imponible a que se refiere el apartado anterior practicando la correspondiente liquidación definitiva, y exigiendo del sujeto pasivo o reintegrándole, en su caso, la cantidad que corresponda (artículo 103.1 del TRLHL).

### **3.2.2. Sucesores**

#### **3.2.2.1. Introducción**

La práctica en materia de sucesores de las deudas tributarias es harto deficiente, pues se suele prescindir de cualquier trámite y se continúa el procedimiento recaudatorio como si el deudor viviera, ignorando su fallecimiento y la posible existencia de herederos. Tal actuación mereció ya por la STS de 30 de diciembre de 1985 la tacha de nulidad de pleno derecho, haciendo constar el Alto Tribunal que los privilegios procedimentales de que goza la Administración para el cobro de sus deudas no pueden desconocer las normas que regulan ese procedimiento privilegiado.

Por otra parte, todo el sistema de verificación-inspección de los tributos, e incluso el de pagos a cuenta/retenciones y posibles devoluciones, suscita en la práctica graves problemas cuando de aplicar las normas estrictamente civiles sobre la sucesión se trata. Aparte la habitual concurrencia de varios herederos, los plazos de prescripción tributarios pueden obligar a numerosas rectificaciones o adiciones de las escrituras de aceptación y partición de las herencias.

La nueva Ley general tributaria debería haber sido un buen vehículo para tratar de una vez en profundidad este problema de la sucesión en las obligaciones tributarias, tanto materiales como formales.

Sin embargo, ya en la primera versión del titulado “Informe de la Comisión para el estudio y propuestas de medidas para la reforma de la Ley general tributaria”

(marzo de 2001) se lee al respecto que “La Comisión entiende que, como importante novedad, se hace necesario incorporar a la LGT un procedimiento para exigir el pago a los sucesores, lo que supone una garantía, tanto para los mismos como para la Administración. Dicho procedimiento ha de ser similar, en términos generales, al de los responsables. No obstante, también hay quien discrepa de la conveniencia de introducir este procedimiento. Se señala que la regulación actual de los sucesores en la LGT deriva de la legislación civil, que señala que el heredero se subroga automáticamente en la situación en que se encontraba el fallecido. Así, si este último no impugnó la liquidación o el apremio, el heredero tampoco puede hacerlo ya. La propuesta de introducir un procedimiento similar al de los responsables, según esta posición, rompe el esquema descrito innecesariamente. A título de ejemplo, habría que notificar la liquidación a los sucesores, darles la posibilidad de impugnarla y de que pagasen en período voluntario”.

Lamentablemente, han triunfado los partidarios de cualquier “automatismo” que lleve los privilegios administrativos más allá de los límites del sentido común. La LGT/2003 se ha limitado a llevar a los artículos 39 y 40 del texto legal los criterios anteriormente establecidos en el artículo 15 del Reglamento general de recaudación, con modificaciones de menor calado.

Sigue sin haber un procedimiento, que debe esperarse que se regule debidamente en el desarrollo reglamentario de la ley, que aclare estas cuestiones.

#### **3.2.2.2. Sucesores de personas físicas**

A) La LGT/2003 regula en el artículo 39.1 tres cuestiones diferentes, en orden a la *transmisión de obligaciones*:

–Habrá de estarse a lo que dispone la legislación civil sobre adquisición y repudiación de la herencia, aceptación a beneficio de inventario y derecho a deliberar. En la práctica, las normas de mayor importancia serán las relativas a la aceptación tácita de la herencia.

–Se aclara, expresamente, que la referencia a los legatarios se reduce a los supuestos de división de toda la herencia en legados y a los de legados de parte alícuota. En el texto del artículo 89.3 de la LGT/1963 la referencia era indiscriminada a los “legatarios”.

–Se reitera el esencial principio de la intransmisibilidad de las sanciones, ya recogido anteriormente en el artículo 89.3 de la LGT/1963, como consecuencia obligada del principio de personalidad de las mismas.

Cuando las deudas del causante se encuentran ocultas, al provenir de un supuesto de responsabilidad y en cuyas situaciones los sucesores adoptan la decisión acerca de la aceptación de la herencia sin conocer la verdadera situación patrimonial del causante-responsable, se señala que la sucesión en estas deudas sólo se produce en caso de que la derivación de responsabilidad se haya realizado con carácter previo al fallecimiento.

to de aquél.

B) En cuanto a las *deudas no liquidadas*, ha de estarse a lo previsto en el artículo 39.2 de la LGT/2003. El Consejo de Estado, en su dictamen sobre aquélla, entendió que puede resultar excesivo que las actuaciones seguidas respecto de quien, en el extremo, tiene una participación del uno por ciento en la herencia comprometan al noventa y nueve por ciento restante. La consecuencia se ha paliado con la introducción de la obligación de notificar la liquidación que resulte a todos los interesados, pero se ha obviado la sugerencia de dicho dictamen de que debería haberse introducido una regulación que contemplase los principales supuestos que pudieran plantearse, mientras que la determinación del sujeto con quien deben entenderse las actuaciones tributarias tras la muerte del causante podría remitirse al posterior desarrollo reglamentario.

C) En relación con la *herencia yacente*, el artículo 39.3 de la LGT/2003 recoge la regla establecida en el artículo 15.3 del Reglamento general de recaudación, pero ampliado al cumplimiento de las obligaciones tributarias y no ceñido a la gestión recaudatoria.

Además, se incorporan dos sugerencias del citado Informe de 2003, a fin de resolver algunos de los problemas que ocasiona la herencia yacente: por un lado, que puedan exigirse con cargo a esta última las deudas tributarias; y por otro, la posibilidad de seguir procedimientos de comprobación frente a la misma, siendo esta última previsión especialmente útil en aquellos casos en los que, no habiéndose aceptado la herencia, se siga un procedimiento de investigación frente a un sujeto ya fallecido.

### 3.2.2.3. Sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad

El artículo 40 de la LGT/2003 introduce significativas novedades respecto del escueto régimen vigente, contenido en los artículos 89.4 de la LGT/2003 y 15.1 del Reglamento general de recaudación, respecto de esta llamada sucesión impropia:

A) En cuanto a la *limitación de responsabilidad*, el apartado 1 del precepto diferencia entre personas jurídicas en las que la ley limita la responsabilidad de los socios y aquellas otras en las que no se produce tal limitación. A continuación, se establece un régimen de sucesión coherente con esta diferenciación. En el primer caso, los socios adquieren las deudas de la sociedad disuelta y liquidada (quedando obligados solidariamente), pero con el límite del valor de la cuota de liquidación. En el segundo, por el contrario, no entra en juego dicha limitación.

B) Si se tratare de *deuda liquidada*, según el apartado 2 del mismo artículo 40, las deudas que se transmiten a los socios son las devengadas hasta el momento de la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, aunque no se encuentren liquidadas. De este modo, las actuaciones tendentes a la liquidación se entenderán

con los socios.

Se trata de una norma paralela a la misma precisión contenida en el artículo 39.2 para la sucesión de las personas físicas y plantea los mismos problemas, en particular que puedan entenderse las actuaciones con un socio que ostente una proporción ínfima del capital. Además, no se añade la esencial precisión de que la liquidación deba notificarse a todos los interesados.

C) Si estamos ante una *extinción sin liquidación y cesión global del activo y pasivo*, el apartado 3 del artículo 40 introduce una regla especial, con una norma especial relativa a las operaciones de reestructuración empresarial, declarando la sucesión de las entidades beneficiarias en las deudas de la sociedad que se extingue o cuyo activo y pasivo se cede globalmente.

D) Se regulan también los efectos de la *disolución de fundaciones y entes sin personalidad*: las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a los destinatarios de los bienes y derechos de las fundaciones o a los partícipes o cotitulares de dichas entidades (artículo 40.4).

E) En cuanto a la *transmisión de las sanciones*, a diferencia de lo que ocurre en la sucesión de las personas físicas, las sanciones sí se transmiten en estos supuestos de sucesión impropia. Según el Informe de 2003, con esta afirmación expresa sobre la posibilidad de exigir las sanciones a estos sucesores, se entiende que, en estos supuestos, no existe vulneración del principio de responsabilidad personal, ya que se trata, simplemente, de reintegrar el patrimonio de la sociedad.

### 3.2.2.4. Procedimiento

El artículo 177 de la LGT/2003 regula el procedimiento de recaudación frente a los sucesores, limitándose a recoger lo actualmente previsto en el artículo 15 del Reglamento general de recaudación.

A) Tratándose del *fallecimiento de personas físicas*, no es necesario ningún acuerdo de derivación, sino que la continuación del procedimiento de recaudación sólo exige como presupuestos: a) la constancia del fallecimiento, y b) la notificación a los sucesores. En la práctica, habrán de ser los propios herederos quienes comunicarán el fallecimiento y acreditarán la condición de tales, para que se lleve a cabo la notificación. Aunque el texto legal se refiere indeterminadamente a los “legatarios”, ha de recordarse que, según el artículo 39.1.II de la LGT/2003, la transmisión sólo se produce respecto de las herencias que se distribuyan a través de legados y en los supuestos de institución de legados de parte alícuota.

Se recoge igualmente la suspensión del procedimiento de recaudación para hacer efectivo este derecho a deliberar (artículos 1.010 a 1.034 del Código civil), previo a la aceptación o repudiación de la herencia, mediante la solicitud de la certificación que se menciona de deudas pendientes. Pero tal certificación lo es “con efectos

meramente informativos", y, además, no impedirá la posterior liquidación de otras deudas (artículo 39.2), con lo cual aquel derecho podrá quedar seriamente comprometido.

Si la herencia está yacente, se puede dirigir la recaudación contra los bienes y derechos de la misma, a cuyo representante le corresponde el cumplimiento de las obligaciones tributarias (artículo 39.3). Se trata de una figura caracterizada no por la existencia de varios copartícipes o cotitulares, sino por la indeterminación transitoria del titular del patrimonio del causante (que puede ser sólo uno), no siendo viable dirigirse frente al llamado o a los llamados a la herencia, en tanto no acepten la misma, ni siquiera en caso de insuficiencia de bienes en la herencia. Por tanto, la única solución posible consiste o bien en hacer efectivas las deudas nacidas durante el período de pendencia sobre los bienes de la propia herencia o en esperar a la aceptación para dirigirse contra los herederos. Pero en este último caso no hay ya herencia yacente, pues la aceptación tiene efectos retroactivos.

B) En el caso de *disolución de sociedades o entidades*, el procedimiento de recaudación continuará con sus socios, partícipes o cotitulares, una vez constatada la extinción de la personalidad jurídica. Hay que entender también como requisitos la constancia de la disolución y liquidación y la notificación a los socios, partícipes o cotitulares en general o contra los destinatarios de los bienes y derechos en caso de disolución de una fundación. El carácter simultáneo o sucesivo de la acción para el requerimiento de pago dependerá del régimen de sucesión en cada caso, según el artículo 40.

### 3.2.3. Responsables

#### 3.2.3.1. Normas generales

Como destaca C. Checa González,<sup>26</sup> la regulación de los responsables, contenida en los artículos 41 a 43 de la LGT/2003, se mantiene en términos parecidos a los anteriormente existentes (artículos 37 a 41 de la LGT/963) en lo que atañe a las clases de responsabilidad: solidaria y subsidiaria; su alcance, y el procedimiento para su declaración.

Pero se introducen novedades, que cabe resumir así:

1) Se prevé, de forma expresa, la posibilidad de que los responsables respondan de las sanciones en los casos en que así lo establezca por ley. Pero únicamente se refiere a los casos en los que la responsabilidad deriva de la participación del responsable en un ilícito, ya que, en otro caso, se estaría produciendo una conculca-

ción del principio de responsabilidad personal.

2) Se eliminan en la regulación de los responsables la mención de que desde el instante de la notificación del acto de derivación de responsabilidad se conferían al responsable todos los derechos del deudor principal. Con ello no se ha pretendido privar al responsable de cualquier posibilidad de recurso, pues éste puede impugnar el acto de declaración de responsabilidad alegando motivos referentes al presupuesto de hecho de la responsabilidad, o al de la liquidación que se le exige, y su cuantía. Lo único que, en definitiva, se ha querido con ello es que esta segunda clase de motivos, esto es, los relativos a la propia liquidación, no aprovechen al deudor principal.

3) Se considera como un supuesto de responsabilidad solidaria el actualmente recogido en el artículo 72 de la LGT (sucesión en explotaciones o actividades económicas).

4) El supuesto de responsabilidad ahora regulado en el artículo 131.5 de la LGT (ocultación de bienes y levantamiento de embargo) pasa a incluir también aquellos supuestos en los que, existiendo una medida cautelar o la constitución de una garantía, y teniéndose conocimiento de ella, se produzca, sin embargo, el levantamiento de los bienes o derechos embargados.

5) Se extiende a los administradores de hecho la responsabilidad exigible a los administradores de las personas jurídicas.

6) Se incorpora un nuevo supuesto de responsabilidad de contratistas y subcontratistas en relación con las retenciones y con otros tributos que deban repercutirse como consecuencia de las obras o servicio contratados o subcontratados.

En las reglas generales, destaca la novedosa previsión de que los responsables tienen derecho de reembolso frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil (artículo 41.6 de la LGT/2003). Con esta previsión se pone fin a la indeterminación al respecto de lo previsto actualmente en la LGT/2003. Para D. Carbaño Vasco,<sup>27</sup> esta introducción expresa del derecho de reembolso enturbia la idea de que la LGT/2003 refuerza la independencia de la obligación tributaria del responsable respecto del contrato de fianza civil, teniendo claramente una función de aseguramiento en el cobro de las deudas tributarias, tal como se afirma expresamente en la propia Exposición de motivos de la LGT/2003.

Sin embargo, la previsión legal es insuficiente para M. Fernández Junquera.<sup>28</sup> Para esta autora, el problema jurídico y económico del responsable radica en que termina pagando y soportando una deuda que no es suya, una deuda que deriva de un hecho imponible en el que

26. "Notas sobre la nueva regulación de los responsables tributarios en el Anteproyecto de la LGT", en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 5, mayo de 2003.

27. "La responsabilidad tributaria de los administradores por participación en ilícitos tributarios en la nueva LGT. Algunas cuestiones", en *Gaceta Fiscal*,

núm. 230, abril de 2004.

28. "Responsables tributarios. Situación actual y perspectivas de futuro", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 117, enero-marzo de 2003.

él no ha participado y que por tanto no está constitucionalmente obligado a soportar: si ha realizado o participado o colaborado en la comisión de una infracción tributaria, impóngasele la sanción que corresponda, pero si no es así no tiene por qué soportar una deuda ajena y más una deuda tributaria que la propia Constitución exige por el principio de capacidad contributiva que sea pagada por el contribuyente.

La misma autora añade que, en realidad, la responsabilidad subsidiaria es aún más gravosa que la solidaria, pues si bien ha pagado más tarde en el tiempo tiene más difícil el responsable, si no imposible, recuperar lo pagado, ya que la patología alcanza la muerte económica del contribuyente, al haber sido declarado fallido. Por eso, debiera centrarse el problema de la responsabilidad en la viabilidad o no de la acción de reembolso, debiendo regularse la acción de regreso del responsable. Y si no se regula, o si no se tiene posibilidades de éxito por la situación de fallido del contribuyente, la responsabilidad debería salir de nuestro ordenamiento, por razones de justicia y de principios constitucionales, porque la propia Constitución que impone el deber de contribuir no lo hace a ciegas, sino precisamente considerando la capacidad contributiva de cada cual.

Al remitir este artículo 41.6 de la LGT/2003 a los términos previstos en la legislación civil para ejercer el derecho de reembolso, se deja al responsable prácticamente indefenso, salvo que el deudor principal viniera a mejor fortuna o hubiera sido declarado fallido indebidamente, en cuyo caso hay que entender que el responsable podrá ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración por todos los daños y perjuicios causados.

### 3.2.3.2. Responsables solidarios

La LGT/2003 introduce una mejora sistemática respecto de la LGT/1963, ya que se regulan, conjuntamente y en dos preceptos separados, todos los supuestos de responsabilidad solidaria (artículo 42) y subsidiaria (artículo 43).

El artículo 42 regula en sus apartados 1 y 2 los supuestos generales de responsabilidad solidaria, si bien añade en su apartado 3 que las leyes (principio de reserva de ley) podrán establecer otros supuestos de responsabilidad solidaria distintos (por ejemplo, el caso de la Ley del

impuesto sobre la renta de los no residentes). En cuanto al procedimiento, el apartado 4 se remite al artículo 175.

Son supuestos generales de responsabilidad solidaria los que se refieren a las siguientes personas o entidades:

–Colaboración en infracción tributaria [artículo 42.1.a)].

La extensión a la sanción no supone el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva y directa, sino que esta responsabilidad solidaria se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios, que gira en torno al principio de culpabilidad.

–Partícipes o cotitulares de entes sin personalidad [artículo 42.1.a)]. Se reproduce la previsión ya contenida en el artículo 39 de la LGT/1963. La referencia “en proporción a sus respectivas participaciones” indica que estamos en presencia, en realidad, de una solidaridad impropia, al no responder cada copartícipe del total de la deuda tributaria correspondiente al ente sin personalidad, que sería el efecto típico de la solidaridad de obligados (integridad e identidad de la prestación), sino en proporción a su respectiva participación. Es un supuesto especial de responsabilidad especial, en el que los partícipes responden solidariamente respecto del ente de hecho o patrimonio separado y mancomunadamente entre sí.<sup>29</sup>

La referencia a las obligaciones “materiales”, con exclusión por tanto de las formales, se explica porque en este último ámbito implica mayor garantía para la hacienda de la mancomunidad, ya que la solidaridad formal supondría que el cumplimiento de uno libera a los demás, mientras que la mancomunidad permite a la hacienda exigir a todos y cada uno las obligaciones de declaración e información.

–Sucesores de explotaciones o actividades económicas [artículo 42.1.c)]. Se trata de un supuesto similar en su contenido al del actual artículo 72 de la LGT/1963, el cual, aunque no aparece contemplado entre las normas destinadas a los responsables, se ha entendido que es un caso de responsabilidad, y, además, de responsabilidad subsidiaria.<sup>30</sup>

El artículo 42.1.c) de la LGT/2003 establece que este caso es un supuesto de responsabilidad, pero de responsabilidad solidaria, con el consiguiente agravamiento fiscal que supone en la realización de una actividad cada día más frecuente cual es la de la transmisión de empresas.<sup>31</sup>

El procedimiento para exigir responsabilidad solidaria, en este caso, se detalla en el artículo 175.2 de la

29. STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 1996 –JT 1996, 1178–: los partícipes responden solidariamente de las obligaciones tributarias de las entidades, pero no por el todo, sino únicamente en proporción a sus respectivas participaciones.

30. Cfr. la STS de 16 de junio de 2001, que se refiere a la nulidad del artículo 13.5 del Reglamento general de recaudación, que acogió la tesis contraria, al afirmar, luego de indicar que la responsabilidad del adquirente no relevaba al transmitente de la obligación de pago, que ambos, solidariamente, respondían de éste.

31. Según subraya el Informe de 2003, se modifica de manera sustancial este supuesto de responsabilidad por sucesión en explotaciones económicas:

–Su presupuesto de hecho se amplía, de manera que ya no sólo va a estar referido a la sucesión en la titularidad de las explotaciones, sino, también, en su ejercicio. De esta manera se incluyen, expresamente, los supuestos de sucesión de hecho, donde es más necesario el precepto, pues estamos ante situaciones en las que los deudores, de manera fraudulenta, eluden el pago del tributo mediante la concatenación de diferentes personas en el ejercicio de la actividad. No obstante, no es aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad (idem que en el vigente artículo 13.2 del Reglamento general de recaudación).

–También, se afirma, expresamente, la posibilidad de exigir por esta vía las deudas derivadas de retenciones e ingresos a cuenta.

LGT/2003.

Por fin, el artículo 42.1.c) establece dos precisiones de interés: a) con afán clarificador se dispone que esta responsabilidad no es aplicable a los supuestos de sucesión *mortis causa*, los cuales se rigen por lo establecido en el artículo 39, y b) esta responsabilidad no es aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en la fase de liquidación de un procedimiento concursal. Esta fase de liquidación se regula en los artículos 142 a 161 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. Tal ley propicia en su artículo 149 la transmisión del conjunto de la empresa concursada manteniendo su identidad, mencionado el aseguramiento de la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo. Las mismas razones hay que buscar en esta previsión del precepto de la LGT/2003.

–Bienes embargados o enajenados (artículo 42.2, precepto paralelo, aunque con reformas, al anterior artículo 131.5 de la LGT/1963): la responsabilidad alcanza al total importe de la deuda tributaria en esa fase procedimental con un solo límite: el representado por el valor de los bienes o derechos cuya traba o enajenación se impide.<sup>32</sup>

### 3.2.3.3. Responsables subsidiarios

El artículo 43 de la LGT/2003 regula en su apartado 1 los supuestos generales de responsabilidad subsidiaria, y añade en su apartado 2 que las leyes (principio de reserva de ley) podrán establecer otros supuestos de responsabilidad subsidiaria distintos (por ejemplo, el específico de afección real en la transmisión previsto para el IBI en el artículo 64.1 del TRLHL). En cuanto al procedimiento, el apartado 3 se remite al artículo 176.

Son supuestos generales de responsabilidad subsidiaria los que se refieren a las siguientes personas o entidades:

–Administradores de personas jurídicas por infracciones [artículo 43.1.a)]. Se trata de la misma responsabilidad actualmente prevista en el primer párrafo del artículo 40.1 de la LGT/1963.

Pero se prescinde en el nuevo texto legal de la anterior diferenciación entre infracciones simples y graves, pues se prescinde de la clasificación entre infracciones simples y graves y la sustituye por la tripartita, procedente de la Ley de procedimiento administrativo, de infracciones leves, graves y muy graves. Por eso el propio artículo 43.1.a) prescinde de aquella distinción, si bien las consecuencias serán las mismas: si no hay perjuicio económico ni deuda tributaria, sólo se responderá de la sanción tributaria, mientras que en caso contrario, la responsabili-

dad alcanzará a toda la deuda tributaria.

La nueva LGT explicita que la responsabilidad de los administradores se extenderá a las sanciones. Así lo había declarado la jurisprudencia con el régimen legal vigente y ahora se señala de forma expresa como una excepción al principio general de que la responsabilidad no alcanza a tales sanciones.

La norma detalla las conductas desencadenantes de la responsabilidad, que son las mismas que en el anterior régimen legal (comisión por omisión; culpa *in vigilando*; acuerdos que posibiliten las infracciones).

Respecto del administrador responsable, la LGT/2003 menciona expresamente al administrador de hecho. Puede ocurrir que quien lleve a cabo el presupuesto de hecho desencadenante de la responsabilidad no ostente la condición de administrador: la sociedad tiene un administrador de derecho, pero la gestión real de la misma es ejercitada por un administrador de hecho, que formalmente no figurará nombrado e inscrito como tal. Será el primero, por regla general, una persona en la que concurren determinadas características (ausencia de patrimonio, de recursos, de relaciones laborales o profesionales, etc.) y que es colocado por el segundo al frente de la sociedad, a los solos efectos de que en él recaigan las responsabilidades, que se pudiesen originar como consecuencia de una irregular gestión de los asuntos sociales.

Pues bien, la principal novedad de la nueva LGT es recoger expresamente que serán responsables “los administradores de hecho o de derecho”. Por tanto, el responsable ha de ser quien efectivamente desarrolle la capacidad de gestión de las actividades sociales, pues será el único que pueda causar aquel daño, a través de un comportamiento negligente.

En la práctica, la posible exigencia de responsabilidad tributaria al administrador de hecho requerirá una prueba de difícil obtención, tendente a acreditar que era éste, quien ejercía efectivamente el desempeño de las funciones propias de la administración de la sociedad. Ahora bien, una vez demostrado este extremo será él quien deba responder del daño causado.

En suma, la condición de administrador no viene establecida por la denominación dada al cargo, sino por el contenido y alcance de las funciones desempeñadas por el mismo, de manera que la persona que “efectivamente ejerza la gestión” y “lleve la dirección económica de la sociedad”, tendrá, a efectos fiscales, la condición de administrador, fuere cual fuere la termi-

32. La STSJ de Murcia de 15 de mayo de 1996 (JT 1996/723), declaró la responsabilidad solidaria de una entidad bancaria por no haber embargado la cuenta de un cliente, permitiendo así que éste la cancelase en una fecha posterior al requerimiento de embargo.

33. La STS de 29 de junio de 1985 (RJ 1985/3087), entendió, en un caso de deli-

to fiscal, que el mismo era imputable a las personas que efectivamente ejercían la administración de una entidad y tuviesen atribuidos poderes de decisión en ella, es decir a quienes, con la denominación que fuere, llevasen la dirección económica de la sociedad, y tuviesen atribuidas funciones incluso superiores a las atinentes a los administradores en la Ley de sociedades anónimas.

nología utilizada.<sup>33</sup>

En la LGT/2003 esta cuestión se zanja en el mismo sentido, esto es, atendiendo a la realidad material antes que a la formal: tanto los administradores de derecho cuanto los de hecho, por lo que, en definitiva, esta responsabilidad será exigible a quien realmente ejerza de forma efectiva la gestión y lleve la dirección económica de la entidad de que se trate.

–Administradores de personas jurídicas en cese de actividades [artículo 43.1.b)]. Se trata del supuesto anteriormente contemplado en el segundo párrafo del artículo 40.1 de la LGT/1963, pero sustituyendo la perturbadora alusión a “en todo caso” por mayores precisiones.

Es aplicable todo lo señalado respecto del administrador responsable, aludiendo también explícitamente el nuevo texto legal a los administradores de hecho. Pero a diferencia del supuesto anterior, ni ahora ni tampoco para el futuro, se requiere que dichos administradores, para ser declarados responsables subsidiarios, hayan cometido infracciones tributarias, o haya permitido que se realicen las mismas por las personas dependientes de ellos, si bien se requiere en el nuevo texto legal que los administradores no hubieran hecho lo necesario para el pago de las obligaciones tributarias pendientes o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago.

Es requisito imprescindible para que surja en este caso la responsabilidad de los administradores que se haya producido el cese de la actividad de la entidad, no siendo suficiente a estos fines con que la misma se encuentre, por ejemplo, en suspensión de pagos,<sup>34</sup> con independencia de que la entidad siga existiendo con personalidad jurídica propia.

La responsabilidad no alcanza a las sanciones, que no se incluyen expresamente, como exige el artículo 41.4.

–Administradores concursales y liquidadores [artículo 43.1.c)]. Es una previsión paralela a la actualmente contenida en el artículo 40.2 de la LGT/1963, pero frente a la exigencia de negligencia o mala fe que actualmente se exige para este caso, en la LGT/2003 desaparece tal requisito, con el consiguiente empeoramiento de la posición de estas personas. La responsabilidad subsidiaria va a pasar, pues, a ser de carácter objetivo, sin necesidad, por tanto, de la concurrencia de elemento culposo alguno, en el obrar de las personas mencionadas, para que la citada responsabilidad se declare, si bien es necesario que no se hubieran realizado las gestiones necesarias para el cumplimiento.

–Adquirentes de bienes afectos [artículos 43.1.d) y 70]. Se trata de un supuesto análogo al actualmente previsto

en el artículo 41 de la LGT/1963, al cual se remitía el texto originario del artículo 76 de la Ley de haciendas locales, que establecía la polémica afección de bienes por deudas del IBI en los supuestos de cambio en la titularidad. Tal precepto, tras su reforma por la Ley 51/2002, ha pasado a constituir el artículo 64.1 del TRLHL, sustituyéndose la referencia al artículo 41 de la LGT por la mención “en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la Ley general tributaria”.

Sin embargo, la consideración de este supuesto de afección de bienes como de responsabilidad subsidiaria no es pacífica. Así, C. Checa González<sup>35</sup> destaca que el proceder del nuevo texto legal no es acertado, y, antes bien, debería haberse aprovechado el cambio normativo para no considerar este supuesto como de responsabilidad, y ello de acuerdo con lo señalado por una amplia doctrina, que ha indicado a este respecto que el mismo debe reconducirse a un derecho de afección, es decir, a una garantía real del crédito tributario, no a la que supone la institución del responsable, puesto que los bienes afectos al pago de un tributo se erigen en garantía del mismo, con independencia de quien sea su titular y de que los mismos se hayan transmitido, por lo que se ha hablado de que en esta situación nos hallamos ante un supuesto de reipersecutoriedad, pero sin que el adquirente del bien tenga que responder con todo su patrimonio, como sucedería si fuera un responsable del tributo, ello aparte de que el sujeto se libera de su responsabilidad transmitiendo el bien, ya que ésta es, en definitiva, la auténtica garantía, y no su titular dominical.<sup>36</sup>

–Agentes y comisionistas de aduanas [artículo 43.1.e)].

–Contratistas y subcontratistas [artículo 43.1.f)].

Se trata de supuestos de responsabilidad, pero que sólo afectan a tributos estatales específicos (aduanas o impuestos que deben repercutirse o cantidades que deban retenerse), ajenos por tanto a los tributos locales.

### 3.2.3.4. Procedimiento

El procedimiento de derivación de la acción administrativa de responsabilidad se detalla en los artículos 174 a 176 de la LGT/2003, que recogen normas procedentes de los artículos 12 y 14 del Reglamento general de recaudación.

Por otra parte, la LGT/2003 hace frente al problema de la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción para los responsables tributarios

En el Informe de 2003 se señala que lo más oportuno para resolver esta cuestión es decantarse por la solución que aporta mayor seguridad jurídica, y que coincide con la tesis de la *actio nata* y así se hace en el artículo 67.2 de

34. Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2001 –JT 2001/423.

35. “Notas sobre la nueva regulación de los responsables tributarios en el Anteproyecto de la LGT, en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 5, mayo de 2003.

36. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no es ciertamente clara al pronunciarse sobre la naturaleza de la afección de bienes en el IBI, que aquí interesa. Ha de consultarse la importante STS de 24 de enero de 2004.

la LGT/2003, en el que se distingue, a estos efectos, entre responsables solidarios y responsables subsidiarios, con las siguientes reglas:

a) La regla general para los responsables solidarios es la finalización del plazo en pago en período voluntario del deudor principal, si bien en los supuestos de ocultación de bienes, incumplimiento de las órdenes de embargo, etc., el plazo se inicia en el momento en que concurran los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad.

b) Para los responsables subsidiarios, el plazo de prescripción comienza a computarse desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios.

En el apartado 7 del artículo 68 de la LGT/2003, al tratar de la interrupción de los plazos de prescripción, se dispone que interrumpido el plazo de prescripción para un obligado tributario, dicho efecto se extiende a todos los demás obligados, incluidos los responsables. Se recoge así lo actualmente previsto en el artículo 62 del Reglamento general de recaudación.

#### 3.2.4. Capacidad de obrar y domicilio fiscal

Las normas legales de la LGT/2003 sobre estas materias (artículos 44 a 48) son continuistas. Destacan las siguientes precisiones novedosas:

–Se hace mención a que el representante voluntario podrá ser un asesor fiscal, pero sin añadir ninguna característica especial a tal representante.

–Se admite la validez de los documentos normalizados de representación aprobados por la Administración.

–Se introduce una norma especial para determinar el domicilio fiscal de las personas físicas que desarrollen principalmente actividades económicas: la Administración tributaria podrá considerar como domicilio fiscal el lugar donde esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de las actividades desarrolladas. Si no pudiera establecerse dicho lugar, prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado en el que se realicen las actividades económicas [artículo 48.1.a)].

Esta norma no tendrá excesiva relevancia en los tributos locales, cuya normativa propia acude a normas singulares de localización del hecho imponible (radicación de los bienes en el IBI, lugar de realización de la actividad en el IAE, domicilio que conste en el permiso de circulación en el impuesto sobre vehículos, o lugar de competencia para expedir la licencia en el ICIO). Se aplicará cuando la competencia administrativa se fija en función del domicilio del contribuyente (así, en las cuotas nacionales del IAE, pero como las personas físicas están exentas, el efecto será nulo).

–Se reitera la esencial norma de que los obligados tributarios deberán comunicar su domicilio fiscal y el cambio del mismo a la Administración tributaria que corresponda, en la forma y en los términos que se establezcan reglamentaria-

mente (actualmente, en el artículo 14 del Real decreto 1041/2003, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento por el que se regulan determinados censos tributarios). El cambio de domicilio fiscal no producirá efectos frente a la Administración tributaria hasta que se cumpla con dicho deber de comunicación, pero ello no impedirá que, conforme a lo establecido reglamentariamente, los procedimientos que se hayan iniciado de oficio antes de la comunicación de dicho cambio, puedan continuar tramitándose por el órgano correspondiente al domicilio inicial (artículo 48.3 de la LGT/2003).

Ha de consultarse al respecto la STS de 9 de octubre de 2001, que en recurso de casación en interés de la ley, fija como doctrina legal que “El cambio de domicilio declarado a otros efectos administrativos (sea el Padrón de habitantes u otro registro administrativo) no sustituye la declaración tributaria expresa de cambio de domicilio fiscal”.

### 3.3. Deuda tributaria

El capítulo III del título II de la LGT/2003 define los elementos de cuantificación de la obligación tributaria principal y de la obligación de realizar pagos a cuenta, de gran interés doctrinal pero nula trascendencia práctica para los tributos locales.

Por el contrario, el capítulo IV del mismo título se refiere a cuestiones de gran interés práctico, aunque el nuevo régimen legal es continuista.

#### 3.3.1. Componentes

De enorme trascendencia práctica es la esencial declaración del artículo 58.2 de que las sanciones tributarias no formarán parte de la deuda tributaria, aunque en su recaudación se aplicarán las normas generales.

Como destaca el Informe de 2003, ello supone la asunción definitiva de la diversidad esencial entre las potestades para la aplicación de los tributos y la sancionadora, de los principios que informan el ejercicio de unas y otra, así como del régimen jurídico de los ingresos tributarios y las sanciones. La LGT/2003 remarca la diferencia entre los componentes de la deuda tributaria y las sanciones, institución, esta última, propia del Derecho sancionador y que se rige por principios propios distintos de los tributarios.

#### 3.3.2. Extinción

Los artículos 59 a 76 de la LGT/2003 regulan la extinción de la deuda tributaria, refiriéndose expresamente al pago, la compensación, la prescripción, la condonación y otros medios de extinción previstos en las leyes. Se incorporan al texto legal numerosas previsiones normativas contenidas anteriormente en el Reglamento general de recaudación.

Merecen destacarse:

A) La nueva regulación de los *aplazamientos y fraccionamientos*, en la que destacan tres aspectos: a) se esta-

blece la obligatoriedad de conceder el aplazamiento o el fraccionamiento en los supuestos en que el obligado aporta aval solidario de entidad de crédito o de sociedad de garantía recíproca, de modo que los aplazamientos o los fraccionamientos se concederán con independencia de cuál sea la situación económico-financiera del deudor, toda vez que el crédito tributario se encuentra suficientemente garantizado y con posibilidades de ejecución inmediatas; b) aportándose estas garantías, el aplazamiento devengará únicamente intereses legales y no los de demora tributarios, y c) se contempla la obligatoriedad de paralización de las actuaciones de enajenación de bienes cuando el aplazamiento se haya solicitado en período ejecutivo.

B) La más detallada y completa regulación de la *prescripción*, si bien con un explícito carácter marcadamente continuista con la regulación anterior, por prudencia en el manejo de un instituto jurídico tan delicado. Se intenta, sin embargo, clarificar determinadas cuestiones que se habían revelado como especialmente problemáticas y de acomodarlas al acervo jurisprudencial que tan importante función ha desempeñado al efecto, destacando:

–La regulación del cómputo de los plazos de prescripción de la acción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios y subsidiarios.

–La declaración de extensión de efectos de la prescripción a todos los obligados al pago de la deuda tributaria, a menos que se trate de una obligación mancomunada.

–El cómputo de los plazos en casos de interrupción por la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el ejercicio de acciones civiles o penales, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal o por la recepción de una comunicación judicial de paralización del procedimiento (artículo 68.6): el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente.

Pero se añade la importante precisión de que esta regla no será aplicable al plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria para exigir el pago cuando no se hubiera acordado la suspensión en vía contencioso-administrativa. Ya la STS de 18 de junio de 2004 había concluido que los actos interruptivos del derecho de la Administración a liquidar, como consecuencia de la interposición de reclamaciones y recursos en vía económico-administrativa, por parte de los contribuyentes, contra los actos de liquidación de la deuda tributaria, así como las actuaciones de los propios tribunales económico-administrativos no extienden sus efectos

interruptivos a la acción de cobro de la deuda.

C) En la regulación de las *garantías*, destaca la inclusión en esta sede del régimen general de medidas cautelares que puede adoptar la Administración para el cobro de la deuda tributaria (artículo 81 de la LGT/2003), antes incorrectamente ubicada en la regulación de la recaudación, cuando cabe su aplicación en otros procedimientos. También ha de citarse la mención a la Ley concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), muy desafortunada, porque no ha faltado quien ha entendido la mención al “convenio concursal” del artículo 77.2 de la LGT/2003 como una corrección al régimen general de prelación de la Ley concursal (sólo alcanza al cincuenta por ciento del importe de la deuda tributaria).

#### 4. Aplicación del título III

El título III de la LGT/2003, referido a la aplicación de los tributos, concepto que sustituye al genérico anterior de “gestión”, es el más extenso de la nueva norma legal, entre otras razones porque se incorporan numerosas precisiones procedentes de normas reglamentarias anteriores. Nos detendremos únicamente en los aspectos más significativos de relevancia práctica para los tributos locales.

##### 4.1. Disposiciones generales y normas comunes

###### 4.1.1. Competencias

La aplicación de los tributos comprende todas las actividades administrativas dirigidas a la información y asistencia a los obligados tributarios y a la gestión, inspección y recaudación, así como las actuaciones de los obligados en el ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones tributarias (artículo 83.1 de la LGT/2003).

Corresponde a cada Administración tributaria determinar su estructura administrativa para el ejercicio de la aplicación de los tributos (artículo 83.4 de la LGT/2003). Los entes locales, por tanto, habrán de establecer en su ordenanza fiscal general todas las precisiones necesarias en orden a tal estructura administrativa. Las correspondientes facultades podrán delegarse en la forma prevista en el artículo 7 del TRLHL. Tratándose de municipios de gran población, el artículo 135 de la Ley 7/1985, añadido por la Ley 57/2003, permite la creación de un órgano de gestión tributaria.<sup>37</sup>

###### 4.1.2. Consultas

El artículo 89 de la LGT/2003 introduce la esencial novedad de que se extiende a todas las consultas el carácter vinculante de su contestación para la Administración, salvo que se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicable al caso. De esta manera, se salvaguarda, en

37. ARAGONÉS BELTRÁN, E.: “La organización económica de los entes locales en la Ley de medidas para la modernización del gobierno local”, en

*Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5.

mayor medida, la seguridad jurídica de los distintos obligados tributarios, al no poder variarse por parte de los órganos encargados de aplicar los tributos y en relación con el consultante, el criterio expresado por la Administración a través de una consulta.

La vinculación alcanza también al resto de los obligados que ajusten su conducta a la contestación otorgada en una consulta presentada por un tercero. Se trata, con todo ello, de aumentar la seguridad jurídica de los obligados, reforzando la idea de la unidad de criterio, tanto en la estricta interpretación de las normas como en su aplicación.

Se ha sostenido por Mestre García<sup>38</sup> que esta previsión es especialmente trascendente para el ámbito de la Administración local, en el que los supuestos de consultas vinculantes con arreglo al régimen legal anterior eran difícilmente aplicable. En consecuencia, las consultas presentadas ante la Dirección General de Tributos a partir de 1 de julio de 2004 (disposición transitoria segunda de la LGT/2003) tendrán carácter vinculante para los órganos de la Administración local encargados de aplicar los tributos locales.

Tal conclusión debe estimarse contraria al principio de autonomía local. Las únicas consultas vinculantes para la Administración local serán las contestadas por los propios órganos competentes locales, esto es, el establecido en el artículo 13 del TRLHL (entidad local que ejerza las respectivas funciones), por la remisión que hace el artículo 88.4 de la LGT/2003 (la competencia para contestar las consultas corresponderá a los órganos de la Administración tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario, su propuesta o interpretación).

#### 4.1.3. Tecnologías informáticas y telemáticas

El artículo 96 de la LGT/2003 ordena a las administraciones tributarias promover la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que la Constitución y las leyes establezcan.

Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por la Administración tributaria, tendrán la misma validez y eficacia que los documentos originales, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por la normativa aplicable.

Sin embargo, ha de extremarse el cuidado en este cumplimiento de las garantías y requisitos, que no pueden quedar subordinados a las necesidades y criterios de los

informáticos o de sus programas. No es infrecuente que los expedientes administrativos estén compuestos por una serie de listados informáticos cuya ininteligibilidad es total, para el contribuyente y para los órganos jurisdiccionales competentes para controlar la actividad administrativa.

Por otra parte, ante la próxima y anunciada digitalización de todos los expedientes tributarios, será necesario contar con los medios y el reciclaje necesarios para su manejo y consulta.

#### 4.1.4. Prueba

La prueba de los hechos y circunstancias que dan lugar al nacimiento de la obligación tributaria o que lo excluyen tiene una gran importancia práctica, siendo los artículos 105 a 108 de la LGT/2003 los que la regulan.

En el Informe de 2003 se contienen interesantes consideraciones sobre la materia:

—En primer lugar, se dice que en el seno de la Comisión se ha discutido la posibilidad de recoger en la ley dos concepciones acerca de esta institución: a) la clásica en nuestra LGT, según la cual la prueba se rige por el principio dispositivo, de forma que cada parte tiene la carga de probar aquellas circunstancias que le favorecen, de manera que la Administración debe acreditar la realización del hecho imponible y del resto de elementos de cuantificación de la obligación, mientras que el obligado tributario lo hará de las circunstancias determinantes de los supuestos de exención o, en términos generales, de los beneficios fiscales, y b) la que defiende la aplicación del principio inquisitivo, según el cual se sostiene que sobre la Administración pesa la función (es decir, el derecho-deber) de acreditar toda la verdad material, incluso la que resulte favorable al obligado tributario.

—La Comisión se ha decantado por mantener el principio dispositivo, no sólo por fidelidad a una tradición ya muy consolidada y aceptada por todos los operadores jurídicos que actúan en el ámbito tributario, sino también porque esta tradición subraya y resalta el plano de igualdad en que se mueven los sujetos activos y pasivos en todas las relaciones tributarias. No puede olvidarse, sin embargo, la vigencia, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, de los principios de facilidad y normalidad probatoria que obligarán a una mayor diligencia probatoria a la Administración.

—Por lo que se refiere a los medios de prueba, existe una remisión genérica a los admitidos en nuestro Derecho. En relación con los gastos y deducciones originados por operaciones realizadas por empresarios o profesionales, se prevé, como medio de prueba principal, la factura que cumpla los requisitos establecidos por su normativa reguladora, pero la Comisión conside-

<sup>38</sup>. *La Ley general tributaria y su aplicación a las haciendas locales*, Fundaciones de Asesores Locales, Málaga, 2004, pág. 62.

ra que no debe exigirse la factura como único medio de prueba, ya que mantener esto último supondría una vulneración al principio de tutela judicial efectiva.

—Por fin, se destaca una novedad importante: la referencia expresa a los casos en que se utilizan los datos consignados en la declaración de un tercero o suministrados por éste en virtud de su deber de colaboración para comprobar la situación del obligado. En tales situaciones la jurisprudencia ha declarado que su mera constancia en las bases de datos de la Administración tributaria no es prueba suficiente y, por ello, el anteproyecto contempla que estos hechos han de verificarse, instando al tercero a que se ratifique y aporte prueba de los mismos cuando el interesado alegue la falsedad o inexactitud de los hechos.

#### 4.1.5. Notificaciones

Los artículos 109 a 112 de la LGT/2003 se ocupan de las notificaciones, proclamando, como regla general, la aplicación de las normas contenidas en la Ley 30/1992, con varias especialidades:

a) La norma relativa al lugar para la práctica de las notificaciones, distingue entre procedimientos iniciados a instancia del interesado y de oficio. Por lo que se refiere a los primeros, se establece un orden de prelación en cuanto al lugar de notificación. Cuando el interesado haya indicado un lugar, deberá dirigirse al mismo. En su defecto, se hará a su domicilio fiscal. Por último, si no es posible la notificación en estos lugares, podrá acudir a cualquiera que se considere adecuado. En los procedimientos iniciados de oficio, por el contrario, no se establece prelación alguna en cuanto a los lugares de notificación, de manera que ésta podrá remitirse, indistintamente, al domicilio fiscal, al centro de trabajo, a aquel donde se desarrolle la actividad o a cualquier otro que resulte adecuado.

b) La notificación edictal se sustituye por la notificación por comparecencia, de manera que se salvaguarda el derecho a la intimidad de los obligados, ya que el objeto de la publicación no es el propio acto administrativo, sino, simplemente, un anuncio donde se hace constar la existencia de una notificación pendiente de practicar por motivos no imputables a la Administración.

c) La notificación por comparecencia sólo es posible cuando la notificación personal se haya intentado dos veces en el domicilio del interesado, no en otro lugar, pero, como excepción, sólo será necesario un intento fallido cuando el destinatario resulte desconocido.

d) Todas las publicaciones de los avisos en los boletines oficiales se harán los días 5 y 20 de cada mes o inmediato hábil posterior. Se trata de una norma que puede permitir que los destinatarios de las notificaciones tengan conocimiento de su publicación en los boletines, bastando con consultar estos dos días al mes para com-

probar si aquélla ha tenido lugar.

e) Además de la publicación en el boletín, los anuncios de notificación podrán exponerse en las oficinas de la Administración tributaria y difundirse por internet para facilitar el conocimiento de los interesados y se amplía el plazo para que se produzca de la comparecencia, pasando de diez a quince días.

## 4.2. Gestión tributaria

### 4.2.1. Autoliquidaciones

La LGT/2003 prevé no sólo la gestión tradicional del tributo, sino también la llevada a cabo mediante autoliquidaciones y comunicaciones. Y se procede, por ello y por vez primera en el ordenamiento tributario, a la definición del concepto de autoliquidación. Así, las autoliquidaciones y comunicaciones de datos se configuran como dos especies dentro del género de las declaraciones: las primeras se caracterizan porque el obligado no se limita a formular una manifestación de conocimiento, sino que también realiza operaciones de calificación y las aritméticas de cuantificación. Además, se prevé expresamente, y esto es una importante novedad, el procedimiento a seguir para instar la rectificación de una autoliquidación cuando el obligado considere que la presentada ha perjudicado sus intereses, remitiendo su desarrollo concreto a la norma reglamentaria.

Las normas más relevantes en materia de autoliquidaciones de la nueva LGT son las siguientes:

1) Concepto de autoliquidaciones: son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar (artículo 120.1).

2) Reserva de ley: según el artículo 8.h), habrá de regularse en todo caso por ley la obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones referidas al cumplimiento de la obligación tributaria principal y la de pagos a cuenta.

3) Obligaciones tributarias formales: de acuerdo con el artículo 29.2.c), la obligación de presentar autoliquidaciones se encuentra entre las obligaciones tributarias formales.

4) Devolución de ingresos indebidos: cuando se proceda a la devolución de un ingreso indebido derivado de una autoliquidación ingresada en varios plazos, se entenderá que la cantidad devuelta se ingresó en el último plazo y, de no resultar cantidad suficiente, la diferencia se considerará satisfecha en los plazos inmediatamente anteriores (artículo 32.3).

5) Comprobación: las autoliquidaciones presentadas

por los obligados tributarios podrán ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, que practicará, en su caso, la liquidación que proceda (artículo 120.2)

6) Rectificación: cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente (artículo 120.3).

El régimen de autoliquidación está contemplado como facultativo para los ayuntamientos en el IAE (artículo 90.4 del TRLHL), en el impuesto sobre vehículos (artículo 98.1 del TRLHL), en el ICIO (artículo 103.4 del TRLHL) y en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, salvo que no esté determinado el valor catastral (artículo 110.4 del TRLHL).

#### 4.2.2. Devoluciones

Conforme al artículo 124 de la LGT/2003, según se establezca en la normativa reguladora de cada tributo, el procedimiento de devolución se iniciará mediante la presentación de una autoliquidación de la que resulte cantidad a devolver, mediante la presentación de una solicitud de devolución o mediante la presentación de una comunicación de datos.

Los tributos locales presentan las siguientes especialidades:<sup>39</sup>

a) IAE: el supuesto del artículo 89.2 del TRLHL es una excepción al principio de irreductibilidad de cuotas, inicialmente prevista solo para los supuestos de alta en fecha posterior al primer trimestre del año,<sup>40</sup> pero que posteriormente se ha extendido a los supuestos de baja por cese en el ejercicio de la actividad. En estos casos, la cuota se prorratea por trimestres naturales, existiendo derecho a devolución por la parte correspondiente a los trimestres en que no se hubiere ejercido la actividad. Esta devolución puede instarse mediante una solicitud o, en los casos en que así estuviese establecido, mediante la presentación de una autoliquidación. En lo demás, resulta de aplicación el nuevo procedimiento de devolución de los artículos 124 a 127 de la LGT/2003.

b) Impuesto sobre vehículos: el artículo 96.3 del TRLHL prevé igualmente un sistema de prorrateo de cuotas para los supuestos de primera adquisición y baja definitiva del vehículo, así como para los supuestos de baja temporal por sustracción o robo de vehículo. No cabe, en cambio, el prorrateo en el caso de los demás supuestos de baja temporal previstos en la normativa

vigente, ni tampoco en supuestos de cambio durante el ejercicio del domicilio que consta en el permiso de circulación, en cuyo caso procede el pago íntegro al municipio correspondiente al domicilio que conste en el permiso de circulación el día 1 de enero.

Al igual que en el caso anterior, esta devolución puede instarse mediante una solicitud o, en los casos en que –en virtud de lo dispuesto en el artículo 98.1 del TRLHL– el ayuntamiento correspondiente hubiese establecido un régimen de autoliquidación, mediante la presentación de una autoliquidación.

c) ICIO: también responden a esta naturaleza de devoluciones las que proceden de ingresos en virtud del mecanismo de liquidación provisional previsto en el artículo 103.1 del TRLHL, para el hipotético supuesto de que una vez finalizada la construcción, instalación u obra proceda reintegrar cantidad alguna al interesado. El devengo del ICIO está fijado en un momento temporal donde sólo se conocen de modo provisional o estimado los importes que inciden en la cuantificación del impuesto, a través del presupuesto presentado u otra fórmula admitida por el citado artículo 103.1 del TRLHL, lo que determina que se dicte una liquidación provisional. Posteriormente, una vez finalizada la construcción, debe dictarse liquidación definitiva con arreglo al coste real y efectivo de la obra. En aquellos casos en los que el coste real y efectivo de la obra resulte inferior al incluido en el presupuesto previamente presentado, no puede negarse el derecho del obligado tributario a solicitar la correspondiente devolución.

No es legalmente posible establecer el régimen de autoliquidación en el momento de finalización de la construcción, instalación u obra, sin que pueda exigirse sanción por la no-presentación de la misma (STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 1997). El reintegro a que se refiere el artículo 103.1 de la LGT/2003 habrá de solicitarse mediante la presentación de una simple solicitud para que se proceda a la devolución.

d) Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: también responden a la naturaleza de este tipo de devoluciones los supuestos de devolución de la cuota para el caso de que judicial o administrativamente se declare la nulidad, rescisión o resolución del contrato que determinó la transmisión (artículo 109.2 del TRLHL).

#### 4.2.3. Declaraciones

Se rigen por los artículos 128 a 130 de la LGT/2003. Este

39. Cfr. MESTRE GARCÍA, E.: *La Ley general tributaria y su aplicación a las haciendas locales*, Fundaciones de Asesores Locales, Málaga, 2004, págs. 144 y 145.

40. Lo que ha sido anulado por la STC 193/2004, de 4 de noviembre de 2004, en la que se declara que la redacción originaria del artículo 90.2 de la LHL, en tanto que no prevé la reducción de las cuotas del impuesto de actividades eco-

nómicas en los supuestos de cese o baja en el ejercicio de actividades económicas, establece una discriminación contraria a los artículos 14 y 31.1 de la CE y además, dado que la norma viene a gravar situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, contradice frontalmente el principio de capacidad económica que la Constitución garantiza igualmente en el artículo 31.1.

régimen clásico de declaración sigue aplicándose en el IBI, resultando incompatible la autoliquidación con el régimen de competencias compartidas (catastral y liquidatoria). El régimen de declaración sólo se aplica en el alta del bien inmueble y en los casos de alteraciones (el artículo 13 del Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, RDL 1/2004, regula al efecto el procedimiento de incorporación mediante declaraciones). Sin embargo, esta misma ley potencia otros procedimientos de incorporación, los de comunicación y solicitud.

En el IAE, por el contrario, tras la reforma de la Ley 51/2002 que exonera de tributación a la mayor parte de los contribuyentes, el sistema de autoliquidación sólo se utiliza para los casos en que la gestión censal se ejerza por delegación y la entidad delegada haya procedido a exigir el impuesto por este sistema (artículo 13 del Real decreto 243/1995, reformado por el Real decreto 1041/2003). En los demás casos, se aplica el sistema clásico de declaración y posterior liquidación.

#### 4.2.4. Comprobación por órganos de gestión

Como destaca el Informe de 2003, la LGT/2003 regula tres procedimientos de comprobación por los órganos de gestión:

A) *Procedimiento de verificación de datos*, que constituye una verdadera novedad, dando cobertura legal expresa a determinadas actuaciones que se han realizado de forma masiva y que han provocado polémicas, es decir las conocidas “paralelas” y otros casos similares de comprobaciones “informatizadas”. Esta modalidad de comprobación resulta imprescindible en la actualidad, dado el enorme número de autoliquidaciones que presentan anualmente los obligados tributarios y que no podrían comprobarse sin utilizar medios informáticos.

La LGT/2003 establece dos tipos de cautelas: los supuestos de aplicación estén tasados legalmente; y este tipo de comprobación se limita a los casos en que los datos proporcionados por el obligado no se corresponden con los que tenga en su poder la Administración. Se trata, principalmente, de una comprobación sumaria y de antecedentes, en que está ausente cualquier labor instructora por parte de la Administración, no incluyendo, en ningún caso, la obtención de información de terceras personas.

B) *Procedimiento de comprobación de valores*, cuya regulación es prácticamente idéntica a la anterior, salvo que la solicitud de tasación pericial contradictoria o la reserva a promoverla efectuada en caso de recurso por falta de motivación de la comprobación, provoca la suspensión automática de la ejecución de la liquidación en caso de que ésta haya sido notificada conjuntamente

con la valoración.

C) *Procedimiento de comprobación limitada*, sustituyendo la LGT/2003 la anterior comprobación abreviada por la llamada comprobación limitada, limitándose los medios que pueden utilizarse en este procedimiento. Supone un paso más allá de las actuaciones de verificación, desarrollándose una verdadera actuación inquisitiva, aunque limitada en cuanto a sus medios.

El artículo 123.2 de la LGT/2003 permite regular reglamentariamente otros procedimientos de gestión tributaria, lo que debería impulsar a los entes locales a desarrollarlos en sus ordenanzas fiscales generales.

En la normativa vigente, deben citarse como especiales de los tributos locales los procedimientos de subsanación de discrepancias en el ámbito del IBI (artículo 18 del texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario) y de inclusión, variación o exclusión de oficio en el ámbito del IAE (artículo 11 del Real decreto 243/1995).

#### 4.3. Inspección y recaudación

La normativa incluida en la LGT/2003 sobre los procedimientos de inspección y recaudación requiere para su efectiva aplicación la promulgación de los correspondientes reglamentos generales.

En tanto no se promulguen, bastará con resaltar los aspectos más novedosos de la regulación legal, de acuerdo con el Informe de 2003.

##### 4.3.1. Inspección tributaria

Se ratifican con claridad las actuales funciones, tanto comprobadoras e investigadoras como gestoras, en particular la consolidada potestad para liquidar de los órganos inspectores. Se otorga a los órganos de inspección la facultad de llevar a cabo actuaciones de comprobación limitada y de revisión del valor de determinados bienes y derechos.

–Se regulan las medidas cautelares que, en el ejercicio de sus actividades, podrá aplicar la inspección.

–Se reitera el valor probatorio de las actas, como documentos públicos que hacen prueba de los hechos que motiven su formalización salvo que se acredite lo contrario (cfr. STC 76/1990, de 26 de abril).<sup>41</sup>

–Se mejora la regulación del derecho del obligado a solicitar la ampliación de actuaciones, estableciéndose una consecuencia clara para su incumplimiento: las actuaciones parciales no interrumpen el plazo de prescripción para comprobar e investigar el mismo tributo y período con carácter general.

–Se mantiene el plazo máximo de duración de las actua-

41. Se trata de “un primer medio de prueba sobre los hechos que constan [...] cuyo valor y eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba”. Además, “ese valor probatorio sólo puede referirse a

los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen”.

ciones inspectoras de doce meses, que será ampliable por otros doce en determinadas situaciones. El *dies ad quem* de dicho plazo será la fecha en que se notifique o se entienda notificado al interesado el acto administrativo que resulte de las actuaciones realizadas por la inspección. Se establece, para el caso del plazo de duración máxima de las actuaciones, la no-exigencia de intereses por el tiempo transcurrido entre su finalización y la del procedimiento.

—Se introduce una importante novedad que afecta a los procedimientos en los que una resolución judicial o económico-administrativa ordena su retroacción y a aquellos otros en los que se reanuda el procedimiento tras haberse remitido el expediente a la jurisdicción penal: el procedimiento inspector deberá finalizar dentro del plazo que reste desde que se retrotraigan las actuaciones o se devuelva el expediente, hasta la conclusión del período previsto o en el plazo de seis meses si aquél fuera inferior, sin perjuicio de que pueda acordarse la ampliación del plazo si concurre alguna de las causas previstas para ello.

—Se introduce una nueva categoría de actas, junto a las tradicionales actas de conformidad y de disconformidad: las actas con acuerdo, que pretenden reducir la conflictividad que, en el ámbito tributario, se manifiesta entre la Administración y los particulares, dentro de las fórmulas convencionales de terminación de los procedimientos tributarios. Según el artículo 155.1 de la LGT/2003, las actas con acuerdo están previstas para los casos en que deba concretarse la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto, o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta.

#### 4.3.2. Recaudación tributaria

—Se mantiene, en sus líneas esenciales, la regulación anterior, reformada de forma global por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la LGT, por entenderse que se encuentra más cercana a la realidad actual.

—La normativa reguladora del procedimiento de apremio se expresa en términos casi idénticos a los anteriores, si bien se incorporan disposiciones que ahora mismo se encuentran en el RGR. En lo relativo al orden aplicable en la práctica del embargo de los bienes y derechos del obligado tributario, se flexibilizan los criterios para aplicar dicho orden en concordancia con lo establecido en la Ley de enjuiciamiento civil.

—Se incorpora una regulación de los motivos de oposición a la diligencia de embargo, excluyendo, por ejemplo, que pueda impugnarse por falta de notificación de la liquidación, aunque sí de la providencia de apremio. Es decir, se parte de que el primero de los motivos expuestos debió hacerse valer en el recurso interpuesto frente a la providencia de apremio y, al no hacerlo entonces, no

puede alegarse en este momento.

### 5. Aplicación del título IV

La nueva regulación de la potestad sancionadora se contiene en los artículos 178 a 212 de la LGT/2003, que constituyen el título IV de la misma: las sanciones dejan de formar parte del concepto de deuda tributaria y se regulan de forma específica en dicho título IV.

#### 5.1. Síntesis de la nueva regulación sustantiva

Una síntesis apresurada de la nueva regulación es la siguiente:

##### 1. Suspensión y no devengo de intereses de demora

Se mantiene la suspensión automática de las sanciones, sin necesidad de garantía, durante la reclamación económico-administrativa. Además se proclama, de manera expresa, la imposibilidad de exigir intereses de demora, que, anteriormente y no sin cierta polémica, mantenía la jurisprudencia.

##### 2. Principios de la potestad sancionadora tributaria

Se establece una separación sustancial entre las normas reguladoras del tributo y las de infracciones y sanciones. Las potestades para aplicar los tributos y las sancionadoras son esencialmente diversas y así se reconoce.

##### 3. Clasificación de las infracciones

Se prescinde de la actual clasificación entre infracciones graves (falta de ingreso) y simples (formales, sin provocar falta de ingreso), y se adopta la general administrativa que distingue entre infracciones leves, graves y muy graves. Para ello se tipifican, conjuntamente, todas las posibles infracciones tributarias y es luego, al regular la sanción que le corresponda a cada una, donde se efectúa su calificación como leve, grave o muy grave, en función de las circunstancias concurrentes.

##### 4. Importantes novedades en el catálogo de infracciones

—El tipo infractor por antonomasia castiga las conductas que provocan un perjuicio económico, en torno a la existencia de ocultación. El elemento de la ocultación es esencial para determinar la calificación de la infracción y su ausencia permite considerar la infracción como leve.

—Los tipos se configuran atendiendo a la gravedad de la conducta desarrollada por el obligado tributario. Gravedad que se deriva, además de la existencia o no de ocultación, del porcentaje de perjuicio económico y de los medios utilizados en la comisión de la infracción.

—Se tipifican, de manera similar a lo que sucedía anteriormente, tres infracciones diferentes (autoliquidar de manera incorrecta; incumplir la obligación de declarar completa y correctamente; incorrección de la autoliquidación que permite al obligado tributario obtener una devolución indebidamente).

—Compatibilidad expresa entre el tipo de las autoliquidaciones y el de la obtención indebida de devoluciones tributarias. Pero la base de la sanción consiste en la suma de la cantidad dejada de ingresar más la obteni-

da indebidamente.

#### 5. *Infracciones leves, graves y muy graves*

La calificación de las infracciones en leves, graves o muy graves va a depender, básicamente, de la conducta desplegada por el sujeto infractor, lo que se manifiesta a través de la ocultación y de los medios utilizados:

–Serán infracciones leves cuando no exista ocultación o, si existe, la cuantía no ingresada sea igual o inferior a 3.000 euros y, a la vez, no se hayan utilizado medios fraudulentos ni facturas falsas. Si se trata de ingreso de tributos repercutidos, de ingresos a cuenta o de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, la infracción será siempre grave o muy grave.

–Serán infracciones graves las conductas en las que, no habiéndose utilizado medios fraudulentos, y además, exista ocultación y la cuantía no ingresada sea superior a 3.000 euros, o se hayan utilizado facturas falsas, o la falta de ingreso se refiera a cantidades que se hubieran debido de retener o a ingresos a cuenta.

–Serán infracciones muy graves cuando las cantidades defraudadas sean tributos repercutidos, cantidades retenidas o ingresos a cuenta repercutidos y cuando sea cual sea la naturaleza de la obligación en que se concreta el perjuicio, se hayan utilizado medios fraudulentos.

#### 6. *Tipos infractores nuevos*

Se crean, entre otros, las siguientes:

–Falta de declaración tanto del domicilio fiscal como de su cambio.

–Incumplimiento del deber de sigilo que la propia ley impone a retenedores y obligados a realizar ingresos a cuenta respecto de los datos personales de los empleados.

–Infracciones que, en anteriormente se encontraban reguladas en las leyes propias de cada tributo: así, no comunicar o comunicar incorrectamente datos que determinan la práctica de una retención inferior a la debida.

#### 7. *Sanciones*

Se reduce, de forma considerable, el margen de discrecionalidad para su graduación, estableciéndose horquillas de sanciones más restringidas:

–Si la infracción es leve, multa proporcional del cincuenta por ciento de la base de la sanción.

–Si la infracción es grave, multa proporcional del cincuenta al cien por cien de la base de la sanción.

–Si la infracción es muy grave, multa proporcional del cien al ciento cincuenta por ciento de la base de la sanción.

Además, se reduce el número de criterios de graduación, de forma que su aplicación combinada ofrece, de manera exacta, la cuantía final de la sanción.

#### 8. *Reducción de las sanciones*

Las posibilidades que se establecen se dirigen a evitar la litigiosidad en la medida de lo posible:

–Cincuenta por ciento en los supuestos de las actas con acuerdo.

–Treinta por ciento para aquellos casos en los que el obligado presta su conformidad.

–Veinte por ciento de la sanción que resulte a ingresar después de haber aplicado, en su caso, la anterior por conformidad (reducción “por pronto pago”: si se efectúa el pago de la sanción en período voluntario y sin haber obtenido aplazamiento o fraccionamiento ni se interponga recurso contra la liquidación ni la sanción).

### 5.2. *Procedimiento sancionador*

Del nuevo texto legal, cabe destacar las siguientes novedades:

–La LGT/2003 mantiene la separación procedimental con los procedimientos liquidatarios, pero se prevé la posibilidad de que el sujeto infractor renuncie a dicha tramitación separada, lo que siempre sucederá en los supuestos de actas con acuerdo. Con ello se simplifican los trámites sin quebranto de derecho alguno, ya que se parte de una renuncia expresa a la tramitación separada.

–El desarrollo del procedimiento se estructura en las tres fases clásicas de iniciación, instrucción y terminación, con un esquema similar al seguido por la Ley 30/1992. Para la iniciación se introduce un plazo de tres meses, contado desde la notificación de la liquidación, cuyo transcurso sin que se haya iniciado el procedimiento sancionador impide su posterior comienzo. En la instrucción, se mantiene una regulación muy similar a la anterior, con la posibilidad de efectuar una tramitación abreviada cuando la Administración disponga, desde el principio, de todos los elementos necesarios para formular la propuesta de imposición de sanción. La terminación del procedimiento se produce por la resolución o por caducidad, en caso de haya transcurrido un plazo superior a seis meses desde el inicio del procedimiento hasta la notificación de la resolución sancionadora.

–Es novedosa la solución que se ofrece acerca de la ejecutividad de las sanciones recurridas: se afirma la suspensión automática de las sanciones pero proclamando, de manera expresa, la imposibilidad de exigir intereses de demora.

El Real decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, único que se ha dictado hasta el presente en desarrollo de la LGT/2003, regula con amplitud este procedimiento (artículos 20 a 29). También lo hace siguiendo el criterio de unidad de regulación, pues se incorporan a él las normas especiales relativas a los procedimientos sancionadores tramitados por los órganos de inspección de los tributos y que en el régimen anterior se ubicaban en el Reglamento general de la inspección de los tributos.

También regula la imposición de sanciones no pecuniarias y las actuaciones en materia de delitos contra la Hacienda pública.

La única mención a las entidades locales en el nuevo reglamento se contiene en su disposición adicional pri-

mera, en la que se establece que los órganos competentes de las comunidades autónomas, de las ciudades de Ceuta y Melilla y de las entidades locales en materia del procedimiento sancionador se determinarán conforme a lo que establezca su normativa específica.

### 5.3. Régimen transitorio

La disposición transitoria cuarta de la LGT/2003 fija los efectos retroactivos del nuevo régimen sancionador. Se señala que será de aplicación a las infracciones tributarias cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, siempre que su aplicación resulte más favorable para el sujeto infractor y la sanción impuesta no haya adquirido firmeza.

De esta forma se refuerza la aplicación del principio general, también formulado, de retroactividad de las normas penales más favorables. Ello dará lugar a su aplicación de oficio y sin necesidad de que los afectados tengan que invocarla. Esto es, precisamente, lo que se prevé, ya que se señala que la revisión de las sanciones no firmes se llevará a cabo por los órganos administrativos y judiciales que estén conociendo de los recursos, previa audiencia al interesado.

Los procedimientos sancionadores en materia tributaria iniciados antes del 1 de julio de 2004 deberán concluir antes del 31 de diciembre de 2004, sin que les sea de aplicación el plazo máximo de resolución previsto en el apartado 3 del artículo 34 de la Ley 1/1998.

Según la disposición transitoria tercera, letra c), de la LGT/2003, será de aplicación a los procedimientos iniciados antes de la fecha de entrada en vigor de la propia LGT/2003 el apartado 3 del artículo 188, relativo a la reducción del veinticinco por ciento de la sanción, cuando el ingreso se realice a partir de la entrada en vigor de esta ley. También se aplicará la reducción del veinticinco por ciento prevista en el apartado 3 del artículo 188 cuando a partir de la entrada en vigor de esta ley se efectúe el ingreso de las sanciones recurridas con anterioridad y se desista, antes del 31 de diciembre de 2004, del recurso o reclamación interpuesto contra la sanción y, en su caso, del recurso o reclamación interpuesto contra la liquidación de la que derive la sanción.

Son también de interés las disposiciones transitorias del Real decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario:

—Las normas sobre procedimiento serán de aplicación a todos los procedimientos sancionadores que se inicien a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea el régimen sancionador aplicable.

—A efectos de aplicar el régimen más favorable, se tendrá en cuenta el importe final de la sanción después de la aplicación, en su caso, de la reducción por acuerdo o conformidad, sin considerar la eventual aplicación de la

reducción prevista en el artículo 188.3 de la LGT/2003.

—La reducción prevista en el artículo 188.3 de la LGT/2003 también se aplicará a las sanciones que hubiesen sido recurridas antes de la entrada en vigor de la propia de la LGT/2003, siempre que concurran las dos siguientes circunstancias: a) que se desista antes del 31 de diciembre de 2004 del recurso o reclamación interpuesto contra la sanción y contra la liquidación de la que, en su caso, hubiera derivado la sanción, y b) que se efectúe el ingreso del importe restante de la sanción con anterioridad a que finalice el plazo de pago establecido en el artículo 62.2 de la LGT/2003. Dicho plazo se iniciará el día siguiente al de la notificación de la comunicación que efectúe el órgano competente una vez haya recibido el acuerdo del órgano administrativo, económico-administrativo o el auto judicial de archivo de actuaciones. A dicha comunicación se adjuntará carta de pago por el importe restante de la sanción.

## 6. Aplicación del título V

### 6.1. Entidades locales

La revisión en vía administrativa de los actos tributarios se regula en el título V de la LGT/2003. Su previsto desarrollo reglamentario está contenido en el Proyecto de reglamento general de revisión en vía administrativa (PRGRVA).

Ambas normas serán de aplicación, asimismo, en el ámbito de competencias de las entidades locales, sin perjuicio de las siguientes normas legales (cfr. artículo 1.3 del PRGRVA):

—La disposición adicional cuarta de la LGT/2003, que establece la esencial precisión de que la normativa aplicable a los tributos y restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales en materia de recurso de reposición y reclamaciones económico-administrativas, será la prevista en las disposiciones reguladoras de las haciendas locales (apartado 1).

Se añade, además, que lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 32 de la LGT será aplicable a la devolución de ingresos indebidos derivados de pagos fraccionados de deudas de notificación colectiva y periódica realizados a las entidades locales; y que las entidades locales, dentro del ámbito de sus competencias, podrán desarrollar lo dispuesto en la LGT/2003 mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales (apartados 2 y 3).

—La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

—El Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales.

Queda claro, por tanto:

a) Que conforme a los artículos 110 de la Ley 7/1985 y

14.1 del Texto refundido aprobado por el RDL 2/2004, los procedimientos especiales de revisión objeto de regulación en el capítulo II del título V de la LGT/2003 y enumerados en el artículo 216 de la misma, se regirán por la LGT/2003 y por el PRGRVA, en su integridad. La declaración de nulidad de pleno derecho corresponderá al Pleno de la corporación (artículo 110 citado).

b) Que conforme a los artículos 108 de la Ley 7/1985 y 14.2 del TRLHL, contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales sólo podrá interponerse, en principio, el recurso de reposición que regula dicho artículo 14.2. Es un recurso preceptivo, que sustituye y elimina la reclamación económico-administrativa (sin perjuicio de la posibilidad de ésta en los tributos de gestión compartida –IAE e IBI– cuando así lo establezca la ley, en cuyo caso la reposición será previa a tal reclamación).

Por tanto, y con tal salvedad, no serán de aplicación a las entidades locales en general los artículos 222 a 248 de la LGT/2003, rigiéndose por lo previsto en el artículo 14.2 del Texto refundido aprobado por el RDL 2/2004.

c) Sin embargo, para los denominados municipios de gran población, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introduce en la Ley 7/1985 dos modificaciones. En virtud de la primera, se da nueva redacción al artículo 108, manteniendo el carácter preceptivo del recurso de reposición en materia de tributos locales y restantes ingresos de Derecho público, así como la remisión a la Ley de haciendas locales –de la LHL– (artículo 14.2 de ésta), precisándose que este recurso tendrá carácter potestativo en los municipios considerados de gran población.

En virtud de la segunda, y trascendental, modificación, se crea un órgano especializado de carácter obligatorio, que habrá de existir necesariamente en todos los municipios a los que sea de aplicación el título X de la Ley 7/1985. Según la Exposición de motivos de la Ley 57/2003, “También se prevé la existencia de un órgano especializado para el conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre actos tributarios de competencia local, cuya composición y funcionamiento pretenden garantizar la competencia técnica, la celeridad y la independencia tan patentemente requeridas por los ciudadanos en este ámbito. Este órgano puede constituir un importante instrumento para abaratar y agilizar la defensa de los derechos de los ciudadanos en un ámbito tan sensible y relevante como el tributario, así como para reducir la conflictividad en vía contencioso-administrativa, con el consiguiente alivio de la carga de trabajo a que se ven sometidos los órganos de esta jurisdicción”.

El Reglamento orgánico por el que habrá de regirse

este órgano económico-administrativo regulado en el artículo 137 de la Ley 7/1985, habrá de dictarse de acuerdo, en todo caso, con lo establecido en la Ley general tributaria y en la normativa reguladora de las reclamaciones económico-administrativas, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias en consideración al ámbito de actuación y funcionamiento del órgano.<sup>42</sup>

Por tanto, para estos supuestos de municipios de gran población habrán de tenerse en cuenta los artículos 226 a 248 de la LGT/2003 y los artículos 29 a 63 del PRGRVA.

## 6.2. Declaración de nulidad de pleno derecho

### 6.2.1. Supuestos de nulidad

De la enumeración del artículo 216 de la LGT/2003 de los procedimientos especiales de revisión resultan dos novedades esenciales respecto al régimen de la LGT/1963: la introducción de la revocación, regulada en el artículo 219 y la supresión del procedimiento de anulabilidad del artículo 154 de la LGT/1963. Esta supresión es consecuencia del esfuerzo de adaptación a la Ley 30/1992, en la que suprimió el procedimiento de revisión por anulabilidad cualificada, si bien se llevan a la revocación las causas anteriores de anulabilidad del artículo 154.

Además, la revisión o declaración de nulidad de pleno derecho sufre en la LGT/2003 modificaciones significativas, destacando ante todo que se incorporan al listado de actos nulos aquellos que menciona el artículo 62 de la Ley 30/1992 y que no estaban presentes en la anterior regulación del artículo 153 de la LGT/1963:

–Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

–Los que tengan un contenido imposible.

–Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

La introducción de estas causas no supone propiamente una innovación en nuestro ordenamiento, toda vez que existe un consenso unánime acerca de la aplicación de estos motivos de nulidad en el ámbito tributario. Sin embargo, no lo es menos que la regulación conjunta y expresa de todos ellos aporta seguridad al ciudadano.

Por otra parte, también se introducen importantes innovaciones en los motivos tradicionalmente contenidos en el artículo 153 de la LGT/1963: a) se aclara, en coherencia con la Ley 30/1992, que la incompetencia que da lugar a la nulidad es la que deriva de la materia o del territorio, no así la jerárquica, y b) por el mismo motivo, la LGT ya no se refiere a los actos constitutivos de delitos, sino de infracción penal. De esta manera, queda clara la nuli-

42. Cfr., de nuevo, ARAGONÉS BELTRÁN, E.: “La organización económica de los entes locales en la Ley de medidas para la modernización del gobierno

local”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5.

dad de los actos que no constituyen delitos pero sí faltas.

### 6.2.2. Procedimiento

El procedimiento para declarar la nulidad de pleno derecho podrá iniciarse: a) por acuerdo del órgano que dictó el acto o de su superior jerárquico, y b) a instancia del interesado (artículo 217.2 de la LGT/2003 y artículo 4.1 del PRGRVA).

Se trata, como ha señalado la jurisprudencia, de una verdadera acción de nulidad, que no se identifica con un mero derecho de petición y obliga a la Administración a poner en marcha el procedimiento. Esta acción de nulidad no puede equipararse a una mera denuncia ni a una petición graciable, que sólo obliga a acusar recibo.

Según el artículo 217.3 de la LGT/2003, se podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del órgano consultivo, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando el acto no sea firme en vía administrativa.
- b) Cuando la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del apartado 1 del artículo 217.
- c) Cuando carezca manifiestamente de fundamento.
- d) En el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

El órgano competente para tramitar el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho será el que establezca su normativa específica (artículo 5.1 del PRGRVA).

En el procedimiento se dará audiencia al interesado y serán oídos aquellos a quienes reconoció derechos el acto o cuyos intereses resultaron afectados por el mismo (artículo 217.4.I de la LGT/2003). La audiencia es un trámite esencial, que garantiza los principios de contradicción y de defensa.

La declaración de nulidad requerirá dictamen favorable previo del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma, si lo hubiere (artículos 217.4.II de la LGT/2003 y 6.2 del PRGRVA). La mención al órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma es consecuencia de la doctrina contenida en la STC 204/1992, de 26 de noviembre.

Tratándose de actos de las entidades locales, la doctrina ha sustentado la procedencia del dictamen tanto del órgano estatal como del autonómico. Dependerá de las competencias en materia de régimen local que cada comunidad autónoma haya asumido, aunque no puede olvidarse que se trata de la aplicación de normas, como las tributarias, de competencia estatal.

El plazo máximo para notificar resolución expresa será de un año desde que se presente la solicitud por el interesado o desde que se le notifique el acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento. El transcurso de este plazo sin que se hubiera notificado resolución expresa

producirá los siguientes efectos: a) la caducidad del procedimiento iniciado de oficio, sin que ello impida que pueda iniciarse de nuevo otro procedimiento con posterioridad, y b) la desestimación por silencio administrativo de la solicitud, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado (artículo 217.6 de la LGT/2003).

### 6.3. Declaración de lesividad de actos anulables

No hay novedades destacables respecto de la regulación efectiva anterior, en que había de acudirse a la regulación de la Ley 30/1992.

Pero hay una diferencia importante en el plazo para proceder a efectuar la declaración de lesividad entre la regulación administrativa y la tributaria. Así, mientras que el artículo 103 de la Ley 30/1992 establece uno fijo de cuatro años, la LGT/2003 se remite al plazo de prescripción, que también es de cuatro años, pero es susceptible de interrupciones, por lo que puede alargarse de manera considerable.

Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la corporación, o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad (artículo 103.5 de la Ley 30/1992). A la declaración de lesividad de los actos de las entidades locales se refiere explícitamente el artículo 110.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local.

### 6.4. Revocación

#### 6.4.1. Actos revocables

Aunque la revocación no supone una novedad absoluta de la LGT/2003 en el ámbito tributario, la misma no estaba reflejada de forma expresa en la LGT/1963 y su regulación expresa en la LGT/2003 tiene un enorme interés, ya que se consagra legalmente esta figura, lo que puede suponer un fuerte impulso y tener importantes consecuencias prácticas.

Según el artículo 219 de la LGT/2003 sólo cabe la revocación de "actos en beneficio de los interesados". Normalmente serán de gravamen, pero no cabe descartar que el reconocimiento de un beneficio fiscal, acto declarativo de derechos, vaya a ser mejorado, por ejemplo convirtiéndose una bonificación en exención.

Las resoluciones dictadas en el procedimiento de revocación deberán ser motivadas (artículo 215.1 de la LGT/2003). Y habrán de basarse en alguna de las causas de revocación (delimitación positiva) del artículo 219.1, sin que se puedan transgredir los límites que señala el mismo precepto (delimitación negativa). La revocación tendrá lugar cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevinidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la

improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.

En la enmienda parlamentaria que dio origen a la mención de las “circunstancias sobrevenidas” se ponían algunos ejemplos de supuestos incluíbles en esta causa: “Sanciones firmes que han quedado sin causa, resultados lesivos consecuencia de la descoordinación de órganos, así como irregularidades de especial gravedad.” Son polémicas las cuestiones de si un cambio jurisprudencial puede valer como “circunstancia sobrevenida”, o de si la anulación de disposiciones reglamentarias tiene encaje en este supuesto. El artículo 73 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo, deja subsistentes los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general anulada.

La revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

#### 6.4.2. Plazo y legitimación

Según dispone el artículo 219.2 de la LGT/2003, la revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción (actualmente, cuatro años). Se separa así del artículo 105.1 de la Ley 30/1992, que señala que la revocación puede ser ejercitada en cualquier momento, si bien no cabe olvidar el contenido del artículo 106, que obliga a tener en cuenta “el tiempo transcurrido” para impedir el ejercicio intempestivo de la revocación.

Según el inciso inicial del artículo 219.3 de la LGT/2003, el procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio. Pero el artículo 10.1 del PRGRVA establece que el procedimiento de revocación se iniciará de oficio, sin perjuicio de que los interesados puedan promover su iniciación por la Administración competente. Se trata de una importante precisión introducida por la norma reglamentaria. De esta forma, los contribuyentes podrán dirigirse al órgano competente para solicitar la revocación de actos tributarios firmes en distintas situaciones.

#### 6.4.3. Competencia y procedimiento

El segundo inciso del artículo 219.3 de la LGT/2003 se limita a disponer que será competente para declarar la revocación el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto. Pero no debe ser sólo un órgano distinto, sino también un órgano superior y la doctrina ha insistido en que es el principio de jerarquía el que otorga a los órganos superiores, no sólo la facultad de dirigir a los inferiores, sino también la de revisar y revocar, en su caso, los actos emanados de éstos, como finalmente prevé el artículo 12.2 de la PRGRVA.

En el expediente se dará audiencia a los interesados y

deberá incluirse un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto (artículo 219.3.II de la LGT/2003). El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento (artículo 219.4.I). Transcurrido este plazo sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento. (artículo 219.4.II). Las resoluciones que se dicten en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa (artículo 219.5).

#### 6.5. Rectificación de errores

Recogiendo el principio general del artículo 105.2 de la Ley 30/1992 y lo anteriormente establecido en el artículo 156 de la LGT/1963, dispone ahora el primer párrafo del artículo 220.1 de la LGT/2003 que el órgano u organismo que hubiera dictado el acto o la resolución de la reclamación rectificará en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, los errores materiales, de hecho o aritméticos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción.

La rectificación de errores no constituye propiamente un procedimiento de revisión, pues no puede alcanzarse la anulación de los actos administrativos que hayan padecido los errores, sino que, por el contrario, se trata de evitar la pervivencia de simples errores patentes produciendo efectos que necesiten para su eliminación un procedimiento de revisión.

El plazo máximo para notificar la resolución expresa será de seis meses desde que se presente la solicitud por el interesado o desde que se le notifique el acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento. El transcurso de este plazo sin que se hubiera notificado resolución expresa producirá los siguientes efectos: a) la caducidad del procedimiento iniciado de oficio, sin que ello impida que pueda iniciarse de nuevo otro procedimiento con posterioridad, y b) la desestimación por silencio administrativo de la solicitud, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado.

#### 6.6. Devolución de ingresos indebidos

##### 6.6.1. Supuestos

La devolución de ingresos indebidos cuyo procedimiento se regula en el artículo 221 de la LGT/2003 es la que se define en el artículo 32 de la misma ley. Pero, a su vez, el artículo 221 regula tres cuestiones conceptualmente diferentes, a saber:

*Primero.* El reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en los supuestos del apartado 1 del precepto. Se trata de los “ingresos indebidos” propiamente dichos o *strictu sensu*.

*Segundo.* La ejecución de la devolución, que podrá

provenir de la anterior declaración o en virtud de un acto administrativo o una resolución económico-administrativa o judicial, mencionada en el apartado 2 del mismo artículo 221. Según esto, también será ingreso indebido, *lato sensu*, todo el que derive de un acto administrativo, una resolución económico-administrativa o de una resolución jurisdiccional.

*Tercero.* Rectificación de autoliquidaciones, mencionadas en el apartado 3 del artículo 221 y reguladas en el artículo 120.3 de la misma LGT/2003.

#### 6.6.2. Reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos

Se trata del supuesto propio de la genuina devolución de ingresos indebidos ("ingresos indebidos" propiamente dichos o *strictu sensu*), anteriormente regulados en el artículo 7.1 del Real decreto 1163/1990 y ahora en el artículo 221.1 de la LGT/2003. Este último precepto prescinde, acertadamente, de involucrar en la materia de devolución de ingresos indebidos la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, como hacía el apartado 2 del artículo 7 del Real decreto 1163/1990. El acto administrativo que acuerde rectificar el error será uno de los ejecutivos según el artículo 221.2 de la LGT/2003.

Esta genuina devolución de ingresos indebidos deriva del principio general consagrado en el artículo 1895 del Código civil, según el cual "Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla".

Los supuestos vigentes para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos son los cuatro siguientes, conforme al artículo 221.1 de la LGT/2003:

- a) Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones.
- b) Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación.
- c) Cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción.<sup>43</sup>
- d) Cuando así lo establezca la normativa tributaria.

La LGT/2003 no hace mención a la problemática que se deriva de los ingresos realizados en cumplimiento de una norma legal declarada posteriormente inconstitucional. Prevalece la llamada doctrina "prospectiva" de la

eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional, repetidamente aplicada por éste (cfr. el fundamento 8 de la reciente STC 193/2004, de 4 de noviembre de 2004, que anula la redacción originaria del artículo 90 de la Ley de haciendas locales, en la medida en que excluye del prorrateo por trimestres de las cuotas del impuesto de actividades económicas los supuestos de baja por cese en el ejercicio de actividades económicas).

El procedimiento será el previsto en el PRGRVA (artículos 17 a 19).

#### 6.6.3. Ejecución de la devolución

Según el artículo 221.2 de la LGT/2003, tanto cuando el derecho a la devolución se hubiera reconocido mediante el procedimiento previsto en el apartado 1 del mismo precepto, como cuando resulte en virtud de un acto administrativo o una resolución económico-administrativa o judicial, se procederá a la ejecución de la devolución en los términos que reglamentariamente se establezcan.

De esta forma, la LGT/2003 regula la ejecución de la devolución, que podrá provenir de la anterior declaración o en virtud de un acto administrativo o una resolución económico-administrativa o judicial. Según esto, también será ingreso indebido, *lato sensu*, todo el que derive de un acto administrativo, una resolución económico-administrativa o de una resolución jurisdiccional.

En tal sentido *lato sensu* regula el capítulo V del PRGRVA el "procedimiento de devolución de ingresos indebidos" (artículos 14 a 16).

#### 6.6.4. Actos firmes

La devolución de ingresos indebidos no significa prescindir del concepto de actos firmes, en los que la devolución sólo se producirá en los casos expresamente tasados por la ley.

Así lo establecía ya la disposición adicional segunda del Real decreto 1163/1990 y lo reitera el artículo 221.3 de la LGT/2003: ante un acto firme (sea de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones) sólo se puede solicitar la devolución en los siguientes casos:

- a) Revisión de actos nulos de pleno derecho.
- b) Revocación.
- c) Rectificación de errores.
- d) Recurso extraordinario de revisión, que exige la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: 1) aparición de documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictar-

43. Este supuesto de ingreso de deudas ya prescritas fue durante un tiempo polémico, por cuanto las STS de 6 y de 26 de junio de 1989 declararon que la prescripción ganada era renunciable, expresa o tácitamente, por quien la hubiera consumado a su favor, de acuerdo con el artículo 1935 del Código civil. Pero tanto el Real decreto 1163/1990 como Reglamento general de recaudación (Real decreto 1684/1990, de 20 de diciembre: artículo 60) siguieron el criterio opuesto.

Este cambio de orientación en la normativa reglamentaria originó, a su vez, la corrección de la anterior doctrina jurisprudencial (STS de 8 de febrero de 1995, de 14 de febrero de 1997, 12 de noviembre de 1998 y de 8 de febrero de 2002).

La LGT/2003 zanja definitivamente esta cuestión, mediante norma de rango legal.

se los mismos y que evidencien el error cometido; 2) que al dictar el acto o la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquella resolución, y 3) que el acto o la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

#### 6.6.5. Rectificación de autoliquidaciones

Los criterios del Real decreto 1163/1990 han pasado a tener rango legal en la LGT/2003, debiendo destacarse ya que esta materia de impugnación de autoliquidaciones no ha sido regulada en el PRGRVA, que mantiene la vigencia de los artículos 8 y 9 y de la disposición adicional tercera de aquél, que regulan esta materia.

Según el artículo 221.4 de la LGT/2003, cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido, podrá instar la rectificación de la autoliquidación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 120 de esta ley. Y de acuerdo con este último precepto, cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente.

### 6.7. Recurso de reposición

El recurso de reposición contra los actos de aplicación de los tributos locales se rige, como ha quedado adelantado, por la normativa específica contenida en el artículo 14.2 del TRLHL.

La regulación de los artículos 222 a 225 de la LGT/2003 no es, por tanto, aplicable directamente a las haciendas locales, si bien son de aplicación, por su carácter o por vía de remisión, las siguientes normas:

#### 6.7.1. Plazo para resolver

La letra l) del artículo 14.2 refiere el plazo al momento de dictarse la resolución, pero debe prevalecer la regla general del artículo 104.1 de la LGT/2003, según el cual ha de estarse al momento de la notificación de la resolución.

En el cómputo del plazo ha de tenerse en cuenta la posibilidad de comunicación a otros interesados o la audiencia para extender la revisión a otras cuestiones, tal como recoge la letra l) citada, en relación con las letras j) y k) del mismo artículo 14.2 del TRLHL.

Además, regirá la regla general del artículo 104.2 de la LGT/2003, al que se remite con carácter general el artículo 214.3 de la misma ley: a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de

notificación que contenga el texto íntegro de la resolución. Los períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución.

#### 6.7.2. Intereses de demora

Será de aplicación al recurso de reposición local la regla general del artículo 26.4 de la LGT/2003, ya comentada, al que se remiten los artículos 224.5 y 225.3.III: transcurrido el plazo máximo para resolver sin haberse notificado resolución expresa, y siempre que se haya acordado la suspensión del acto recurrido, dejará de devengarse el interés de demora en los términos previstos en el artículo 26.4.

Por tanto, transcurridos los plazos para notificar la resolución del recurso de reposición, se dejarán de exigir intereses de demora, lo cual supone un incentivo real e importante para la resolución expresa de los recursos, porque de la resolución en plazo se sigue el devengo normal de intereses de demora que, por el contrario, se detiene en caso de incumplirse el plazo.

#### 6.7.3. Suspensión

La letra i) del artículo 14.2 del TRLHL remite, en cuanto a la suspensión del acto impugnado, a la aplicación de los reales decretos 2244/1979 (recurso de reposición previo al económico-administrativo) y 391/1996 (Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas). El texto refundido debió haber sustituido estas remisiones por las correspondientes a los artículos 224 y 233 de la LGT/2003, donde se regulan ahora, en normas de rango legal, estas cuestiones, en lugar de seguir haciéndolo a normas reglamentarias que van a ser objeto de derogación inmediata, a través del PRGRVA.

En la LGT/2003 el régimen de la suspensión en el recurso de reposición es más severo y restrictivo incluso que el propio de las reclamaciones económico-administrativas, pues en aquél sólo es posible la suspensión si se aporta alguna de las llamadas garantías típicas (depósito de dinero o valores, aval bancario o fianza personal), mientras que en las reclamaciones cabe la suspensión con otras garantías e incluso sin garantía.

Tratándose de la vía administrativa previa de recurso en materia de tributos estatales, los reclamantes que no puedan disponer de alguna de estas garantías típicas quedarán forzados a prescindir del recurso de reposición y habrán de acudir directamente a la reclamación económico-administrativa.

Como esta posibilidad no existe en materia de tributos locales, en que la reposición es preceptiva y obligatoria, además de ser el único recurso posible, habrá de estarse en materia de suspensión, en suma, a lo previsto en el artículo 233 de la LGT/2003 y normas reglamen-

tarias de desarrollo de éste.

En síntesis, la suspensión será automática cuando se presente algunas de las garantías típicas del artículo 233.2 (depósito de dinero o valores públicos; aval bancario; fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria).

Pero cuando el interesado no pueda aportar esas garantías, se acordará la suspensión previa prestación de otras garantías que se estimen suficientes (artículo 233.3).

Además, se podrá suspender la ejecución del acto con dispensa total o parcial de garantías cuando dicha ejecución pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación, pero se podrá modificar la resolución sobre la suspensión cuando se aprecie que no se mantienen las condiciones que motivaron la misma, cuando las garantías aportadas hubieran perdido valor o efectividad, o cuando conozca de la existencia de otros bienes o derechos susceptibles de ser entregados en garantía que no hubieran sido conocidos en el momento de dictarse la resolución sobre la suspensión (artículo 233.4).

#### 6.7.4. Actos censales

Tiene gran interés para los tributos locales la regla del artículo 224.1.III de la LGT/2003, según la cual si la impugnación afectase a un acto censal relativo a un tributo de gestión compartida, no se suspenderá en ningún caso, por este hecho, el procedimiento de cobro de la liquidación que pueda practicarse. Ello sin perjuicio de que, si la resolución que se dicte en materia censal afectase al resultado de la liquidación abonada, se realice la correspondiente devolución de ingresos.

Por tanto, ni siquiera mediante la aportación de garantía típica se suspenderá el procedimiento de cobro de la liquidación derivada de un acto censal que se impugna en liquidación.

Se trata de una materia muy polémica en la práctica, consecuencia de la llamada gestión compartida o bifronte de dos concretos impuestos locales: el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) y el impuesto sobre actividades económicas (IAE). En ellos, la Administración Tributaria del Estado mantiene las llamadas gestiones catastral y censal, mientras que las administraciones locales ostentan la gestión liquidatoria, consecuencia de aquéllas.

Si se impugna el acto catastral (así, típicamente, la fijación del valor catastral) o censal (típicamente, la calificación de la actividad), se suscita el problema de si tal impugnación produce efectos suspensivos sobre la posibilidad de girar liquidaciones por los respectivos

ayuntamientos.

La respuesta es negativa, tanto en la normativa previa a la LGT/2003 como en la contenida en este precepto. Pero ha de advertirse: primero, que llama la atención que esta cuestión se regule exclusivamente en el recurso de reposición cuando es común con las reclamaciones económico-administrativas; y segundo, que la norma establece que “por este hecho” (la impugnación) no se suspenderá el procedimiento de cobro de la liquidación que pueda practicarse.

Ello quiere decir que, no obstante la presente norma, siempre cabrá interesar y acordar la suspensión, pero ésta no se regirá por la normativa específicamente tributaria de suspensiones, sino por la general contenida en el artículo 111 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común.

Así se recoge explícitamente en el párrafo último del artículo 4.1 del Real decreto 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del impuesto sobre actividades económicas: la interposición del recurso de reposición o reclamación económico-administrativa contra los actos censales no originará la suspensión de los actos liquidatorios subsiguientes, salvo que así lo acuerde expresamente el órgano administrativo o el tribunal económico-administrativo competente, de conformidad con el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Aunque en materia de IBI, las normas legales al respecto parecen, literalmente entendidas, excluir en todo caso la suspensión en casos de impugnación de valores catastrales,<sup>44</sup> tal entendimiento sería manifiestamente inconstitucional, pues la doctrina del Tribunal Constitucional incluye el derecho a la tutela cautelar dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Ha entenderse, por tanto, que rige el mismo criterio que en materia de IAE: por el solo hecho de la impugnación del acto catastral no se suspende el procedimiento de cobro de la liquidación, ni rige tampoco el régimen específico de suspensión tributaria, pero sí el general del artículo 111 de la Ley 30/1992.

En la práctica, este sistema produce muy indeseables efectos, porque el sistema impugnatorio vigente determina que la impugnación de los actos catastrales o censales se demore mucho más tiempo que la impugnación de los actos liquidatorios. Ello obliga, si se quiere obtener la suspensión de las liquidaciones, a impugnar éstas, en recursos condenados al fracaso, y finalmente ingresarlas hasta que se resuelva la impugnación de acto catastral o censal.

En ese momento, sin embargo, el texto del artículo 224.1.III de la LGT/2003, se producirá, en su caso, una

44. Cfr., no obstante, el artículo 12.4 del Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (RDL 1/2004) que admite la suspensión en casos de

imposible o difícil reparación.

trascendental consecuencia: si la resolución que se dicte en materia censal afectase al resultado de la liquidación abonada, ha de realizarse la correspondiente devolución de ingresos.

#### **6.8. Reclamaciones económico-administrativas**

La nueva regulación (artículos 226 a 248 de la LGT/2003 y 29 a 63 del PRGRVA) sólo tendrá interés en materia de tributos locales en dos casos:

a) Cuando la vía económico-administrativa sea preceptiva contra los actos dictados por la Administración estatal (o por delegación de ella) en la gestión catastral o censal de los tributos de gestión compartida. A ello se refieren explícitamente las letras a) y ñ) del artículo 14.2 del TRLHL.

b) En los municipios de gran población, en los que el Reglamento orgánico por el que habrá de regirse el órgano económico-administrativo regulado en el artículo 137 de la Ley 7/1985, habrá de dictarse de acuerdo, en todo caso, con lo establecido en la Ley general tributaria y en la normativa reguladora de las reclamaciones económico-administrativas, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias en consideración al ámbito de actuación y funcionamiento del órgano.<sup>45</sup>

En lo demás, como es sabido, no cabe acudir a la vía económico-administrativa, o dicho con más rigor, la vía económico-administrativa propia de los tributos locales viene constituida por el recurso obligatorio de reposición del artículo 14.2 del TRLHL. ■

---

45. Cfr., otra vez, ARAGONÉS BELTRÁN, E.: "La organización económica de los entes locales en la Ley de medidas para la modernización del gobierno local", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5.

**La Administración local ante la justicia: las nuevas entidades locales y su control jurisdiccional.  
Algunas propuestas de *lege ferenda***

1. Introducción.
2. La injustificada restricción del acceso al Tribunal Supremo por parte de las entidades locales.
3. La representación y defensa de las entidades locales: propuestas para un replanteamiento de la cuestión.

Carlos Romero Rey  
*Letrado del Tribunal Supremo*

## 1. Introducción

El objetivo del presente estudio no es llevar a cabo un análisis doctrinal o jurisprudencial sobre cómo se lleva a cabo el enjuiciamiento de la actividad que desarrollan las entidades locales por parte de los tribunales de justicia, ni siquiera de las peculiaridades jurídicas que puedan existir en ese enjuiciamiento. Mi objetivo es mucho más limitado y pretende lanzar determinadas ideas o propuestas que, a mi juicio, pudieran resultar positivas para que, una vez debatidas, puestas en cuestión o contradichas, puedan, en su caso, materializarse a través de las iniciativas que resulten del Libro blanco o de cualquier otro instrumento capaz de incidir en la actividad de la Administración local.

La importancia del tema resulta evidente si tenemos en cuenta –creo que todos somos conscientes de ello– la incidencia que tiene en la vida local el control jurisdiccional de la actividad de nuestras entidades, control que no viene sino a garantizar el pleno cumplimiento del principio de legalidad por parte de nuestras corporaciones y el pleno respeto a los derechos de los ciudadanos.

La intervención de los juzgados y tribunales respecto de la Administración local no sólo debe contemplarse como un límite negativo a lo que podemos o no podemos hacer, sino también como ilustrativo de los criterios o líneas de actuación en la búsqueda del interés general, objetivo que nos incumbe a todos.

Resultaría deseable, eso sí, que en este ámbito existiera una mayor reciprocidad, es decir, que no sólo en las entidades locales ha de existir la preocupación por tener un más profundo conocimiento de la realidad normativa de nuestro ordenamiento jurídico y de los criterios y resoluciones que dictan nuestros tribunales de justicia respecto de las entidades locales; sino que igualmente considero que resulta absolutamente necesario y urgente que por parte de los órganos jurisdiccionales se tenga un conocimiento suficiente de las instituciones locales, del Derecho aplicable a las mismas, de la peculiar posición de estas corporaciones como Administración más cercana al ciudadano y, en definitiva, de la realidad con la que han de enfrentarse cada día quienes, desde sus respectivas posiciones, prestan sus servicios y su esfuerzo en la Administración local.

Dos son las concretas cuestiones en las que quiero centrar este estudio y que constituyen cuestiones que, a mi juicio, resultan preocupantes y merecerían una profunda reflexión por parte del legislador y por parte de los que, de una forma u otra, nos dedicamos a la Administración local.

La primera de dichas cuestiones es la injustificada restricción del acceso al Tribunal Supremo por parte de las corporaciones locales, y la segunda va referida a la representación y defensa en juicio de las entidades locales y cómo habría de ser regulada la misma para dotarla de una mayor economía y eficacia.

## 2. La injustificada restricción del acceso al Tribunal Supremo por parte de las entidades locales

Por lo que hace referencia a la primera de las cuestiones, la jurisdicción contencioso-administrativa, que va a ser la jurisdicción que ordinariamente conozca de la mayor parte de los asuntos relativos a la Administración local, ha llevado a cabo recientemente una redistribución de competencias entre sus distintos órganos jurisdiccionales. Así, y como consecuencia de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica del Poder Judicial, se llevan a cabo igualmente una serie de modificaciones en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En virtud de dichas modificaciones, los juzgados de lo contencioso-administrativo, es decir, los órganos unipersonales que comenzaron su actividad en 1998, a partir del 15 de enero de 2004 (fecha de entrada en vigor de la reforma), y de acuerdo con el artículo 8.1 de la Ley jurisdiccional en su nueva redacción, “[...] conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico”.

El precepto parece, en principio, bastante claro: los juzgados de lo contencioso-administrativo van a conocer de todos los recursos que se interpongan frente a los actos de la Administración local excepto las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.

En realidad hay otra excepción en cuanto a las materias que se atribuyen a los juzgados de lo contencioso, porque las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia van a continuar siendo competentes para conocer de los recursos que se interpongan contra las disposiciones de carácter general [artículo 10.1.b) de la Ley jurisdiccional], es decir, los recursos que se interpongan contra las ordenanzas y los reglamentos locales no van a ser resueltos por los juzgados sino por los tribunales superiores de justicia.

Una de las dudas que plantea el artículo 8.1 antes citado es si la referencia a los “instrumentos de planeamiento urbanístico” no resulta superflua, por cuanto existe hoy coincidencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en considerar a los planes urbanísticos como normas jurídicas de carácter reglamentario, esto es, disposiciones de carácter general; con lo cual y en atención a tal circunstancia, los recursos que se interpongan contra los mismos serían competencia, en cualquier caso, de los tribunales superiores de justicia, al ser los órganos competentes para conocer de los recursos que se interpongan contra las disposiciones de carácter general.

La interpretación de ese precepto se complica aún más, si tenemos en cuenta que la materia del planeamiento urbanístico pertenece a la competencia legislativa exclusiva de las comunidades autónomas y, si atendemos a la legislación urbanística comparada en materia urbanística, cabe apreciar la aparición de instrumentos absolutamente novedosos para el urbanismo español tradicional cuya inserción en el concepto “instrumentos de planeamiento urbanístico” puede ocasionar serias dudas que habrán de resolverse caso por caso y teniendo en cuenta la legislación urbanística de cada comunidad autónoma e incluso cada instrumento en concreto.

Pero no nos interesa ahora analizar las dudas interpretativas que pueda suscitar el precepto al que antes hemos hecho referencia, lo que resulta necesario destacar es que toda la actividad de la Administración local (a excepción de las disposiciones de carácter general) va a resultar de la competencia de los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo. Esta circunstancia puede tener una lectura positiva en términos de una mayor rapidez en cuanto a la resolución de los recursos, un procedimiento más ágil, que en un buen número de ocasiones se tramitará conforme al procedimiento abreviado, con concentración de trámites en el acto de la vista que se va a llevar a cabo bajo los principios de la oralidad y la inmediación, lo que, sin duda, ha de considerarse positivo.

Pero cabe efectuar también una lectura negativa y a este respecto resulta curioso comprobar cómo la doctrina ha centrado sus críticas respecto de las competencias de los juzgados unipersonales en la ruptura con el tradicional principio de colegialidad que en España había tenido la jurisdicción contencioso-administrativa, obviando un aspecto que, a mi juicio, es el que puede resultar gravemente perturbador y que requeriría una respuesta del legislador. Este aspecto va a ser el hecho de que toda la actividad de la Administración local (a excepción de las disposiciones de carácter general) queda sustraída de la posibilidad de recurso de casación o de casación para la unificación de doctrina. Ello es así porque tales recursos (artículos 86.1 y 96.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), por lo que a nosotros ahora nos interesa, únicamente pueden interponerse contra las sentencias dictadas en única instancia por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia.

Si a ello unimos el limitado alcance del recurso de casación en interés de la ley (artículo 100 de la Ley jurisdiccional), esta restricción de la actividad de las corporaciones locales en cuanto a la posibilidad de casación, hemos de valorarla muy negativamente, al excluirse la parte sustancial de la actividad de las corporaciones locales de la posibilidad del recurso de casación y, por tanto, de la función nomofiláctica y uniformadora que a través del mismo lleva a cabo el Tribunal Supremo en defensa del ordenamiento jurídico y de su correcta interpretación.

Si tenemos en cuenta que una buena parte de la normativa que rige a nuestras entidades locales viene constituida por normativa básica estatal, que pueden existir hasta un total de diecisiete interpretaciones jurídicas diferentes de tal normativa y que no va a existir un órgano supremo que pueda llevar a cabo una labor uniformadora o resolver las posibles divergencias que puedan existir entre unas y otras interpretaciones, esta situación no sólo nos parece digna de lamentar sino igualmente generadora de una peligrosa inseguridad jurídica en un ámbito, el de la Administración local, donde precisamente es más necesaria la existencia de mayores dosis de seguridad jurídica.

En este contexto, que se recurra como argumento para justificar las restricciones que se imponen en cuanto al acceso a la casación a la “abrumadora carga de trabajo que pesa sobre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo” no sólo nos parece un argumento carente del más mínimo rigor, sino además poco respetuoso con el ciudadano y en este caso igualmente con la Administración local que, una vez más, se ve situada en un plano de inferioridad respecto de otras administraciones, sin consideración alguna al hecho de que, precisamente por ser la Administración más cercana al ciudadano, es la que requiere mayores dosis de seguridad jurídica.

La solución, no obstante, sería fácil y consistiría simplemente en una ligera modificación del artículo 96 de la Ley jurisdiccional que permitiera interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina no sólo contra las sentencias dictadas en única instancia por los tribunales superiores de justicia, sino también contra las sentencias dictadas en segunda instancia por tales tribunales. Pensemos, además, que en el proceso civil son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las audiencias provinciales (artículo 477.2 de la Ley de enjuiciamiento civil) y que en el proceso laboral son recurribles en casación para la unificación de doctrina las sentencias dictadas en suplicación, esto es, en segunda instancia por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia (artículo 216 de la Ley de procedimiento laboral).

### 3. La representación y defensa de las entidades locales: propuestas para un replanteamiento de la cuestión

La segunda de las cuestiones a la que voy a referirme, tal como ya dije anteriormente, es la representación y defensa en juicio de las entidades locales y cómo habría de ser regulada la misma para dotarla de una mayor economía y eficacia, especialmente teniendo en cuenta que una buena parte de nuestros municipios y mancomunidades carecen de una infraestructura y una economía suficiente para asumir por sí mismos la defensa en juicio y otros aspectos de la vida jurídica local.

Para comenzar, hemos de tomar nota de cómo se lleva a cabo la representación y defensa de otras administraciones territoriales y posteriormente vamos a ver cuál es la situación en la Administración local.

Por lo que se refiere al Estado, el artículo 1.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, señala que “La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de cuyo director dependen sus unidades, denominadas abogacías del Estado”. Existe, pues, en el ámbito estatal una exclusividad en cuanto a la representación y defensa en juicio del Estado, que se atribuye a los abogados del Estado.

Por lo que se refiere a las comunidades autónomas, ha de acudirse a su propia normativa. Si tomamos como ejemplo la Comunidad Autónoma de Extremadura, de conformidad con la Ley 8/1985, de 26 de noviembre, de comparecencia en juicio de la Junta de Extremadura (artículo 3), “La representación y defensa de la Junta de Extremadura y la de su Administración institucional, en juicio y fuera de él, corresponde con carácter general al Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, que la ejercerá a través de los letrados que se encuentren en cada momento integrados en el mismo o estén expresamente habilitados para ello”. Existe igualmente una exclusividad a favor de los letrados de la Junta de Extremadura en cuanto a la representación y defensa de nuestra comunidad autónoma que únicamente cederá en los supuestos, que obviamente han de calificarse de excepcionales dada la redacción del precepto antes citado, en que el presidente de la Junta (artículo 14 del Decreto 46/1989, de 6 de junio, de organización y funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura) encomiende la defensa procesal de los intereses de la Administración a abogados en ejercicio ajenos a la Administración.

Qué ocurre, sin embargo, en lo que respecta a nuestras entidades locales. El artículo 54.4 del Real decreto legislativo 781/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, se remite en esta materia a lo dispuesto en la Ley orgánica del Poder Judicial. Lo mismo hace el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, que en su artículo 221.2 señala, además, que “[...] la representación y defensa en juicio de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de los mismos, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda”; previsión ésta análoga a la contenida en el artículo 551.3 de la

Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en la redacción dada por la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), que únicamente añade a lo ya dicho la posibilidad de representación y defensa de la Administración local por parte de los abogados del Estado.

Como vemos, a diferencia de lo que ocurre con la Administración General del Estado y con la Administración autonómica, no existe para la Administración local una forma única de representación y defensa en juicio, y las posibilidades de llevar a cabo la misma son múltiples:

1) Cabe la posibilidad de que lleven a cabo esa representación y defensa los letrados de sus servicios jurídicos, en caso de que los tengan.

2) Cabe la posibilidad de que acudan a profesionales privados: bien a un abogado colegiado o bien a un abogado que se ocupe de la defensa y a un procurador que asuma la representación del ente local.

3) Cabe la posibilidad también de que comparezcan representados y defendidos por el Abogado del Estado; para ello, y de acuerdo con el artículo 16 del Real decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, previamente habrá de celebrar la correspondiente entidad local un convenio con el Ministerio de Justicia en el que deberá preverse la contraprestación económica a satisfacer por la corporación local al Estado.

4) Y caben finalmente otras fórmulas que tradicionalmente vienen siendo utilizadas, como son la representación y defensa por los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales [que conforme al artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, tienen entre sus competencias propias “La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión”] o de las comunidades autónomas uniprovinciales.

La cuestión que inmediatamente surge es si realmente está justificada esta multiplicidad de opciones para llevar a cabo una función tan esencial y que puede ser tan trascendente para una entidad local, cual es la representación y defensa de la misma en juicio.

No cabe duda de que las razones que han dado lugar a esa exclusividad en cuanto al ejercicio de la defensa y representación del Estado y de la comunidad autónoma a favor de los abogados del Estado y de los letrados de cada comunidad autónoma, resultan plenamente trasladables, a mi juicio, en lo que se refiere a la representación y defensa de las corporaciones locales.

Tales razones hay que buscarlas en la necesidad de contar con un cuerpo profesionalizado que asuma dicha función con exclusividad y dentro de la propia estructura administrativa, así como en el menor coste derivado de contar con una representación y defensa propia que la resultante de externalizar tal función recurriendo a profesionales colegiados externos.

Estas razones parecen evidentes. Sin embargo, existen otras más que no pueden dejar de tomarse en consideración a la hora de optar por un modelo “administrativo” de representación y defensa de la Administración: en primer lugar, no cabe duda de que la proliferación normativa a la que estamos asistiendo en los últimos tiempos, con una pluralidad de instancias productoras de normas (normas internacionales, el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, las normas estatales, las normas autonómicas y su complejo sistema de interrelación según corresponda al Estado o a la comunidad autónoma la competencia material sobre la materia de que se trate, normas locales, etc.) hace imprescindible superar modelos caducos de defensa judicial que operaban con unas pocas normas y que, en general, no contemplaban las especialidades que ha de implicar la defensa de una administración pública. De ahí la necesidad de contar con una representación y defensa especializada capaz de hacer valer en el proceso las singularidades de la Administración, capaz de contemplar globalmente la organización y funcionamiento de la Administración de que se trate y capaz también de ilustrar al juzgador que, desgraciadamente, en muchas ocasiones no va a conocer suficientemente la realidad de la Administración, acerca del porqué de la concreta decisión administrativa que se esté enjuiciando.

Por otro lado, el recurso a profesionales externos a la Administración, sin perjuicio de que en muy concretos y especializados casos pueda resultar útil, no se encuentra justificado en la inmensa mayoría de las ocasiones: en primer lugar, porque, al no encontrarse inmersos en la estructura administrativa, su conocimiento de ésta necesariamente va a ser parcial y limitado; en segundo lugar, porque el coste de esa defensa y representación, sin duda, va a ser muy superior al de la existencia de un cuerpo administrativo propio en la forma a la que luego haremos referencia. Coste que, además no sólo va a venir representado por la contratación de tales profesionales externos, sino que igualmente puede incrementarse ante el escaso estímulo que puedan suscitar para estos profesionales determinadas soluciones extra-judiciales, como un detallado análisis de los recursos en vía administrativa, la estimación total o parcial de tales recursos cuando resulte procedente o, incluso, la posibilidad de acudir a la terminación convencional de los procedimientos y llegar a acuerdos con los interesados. Una mención aparte merecería, asimismo, el serio quebranto que a los principios de mérito y capacidad podría suponer el recurso a profesionales externos cuando la contratación de los mismos no va precedida de un expediente en el que quede debidamente constatada la solvencia técnica del profesional al que se recurre y las razones de la elección del mismo frente a otros profesionales.

Todo lo anterior ilustra, a mi juicio, la conveniencia o, mejor dicho, la necesidad de contar con profesionales

de la Administración para llevar a cabo la representación y defensa en juicio de nuestras entidades locales.

Como ya hemos dicho con anterioridad, el panorama normativo actualmente no diseña una exclusividad a favor de letrados de la Administración local, sino que, por el contrario, permite una pluralidad de opciones diversas. Es interesante comprobar, no obstante, como el panorama empieza a moverse. Así, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introduce en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, la asesoría jurídica de los municipios de gran población, señalando en su artículo 129 lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de las funciones reservadas al secretario del Pleno por el párrafo e) del apartado 5 del artículo 122 de esta ley, existirá un órgano administrativo responsable de la asistencia jurídica al alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos, comprensiva del asesoramiento jurídico y de la representación y defensa en juicio del ayuntamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 447 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (actualmente artículo 551.3 de dicha ley orgánica).

“2. Su titular será nombrado y separado por la Junta de Gobierno Local, entre personas que reúnan los siguientes requisitos:

“a) Estar en posesión del título de licenciado en Derecho.

“b) Ostentar la condición de funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional, o bien funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente.”

Parece que, al menos, en los municipios de gran población se empieza a reconocer una exclusividad en cuanto a la representación y defensa en juicio del ayuntamiento a favor de los letrados que formen parte de esa asesoría jurídica.

Ahora bien, qué ocurre con el resto de entidades locales y, particularmente, qué ocurre con aquellos municipios que por su tamaño o economía no puedan contar con letrados propios que se ocupen de su representación y defensa en juicio.

La solución, a mi juicio, pasaría igualmente en estos casos, e incluso mejor dicho, especialmente en estos casos, por establecer una exclusividad a favor de letrados de Administración local. La forma de articular lo anterior haría conveniente una intervención legislativa que estableciera claramente para todas las entidades locales que la representación y defensa en juicio ha de corresponder a los letrados de sus servicios jurídicos propios, en caso de que los tengan y en caso de no contar con ellos, la necesaria intervención de los servicios jurídicos de la correspondiente Diputación Provincial o, en su caso, comunidad autónoma uniprovincial.

La anterior regla únicamente debería admitir una serie de excepciones:

–En aquellos casos singulares en que su propia especialidad, dada la materia u otras circunstancias concurrentes debidamente valoradas, resulte conveniente acudir a un abogado colegiado externo, especializado en esa singular materia.

–Cuando la existencia de un posible conflicto de intereses entre la entidad local y la Diputación Provincial o entre dos corporaciones locales de una misma provincia entre sí impida la representación y defensa por parte de la citada Diputación Provincial.

–Cuando por parte de la Diputación Provincial se deniegue motivadamente la representación y defensa ante la insostenibilidad de la pretensión.

Evidentemente, lo anterior exigiría igualmente una obligatoriedad por parte de las diputaciones provinciales de prestar tal servicio de representación y defensa en juicio de todas las entidades locales en condiciones adecuadas, con medios suficientes y con un estudio previo en cada caso de la sostenibilidad de la pretensión que ahorrara procesos innecesarios y que otorgase una mayor solidez a la posición de la Administración local que se ve inmersa en un proceso judicial.

Son escasísimas las ocasiones que se acude a mecanismos como el previsto en el artículo 54.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que dispone que “Si el defensor de la Administración demandada estima que la disposición o actuación administrativa recurrida pudiera no ajustarse a Derecho, podrá solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo de veinte días para comunicar su parecer razonado a aquélla”; mecanismo éste que puede contribuir a evitar procesos innecesarios cuya sola existencia o las dilaciones a las que puede dar lugar pueden agobiar financieramente, aún más si cabe, a muchas entidades locales.

Considero, en definitiva, que las ideas o propuestas a las que he hecho referencia merecerían una seria reflexión por parte del legislador, por parte de las administraciones públicas aquí implicadas y les invito asimismo a que entre todos (responsables políticos y personal de las entidades locales) busquemos las mejores opciones para que la búsqueda del interés general, fin último al que debe tender toda Administración, quede garantizado y resulte, además, correctamente defendido. ■

## La Administración local, promotora ante la siniestralidad laboral (consecuencias jurídicas “sancionatorias”)

1. Introducción y consideraciones previas.
2. ¿Qué consecuencias se derivan de un accidente laboral por contravención de la normativa de prevención de los riesgos laborales?
3. La Administración pública como sujeto obligado de la norma preventiva.
4. ¿Cuáles son las especialidades normativas en materia preventiva aplicables a la Administración respecto de su personal?
5. ¿Es aplicable el REAITAP a la Administración local?
6. ¿Cuál es el concepto normativo de promotor?
7. ¿Regula la LOE la prevención de riesgos laborales de los promotores?
8. ¿Cuáles son las disposiciones específicas de la Administración promotora en materia preventiva?
9. Conforme al Real decreto 1627/1997, ¿cuáles son las obligaciones del promotor en materia de prevención de riesgos laborales?
10. ¿Qué responsabilidad en materia preventiva tiene la Administración pública cuando actúa como promotor y dónde se regula?
11. ¿Significa esto que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede sancionar a la Administración pública cuando actúa como promotor?
12. En los supuestos de que la Administración promotora sea constructora, ¿le exime la subcontratación de responsabilidad en materia preventiva?
13. Vista la exclusión de la sanción administrativa a la Administración promotora por infracciones preventivas de riesgos laborales, ¿es predicable ello en todo caso del ejercicio del *ius puniendi*?

Santiago Milans del Bosch  
*Magistrado especialista de lo contencioso-  
administrativo, en excedencia.  
Abogado*

## 1. Introducción y consideraciones previas

La prevención de riesgos laborales es un mandato universal dirigido a todos cuantos intervienen en el proceso productivo. El de la construcción es, en nuestra sociedad y entorno, el que más riesgos laborales ostenta o, a juzgar por la alta siniestralidad, en el que peor se prevén o menos se atienden.

La encomienda a los poderes públicos que hace el artículo 40.2 de la Constitución, como uno de los principios rectores de la política social y económica, de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, conllevó a la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo. Esto ha tenido lugar con la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL), norma básica que regula, entre otras cuestiones, el régimen de prevención exigible a cuantos intervienen en el proceso productivo. Esta ley se desarrolla o complementa con otras normas, de inferior rango, en donde se regulan las disposiciones mínimas de seguridad en determinados sectores de la actividad productiva. Todo este elenco normativo es, junto al resto de normas legales o convencionales que contienen prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas, lo que como tal se encuadra dentro del concepto "normativa sobre prevención de riesgos laborales".

La prevención de riesgos laborales es, pues, algo obligatorio (exigible, incluso, a niveles pactados convencionalmente) para toda prestación de servicios por parte de otro, el trabajador, que los presta por cuenta y riesgo de aquél dentro de su dirección y organización, a cambio de una remuneración. Es claro que ello también incumbe a la Administración, cuando ésta es la receptora directa o indirecta de los servicios de sus trabajadores (funcionarios o "laborales") o los del contratista en los casos en que es la titular del centro de trabajo o se trate de una obra pública actúa como promotor de viviendas, competencia municipal, ésta, expresamente prevista en el artículo 63.d) de la Ley municipal y del régimen local de Cataluña.

## 2. ¿Qué consecuencias se derivan de un accidente laboral por contravención de la normativa de prevención de los riesgos laborales?

El accidente laboral que tiene su causa en el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales puede dar lugar a una cuádruple responsabilidad que, dada su distinta naturaleza, tiene diferente alcance y afecta a diferentes sujetos:

1. Responsabilidad administrativa sancionadora, con su propio régimen de infracciones, sanciones y

procedimiento, cuyo conocimiento compete, en Cataluña, al Departamento de Trabajo a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cuando la posición de empresario la ostenta una administración, la responsabilidad administrativa no es de tipo sancionador (sí corrector).

2. Responsabilidad laboral, mediante los recargos (que van del 30 al 50%) en las prestaciones de la Seguridad Social. Dicha responsabilidad, que se regula en la Ley general de la Seguridad Social, sí es posible imputarla a la Administración empleadora.

3. Responsabilidad penal, en su caso, dada la tipificación del delito contra los derechos de los trabajadores en el Código penal. La acción puede ejercitarla tanto el propio perjudicado como el Ministerio Fiscal; e, incluso, un tercero en calidad de actor popular (p. ej., un sindicato). La autoridad o funcionario de la Administración responde, al igual que el resto de los ciudadanos, por actos propios, en base al principio de culpabilidad subjetiva.

4. Responsabilidad civil por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento en materia preventiva. Siendo una administración la causante del daño, la responsabilidad, patronal o a terceros, es la patrimonial (con fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y 139 de la LRJPAC). La acción de resarcimiento se ejerce por el propio perjudicado bien en sede administrativa (con posterior acceso judicial al orden contencioso-administrativo), bien en sede penal, como responsabilidad civil derivada del delito (en cuyo caso, también puede intervenir el Ministerio Fiscal en su ejercicio).

En este trabajo nos referimos a las consecuencias "sancionatorias" a la Administración por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, es decir, a la primera y tercera mencionadas anteriormente.

## 3. La Administración pública como sujeto obligado de la norma preventiva

No obstante recogerse en la Exposición de motivos de la LPRL que esta norma "se aplicará también en el ámbito de las administraciones públicas, razón por la cual la ley no solamente posee el carácter de legislación laboral sino que constituye, en sus aspectos fundamentales, norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución. Con ello se confirma también la vocación de universalidad de la ley, en cuanto dirigida a abordar, de manera global y coherente, el conjunto de los problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo, cualquiera que sea el ámbito en el que el trabajo se preste", y que, "en consecuencia, el ámbito de la ley incluye tanto a los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto, como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administra-

ciones públicas”, el texto articulado recoge expresamente un distinto tratamiento (vestido de “peculiaridades”) entre el empleador privado y el público, lo que ya se pone de manifiesto en el artículo 3 de la LPRL (“ámbito de aplicación”), que, pese a tener una vocación expansiva y proyectar las normas de seguridad y salud en el trabajo a sujetos o relaciones jurídicas comúnmente excluidos de la aplicación de la normativa laboral (excediendo del criterio delimitador del artículo 1 del Estatuto de los trabajadores), hace una especial remisión a sus “normas de desarrollo”, entre las que destacan las atinentes a las administraciones públicas, expresamente citadas como destinatarios de las obligaciones preventivas respecto de su personal, ya sea personal laboral, ya sea personal funcionario o estatutario civil (no militar). Hacia todos ellos la Administración tiene, como cualquier empresario respecto de sus trabajadores, un “deber de protección” –artículo 14.1 de la LPRL.

Como ya se ha adelantado, el incumplimiento de las medidas de prevención de los riesgos laborales genera responsabilidad administrativa –artículo 1 del Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (en adelante, TRLISOS) y puede generar también responsabilidad criminal en los casos en que dicha conducta se incardine en el Código penal.

Respecto a la responsabilidad administrativa, cuando la posición de empresario, o mejor dicho, empleador, la ostenta la Administración pública, tiene una “especialidad” de la actuación inspectora, según se recoge en el artículo 45.1 de la LPRL, en donde se sustituye la propuesta de sanción por un requerimiento de corrección para enmendar los incumplimientos que la generaron (la responsabilidad). A ello también se hará mención en este trabajo.

#### **4. ¿Cuáles son las especialidades normativas en materia preventiva aplicables a la Administración respecto de su personal?**

En el supuesto de que la posición de empleador la ostente la Administración pública respecto del personal a su servicio, el régimen jurídico de prevención es “distinto”. Como ya se ha adelantado, la LPRL, al regular en su artículo 3 cuál es su ámbito de aplicación, ya menciona que respecto de las relaciones laborales, ajenas a la regulación del Estatuto de los trabajadores, del personal civil al servicio de las administraciones públicas, será de aplicación la propia LPRL “con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente ley o en sus normas de desarrollo”. La primera norma de desarrollo a tener en cuenta es el Reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales –aprobado por el Real decreto 39/1997, de 17 de enero (en adelante, RSP)–, cuya disposición adicional cuarta se refiere al ámbito de

las administraciones públicas –de todas–, remitiéndose a su “normativa específica”, en materia de prevención de riesgos laborales.

Es decir, ya tenemos la LPRL (artículo 3) que habla de “peculiaridades” en el ámbito de las administraciones públicas respecto de su personal no militar; tenemos, igualmente, el RSP (disposición adicional cuarta), que remite el ámbito de las administraciones públicas a la “normativa específica” (y, en su defecto, el propio RSP); y tenemos también el Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención a la Administración General del Estado (en adelante, AGE), dictado en desarrollo de la LPRL para los supuestos de trabajadores (personal civil) al servicio de las administraciones públicas con las que están vinculadas por una relación de carácter administrativo o estatutario, a la que luego se hará referencia.

A todo lo anterior hay que añadir que, como ya se ha adelantado, la propia LPRL, en su parcialmente derogado artículo 45.1 recoge un “especial” sistema de reacción contra la Administración pública responsable de las infracciones en esta materia por contravención de la norma preventiva, que tiene su desarrollo en el Real decreto 707/2002, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado (en adelante, REAITAP).

Con estas cuatro “especialidades” atinentes a la Administración pública nos acercamos más a lo que constituye el objeto de esta ponencia, referida al examen del régimen jurídico aplicable al supuesto de que el sujeto responsable en materia de prevención de riesgos laborales sea una administración que, no se olvide, es la empresa principal respecto de sus contratistas y subcontratistas, así como, normalmente, el titular del centro de trabajo.

Pero el título de la ponencia exige acotar más el desarrollo y exposición de la misma. En concreto, cuando la Administración es una corporación local y actúa como promotora de obras y construcciones, ¿tiene el mismo régimen jurídico en materia preventiva que el resto de promotores (con las especialidades antedichas)?, ¿cuáles son las consecuencias “sancionatorias” de su incumplimiento en materia preventiva?

#### **5. ¿Es aplicable el REAITAP a la Administración local?**

Sí, en los términos recogidos en su disposición adicional segunda. Dice la misma –tras la reforma operada por Real decreto 464/2003, de 25 de abril– que “respecto del personal civil al servicio de las restantes administraciones públicas y en defecto de normativa propia, se aplicará el procedimiento establecido en este reglamento,

si bien las competencias asignadas en ésta a los delegados del Gobierno, a los subsecretarios de los departamentos y al Consejo de Ministros corresponderán, en todo caso, a los respectivos órganos de gobierno de las citadas administraciones públicas”.

Ahora bien, siendo aplicable el REAITAP a la Administración local cuando la misma es titular del centro de trabajo o tiene la consideración de empresario principal, existe una exclusión de su aplicación a los supuestos que la Administración actúe en la condición de promotor, conforme al Real decreto 1627/1997, que regula las disposiciones mínimas de seguridad en las obras de construcción, ya que, como recoge la propia Exposición de motivos del REAITAP, “en estos casos no está presente la relación jurídica existente entre [la Administración] y el personal civil dependiente de la misma, sino que la Administración actúa como una entidad empresarial común”.

Como veremos seguidamente, esta excepción al régimen del Real decreto 707/2002 no tiene ninguna virtualidad respecto a la no-imposición a la Administración “empresaria” de sanción administrativa por infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

## 6. ¿Cuál es el concepto normativo de promotor?

La anterior excepción a la aplicación del régimen especial del Real decreto 707/2002, y el título de la ponencia, obligan a “delimitar” el concepto normativo “promotor”. Y esto, recogiendo definiciones doctrinales, asumidas por la jurisprudencia, nos lo da la Ley 38/1998, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE), promulgada para regular los aspectos esenciales del proceso de la edificación, que establece las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso (llamados en su artículo 8 “agentes de la edificación”). El artículo 9 de la ley considera comprendido dentro de dicho concepto a “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

La LOE incluye, como se ve, entre los agentes de la edificación “promotores” a las administraciones públicas. Es indiferente la forma de la personalidad jurídica del promotor y el alcance de las obligaciones que a su intervención imponga las normas específicas de aplicación o las que se deriven del contrato que origina dicha intervención.

Por su parte, del artículo 1.3 de la LOE se puede inferir que la “actuación” de las administraciones públicas, agentes de la edificación, revestidas de la condición de Derecho público, se rige por la legislación de contratos de las administraciones públicas y, en lo no contemplado en la misma, por las disposiciones de la propia LOE.

Este concepto de promotor, aunque, desde luego, más escueto, viene recogido en el Real decreto 1627/1997, de 24 de octubre, anteriormente citado, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, en cuyo artículo 2 (“definiciones”) designa como tal a “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra”, incluyendo, por tanto, como promotor a cualquier titular público o privado a efectos de la consideración como tal y de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales que dicho real decreto recoge.

## 7. ¿Regula la LOE la prevención de riesgos laborales de los promotores?

No. Pese a que esta ley regula las obligaciones y responsabilidades de los agentes de la edificación (entre los que se encuentra, como se ha dicho, el promotor) ya establece expresamente en su artículo 1.2 que “las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica”.

La actuación de la Administración pública como promotor tiene, pues, una doble remisión regulatoria fuera de la LOE: la de la legislación de contratos de las administraciones públicas y la de la legislación específica sobre prevención de riesgos laborales, lo que nos lleva a la LPRL y, por remisión de ésta, al Real decreto 1627/1997, así como al resto de normativa que es de aplicación en materia preventiva, complementaria o de desarrollo de la LPRL.

## 8. ¿Cuáles son las disposiciones específicas de la Administración promotora en materia preventiva?

Aparte de ser “normativa específica”, la Ley de contratos de las administraciones públicas, que regula las relaciones contractuales de la Administración con sus contratistas y subcontratistas, es claro que la remisión a las “disposiciones específicas” lo es a las normas de Derecho público que determinan la condición de promotor de las administraciones públicas y el régimen jurídico aplicable a éstas. Esto nos lleva, como ya hemos adelantado, al Real decreto 1627/1997, que afecta, más ampliamente, a todas las obras públicas en que sea preciso un proyecto de obra, incluidos los de obras públicas, túneles, excavaciones o cualquier otra en que resulten de aplicación las normas sobre seguridad y salud del sector de la construcción.

El Real decreto 1627/1997, promulgado en cumplimiento de la previsión del artículo 6 de la LPRL, se ocupa de las especialidades técnicas, con carácter de mínimas, en materia de prevención referidas a “sujetos no habituales en otros ámbitos” (como recuerda su exposición de motivos), entre los que menciona al promotor.

### 9. Conforme al Real decreto 1627/1997, ¿cuáles son las obligaciones del promotor en materia de prevención de riesgos laborales?

Básicamente, las obligaciones del promotor en esta materia son:

- Realizar el encargo del estudio de seguridad y salud, o, en su caso, el encargo del estudio básico a un técnico competente en materia de seguridad y salud.
- Designar al coordinador de seguridad y salud.
- Incluir el estudio de seguridad y salud en el proyecto a efectos de las licencias y autorizaciones preceptivas.
- Comunicar a la autoridad laboral el aviso previo.

De entre todas, conviene destacar la figura del coordinador de prevención de riesgos laborales durante la ejecución de la obra, que es quien “por cuenta” del promotor debe cumplir las obligaciones que incumben a la empresa principal comitente, según dispone el artículo 24 de la LPRL y desarrolla en amplitud el Real decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL, en materia de coordinación de actividades empresariales sin que su designación implique exención de las responsabilidades inherentes al promotor en materia preventiva –artículo 3.4 del Real decreto 1627/1997.

Es evidente, por otra parte, que la designación del coordinador conlleva la responsabilidad de hacerlo respecto de un técnico formal y materialmente competente para el tipo de obra de que se trate.

### 10. ¿Qué responsabilidad en materia preventiva tiene la Administración pública cuando actúa como promotor y dónde se regula?

Pese a que la LOE recoge un concepto de promotor ligado a la relación contractual, las obligaciones de éste, a efectos de la prevención de riesgos laborales, es “anterior” al inicio de su actividad como agente de la edificación (por ejemplo: la redacción y comunicación del aviso previo).

El incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de las obligaciones del promotor hace nacer responsabilidad administrativa, responsabilidad civil (si como consecuencia de ello se hubiera ocasionado algún daño al trabajador) y, en su caso, responsabilidad penal, al menos, por la comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores (tipificado en los artículos 316, 317 y 318 del Código penal), como recuerda el artículo 42 de la LPRL (“el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”).

La responsabilidad administrativa tiene, en lo que interesa a este trabajo y como ya se ha adelantado, un diferente tratamiento según se trate de promotor priva-

do o público. En este segundo caso, “en el ámbito de las relaciones del personal civil de las administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidad a través de la imposición [...] de medidas correctoras”, no de sanciones, tal como dispone el artículo 45.1 de la LPRL y desarrolla el Real decreto 707/2002 (REAITAP), que expresamente remite a “sus normas específicas [...] cuando actúen en la condición de promotor de las obras de construcción, conforme al Real decreto 1627/1997” –artículo 2.5-. Y la cuestión se “complica” porque el REAITAP sólo excluye el procedimiento que norma en el supuesto en que la Administración actúe como promotor, no como constructor.

De cuanto se ha expuesto, a diferencia de lo que acontece respecto de la persona física o jurídica privada, en el caso de existencia de trabajadores funcionarios civiles –“relaciones de personal civil al servicio de las administraciones públicas”, dice el artículo 45.1 de la LPRL– la consecuencia de la infracción no es la sanción sino “la realización de las medidas correctoras”, a imponer por resolución de la autoridad competente y de conformidad con el procedimiento que al efecto se establezca que, para el ámbito de la Administración General del Estado, está regulado por el Real decreto 707/2002.

Por tanto, que las promotoras puedan ser consideradas sujetos infractores, según establece el Real decreto 1627/1997 (que carece de especialidad de exclusión cuando se refiere al sector público), es algo que no se puede ignorar, en cuanto que responsables de las consecuencias de los incumplimientos de obligaciones en los mismos términos que los de carácter general. Siendo esto así, la aplicación de la LISOS es clara, como se pone de manifiesto en el hecho de (i) que los promotores (personas físicas o jurídicas, sin distinción de su carácter privado o público) son considerados como sujetos infractores e imputables en dicha ley (artículo 2.8), y (ii) que existen infracciones específicas tipificadas de aplicación a promotores (así: artículo 12.14 y artículo 13.8).

### 11. ¿Significa esto que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede sancionar a la Administración pública cuando actúa como promotor?

No. Una cosa es que la Administración puede ser, en cuanto que actúa como promotor, sujeto de infracción administrativa por incumplimiento de la norma de prevención y otra que por dicha infracción sea sujeto de sanción.

La sanción administrativa, aparte de no estar ello contemplado en la LPRL, está vedada en la actuación inspectora. La propia Administración no puede “autosancionarse”, lo cual no significa que no se establezca un mecanismo reparador, que es contemplado precisamente en el artículo 45.1 de la LPRL, según el cual la Inspección

no inicia procedimientos sancionadores contra la Administración (ni impone sanciones) y sí, sólo, le dirige requerimientos de corrección de incumplimientos.

Del complicado cúmulo de reenvíos y excepciones que recogen las normas podríamos concluir que cuando una administración actúa como promotor –supuesto en el que no se aplica el REAITAP (según dispone su artículo 2.5)– no existe ningún procedimiento reglado para exigir administrativamente las responsabilidades derivadas del incumplimiento que de ser sujeto privado llevaría aparejada su actuación. Y, ciertamente, no es infrecuente que muchas lesiones de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral, por falta de medidas de seguridad, son imputables al promotor, cuyos incumplimientos se tipifican como infracciones en los artículos 12 y 13 de la LISOS.

## **12. En los supuestos de que la Administración promotora sea constructora, ¿le exime la subcontratación de responsabilidad en materia preventiva?**

Es muy habitual –y cada vez lo es más– que por parte de las empresas (sobre todo en el sector de la construcción) se contraten o subcontraten a otros empresarios que les aportan los trabajadores, ligados contractualmente con estos últimos, para la realización de diversas actividades en el mismo centro de trabajo, entendido éste, en sentido amplio, como “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo” –artículo 2 del Real decreto 171/2004, de 30 de enero.

En este caso, como en todos los de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo, es preciso que los trabajadores estén “coordinados” a fin de que no se solapen en sus diversos cometidos de acción preventiva y de que todos conozcan el plan de prevención del lugar de trabajo. Además, en los supuestos establecidos reglamentariamente, se establece la obligación de que por el empresario principal se designe a una o más personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas. De ahí, la figura del coordinador, que el artículo 24 de la LPRL recoge: persona que tiene el cometido, no definido, de “coordinar” la actividad de los diversos trabajadores que, pertenecientes a diversas empresas, operen en un mismo centro de trabajo. Nada se dice en relación con cuál empresa (de las concurrentes) debe pertenecer o corresponde nombrar al coordinador, aunque ello pueda intuirse en los supuestos de existencia de entre ellas de una que sea la “principal” o la “titular” del centro de trabajo o se diga expresamente, para las obras de construcción, en el Real decreto 1627/1997, respecto del promotor, que será quien lo designe, sin que ello suponga la exención de responsabilidad de éste –artículos 2.e) y f) y 3.

Pues bien, el legislador atribuye a toda empresa que subcontrate la realización de actividad de su propia especialidad, además de la coordinación que le corresponde como empresa principal, la vigilancia del cumplimiento de las medidas de prevención y seguridad por parte de los trabajadores de la subcontratista. Dicha “vigilancia” no se predica cuando se contrata una actividad que no es la propia. Pero en ambos casos se establece una responsabilidad administrativa solidaria de la empresa principal por los incumplimientos que el personal de la empresa contratada o subcontratada pueda producir en materia de prevención de riesgos laborales –artículo 24.3 de la LPRL y artículo 42.3 del TRLISOS, entre otros (como es el caso de las “contratas” de las promotoras de construcción)–. Esta responsabilidad administrativa no es sancionadora cuando la Administración es la titular del centro de trabajo o empleadora principal (artículo 45.1 de la LPRL).

## **13. Vista la exclusión de la sanción administrativa a la Administración promotora por infracciones preventivas de riesgos laborales, ¿es predicable ello en todo caso del ejercicio del *ius puniendi*?**

No. La responsabilidad penal que se deriva del accidente de trabajo por no haberse adoptado las medidas preventivas pertinentes es de dos tipos. Por un lado, está el delito contra el derecho de los trabajadores, que se comete simplemente por no haberse adoptado las medidas legalmente previstas, poniendo en grave peligro la vida e integridad de los trabajadores, con los requisitos que se recogen en el Código penal; y por otro, están los delitos imprudentes contra la vida o integridad corporal de los trabajadores (homicidio y lesiones). Los delitos contra los derechos de los trabajadores están tipificados en los artículos 316 a 318 del Código penal, que dicen:

*Artículo 316 del CP:* “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud e integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.”

*Artículo 317 del CP:* “Cuando el delito a que se refiere al artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.”

*Artículo 318 del CP:* “Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello.”

Son sujetos responsables penalmente de dichos delitos sólo las personas físicas autoras del hecho tipificado en el Código, por lo que sólo a ellas les será de aplicación la imposición de la pena prevista en el texto punitivo. Y si del hecho derivara responsabilidad civil, ésta recaería directamente en el condenado y subsidiariamente en la Administración de la que dependiera el sujeto responsable de los daños sufridos por omisión de las medidas de prevención que recoge el Código penal, sin distinción entre promotor privado o del sector público.

Aunque excede del objeto de esta ponencia, sí se quisiera destacar, de los preceptos citados, dos notas que, desde luego, han de tenerse en cuenta: 1) que la comisión imprudente del delito (artículo 317) se configura en un grave incumplimiento de las obligaciones legales impuestas a los promotores en materia de prevención, y 2) que la responsabilidad penal alcanza, cuando el delito se atribuyera a una persona jurídica (artículo 318), a cualquiera, sea o no directamente responsable del concreto cometido profesional, que no hiciera nada para remediar un grave riesgo para la vida o integridad de los trabajadores, si los conociera (lo que así ha de presumirse para quien tiene encomendada la dirección y/o inspección de las obras en donde se produjo el accidente por omisión de las medidas preventivas). ■

## La dimensión afectivo-emocional en el empleo público de las entidades locales

Antonio Serrano Pascual

*Secretario general de la Diputación Provincial de Huesca*

M.<sup>a</sup> Pilar Teruel Melero

*Profesora titular del Departamento de Psicología y Sociología de la Universidad de Zaragoza*

1. Introducción.
2. El Libro blanco para la reforma del gobierno local y el informe de la Comisión para el Estudio y Aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.
3. La Constitución española de 1978 y la función pública.
4. La dimensión afectivo-emocional en el empleo público local.
  - 4.1. Las variables emocionales en el acceso al empleo público y en la provisión de puestos de trabajo.
  - 4.2. La evaluación del rendimiento y las políticas retributivas.
  - 4.3. La formación en habilidades sociales.
  - 4.4. Los moldes cognitivos.
    - 4.4.1. Posibles moldes cognitivos, sobre las reformas del empleo público.
5. Hacia un nuevo modelo de empleo público de las entidades locales.

*"En cierto modo, tenemos dos cerebros y dos clases diferentes de inteligencia: la inteligencia racional y la inteligencia emocional, y nuestro funcionamiento en la vida está determinado por ambos."*

Daniel Goleman, *Inteligencia emocional*

## 1. Introducción

Nadie duda de que cualquier reforma administrativa, para culminarla con éxito, tiene que contar necesariamente con el apoyo de los funcionarios, como una de las piezas fundamentales de este proceso. Al mismo tiempo, la actividad del empleado público se desarrolla en un contexto cambiante, nutrido de nuevos retos y desafíos que debemos afrontar en nuestra sociedad globalizada del aprendizaje y del conocimiento. Obviamente, dentro de la esfera de las entidades locales, las nuevas demandas y exigencias sociales provocan una profunda transformación a la hora de definir los roles específicos del funcionario.

Los planes de la reforma de los gobiernos locales y de los empleados públicos ya están en marcha, pero falta todavía por emprender el cambio de mentalidad del funcionario, que no es algo que quepa hacer sólo a golpe de legislación. Podemos decir que una persona cambia de actitud, siguiendo a Marín Sánchez,<sup>1</sup> "cuando no le vale para conseguir los objetivos que se propone, cuando no le sirve para adaptarse a la situación en la que se encuentra, bien porque se trate de una situación nueva o porque en una habitual han cambiado las circunstancias socioambientales y ha de desplegar otras conductas acordes para poder permanecer en el ambiente deseado".

De todos modos, la reforma a la que nos referimos exige, muy en primer término, un replanteamiento de los puntos de vista y una revisión en profundidad de las fórmulas que hoy empleamos, lo que requiere un cambio en las actitudes del funcionario hacia su función y también de los responsables políticos. Es por ello por lo que, en particular, las actitudes y creencias de los funcionarios ante la reforma son factores importantes que, en gran parte, van a determinar el éxito de la misma.

Estamos, pues, ante un gran reto para el modelo de empleo público, que nos está dejando entrever muchos puntos débiles y oscuros, por lo que comprender cómo los propios funcionarios públicos –y, en particular, los de las entidades locales– perciben, sienten, interpretan y evalúan esta reforma desde perspectivas psicológicas o, por ejemplo, desde la visión de los moldes cognitivos, supone aquí un elemento más de reflexión, cuyo conocimiento podría favorecer un amplio debate que, sin lugar a dudas, deberíamos mantener entre todos, con la finalidad fundamental de un mejor servicio a la sociedad.

Han transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de abril, de medidas urgen-

tes para la reforma de la función pública, o desde que lo hiciera la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y en ese lapso temporal se han producido notables avances en disciplinas científicas, como sucede con la Psicología, que al estudiar la multifactorialidad de la inteligencia, ha puesto en valor los aspectos afectivos, que hoy deberían incorporarse al campo del empleo público, algo sobre lo que ni tan siquiera se pronuncia el Informe de la Comisión para el Estudio y Aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.

La gestión de los aspectos emocionales es un reto al que necesariamente nos hemos de enfrentar dentro del empleo público –como sucede con el ámbito personal, el educativo, el de las relaciones laborales...–, partiendo de la base de que los estados psicológicos tienen componentes corporales, cognitivos o perceptuales, y motivacionales o conductuales, que, como señala Zaccagnini:<sup>2</sup> "Estar en un determinado estado emocional puede suponer que nos sintamos impulsados a realizar determinada conducta o, por el contrario, puede suponer un bloqueo conductual", con intensidad o duración mayor o menor, lo que traducido al terreno de las administraciones públicas puede implicar, ni más ni menos, el éxito o el fracaso de las políticas públicas que se pretendan desarrollar.

La selección de los empleados públicos, la formación continua, la provisión de puestos de trabajo, así como la evaluación del desempeño, deben tener presente la dimensión de la inteligencia emocional, que ha supuesto un paso adelante en los llamados avances culturales del hombre hacia la libertad psicológica.

Hasta hace bien poco era impensable que se plantease la necesidad de entrenar en habilidades emocionales, de un aprendizaje continuado en esta materia, y de considerar que las emociones y los pensamientos se encuentran fusionados sólidamente, y que, si sabemos utilizar las emociones al servicio del pensamiento, ambos nos ayudan a razonar más inteligentemente y a tomar mejor las decisiones, no sólo en el ámbito propio sino también en el de las relaciones interpersonales. No nos estamos refiriendo, pues, a aspectos meramente sentimentaloides o de crónica rosa, sino a una consideración científica de la inteligencia emocional.

Sin embargo, el Informe de la Comisión para el Estudio y Aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público ignora los avances producidos en el campo de la inteligencia emocional y no hay ni una mínima mención ni, en consecuencia, se tienen en cuenta las aportaciones que se derivarían para la mejora del empleo público. Lo que en 1984 era justificable, hoy, en 2005, tras los reconocidos trabajos de autores como Salovey y Mayer, Gardner, Sternberg, LeDoux o Goleman carece

1. M. MARÍN SÁNCHEZ, "Las actitudes en las relaciones interpersonales", en M. Marín Sánchez, R. Grau y S. Yubero, *Procesos psicosociales en los contextos educativos*, Pirámide, Madrid, 2002, págs. 90-91.

2. J. L. ZACCAGNINI SANCHO, *Qué es inteligencia emocional. La relación entre pensamientos y sentimientos en la vida cotidiana*, Biblioteca Nueva, 2004, pág. 89.

de cualquier explicación lógica, y las propuestas de reforma se nos muestran como un mero continuismo.

## 2. El Libro blanco para la reforma del gobierno local y el Informe de la Comisión para el Estudio y Aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público

La Orden APU/2648/2004, de 27 de julio, por la que se constituye la Comisión para la elaboración del Libro blanco sobre la reforma del gobierno local (BOE núm. 187, de 4 de agosto de 2004), contempla entre sus previsiones que ha de rendirse por dicha Comisión un primer borrador de Libro blanco que, junto con los documentos en los que se reflejen todas las consultas efectuadas, será remitido por el ministro a la Comisión de Entidades Locales del Senado, para ser objeto de debate, de forma que pueda ser elaborado el Proyecto de la nueva Ley de bases del gobierno y administración.

Sobre el empleo público, los redactores del Libro blanco reconocen de partida la limitación del alcance de sus propuestas a formular, ante la constitución de una comisión específica para elaborar el borrador del Estatuto básico del personal al servicio de las administraciones públicas. En el Libro blanco, en concreto, se defiende la carrera y la movilidad interadministrativa –pág. 123–, y se alude a la tensión entre la flexibilidad necesaria para que la entidad desarrolle su política de recursos humanos, por un lado, y la legislación reguladora del régimen de los empleados públicos a la que se remite, por otro lado, particularmente con los postulados de mérito y capacidad, y de carrera profesional, objetividad, independencia e imparcialidad en el ejercicio, que tienen un indudable anclaje constitucional.

La Comisión aboga por la homogeneización de los procesos selectivos, y la necesidad del aprendizaje continuo. Cree conveniente la creación de una escala de administradores locales como punto de encuentro entre los habilitados nacionales y los funcionarios propios –pág. 126–. Destaca en esta materia el papel de las diputaciones –pág. 127– para suplir las deficiencias del pequeño municipio.

Trata de definir la función directiva y describe su cercanía a la naturaleza política. Cree necesaria su regulación jurídica, ya que de lo contrario no se alcanzarían las funcionalidades necesarias y se posibilitaría un ámbito

de arbitrariedad “que escapa de los principios de mérito y capacidad, dejando en pie tan sólo el requerimiento de la confianza”. Respecto de los directivos sigue el modelo –reforzándolo– de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, abriendo su acceso a los funcionarios o laborales de la Administración o incluso del sector privado, a partir de los 5.000 habitantes. Por debajo de esa cifra, se remite a los secretarios-interventores expresamente –pág. 105–. El Libro blanco plantea también la posibilidad de delegar atribuciones en directivos públicos, en materias como las de personal, contratación, disciplinarias, concesión de licencias, a partir de los 5.000 habitantes, y en los de menos de dicha cifra en funcionarios de carrera con titulación superior –pág. 100.

Finalmente, la Comisión no muestra un tratamiento<sup>3</sup> claro respecto de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, afirmando sobre ellos (págs. 123-124) que: “Es necesario abordar el papel que dentro del modelo de administración descentralizada, eficaz y participativa puedan desarrollar.”

En cuanto al futuro Estatuto de los funcionarios, la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituye la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 228, de 21 de septiembre de 2004), señala que el grupo de trabajo creado al efecto tiene como objeto el estudio y el diagnóstico sobre la situación del empleado público, así como de las alternativas normativas idóneas para la elaboración de un borrador del futuro Estatuto básico, debiendo rendir un informe al ministro de Administraciones Públicas, en el plazo de seis meses desde su constitución, que se ha hecho público con fecha 25 de abril de 2005.

La Comisión constata, entre otras cosas, la escasa consideración de los resultados y del desempeño en la carrera y en el sistema retributivo de los empleados, que han llevado, según dice,<sup>4</sup> “Al desbordamiento *de facto* de las previsiones legales de obligado cumplimiento en la práctica administrativa”, eufemismo con el que se refleja una clara realidad de incumplimiento normativo.

El Informe considera la solución más adecuada la elaboración de un Estatuto básico para todos los empleados públicos,<sup>5</sup> funcionarios o laborales, modelo dual que, sin perjuicio de la preferencia constitucional por la condición estatutaria de los servidores públicos, ha de permitir refle-

3. C. RAMÍO MATAS, *Propuesta de Plan director profesional de los funcionarios con habilitación nacional ante la reforma del gobierno local en España*, versión de 18 de febrero de 2005, sostiene, pág. 3, que “el tono claramente beligerante con la posición y situación de los habilitados nacionales es un indicador de una falta de neutralidad y visión profesional y desapasionada con relación a este sector profesional”.

4. Véase la pág. 13.

5. El Informe propone excluir de la aplicación directa del Estatuto básico, sobre la base de las previsiones de la Constitución, a los miembros de las fuerzas armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad, jueces, magistrados, fiscales, personal al servicio de la Administración de Justicia y personal

de los órganos constitucionales, o por razones de su singularidad, a los que se aplicaría supletoriamente, como son los funcionarios retribuidos por arancel o los del Centro Nacional de Inteligencia. Se propone mantener igualmente los regímenes especiales que se aplican al personal estatutario de los servicios de salud y el personal docente universitario, las peculiaridades del personal docente no universitario, el personal investigador, los funcionarios de la carrera diplomática y otro personal destinado en el extranjero y los actuales funcionarios del servicio de Correos.

Los contenidos del Estatuto básico, sobre la base de principios de subsidiariedad y proporcionalidad, se recogen en las págs. 42 y 43.

jar las diferencias que existen entre una y otra clase de personal y tender, al mismo tiempo, a una aproximación de regímenes. En las sociedades del sector público, distingue –como se viene haciendo en materia de contratación administrativa– entre sociedades con finalidad puramente mercantil –en las que sugiere que se haga<sup>6</sup> “alguna alusión general a la observancia de principios de publicidad e igualdad en la contratación de personal”, lo que no sabemos muy bien qué es lo que quiere decir y si llegará a tener alguna virtualidad en el terreno práctico, ya que no se plantea la oportuna propuesta–, y las dedicadas al ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, a las que sí se aplicarían los principios y reglas comunes del Estatuto que regule el empleo público.

Las peculiaridades de los empleados de la Administración local, que cuenta casi con el veinticinco por ciento del total de los empleados públicos de nuestro país, son abordadas en las páginas 35 y ss., y denuncia la Comisión que hasta ahora la legislación –estatal o autonómica– no ha tenido demasiado en cuenta las necesidades y la singularidad de esta esfera de la Administración, y que se ha generado una relativa inseguridad jurídica sobre la legislación aplicable. Entre los rasgos del empleo público local reseña el elevado porcentaje de personal contratado laboral y de personal temporal –más del treinta por ciento–, la práctica ausencia y la relativa innecesariedad de personal directivo, salvo en las entidades locales de cierta dimensión, así como un porcentaje de personal eventual muy superior al resto de las administraciones públicas. Asimismo, la carrera profesional –ocupación sucesiva de puestos de trabajo de superior nivel o responsabilidad– es casi impracticable, salvo en las grandes corporaciones, agravada por la falta de movilidad interadministrativa. Consta igualmente la dificultad de aplicar en la mayoría de entidades locales los sistemas e instrumentos de gestión de recursos humanos, y los problemas que plantea la negociación colectiva en el ámbito local. También denuncia que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad presentan un mayor riesgo de quiebra en las entidades locales.

Los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional son singularizados en el Informe y, al respecto, dice la Comisión:<sup>7</sup> “Estos funcionarios tienen por misión realizar un control interno, profesional e independiente de legalidad y económico-financiero de las entidades locales. Estas funciones son imprescindibles en todo caso y difícilmente pueden garantizarse en las entidades locales de menor dimensión si no es por medio de funcionarios de carrera dotados de un estatuto que proteja su imparcialidad. Dicho

lo cual, la regulación de este tipo de personal constituye, más bien, una pieza importante y diferenciada del régimen local, por lo que la Comisión considera oportuno que sea la legislación correspondiente la que aborde su estatuto propio, como ha sucedido hasta ahora.”

Desde estas premisas, a la hora de formular su propuesta sobre el empleo público local, la Comisión entiende que ha de haber una mayor interiorización autonómica del empleo público local –la legislación de desarrollo–, que no ha de impedir el despliegue de la autonomía local, y que es necesario aplicar el mismo régimen de garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, así como reforzar las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de los empleados locales y, muy en especial, de los funcionarios que tienen a su cargo las funciones de control interno y de asesoramiento preceptivo. Asimismo, sostiene que el modelo de negociación colectiva debe ser el mismo que el de las otras administraciones, previendo la posibilidad de establecer una estructura particular de negociación que comprenda una pluralidad de entes locales, y que los empleados locales han de tener, efectivamente, los mismos derechos y deberes básicos y el mismo régimen de incompatibilidades que el resto de empleados públicos.

Ya hemos señalado en otro lugar<sup>8</sup> nuestra crítica al tratamiento dado al empleo público, en general, y al de las entidades locales, en particular, tanto por el Libro blanco para la reforma del gobierno local como por el Informe de la Comisión para el Estudio y Aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, sobre todo por la vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en lo que se refiere a la existencia de personal eventual o de confianza política; la configuración del personal directivo; la provisión de puestos de trabajo, y singularmente por el sistema de libre designación; la evaluación del rendimiento...

### 3. La Constitución española de 1978 y la función pública

Partiendo de la base de que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, proclamado por el artículo 1.1 de la CE, y de que la Administración pública, sea la estatal, la autonómica o la local –en sus diferentes manifestaciones y personificaciones–, está sometida a gobiernos democráticos directamente emanados de la voluntad popular –como sucede con los ayuntamientos y, en segundo grado, con las diputaciones provinciales– o indirectamente –en el caso del Gobierno del Estado o del

6. *Id.* pág. 30.

7. *Id.* pág. 37.

8. Véase a A. SERRANO PASCUAL, “Las propuestas de los expertos sobre la

reforma del empleo público local: Una visión crítica desde el modelo constitucional español”, en la revista *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, en prensa.

de las comunidades autónomas, cuya legitimidad democrática deriva de los correspondientes parlamentos–, el artículo 103.1 de la CE dibuja una administración pública orientada al servicio objetivo de los intereses generales, y, por ende, no partidista, cuyos principios de actuación han de ser los de eficacia, jerarquía, descentralización y desconcentración, sometida al imperio de la ley y del Derecho. Nótese que no se contraponen, pues, legalidad y eficacia, sino que dentro del sometimiento pleno a la ley es donde ha de alcanzarse verdaderamente la eficacia que demandan los ciudadanos.

El mismo artículo 103 de la CE, en su apartado 3, dispone que la ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Este precepto guarda íntima conexión con el artículo 23.2 de la CE, que proclama el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, y, en consecuencia, con el artículo 14 de la CE, que ampara la igualdad jurídica y proscribire las discriminaciones.

De esta forma, queda caracterizada la función pública española profesional y, al mismo tiempo, enmarcadas las diferentes opciones del legislador en esta materia –del estatal, al aprobar las bases en esta materia, y del autonómico al desarrollarla–. Hay que tener presente también que el Libro blanco de la Comisión Europea sobre “La reforma de la Comisión”<sup>9</sup> sostiene la importancia capital de los recursos humanos y apuesta por una función pública europea independiente y de elevada calidad, y dotada con el carácter de permanencia. En concreto, recoge que:

“Las personas que trabajan en la Comisión constituyen la principal baza de la institución. Sus capacidades y decisión han sido uno de los elementos clave de todos los logros de la Comisión. Para que ésta pueda trabajar eficazmente, es fundamental aplicar una política de recursos humanos integrada, que permita a todos los funcionarios desarrollar plenamente sus aptitudes. El mantenimiento de una función pública europea independiente, permanente y de elevada calidad permitirá a las instituciones europeas desempeñar su función en el seno de la Unión Europea con la máxima eficacia. Para lograrlo es preciso modernizar la política de recursos humanos, desde la contratación hasta la jubilación.”

9. *La reforma de la Comisión*, Bruselas, 5.4.2000 COM (2000) 200 final.

10. E. ROJAS, *El laberinto de la afectividad*, Espasa Calpe, col. Austral, 3.ª ed. Madrid, 1989, pág. 18.

11. Podemos entender por asertividad, considerada como un estado de libertad emocional, a la habilidad social que se traduce en una conducta por la que se hace y se dice lo que se debe hacer y decir en un momento determinado, sin inhibiciones ni agresiones. Siguiendo a E. ROJAS, *op. cit.*, págs. 50-53, se pueden sintetizar los tres rasgos fundamentales de la asertividad, es decir, se trata de un concepto relacionado con la personalidad; es una habi-

A su vez, el artículo 6.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local dispone escuetamente que: “El Estatuto del personal de las entidades locales debe permitir una selección de calidad, fundamentada en los principios de mérito y capacidad; a este fin, debe reunir condiciones adecuadas de formación, remuneración y perspectivas de carrera.” El Libro blanco, sin embargo, no se pronuncia sobre la Carta Europea de la Autonomía Local.

#### 4. La dimensión afectivo-emocional en el empleo público local

La Psicología aplicada al mundo de las relaciones laborales –y, en concreto, a las que se producen en las diferentes administraciones públicas, como sucede con las entidades locales– ofrece a nuestra sociedad contemporánea nuevas perspectivas y pautas de abordaje del empleo público. Particularmente, se ha abierto un campo insospechado hasta hace poco tiempo para la afectividad en los empleados públicos, entendida, siguiendo a Rojas<sup>10</sup> como “el modo cómo somos afectados interiormente por las circunstancias que se producen a nuestro alrededor” y, en particular, del plano asertivo<sup>11</sup> o de habilidad social de las emociones.

En las entidades locales, las relaciones de autoridad-obediencia; la presencia del elemento representativo en el que reside la capacidad de decisión; el liderazgo; las habilidades sociales, que han de desarrollarse cada vez con más énfasis, como la empatía y la asertividad, dentro de la inteligencia emocional, o los códigos éticos de conducta, merecen una atención doctrinal y legal que hasta ahora ha pasado desapercibida en buena medida. En este sentido, no debería demorarse por más tiempo la inclusión de la dimensión afectivo-emocional en el acceso y en la provisión de puestos de trabajo, en la evaluación del desempeño y, por ende, en las retribuciones del personal local, y también en la formación continua para favorecer el entrenamiento y aprendizaje en estas habilidades, tanto en las relaciones interpersonales que tienen lugar dentro de la propia Administración, como, especialmente, en las relaciones con el ciudadano.

La Psicología puede contribuir hoy a desentrañar algunas de las claves sobre las que se asienta la cultura organizacional,<sup>12</sup> comprensiva de los valores –en primer lugar, los que se desprenden del propio texto de la Constitución española– y el carácter de las estructuras

lidad social, y mediante ella un individuo puede expresar sus ideas, juicios y sentimientos, tanto positivos como negativos, frente a cualquier persona, situación o circunstancia. Véase también a A. SERRANO PASCUAL y M.ª P. TERUEL MELERO, *Las funciones directivas en las entidades locales*, Bayer Hnos., Barcelona, 2000, págs. 180-181.

12. En las administraciones públicas, la nueva cultura organizacional de esta estructura social pasaría por una imagen de la autoridad que no persigue la obediencia indiscriminada y servil, sino que mantiene el juicio crítico de los individuos frente al pensamiento grupal.

sociales creadas por el hombre. Como ha señalado Muchinsky,<sup>13</sup> la selección, formación e incluso la evaluación del rendimiento tienen una gran relevancia en la cultura de la organización y el poder, que considera que: “El tipo de solicitante que una organización considera aceptable está fuertemente sujeto a los valores y creencias que mantiene ésta. Por eso, se pueden seleccionar empleados nuevos que sean compatibles con la cultura de la organización. La formación puede ser una prolongación directa de la cultura de la organización, la iniciación de los nuevos miembros en las creencias, valores, actitudes y conductas de la organización.”

Se habla cada vez más de la calidad, de la eficacia y eficiencia de las organizaciones, y, por ende, las diferentes administraciones públicas, como las entidades locales, no pueden ser ajenas a ello. Pues bien, como ya viene sucediendo en la empresa privada, una adecuada gestión de las emociones, de la inteligencia emocional, en las relaciones interpersonales tiene una indudable utilidad práctica. No deja de sorprender, sin embargo, que los gurús suecos Ridderstrale y Nordstrom hayan puesto de relieve incluso la importancia de divertirse trabajando y hayan afirmado que el mejor barómetro de una empresa es el promedio de veces que se ríe un empleado al día. En cualquier caso, son elementos para reflexionar.

#### **4.1. Las variables emocionales en el acceso al empleo público y en la provisión de puestos de trabajo**

La Comisión sostiene que el acceso al empleo público debe considerarse una de las piezas clave de todo el sistema de empleo público y que guarda estrecha relación con principios fundamentales del Estado de Derecho, que deben ser garantizados estrictamente en todas las administraciones públicas. Igualmente, defiende que muchos de los procesos de selección son rigurosos, tramitados y resueltos por órganos especializados e imparciales, mediante pruebas razonables y con un grado suficiente de transparencia.

El Informe precisa –págs. 91 y 92– los principios que deben presidir sin excepción el acceso al empleo público –y que tendría que contener el Estatuto básico del empleado público–: publicidad; libre concurrencia e igualdad; mérito y capacidad; transparencia, así como imparcialidad, independencia, especialización y profesionalidad de los tribunales, y eficacia y agilidad de los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que deben caracterizar el proceso. En este sentido, entre los principios recoge también expresamente la fiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad de los

aspirantes, teniendo en cuenta su adecuación para evaluar las competencias que forman parte del perfil de idoneidad previamente definido, y la eficacia de los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil correspondiente.

La Comisión considera sin menoscabo de la clásica división de los sistemas selectivos en oposición, concurso-oposición y concurso, que es razonable que los instrumentos de selección puedan variar de acuerdo con las circunstancias, esto es, con el tipo de empleo o el perfil objetivo de las funciones a desempeñar, y otras fórmulas, como las entrevistas “los cursos verdaderamente selectivos” o los períodos de prueba, pueden tener mayor importancia que hasta ahora y resultar métodos de selección más eficaces y ágiles.

En particular, se precisa en el Informe –pág. 97– que, en todo caso, deben incluirse en los procesos selectivos una o varias pruebas de capacidad, que pueden consistir en la verificación de conocimientos, con carácter oral o escrito, la realización de pruebas de aptitud y de capacidades cognitivas, la realización de ejercicios y simulaciones demostrativos de la posesión de habilidades y destrezas y, en su caso, la superación de pruebas físicas. La prueba o pruebas de capacidad –sin perjuicio de los cursos selectivos– pueden ser completadas con instrumentos de información biográfica de los candidatos y valoración de méritos y referencias, con la superación de pruebas psicométricas o de exámenes médicos o con la realización de entrevistas de selección, verificadas por personal especializado. Además, cuando se combinen pruebas de capacidad con valoración de méritos la puntuación por los méritos prestados debe ser proporcionada y no determinar por sí misma el resultado del proceso selectivo.

En el apartado de órganos de selección se puntualiza que sus miembros deben poseer un amplio conocimiento del área profesional en que estén incardinados los puestos o funciones a que se dirige la selección o un dominio de las técnicas y habilidades específicas de selección de personal, o ambas cosas al mismo tiempo. Se recomienda incluso que el Estatuto básico debería prever la creación de órganos específicos destinados a la organización de los procesos de selección, dotados de un estatuto de independencia, que pudiera resolver, en su caso, las reclamaciones formuladas contra las propuestas de los órganos selectivos, que en el ámbito de las entidades locales se remite a las leyes que regulen la Administración local.

De lo dicho hasta aquí, se aprecia un claro esfuerzo de la Comisión en mejorar los mecanismos de selección del personal al servicio de las administraciones públicas, empezando por el rigor que debe presidir la compo-

13. P. M. MUCHINSKY, *Psicología aplicada al trabajo: una introducción a la psicología industrial y organizacional*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1994, pág. 310.

ción de los órganos seleccionadores –especialización e independencia–, del que se va a derivar una presunción de fiabilidad de sus juicios, en mayor medida que la actual, sobre todo por lo que se refiere a las entidades locales, cuyos tribunales vienen contando con la presencia de miembros de la corporación, rompiendo con la exclusividad técnica de su composición<sup>14</sup> –salvo la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en los llamados municipios de gran población.

Es significativo también –aunque merece un análisis más detenido–, que la Comisión apueste por las entrevistas –habla de instrumentos de información biográfica y referencias–, por los cursos selectivos o los períodos de prueba, y que junto a las pruebas de capacidad, que pueden consistir en la verificación de conocimientos, con carácter oral o escrito, contemple la realización de pruebas de aptitud y de capacidades cognitivas, la realización de ejercicios y simulaciones demostrativos de la posesión de habilidades y destrezas y, en su caso, la superación de pruebas físicas, así como que la prueba o pruebas de capacidad pueden ser completadas con pruebas psicométricas.

A su vez, respecto a la provisión de puestos de trabajo, enmarcada en la carrera profesional, la apuesta que hace la Comisión por un sistema de carrera horizontal, basada en el reconocimiento de los conocimientos técnicos y de trabajo desarrollado por el empleado público, mediante la determinación de distintas categorías, su número, los criterios de progresión de una a otra y la compensación retributiva correspondiente a cada una, nos parece genérica y excesivamente inconcreta. En cuanto al concurso, aprecia la Comisión un tipo de problemas derivados de la insuficiente definición de los perfiles profesionales de los puestos de trabajo, y otro tipo de problemas consecuencia de baremos demasiado detallados o reglados “de manera que no permiten valorar muchas veces la capacidad real y las habilidades de los candidatos”, y se da cuenta de que “es necesario contar con las herramientas adecuadas, entre ellas la realización de entrevistas o tests por profesionales especializados” –pág. 118.

Pues bien, en principio, nada habría que objetar sobre los cursos selectivos o los períodos de prueba, siempre que no sean meros trámites a cumplir sin mayor relevancia, y tampoco sobre la realización de ejercicios y simulaciones demostrativos de la posesión de habilidades y destrezas y, en su caso, respecto a la superación de pruebas físicas, si las características de la plaza lo requiriesen, pero desde nuestro punto de vista, creemos que

en lo que se refiere a las entrevistas y a las pruebas psicométricas deben hacerse algunas puntualizaciones.

En primer lugar, el papel a desempeñar por los tests debe ser valorado en su justa medida, en una posición de equidistancia entre quienes los aplauden fervorosamente y quienes ejercen una crítica furibunda sobre ellos, acusándoles, como Theil, de “gigantesca comedia pseudos-científica” y de “estafa de la ciencia”, o como Sorokin, que denunció lo que él llamaba la “testocracia”, la “testomanía” o la “cuantofrenia”.

Lo cierto es que mientras los tests que analizan actividades sensoriales y motoras –visión, audición, tacto, reflejos...– se han mostrado de gran utilidad en la selección profesional, se impone, como señala García Pleyán,<sup>15</sup> una reserva respecto de otros tests, en los que una serie de factores –afectivos, sociales, de historia personal– pueden falsear sus resultados. En este sentido, consideramos, siguiendo a Marina,<sup>16</sup> que: “La inteligencia se ha evaluado por sus capacidades cognitivas básicas –percibir, relacionar, aprender, argumentar, por ejemplo– que suelen ser lo que miden los tests de inteligencia. Este atrincheramiento en el campo cognitivo me parece una reducción engañosa.” Tengamos presente, en este orden de cosas, que, en un primer estadio, los tests se centraron en las capacidades lingüística, viso-espacial y lógico-matemática, e incluso así sus resultados pueden tener un cierto enmascaramiento derivado de los sesgos culturales, que no deberían olvidarse tampoco cuando se analizan los resultados obtenidos por estos instrumentos.

Sin embargo, ya en 1973, el profesor David McClelland publicó en *Harvard Business Review* el artículo “Testing for competence rather than intelligence”, que vino a demostrar que los conocimientos académicos y el cociente intelectual no predecían el buen desempeño en el puesto de trabajo, surgiendo el concepto de competencia, que viene a significar las características personales que diferencian a las personas con desempeño superior. Anteriormente, en 1966, LeDoux llegó a demostrar que la emoción precede al pensamiento, y Gardner, en 1983, publicó *Frames of mind*, en el que se centró en las llamadas inteligencias múltiples –verbal, lógico-matemática, espacial, interpersonal, musical...–, y puso de manifiesto, además, que la inteligencia interpersonal o social es diferenciadora del éxito en ciertas profesiones (comerciales, políticos, profesores, consultores...).

Daniel Goleman, en su obra *Inteligencia emocional*<sup>17</sup> –entendiendo por tal la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos y los de los demás, para moti-

14. Véase a A. SERRANO PASCUAL, “La composición técnica de los tribunales de selección de personal en la Administración local: Una asignatura pendiente”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 19, 2000, págs. 3129-3136.

15. C. GARCÍA PLEYÁN, *Psicología, hoy*, Teide, Barcelona, 2.ª ed., 1982, págs. 122-123.

16. J. A. MARINA, *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Anagrama, Barcelona, 2004, pág. 16.

17. D. GOLEMAN, *Inteligencia emocional*, Kairós, Barcelona, 1997. Véase también de este autor, *La práctica de la inteligencia emocional*, Kairós, Barcelona, 1998.

varnos a nosotros mismos y para gestionar las emociones en nosotros y en nuestras relaciones–, llegó a definir las competencias emocionales como rasgos personales o un conjunto de hábitos que llevan a un desempeño profesional superior, es decir, una habilidad que aumenta el valor económico que una persona realiza en el mundo laboral.

Aspectos como la conciencia de uno mismo, la motivación, la comprensión social o las habilidades sociales cobran ahora nueva importancia, en una visión más holística de la persona, que trata de salvar la supuesta dicotomía cognición-emoción, y que influye claramente en el campo de las relaciones interpersonales. Se ha llegado a decir por Fernández Berrocal y Ramos Díaz<sup>18</sup> que: “No buscamos a nuestro alrededor las personas más inteligentes, sino los trabajadores más simpáticos, comprensivos, empáticos, equilibrados y sociales.”

Un reciente estudio<sup>19</sup> de la Universidad Carlos III, dirigido por ocho expertos en selección por competencias y evaluado por 1.317 profesionales con capacidad de decisión en la selección de personal, ha puesto de relieve que la capacidad de aprendizaje, saber trabajar en equipo y la responsabilidad resultan determinantes a la hora de contratar a alguien. En este estudio se concreta que las siete habilidades más demandadas en la contratación de licenciados y diplomados son la capacidad de aprendizaje; el trabajo en equipo; la responsabilidad en el trabajo; la actitud positiva y optimismo; la flexibilidad y capacidad de adaptación; la orientación al cliente y la resolución de problemas. Por el contrario, resultan menos demandados –como habilidades a la baja–, el espíritu de liderazgo; la negociación;<sup>20</sup> el conocimiento de idiomas; la creatividad e innovación; aplicar conocimientos teóricos a la práctica –a corto plazo, no en cambio a largo plazo–, el afrontamiento del estrés y la tolerancia a la frustración.

Lo que está claro es que, desde el punto de vista profesional, la inteligencia emocional debe ser un elemento que ha de considerarse en el acceso y en la provisión de puestos de trabajo en el empleo público. No obstante, una parte de los problemas se suscitan ante la dificultad de medir la inteligencia emocional –si atendemos las distintas competencias emocionales, de forma que puede plantearse o bien medir todas las competencias emocionales posibles o una serie de competencias que nos interesen (un determinado perfil de competencias, ajustado al puesto de que se trate).

En el caso del perfil de competencias en el empleo

público, será imprescindible partir de los fundamentos constitucionales del empleo público y de la previsión contenida en la legislación básica, y de un modo especial de los derechos, deberes, código de conducta ética, observar las personas con resultados superiores, la experiencia de otras organizaciones...

No olvidemos tampoco que muchas de las herramientas y técnicas utilizadas han acabado siendo instrumentos de escaso valor predictivo, demostrando incluso que el coeficiente de correlación entre los resultados de los tests y el desempeño en el puesto de trabajo era incluso negativo. En este sentido, siguiendo a Vara,<sup>21</sup> se cuenta, básicamente, con tres herramientas destacadas para evaluar la inteligencia emocional: *Assessment center*; entrevista de incidentes críticos/focalizada, y cuestionarios de competencias. El *Assessment center* consiste en una serie de pruebas que tratan de simular fidedignamente las actividades del puesto de trabajo concreto, con el riesgo de que se perciba que se están evaluando sus conocimientos y no las competencias emocionales.

La entrevista de incidentes críticos/focalizada consiste en formular preguntas sobre acontecimientos recientes donde haya desempeñado un papel protagonista, que provocan de una manera abierta y no condicionada que las personas muestren de forma espontánea las conductas y comportamientos –asociados a competencias emocionales–, que suelen utilizar en la vida cotidiana. Puede ser focalizada si tiene en cuenta el perfil del puesto con el que comparar. Dura dos o tres horas, estructurado en trayectoria profesional, descripción del puesto actual y antecedentes críticos. Goleman o el diccionario *Millenium* de HayGroup facilitan la codificación mediante sus diccionarios. Sin embargo, habría que hacer un diccionario específico en la Administración.

Finalmente, los cuestionarios de competencias emocionales,<sup>22</sup> que permiten incluso la autoevaluación, son instrumentos más sencillos, que vienen a consistir en preguntar a una persona sobre sí misma o sobre otra u otras, acerca de la frecuencia con la que utiliza una serie de comportamientos, de forma tal que si se pregunta a superiores, compañeros y subordinados se hablaría de “enfoque 360.º” y, si se prescindiera de alguno de ellos de “enfoque 180.º”.

En general, se puede afirmar que hay un cierto desconocimiento de qué capacidades son las claves del buen desempeño en la Administración, y cómo se desarrollan

18. P. FERNÁNDEZ BERROCAL y N. RAMOS, *Corazones inteligentes*, Kairós, Barcelona, 2002, pág. 307.

19. *Gaceta Universitaria*, núm. 518, de 3 de mayo de 2005, y versa sobre la identificación de los valores y competencias demandados en el mercado profesional a titulados universitarios.

20. Véase a L. MUNDUATE JACA y F. J. MEDINA DÍAZ, *Gestión del conflicto*,

*negociación y mediación*, Psicología Pirámide, Madrid, 2005.

21. R. VARA, “En busca del talento”, en *Corazones inteligentes*, op. cit., págs. 429-445.

22. Véase a R. LEPSINGER y A. D. LUCIA, *The art and science of 360º feedback*, Pfeiffer, 1997.

en el ámbito del empleo público, por lo que nuevos estudios e investigaciones tienen un papel destacado en este ámbito. Pero junto a los problemas de carácter general expuestos a la hora de evaluar las competencias emocionales, no podemos olvidar tampoco la realidad de las entidades locales y la carencia de medios personales para llevarla a cabo con unas garantías mínimas, y el temor, por lo tanto, a que un instrumento científico deje de serlo cuando no es aplicado con las garantías debidas, y pueda servir de coartada para seleccionar y proveer puestos de trabajo, sin ajustarse a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, se nos muestra con toda su crudeza.

#### 4.2. La evaluación del rendimiento y las políticas retributivas

El Informe presta atención a la evaluación del desempeño, reconociendo su importancia para la gestión de la carrera profesional, pero no sólo para ella, ya que como concreta –pág. 107– debe ser un factor fundamental de mejora de la motivación y el rendimiento del empleado público y debe ser por ello un elemento central de cualquier reforma modernizadora de las administraciones públicas, que en buena medida ha sido ajeno a nuestra cultura administrativa y que ahora se propugna su inclusión con carácter básico.

Sigue diciendo la Comisión –pág. 108– que los sistemas de evaluación deben diseñarse de tal forma que garanticen la objetividad e imparcialidad de la evaluación, mediante la determinación de criterios objetivos, transparentes y previsibles de evaluación a través de la aplicación de técnicas adaptadas al contenido funcional de los puestos de trabajo y a las finalidades perseguidas por la evaluación en cada caso, sin perjuicio de los informes de valoración que emitan los órganos competentes superiores y del valor que se atribuya a los mismos, siendo admisibles sistemas de evaluación tanto del rendimiento individual como de grupo, equipo o unidad de trabajo, y tanto los que se basan en la apreciación de los resultados obtenidos como aquéllos que lo hacen en la valoración de comportamientos o conductas de las personas.

La Comisión propone –pág. 109– que el Estatuto incida en la obligación de todas las administraciones públicas de introducir sistemas de evaluación del rendimiento de sus empleados, mediante la aplicación de criterios y técnicas que garanticen la objetividad e imparcialidad de la evaluación, que requieren el desarrollo de importantes capacidades internas: sistemas de definición de objetivos, indicadores de rendimiento, instrumentos para valorar competencias, técnicos especializados, directivos capacitados y comprometidos, lo que exige a su vez una mayor inversión en la gestión de recursos humanos y reforzar las unidades especializadas dedica-

das a ello, y entiende que se trata de una de las inversiones más rentables a medio y largo plazo que puede hacerse en el sector público.

Por todo ello, es criticable que se sostenga la aplicación gradual de estos sistemas de evaluación, y que se condicione al reforzamiento de las capacidades de gestión de recursos humanos en cada Administración, porque mucho nos tememos que en la inmensa mayoría de las entidades locales se verán huérfanas de estos sistemas, y no se entenderá que la bondad de los sistemas de evaluación, cuyos resultados se pretenden vincular con la promoción y carrera de los empleados públicos y con la aplicación de complementos de productividad u otros conceptos retributivos ligados al rendimiento, o, en su caso, con la no-percepción de los mismos, no sean aplicados a una buena parte de los empleados públicos locales.

#### 4.3. La formación en habilidades sociales

La Comisión recuerda el mandato contenido en el artículo 40.2 de la Constitución española, de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, y en el artículo 35.1, también de la Carta Magna, al reconocer el derecho al trabajo y a la promoción profesional, y destaca los importantes fondos destinados a la formación continua en las administraciones públicas, que tienen ahora el reto de optimizar su utilización, conectando las actividades de formación con la planificación estratégica de los recursos humanos, con los diseños de las carreras profesionales y con las tareas reales de los empleados públicos.

El Informe dice –pág. 114– que la formación constituye un factor relevante para incrementar la productividad de cada empleado público y de la organización en su conjunto, y que es esencial para alcanzar los niveles de competitividad a que se debe aspirar, y no sólo contribuye a la mejor calidad del trabajo desarrollado, sino que sirve como instrumento de motivación y compromiso del personal, de difusión de cultura y valores, de progreso personal y profesional, y de transmisión y conservación del conocimiento, influyendo en el mejor desempeño y en la eficiencia de los entes públicos.

Nosotros consideramos que las variables emocionales tienen un carácter transversal y deberían contemplarse en las diferentes acciones formativas en el empleo público, porque el entrenamiento en las diferentes habilidades sociales está recomendado por los diferentes autores. Piénsese, por ejemplo, con lo que sucede con la asertividad, al respecto de la cual Rojas<sup>23</sup> señala que: “En cualquier caso, debemos hablar de *entrenamiento asertivo*, el cual permite reducir el nivel de ansiedad, disolver el *estrés* y enseña a defender los legí-

23. E. ROJAS, *op. cit.*, pág. 55.

timos derechos de uno ante todas las circunstancias, *sin agredir y sin ser agredido*.”

En el ámbito de las organizaciones, un estudio reciente ha tratado esta cuestión de los ejercicios en inteligencia emocional,<sup>24</sup> en el que se ha demostrado que un entrenamiento diario durante nueve semanas convierte a un grupo de trabajo con baja inteligencia emocional en grupos eficaces y con una capacidad óptima en la resolución de problemas interpersonales.

Conclusiones de investigaciones acerca del cerebro afirman que las personas sienten antes de pensar y actuar,<sup>25</sup> y que es posible reajustar las reacciones de las personas a partir de las emociones (desaprender y aprender de nuevo), cambiando las conductas individuales y del equipo, para mejorar los resultados en el trabajo. Los ambientes de trabajo, las relaciones interpersonales de los empleados públicos y de éstos con los responsables políticos, así como, sobre todo, la relación con el ciudadano mejoraría sustancialmente con un entrenamiento en habilidades sociales.

De la misma manera, las diferentes acciones formativas también tendrían que tener una metodología pedagógica adecuada, superando la tradicional visión de la clase magistral, con la idea de intentar mantener al alumno activo mediante el intercambio de opiniones y exposiciones orales, la realización de trabajos en los que tenga que documentarse con sus propias fuentes y pensar que lo que aprende en clase es vital y de un especial interés para su práctica laboral. De ahí que realizar programas de inteligencia emocional, para mejorar las competencias emocionales, deviene por tanto una clara necesidad en el empleo público.

Por otra parte, el Informe no se ocupa de los agentes estresores en el empleo público, como sucede con los de carácter físico –ruidos, iluminación, temperatura, espacio, higiene, utilización de equipos informáticos...–; o los derivados de las características del trabajo –turnos, nocturnidad, temporalidad, excesos de trabajo...–, o del contenido del propio puesto de trabajo, sin percartarse, por lo tanto, de que, como señala Peiró,<sup>26</sup> “Una característica que puede producir estrés o, por el contrario, bienestar psicológico, es el grado en que un ambiente laboral permite al individuo controlar las actividades a realizar y los eventos”. Este mismo autor dice que: “El desempeño de roles, las relaciones interpersonales y el desarrollo de la

carrera son tres realidades importantes en la vida laboral que pueden producir importantes satisfacciones y posibilitan la realización personal pero que, con frecuencia, pueden ser también fuente de estrés más o menos permanente y más o menos grave e intenso según los casos.”

La salud laboral, en sentido amplio, y la detección de los estresores propios del ámbito del empleo público, y muy singularmente de la carrera administrativa mediatazada por la provisión de puestos a través de la libre designación, deberían haber exigido una mínima atención en el estudio que ahora analizamos, aunque lamentablemente no ha sucedido así.

A pesar de que la Organización Internacional del Trabajo ha reconocido que el entorno laboral puede ser un agente capaz de deteriorar la salud de las personas durante el desempeño de su trabajo, y la aparición de fenómenos como el síndrome de quemarse por el trabajo (*burnout*) o SQT, también se desconoce en el citado Informe que, como señala Gil-Monte:<sup>27</sup> “En la actualidad resulta necesario considerar los aspectos de bienestar y salud laboral a la hora de evaluar la eficacia de una determinada organización, pues la calidad de vida laboral y el estado de salud física y mental que conlleva tiene repercusiones sobre la organización.”

Este mismo autor<sup>28</sup> sigue diciendo que entre los procedimientos propuestos para prevenir el SQT desde el nivel organizacional se encuentran “el rediseño de tareas, la claridad en los procesos de toma de decisiones, mejorar la supervisión, establecer objetivos claros para los roles profesionales, establecer líneas claras de autoridad, mejorar las redes de comunicación organizacional, mejorar las condiciones de trabajo, mejoras del sistema de recompensas, promoción de los profesionales siguiendo criterios claros y equitativos, participación en la toma de decisiones, mejorar la autonomía, promover reuniones multidisciplinarias con carácter periódico, la formación de grupos de trabajo, la flexibilidad laboral...”. Pues bien, sobre todos estos aspectos citados, observamos cómo en el Informe reina el más absoluto de los silencios.

#### 4.4. Los moldes cognitivos

Conceptualmente, el término de molde cognitivo es un *constructo* que nos permite conocer el tipo de formato

24. P. J. JORDAN; N. ASHKANASY, C. HÄRTEL y G. S. HOOPER, “Work group emotional intelligence scale development and relationship to team process effectiveness and goal focus”, en *Human Resource Management Review*, 12, 2002, págs. 195-214.

25. LEDOUX, *El cerebro emocional*, Ariel Planeta, Barcelona, 1999.

26. J. M.<sup>a</sup> PEIRÓ, *Desencadenantes del estrés laboral*, Psicología Pirámide, Madrid, 2005, págs. 45 y 61.

27. P. R. GIL-MONTE, *El síndrome de quemarse por el trabajo (burnout). Una enfermedad laboral en la sociedad del bienestar*, Psicología Pirámide, Madrid, 2005, pág. 20. Este autor, pág. 35, distingue el *burnout* del *mobbing* o

acoso psicológico, carente de toda ética, aplicado a “situaciones grupales en las que un sujeto es sometido a persecución, agravio o presión psicológica por uno o varios miembros del grupo al que pertenece con la complicidad o aquiescencia del resto [...]. El acoso psicológico es una fuente de estrés laboral originado por un conflicto interpersonal asimétrico en el que una de las partes (acosado) no tiene poder alguno sobre la otra parte (acosador). El *burnout*, en cambio, “es una respuesta al estrés laboral crónico, que se desarrolla cuando fallan las estrategias de afrontamiento que el individuo utiliza para manejar las situaciones de estrés”.

28. *Op. cit.*, pág. 151.

de pensamiento de las personas. Los moldes cognitivos son formas de enfocar e interpretar la realidad y, a diferencia de las teorías, son estrategias o modos de operar de la mente. Estamos ante maneras de mirar la realidad, es decir, las gafas que nos ponemos para ver y comprender el mundo de una forma determinada. Por ello, los moldes tienen una gran influencia en el bienestar psicológico, en la felicidad, en la realización personal y en la adaptación de las personas, formando parte de nuestra inteligencia emocional.

La investigación en los moldes cognitivo-afectivos ha sido desarrollada por Hernández.<sup>29</sup> Los fundamentos teóricos hunden sus raíces en la perspectiva cognitiva, poniendo el énfasis en las dimensiones afectivas de la personalidad. Podemos encontrar antecedentes de los moldes cognitivos en la teoría de la atribución de Weiner,<sup>30</sup> en el modelo cognitivo de depresión de Beck,<sup>31</sup> en la teoría de los *constructos* personales de Kelly,<sup>32</sup> en la psicoterapia racional-emotiva de Ellis,<sup>33</sup> y en la teoría cognitivo-emocional de Lazarus,<sup>34</sup> sobre las estrategias de afrontamiento.

De manera sintética, se entiende por moldes cognitivos, siguiendo a Hernández:<sup>35</sup> “Los moldes o estrategias cognitivo-afectivas que los sujetos emplean en su pensamiento para la adaptación. Es decir, son enfoques cognoscitivos peculiares, más o menos habituales, que utilizan los sujetos al interpretar y evaluar la realidad en situaciones de egoimplicación, es decir, donde las personas se enfrentan a una realidad que les compromete en sus intereses y emociones (a diferencia de los estilos cognitivos)”. Según este mismo autor,<sup>36</sup> lo cognitivo condiciona lo afectivo y lo afectivo condiciona lo cognitivo, y hablar de inteligencia emocional y olvidarnos de la inteligencia de las cogniciones o de las conductas egoimplicativas es despedazar a las personas.

Por otro lado, lo importante en los moldes no es el esquema representacional, como ocurre con las creencias, sino el tipo de “formato” que se utiliza, el *modus operandi* de la mente. Las teorías, esquemas y creencias recogen contenidos o argumentos, incluyendo diferentes apreciaciones de la realidad. Sin embargo, los moldes cognitivos son formas habituales de pensar y de operar, que son rellenados con distintos contenidos, de ahí que se les denomine “moldes”.

#### 4.4.1. Posibles moldes cognitivos, sobre las reformas del empleo público

Sobre los moldes cognitivos hemos de precisar que hay unos que se relacionan más con la sensación de felicidad, de sentirse contento con uno mismo, con el equilibrio emocional y con una disposición optimista y constructiva frente a la realidad. Se caracterizan por la planificación, el control y la revisión de la propia actuación. Otros, en cambio, se relacionan más con la infelicidad o con la sensación de ineficacia, porque la persona se centra en los aspectos negativos de realidad, en lo que falta por conseguir, en las penalidades o en la desconfianza del propio control, porque la persona es poco realista e imagina cosas extraordinarias de las que posteriormente se decepciona.

En líneas generales, podríamos decir que todas estas formas de interpretar la realidad, cuando se hacen habituales, conducen a que ésta se contemple de una determinada manera, de un modo personal, provocando diversas reacciones emocionales. De alguna manera, de acuerdo con Bisquerra,<sup>37</sup> “la realidad se puede ver desde distintos ángulos, algunos mejores que otros; las personas eligen su propio ángulo de visión”. Como ya había señalado anteriormente también Epicteto, no son las circunstancias lo que nos perturba, sino la visión que tenemos de ellas.

Partiendo de estas ideas, presentamos a continuación algunos moldes cognitivos, ejemplificados a través de las posibles interpretaciones de un funcionario local ante las propuestas de reforma que se contienen en el Libro blanco para la reforma del gobierno local y en el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. El lector puede tomarlos como motivo de reflexión, analizando también sus propios formatos de pensamiento.

##### *Moldes asociados a bajo bienestar subjetivo*

##### –Anticipación aversiva:

Estoy convencido de que todo esto de las reformas del empleo público se van a quedar en una mera transformación burocrática, seguro que no va a funcionar: no habrá recursos económicos para ponerlas en marcha, será muy difícil modificar el planteamiento tradicional sobre el que se asienta la función pública y, en concreto, la de las entidades locales. Va a ser un fracaso.

29. P. HERNÁNDEZ, *Moldes. Test de moldes cognitivo-afectivos*, Departamento de Psicología Educativa, Evolutiva y Psicobiología, Universidad de La Laguna, Tenerife, 1997.

P. HERNÁNDEZ, “Educación de valores socioafectivos en un escenario constructivista: Bienestar subjetivo e inteligencia intrapersonal”, en J. Beltrán, V. Bermejo, M.ª D. Prieto, L. Pérez, D. Vence y R. González (eds.), *Intervención psicopedagógica y currículum escolar*, Madrid, Pirámide, págs. 217-254, 2000.

P. HERNÁNDEZ, “Creatividad y vida”, en A. Rodríguez (coord.), *Creatividad y Sociedad*. Barcelona, Octaedro, 61-98, 2001.

P. HERNÁNDEZ, *Los moldes de la mente: más allá de la inteligencia emocional*, La Laguna, Tenerife: Tafor, 2002.

30. B. WEINER, *Theories of motivation*, Rand McNally, Chicago, 1972.

31. A. BECK, *Terapia cognitiva de la depresión*, Desclee de Brouwer,

Bilbao, 1984.

32. G. A. KELLY, *The Psychology of Personal Constructs*, Norton, New York, 1955.

33. A. ELLIS, *Reason and emotion in Psychotherapy* (traducción castellana 1998), *Razón y emoción en psicoterapia*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1962.

34. R. S. LAZARUS, “Emotions and adaptation: conceptual and empirical relations”, en W. J. Arnold: *Nebraska symposium on motivation*, Lincoln, University of Nebraska Press.

R. S. LAZARUS, “Cognition and motivation in emotion”, en *American Psychologist*, 46, págs. 352-367.

35. *Op. cit.* (2001), pág. 83.

36. *Op. cit.* (2002), pág. 97.

37. R. BISQUERRA, *Educación emocional y bienestar*, Praxis, Barcelona, 2000, pág. 129.

–Valoración condicional:

¡Cómo me convencería este reto de la reforma del empleo público si no consagrarse al personal eventual o si excluyera la provisión mediante libre designación!

–Anticipación devaluativa:

¡Para qué la reforma del empleo público, si es un mero discurso verbal, un campo de arenas movedizas, en el que es fácil quedarse atrapado. Al final, no va a tener una repercusión real en la práctica y, además, todo es igual!

Anticipación hipervalorativa o inflación-decepción:

La reforma del empleo público me parece una buena idea, sobre todo por el cambio global que se va a producir en la Administración pública. Pero, en el fondo, creo que no se trata más que de un mero continuismo. Seguro que nos va a defraudar.

–Anticipación de hipercontrol:

No dejo de pensar en qué nuevas tareas tendré que desempeñar, y en preguntarme acerca de mi nuevo rol, de las mejoras organizativas, o de los nuevos sistemas de evaluación. En definitiva, no dejo de pensar en cómo me adaptaré y sobreviviré al cambio.

–Evaluación selectiva negativa:

Por fin hay un plan de reforma global en la función pública. Resulta todo muy interesante, pero es difícil que los empleados públicos estén verdaderamente motivados para el cambio.

–Descalificación negativista global:

Las reformas no sirven para nada. Al final, ésta, como todas, se quedará en “agua de borrajas”, porque debajo de los objetivos que se presentan se esconden trampas y problemas de difícil solución.

–Descalificación selectiva:

La reforma del Estatuto de la función pública no es más que un paripé. Debajo de la idea de reforma no hay más que una política para seleccionar a las personas afines a los gobiernos.

–Desestructuración (descontextualización):

El Estatuto básico del empleado público no va a resolver el problema de los funcionarios públicos. Más valdría resolver los problemas de la Administración y del ciudadano.

–Hiperanálisis disociativo racionalizador (no implicativo):

Todo esto del Estatuto básico del empleado público es un puro teatro.

–Disociación afectiva:

El nuevo Estatuto básico del empleado público no me dice nada: es mero ruido metodológico. Prefiero ver el panorama fríamente, sin implicarme, y no entusiasmar-me con las nuevas concepciones y necesidades funcionariales.

*Moldes asociados a un alto bienestar subjetivo*

–Anticipación analítica moderada:

Antes de poner en marcha la reforma de los empleados públicos habría que hacer experiencias piloto, formar a los encargados de llevarla a cabo y prever las necesidades personales, económicas y de infraestructuras.

–Anticipación constructiva:

Aunque veo muchas pegas, al nuevo Estatuto básico del empleado público, creo que merecerá la pena porque es una oportunidad única para nuestro país y una ocasión para mejorar, en última instancia, la Administración pública. Me permitirá reflexionar sobre mis concepciones, experimentar e innovar.

–Inflamación preactiva:

Pensando en la reforma del empleo público, me imagino las posibilidades que encierra para mejorar la Administración.

–Control proactivo emocional:

Las reformas, como todos los cambios, conllevan recelos e inconvenientes. Cuando surjan los problemas procuraré mostrarme receptivo, afrontándolos con optimismo y tranquilidad, tratando de hacer mi trabajo lo mejor posible.

–Evaluación selectiva positiva:

Aunque una reforma, por sí sola, no es signo de calidad y supone un considerable incremento de trabajo, tengo que reconocer que tiene muchos valores y es todo un “reto” que va a provocar un gran cambio en los servidores públicos.

–Selección constructivista de alternativas:

Aunque seguro que esta reforma va a fracasar y los cambios que suscita van a ser mera fachada, voy a aprovechar esta oportunidad para reflexionar en torno a las necesidades formativas de esta sociedad cada vez más compleja y exigente, y para formarme en las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

## 5. Hacia un nuevo modelo de empleo público de las entidades locales

Como hemos ido viendo a lo largo de estas páginas, cada vez serán más importantes las habilidades básicas de la inteligencia emocional en el empleo público de las administraciones públicas y, particularmente, en el de las diferentes entidades locales. Así, parafraseando a Goleman, el crecimiento y hasta la misma supervivencia de las organizaciones dependen, en definitiva, del aumento de inteligencia emocional.

Las entidades locales cuentan con los recursos humanos entre sus activos más importantes para desarrollar sus competencias y, en última instancia, para prestar los servicios a sus ciudadanos con la calidad que exige el momento histórico en el que vivimos. Por ello, la selección del personal, la provisión de los puestos de trabajo, la evaluación del desempeño y las políticas retributivas y de formación deben adoptar una óptica que el contexto temporal actual exige a la luz del desarrollo de disciplinas, como la Psicología, si pretenden optimizar su empleo público.

Lamentablemente, el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado

Público sigue anclado en la visión contenida en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que hoy precisa de un *aggionamento* para dar una mayor importancia a la motivación cognitiva y a las relaciones interpersonales, incidiendo en el liderazgo y en la inteligencia emocional, a través de características como la flexibilidad, la pericia, la creatividad, la autoconfianza, la asertividad, la empatía, la motivación del liderazgo, el entusiasmo, la integridad y honestidad...

Creemos, pues, que se han de potenciar las unidades gestoras de recursos humanos en las entidades locales, con una perspectiva especializada y renovada, y con las dotaciones presupuestarias necesarias, sin olvidar, como suele ser frecuente, la realidad de la inmensa mayoría de nuestros municipios, carentes incluso de una mínima organización en este sentido, por lo que los entes intermedios, especialmente la provincia, deben cobrar un nuevo papel colaborador con el pequeño municipio y hacer que se plasmen verdaderamente en el conjunto de las entidades locales los principios que se contienen en la Constitución española, hoy todavía, en buena medida, una asignatura pendiente de nuestra democracia.

Ante los miembros representativos, como gobernantes y administradores, y también ante los funcionarios de mayor responsabilidad surge el reto del entrenamiento en todas estas habilidades sociales para un mejor funcionamiento de sus organizaciones y, en consecuencia, para un mejor servicio al ciudadano. Por esta razón, y por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, resulta también imprescindible que las fuerzas políticas y las asociaciones de entidades locales profundicen en la preparación de sus cargos, de forma que cuando acceden a los mismos y durante sus mandatos puedan recibir una formación en habilidades directivas y sociales, junto con la propia, en las materias que son objeto de su competencia, que les permita desarrollarlas con las mayores garantías de eficacia y eficiencia. ■

## Régimen jurídico-administrativo de los campos de golf

1. Introducción.
2. Regulación deportiva.
3. Perspectiva urbanística.
4. Los elementos medioambientales.
5. Los aspectos turísticos.
6. Los aspectos de organización y contratación administrativa.

Fernando García Rubio  
*Director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento  
de Alcalá de Henares*

## 1. Introducción

El golf es un deporte que ha tenido una expansión exponencial en España en los últimos años. Dicho aumento de aficionados y sobre todo de lugares de juego produce importantes consecuencias sobre el territorio. Por la naturaleza de dichos campos, a los cuales no puede estar ajena la actividad y potestades de las diversas administraciones públicas, por lo dicho y la existencia del hecho, dicha actuación de las administraciones públicas ha generado, genera y generará un régimen jurídico de carácter administrativo para dichas instalaciones y sus repercusiones, que serán el objeto de nuestra aproximación.

El golf es un deporte de origen británico que consiste en la realización de un recorrido de dieciocho hoyos (pueden ser campos de nueve) introduciendo mediante el golpeo de un palo una pelota en dichos hoyos e, intentando superar el número ideal de golpes prefijado o "par", gana aquel que menos golpes realiza en el citado recorrido.<sup>1</sup>

En esta materia el régimen jurídico administrativo se compone del conjunto de técnicas y normas de intervención, fomento y servicio público de las administraciones públicas en y sobre los campos de golf, tanto de regulación o actuación directa de las diversas administraciones sobre estos, como las normas sectoriales o actuaciones conducentes a actuaciones e implicaciones indirectas.

Esa regulación y actuación administrativa debemos de ubicarla en la sociedad de principios del siglo XXI, en la que el deporte, la cultura y en general las actividades de esparcimiento generan no solo una gran demanda social derivada del aumento de bienestar en nuestras sociedades avanzadas, sino también un importantísimo flujo económico derivado del volumen de ingresos e inversiones que producen. Dichos fenómenos se encuentran lógicamente en lo que Martín Mateo ha denominado el estado del ocio,<sup>2</sup> lógica fase dentro del contexto que describimos.

Aunque nuestra aportación al estudio de los campos de golf se realiza bajo dicha óptica jurídico-administrativa no debemos olvidar que dichas instalaciones, el fenó-

meno social que las acompaña y la actividad económica que generan son susceptibles de ser abordados desde muy diversas ópticas jurídicas, deportivas, económicas y sociológicas.

Así, la fiscalidad de éstos, la forma jurídico-privada de implantación y desarrollo en todos sus matices y variables, los recursos humanos que prestarán sus servicios en las instalaciones del campo y sus modalidades contractuales, etc., son objeto de estudio por otras disciplinas jurídicas generando una realidad pluridisciplinar.

Igualmente desde el propio mundo del Derecho administrativo<sup>3</sup> este fenómeno puede abordarse o estudiarse desde varios puntos de vista, y así:

Un prisma deportivo; esto es, del Derecho del deporte,<sup>4</sup> asignatura tradicionalmente ubicada pese a su pluridisciplinariedad en el área de conocimiento del Derecho administrativo, puesto que al fin y a la postre el golf es un deporte.

Un punto de vista urbanístico es la línea de lo que Mestre Delgado<sup>5</sup> denomina la regulación tradicional de la perspectiva del urbanismo, dada la imprescindible necesidad de contar con dicha disciplina para ubicar, situar y desarrollar las referidas instalaciones.

Conforme a la sensibilidad social y administrativa que desprende el medio ambiente y las capacidades y potestades que nuestro ordenamiento jurídico otorga a las administraciones públicas con competencias ambientales sobre todo hacia actividades potencialmente distorsionadas del entorno como son los campos de golf. Es indispensable su análisis desde dicho punto de vista.

En un Estado cuyo principal recurso económico está constituido por el fenómeno turístico y siendo los campos de golf un producto turístico en buena parte del total de las instalaciones que se construyen en España, deberemos en buena línea realizar un acercamiento a éstos desde la referida normativa y actividad turística, de la cual no se puede disociar.

Finalmente, dentro de las principales parcelas de actuación de las diversas administraciones públicas sobre los campos de golf en relación con su propia organización,<sup>6</sup> esto es, las modalidades de organización de los servicios<sup>7</sup> administrativos y también de la contra-

1. Para las reglas del golf, consúltese [http://www.basegolf.com/reglas\\_2.htm](http://www.basegolf.com/reglas_2.htm). Las actuales están vigentes en el periodo de 1 de enero de 2000 a 31 de diciembre de 2003 y únicamente son competentes para redactar y modificar el código de reglas The Royal and Ancient Golf Club of Saint Andrews (Escocia) y la Asociación Norteamericana de Golf (USGA).

2. Sobre las implicaciones del ocio, véase "Suelo y ocio" de Carlton S. VAN DOREN, George B. PRIDLE y John E. LEWIS, IEAL, 1983.

3. Una aproximación concisa al concepto del Derecho administrativo puede realizarse en Prosper WEIL, "Derecho administrativo", en *Cuadernos Civitas*, 1989 (reimpresión). Traducción de la décima edición original de la obra en la colección *Que sais-je?* de Presses Universitaires de France.

4. Con respecto al marco del Derecho deportivo véase José BERMEJO VERA, "Constitución y deporte", Tecnos, 1998.

5. Juan Francisco MESTRE DELGADO, "Los campos de golf (una aproximación al tratamiento jurídico de su construcción)", pág. 524 de *Ordenación y gestión del territorio turístico*, obra colectiva dirigida por David Blanquer, Tirant lo Blanch-Fundación Cañada Blanch, 2002.

6. Una aproximación a los conceptos organizativos los tenemos en Nicos P. MOUZELIS, *Organización y burocracia*, Península, 3.ª edición, 1991. Sobre los conceptos generales de organización administrativa véase Mariano BAENA DEL ÁLCAR, "Organización administrativa", en *Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, 1988.

7. Unas reflexiones generales sobre el concepto de servicio público las tenemos en Luciano PAREJO ALFONSO dentro del número monográfico de la Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, sobre el servicio público educativo, en especial en las universidades, 2000.

tación administrativa cuando el campo de golf es promovido por una entidad pública desde fórmulas de gestión directa o indirecta respectivamente.<sup>8</sup>

Igualmente, debemos destacar que la regulación jurídico-administrativa de los campos de golf es un fenómeno al menos en teoría heterogéneo, puesto que los títulos competenciales que hemos abordado son en su mayor parte titularidad de las comunidades autónomas con carácter exclusivo, toda vez que desde la STC 61/1997, de 20 de marzo, dicha exclusividad excluye la capacidad de legislación *ex novo* del Estado con carácter supletorio, siendo muy difícil encontrar normas estatales reguladoras con anterioridad a la asunción de los títulos competenciales por las comunidades autónomas, por ser el golf un fenómeno relativamente reciente, recayendo su regulación en gran medida sobre la legislación autonómica.

No obstante, sí podemos encontrar algunos títulos supletorios en el TRLSOU 1346/1976, de 9 de abril, e incluso en la Ley 10/1990, del deporte, e igualmente diversos títulos de intervención directa estatal no explotados, como las legislaciones básicas de protección medioambiental y de régimen local, que permitan un nivel jurídico-administrativo estatal de esta materia.

En este sentido podemos señalar las medidas contenidas en el Plan Hidrográfico Nacional y sus normas de desarrollo que impiden el uso del agua trasvasada por el riego de los campos de golf, que en base a una legislación sobre demanio natural supraautonómico (artículos 149.1.18 y 132 de la Constitución española) establecen vinculaciones sobre las citadas instalaciones.

No obstante la relativa homogeneidad de la reglamentación de los campos de golf se produce por la vía privada, esto es, las reglas del juego del Royal & Ancient Club of Saint Andrews y la normativa homologadora de la Federación, puesto que aunque la Ley 10/1990, del deporte, considera a dichas instituciones como privadas su funcionamiento parcial con fondos públicos y su ubicación en el Consejo Superior de Deportes y la opinión de alguna doctrina (parada)<sup>9</sup> podría llevar a considerarlas como entes administrativos o al menos que ejercen funciones administrativas.<sup>10</sup>

Aunque la regulación jurídico-administrativa de los campos de golf se produce de manera general, no debemos olvidar que la entidad económica y social de dichas instalaciones o la sensibilidad ambiental que produce en determinadas comunidades autónomas ha llevado a abordar de manera monográfica incluso a través de

leyes específicas esta materia, y así podemos citar la problemática y derogada Ley extremeña de ofertas turísticas complementarias, el Decreto foral navarro 128/1992 y específicamente la Ley balear 12/1998, modificada por la Ley 6/1990 y suspendida su vigencia en las islas de Ibiza y Formentera por la Ley 4/2000 de Baleares.

Dejando para más adelante el estudio de estas normativas peculiares deberemos de abordar cada una de las perspectivas que hemos enunciado anteriormente.

## 2. Regulación deportiva

El golf es al fin y al cabo un deporte y, por tanto, las instalaciones sobre las que se celebre estarán sometidas a reglas emanadas del Derecho deportivo, que, aunque tienen una base privada de carácter supranacional, están sometidas a tutela administrativa.

Teniendo en cuenta que las competencias administrativas sobre el deporte están sumidas a través de los diversos estatutos por las comunidades autónomas, aunque, no obstante, el Estado mantiene títulos competenciales en la materia por la vía de la lucha contra el dopaje y contra la violencia y en relación con las competiciones internacionales y profesionales reflejados en la Ley 10/1990, del deporte.

La referida ley estatal del deporte no contiene referencias a los campos de golf. No obstante, sí habla de unas homologaciones técnicas de las instalaciones deportivas, especialmente públicas, que a nuestro juicio deberían producirse a través de la normativa sobre edificación (LOE)<sup>11</sup> y específicamente en el previsible código de la edificación, aún no promulgado.

La intervención con carácter general a todo el Estado de forma específica desde el prisma deportivo es el referido a las reglamentaciones<sup>12</sup> sobre las características de los campos emanados de la federación española que con sus homologaciones de carácter privado, pero con trascendencia pública, hacen posible el desarrollo o no de competiciones oficiales.

Por su parte, las diversas legislaciones de las comunidades autónomas en materia deportiva tienen como características generales dos elementos comunes a los que supeditar las instalaciones deportivas del golf:

—Una reincidente presencia de autorizaciones especiales concurrentes con las licencias urbanísticas para la instalación deportiva que debe otorgarse por el órgano competente en materia deportiva.

8. Sobre la gestión de servicios locales, véase Juan Francisco MESTRE DELGADO, "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión", págs. 1223 a 1300 del *Tratado de Derecho municipal*, volumen II, Civitas, 1988 (1.ª edición).

9. Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, 7.ª edición, 1993, págs. 329 a 3363.

10. Ese ejercicio de funciones públicas de las federaciones deportivas lo podemos analizar en *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, de

Andreu CAMPS POVILL, Civitas, 1996.

11. Acerca de dicha normativa existen numerosas obras, de entre las que debemos destacar los comentarios dirigidos por Pascual Sala (Editorial Bosch), Luciano Parejo (Editorial Tecnos) y Jesús González Pérez (Civitas).

12. En esa línea es destacable la STS de 16 de junio de 1986, que aunque referida a un club de tiro olímpico afirma: "La actividad deportiva reconocida por nuestro sistema legal como lícito y reglamentado e incardinado en una federación, presente una faceta de interés público y social reconocido por la ley."

—La existencia de una planificación de instalaciones deportivas a nivel regional en la que por lógica se deben englobar los campos de golf.

En dicha planificación se suele obligar a prever reservas de espacios y calificaciones de zonas para el deporte (Ley 2/1995 extremeña, artículo 13 de Ley 11/1997 gallega).

Estas reservas y calificaciones son abordables desde muchas perspectivas; así, en Castilla y León en la Ley 9/1992 se remite a la competencia municipal realizar dichas reservas de suelo; en Cataluña, por su parte, el Decreto legislativo 1/2000 establece el desarrollo del plan director de instalaciones y equipamientos deportivos a través de programas de actuación que son los que incluirán la localización de las instalaciones y equipamientos deportivos de interés general.

Igualmente con carácter general se pueden establecer como en el supuesto de La Rioja unas directrices generales sobre instalaciones deportivas (Ley 8/1995), que lógicamente pueden incluir el régimen y características de los referidos campos de golf.

No obstante, la intervención administrativa en lo que se refiere a los campos de golf, propiamente será más bien de carácter tangencial y en los supuestos de competiciones oficiales, correspondiendo al Consejo Superior de Deporte la autorización de los *open* de carácter internacional.<sup>13</sup>

### 3. Perspectiva urbanística

La gran cantidad de terrenos que son necesarios para la implantación de una infraestructura de golf en conjunción lógica con el precio del suelo hacen normalmente necesaria la ubicación de este tipo de instalaciones en suelos urbanizables y no urbanizables, siendo por tanto la localización del suelo el primero de los problemas a abordar.<sup>14</sup>

Así, el planeamiento urbanístico puede optar por abordar directamente la cuestión estableciendo una calificación de usos deportivos específicos de golf *de motu proprio* o en el marco de la planificación territorial o la sectorial deportiva antes comentada, o puede establecer un silencio al respecto; eso sí, sin impedir el uso por disponer medidas de protección sobre el suelo que hagan inviable la promoción del campo del golf.

Pero no debemos olvidar que desde el punto de vista legal es perfectamente posible y recomendable la inclusión de campos de golf en suelo urbanizables y urbanos (casos de Madrid y Majadahonda), pero que lógicamente por su elevado coste suelen estar promovidos por las administraciones públicas (ayuntamientos), lo cual genera su carácter de instalación deportiva pública con su obtención gratuita del suelo mediante cesiones obligatorias de los propietarios y la lógica clasificación de dichos suelos como sistema general a los efectos del planeamiento urbanístico.

No obstante, lo más común es la promoción privada de dichas instalaciones en suelos no urbanizables (tras el Real decreto ley 4/2000, de medidas liberalizadoras)<sup>15</sup> y urbanizables: lógicamente en la terminología de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid, urbanizable no sectorizado, o en la de la Ley 5/1999 de Castilla y León urbanizable no delimitado.

En ese sentido, la Ley 12/1988 de Baleares posibilita la ubicación de los campos de golf en suelo rústico previa declaración de interés social con información pública de un mes, autorización del Consell, previos informes sectoriales, estudio de impacto ambiental y edificabilidad máxima de las construcciones de 2000 m<sup>2</sup>.

Esta ubicación en suelo rústico es lo que ha generado una mayor problemática con los subsiguientes pronunciamientos de los tribunales de justicia e implantación progresiva de una jurisprudencia en materia de campos de golf, señalándose por la doctrina la absoluta necesidad de su ubicación en el suelo no urbanizable, y así lo afirman Familiar Sánchez y Company Carretero.<sup>16</sup>

El Tribunal Supremo se ha pronunciado favorablemente en la línea de los artículos 86 del TRLSOU/76 y 44 del RGU sobre la necesaria localización de los campos de golf en el medio rural (STS de 5 de junio de 1995, Campo “el plantío” en Valencia, y 27 de octubre de 1997, Camprodon).

Igualmente, y aunque puede resultar polémico en determinados sentimientos sociales, no evidentemente en zonas turísticas, también ha acogido sin ambages el carácter de interés social a que obliga la referida Ley 12/1988 de Baleares, y así las STS de 23 de diciembre de 1999 (Santa Eulalia) y 26 de octubre de 1999 (Palma).

Junto a la necesidad de agua, la mayor problemática a la que se enfrentan desde el punto de vista urbanístico los campos de golf es la de su ubicación y conexión con

13. Sobre dicha competencia véase el artículo de Alfonso LUENGO ÁLVAREZ-SANTULLANO, “Acerca del Real decreto 2075/1982 sobre actividades y representaciones deportivas internacionales”, en Civitas, *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 4, julio-diciembre de 1994.

14. De hecho, ROCA SASTRE señala que el problema de la construcción de los campos de golf radica tanto en la integración con la ordenación del territorio como en el emplazamiento geográfico de éstos, y así lo afirma en “Campos de golf y ordenación del territorio: Régimen jurídico”, págs. 119 a 142 de la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 165, noviembre de 1998.

15. Un estudio del problema de la liberalización del suelo, lo tenemos en José Eugenio SORIANO GARCÍA, *Hacia la tercera desamortización*, IDELCO-Marcial Pons, 1995.

16. Arturo FAMILIAR SÁNCHEZ, “Los campos de golf: Notas sobre su regulación jurídica”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n.º 14, quinceña del 30 de julio al 14 de agosto de 2001, págs. 2371 y ss., tomo 2. Y Francisco Javier COMPANY CARRETERO, *Dictámenes e informes de Derecho urbanístico*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2003, págs. 121 a 163.

el planeamiento urbanístico, especialmente en lo referido a la clasificación y calificación de usos del suelo en que se pueden instalar.

Por lo que respecta a la clasificación del suelo, en principio y a reservas de la correspondiente legislación autonómica, es perfectamente posible (aunque aumentaría lógicamente los costes) la localización de los campos de golf en suelo urbano. En dicho supuesto, a su vez, los usos pueden ser el deportivo (el más adecuado), que alguna legislación autonómica (la Ley 10/1991 de Madrid) sometía a calificación medioambiental en su condición de instalación deportiva conforme los anexos de la referida ley.

Obviamente, el planeamiento general y de los planeamientos parciales de desarrollo en suelo urbanizable pueden consignar la existencia de campos de golf que bien pueden ser considerados como zona verde, con la práctica inmutabilidad que ello implica por la necesidad de requerir informe del Consejo de Estado para una modificación. Dicho informe que preveían las leyes del suelo estables hasta la STC/1997 y que alguna ley autonómica vinculada como la Ley de Madrid 9/1995, de 28 marzo, mantenía, ha sido obviado por las nuevas leyes autonómicas, así la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid.

Por otra parte, se le puede configurar bajo otros usos<sup>17</sup> como son el deportivo y de ocio pero siempre bajo el prisma del equipamiento y rotacional.<sup>18</sup> En este punto cobra importancia a los efectos del cálculo del aprovechamiento tipo la consideración de dichos suelos como públicos o privados, por lo que para que sean rentables los campos netamente privados (puesto que en los campos públicos es posible su explotación mediante gestión indirecta por empresas privadas) deben de localizarse, como hemos señalado antes, en suelos de naturaleza rústica; esto es suelo, no urbanizable,<sup>19</sup> puesto que al ser zona verde es posible la consideración como espacio protegido o en los suelos urbanizables que no sean de inmediato desarrollo, por ejemplo los urbanizables no delimitados en la terminología de la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo, y valoraciones o urbanizables no sectorizados con los términos de la Ley madrileña 9/2001, debiendo someter a figuras de evaluación de impacto ambiental como en Canarias.

En este sentido y para viabilizar en muchos casos de forma económica las promociones de campos de golf,

se autorizan construcciones residenciales anejas como en el caso balear que más adelante comentaremos, dichas construcciones anejas se articulan según Blanquer Criado en tres generaciones: la primera vinculación a urbanizaciones residenciales, la segunda vinculación a alojamientos hoteleros y la tercera no vinculados a edificaciones para alojamientos.<sup>20</sup>

En la constitución y ubicación de los campos de golf debemos tener en cuenta, dada al estructuración del Estado en comunidades autónomas, la existencia de dos normativas específicas de carácter autonómico referidas a los campos del golf, como ya anunciábamos, que son la Ley de Baleares 12/1998 y el Decreto foral de Navarra 128/1992 con las disposiciones específicas para dichas instalaciones deportivas que rigen en cada una de las referidas comunidades autónomas,<sup>21</sup> dada la derogación de la regulación extremeña.

Por lo que respecta a las Islas Baleares, debemos destacar que las disposiciones de la Ley 12/1998 antes citada no rigen más que para el territorio de las islas de Mallorca y Menorca, puesto que la Ley 4/2000 de la citada comunidad deje sin efectos la aplicación de la referida Ley 12/1998 en los términos de las islas de Ibiza y Formentera. Existiendo ya diversos pronunciamientos jurisprudenciales, destacando la STSJ de Baleares de 13 de septiembre de 1996 (Aranzadi 1612).

Así, en primer lugar para las islas Baleares debemos destacar que cuando se pretende realizar un proyecto de campo de golf en suelo rústico o urbanizable no programado (actual suelo urbanizable no delimitado conforme el artículo 16.1 de Ley 6/1998), los promotores deben de solicitar con carácter previo la declaración de interés social que se somete a información pública por un periodo de un mes simultaneando la audiencia al *consell* insular correspondiente, aunque tras la ley de atribución de competencias a los *consells* en estas materias del año 2001 podríamos entender dicho precepto derogado, pues la competencia para resolver le corresponde a este y es por tanto contra-productiva.

A la solicitud de la declaración de interés social se ha de acompañar:

—El proyecto o anteproyecto de los campos de golf con todas sus instalaciones complementarias (en su caso, turísticas) con las conexiones viarias necesarias y servicios imprescindibles para su viabilidad.

17. El PGOU de Madrid de 1997 establece en su artículo 7.7.1, número 2, dentro del uso dotacional de servicios colectivos las claves de: zonas verdes, deportivo, equipamiento y servicios públicos, posibilitando en los artículos 7.8.4 y siguientes el uso de campo de golf.

18. Así, debemos recordar que el artículo 45 del Reglamento de planeamiento urbanístico aprobado por el Real decreto 2159/1978, de 25 de junio, contempla las dotaciones deportivas como uno de los aspectos a consignar en los usos de los planes parciales, y así lo señala ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 126.

19. Con respecto al suelo no urbanizable, véase Manuel MEDINA DE LEMUS,

págs. 177 a 198, del n.º 2 (III época) de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo-abril de 1999. En relación con dicha ubicación, FAMILIAR SÁNCHEZ señala la absoluta necesidad de su ubicación en suelos de carácter rústico, *op. cit.*, pág. 2376.

20. David BLANQUER CRIADO, *El golf, mitos y razones sobre el uso de los recursos naturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 175 a 181.

21. Para un estudio detenido de la legislación sobre campos de golf de dichas comunidades autonómicas, véase *Memento práctico urbanístico 2003-2004*, de la editorial Francis Lefebvre, de varios autores, págs. 633 a 636.

–El título de propiedad y certificación registral de dominio y cargas.

–Un estudio de evaluación ambiental con especial referencia a las consecuencias sobre el entorno paisajístico e hídrico.

–Justificación de la suficiencia del agua adecuada para regar el campo de golf, que debe proceder de la depuración de aguas residuales, de la desalinización del agua de mar o de fuentes, ríos o torrentes que viertan directamente al mar.

Además de la documentación remitida por los promotores con carácter previo a la decisión del órgano competente deben emitirse de las consejerías competentes en materia de turismo (en relación con el interés turístico de la promoción), agricultura y pesca (sobre la no-incompatibilidad con valores singulares o que afecten a terrenos de especial valor agrícola), de deportes (sobre las instalaciones deportivas) y de la consejería competente en materia de obras públicas sobre los recursos hídricos.

Una vez decidida, en su caso, la declaración de interés social por el *consell* insular se pasará el proyecto al ayuntamiento para la tramitación y concesión si procede de la licencia o licencias municipales, que, eso sí, deberá (el proyecto) prever la ejecución de las obras en dos etapas; por un lado, la construcción del propio campo de golf y, por otro, las instalaciones (club social y caseta de palos que no podrán superar los 2.000 m<sup>2</sup>) y las edificaciones residenciales vinculadas al campo; esto es un hotel o apartotel de cuatro estrellas como mínimo y con 450 plazas, abierto todo el año, debiendo tener el campo de golf un mínimo de 60 hectáreas, 18 hoyos y de par 70 para el campo. Las edificaciones no podrán superar las dos plantas ni los nueve metros y estar vinculada toda la parcela, edificaciones y campo,<sup>22</sup> debiendo inscribir dicha vinculación indivisible en el registro de la propiedad.

Por lo que respecta a la Comunidad Foral de Navarra, los campos de golf pueden construirse en suelo urbanizable o no urbanizable con categoría de media productividad agrícola o genérico (en la concepción de la derogada Ley foral 10/1994, de ordenación del territorio). En la actual Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo, se disponen ocho categorías de suelo no urbanizable que están sometidas a un procedimiento especial de autorización de su uso a través de resolución del consejero competente de urbanismo conforme los artículos 117 y 119 de la ley.

El desarrollo de los campos de golf en su aspecto urbanístico se puede realizar mediante un plan especial (cuando no contemplen zona residencial pero que sí se

permite instalaciones hoteleras y deportivas) y mediante un plan parcial (con áreas residenciales), correspondiendo en este caso cesión de aprovechamiento urbanístico gratuito al ayuntamiento, conforme las determinaciones del decreto foral, que lógicamente deben interpretarse conforme las determinaciones de la ya citada Ley foral 35/2002, que no lo deroga.

Los planes deben contener toda una serie de determinaciones específicas como los cierres exteriores del campo, un mínimo del veinte por ciento de la superficie total del campo dedicado a masas forestales y, entre otras, medidas para adaptar las edificaciones necesarias al entorno del medio.

La documentación necesaria para formular el plan correspondiente debe ser como mínimo:

–Memoria, con los promotores, las razones turísticas y, entre otros aspectos, la justificación del ámbito delimitado.

–Planos de información, en el que debe establecerse, entre otros aspectos, la situación del municipio en relación con el campo y estado actual.

–Planos de propuesta, como acceso rodado, situación en planta, servicios de agua y suministros, etcétera.

–Normas de protección de los valores naturales y urbanos del plan.

–Previsiones económicas desglosadas.

–Calendario de ejecución de obras.

–Resolución expresa de no impedir el acceso público al núcleo residencial.

El procedimiento de aprobación de la construcción de un campo de golf comprende en Navarra cinco posibles fases:

–En primer lugar, una fase previa de carácter potestativo ante la consejería competente en urbanismo sobre la idoneidad del terreno sobre el que se pretende instalar, que no prejuzga el resultado posterior.

–En segundo lugar y ya obligatorio, nos encontramos con la solicitud del promotor que junto a la documentación anteriormente relacionada, los informes de las consejerías competentes en materia de comunicaciones sobre los enlaces, cultura sobre posible o no afectación de edificios históricos, agricultura en caso de afectarse bienes comunales y además informe del organismo competente en aguas sobre la suficiencia de recursos hídricos para atender las necesidades del campo sin perjudicar otras.

–En tercer lugar, procede la aprobación inicial por parte del ayuntamiento donde se pretende instalar el campo de golf y su sometimiento a información pública por un mes, siendo esta fase esencial, puesto que conforme al artículo 105 de la Constitución, 84 de la LRJAPC y 24 de la Carta Magna su incumplimiento daría lugar a nulidad de pleno derecho.

22. Sobre inscripción de licencias en el Registro de la Propiedad, véase Fernando GARCÍA RUBIO, *Licencias de obras municipales. El Registro de la*

*Propiedad y sus relaciones con el urbanismo*, Consejería de Justicia, Función Pública y Administración Local, Comunidad de Madrid, 2000.

—En cuarto lugar, la aprobación provisional resolviendo las alegaciones, en su caso, por parte del órgano que aprobó inicialmente (es posible que fuese el Gobierno navarro si afecta a varios términos municipales), y en quinto lugar, la aprobación definitiva por parte de la comunidad foral, suponiendo dicha aprobación si corresponde a suelo no urbanizable las autorizaciones urbanísticas preceptivas establecidas por los ya señalados artículos 117 y 119 de la Ley foral de ordenación del territorio y urbanismo.

Una vez vistas las determinaciones sobre el planeamiento urbanístico en relación con la ubicación de los campos de golf y los procedimientos singulares previstos en las legislaciones balear y navarra, debemos de proseguir en las fases del proceso urbanístico y, por tanto, una vez previsto el suelo sobre el que se ha de ubicar el futuro campo, éste deberá obtenerse mediante los mecanismos de gestión urbanística.

La gestión o ejecución del planeamiento deberá diferenciar con carácter fundamental entre la titularidad dominical del suelo como público o privado, puesto que de estar previsto como público por el plan a la base de su obtención, deberá acogerse alguno de los sistemas de ejecución previstos por la muy diversa legislación autonómica y determinar si la instalación, como es lógico en el caso de su titularidad pública, debe de considerarse como sistema general dada su naturaleza de servicio a todo el término municipal e incluso mayor radio de acción.

Los sistemas generales podían obtenerse en la configuración tradicional del Derecho urbanístico estatal o bien mediante su adscripción a una o varias unidades de ejecución para la equidistribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios originales del suelo con la atribución de aprovechamiento en dicha o dichas unidades, o bien a través del ejercicio del derecho de apropiación.

Otro supuesto será el caso de la ubicación del campo como de naturaleza privada y en terrenos de dicha titularidad, con lo que la concreta obtención del espacio de terreno necesario para el campo deberá producirse a través del proyecto de compensación<sup>23</sup> o reparcelación dependiendo de la denominación que cada comunidad autónoma le confiera o el sistema de ejecución privado adoptado, mediante el cual a través de las cesiones obligatorias y la suscripción en el registro de la propiedad de las nuevas fincas resultantes que darán lugar a la implantación del futuro campo de golf.

En caso de que algún propietario no se adhiriera en el sistema de compensación a la denominada Junta de

Compensación, se debe proceder a la expropiación, lo cual nos hace unir dicho supuesto, junto a la posible obtención por medio de dicho sistema de terrenos para campos de golf públicos en la línea de preguntarnos por la legalidad y adecuación de la potestad expropiatoria<sup>24</sup> para la instalación de campos de golf.

Ese uso del procedimiento expropiatorio dependerá de las diversas fórmulas en la que cabe su utilización (incorporación al patrimonio municipal del suelo, no adhesión al sistema de compensación, expropiación singular en el marco de un proyecto de obras y servicios públicos, etcétera.

Evidentemente ninguna ley establece de forma directa como *causa expropriandi* la construcción de un campo de golf, no obstante el desarrollo del artículo 33 de la Constitución y de la Ley de expropiación forzosa, de 17 de diciembre de 1954, ha previsto la declaración de utilidad pública o de interés social para la iniciación del procedimiento expropiatorio para la obtención de suelos destinados de una u otra fórmula a campos de golf.

Un último aspecto ligado a las fórmulas de gestión del suelo vinculados a la implantación de los campos de golf es el del régimen del patrimonio municipal del suelo<sup>25</sup> o de los patrimonios públicos de suelo como soporte de las citadas instalaciones.

En esa línea el TRLSOU/76, dispone como destino del citado patrimonio municipal del suelo el de viviendas protegidas y “otros usos de interés social”, elemento éste recurrente como posibilidad de aplicación para con el uso como campo de golf de las parcelas integrantes del citado patrimonio, aunque ese interés social puede ser discutido por la inconcreción jurídica del término y lo variable de éste.

Tras la ubicación física que supone el planeamiento y la obtención efectiva del suelo mediante la gestión urbanística, la tercera y última fase dentro del urbanismo con respecto a los campos de golf es la denominada intervención administrativa de los actos sobre el uso del suelo y la edificación, esto es, el sometimiento previo a licencia municipal y otro tipo de informes o autorizaciones administrativas como las que pueden establecerse con carácter obligatorio en el suelo no urbanizable que, como hemos destacado anteriormente, son muy comunes para este tipo de intervenciones.

Sobre dichas autorizaciones debemos destacar que el Tribunal Supremo señaló en su Sentencia de 27 de octubre de 1997 que la denegación de la comisión provincial es determinante, pero la autorización no, puesto que resta la licencia.

23. Un estudio de los proyectos de compensación como instrumento de equidistribución de los beneficios y cargas del planeamiento lo tenemos en Jordi ABEL FABRÉ, *El sistema de compensación urbanístico*, Bosch, 2000.

24. Sobre dicha potestad, véase las obras de Óscar Moreno Gil (Civitas,

2000) y Francisco García Gómez de Mercado (Comares, 2002, 5.ª edición).

25. Sobre los citados patrimonios, véase a Tomás QUINTANA LÓPEZ y J. Miguel LOBATO GÓMEZ, *La constitución y gestión de los patrimonios municipales del suelo*, Marcial Pons, 1996.

Con carácter previo al desarrollo de esas competencias municipales debemos destacar la proliferación en España de la implantación de campos para la práctica del golf y la singularidad de éstos hace necesario abordar singularmente la problemática de éstos tanto desde el punto de vista de Intervención de los entes locales en la actividad de los administrados como también y a la vista de la extensión del fenómeno como servicio público municipal, toda vez que el artículo 26.c) de la LRBRL establece la obligación para los ayuntamientos de prestar el servicio de instalaciones deportivas de uso público.<sup>26</sup>

La implantación de un campo de golf requiere desde un punto de vista estrictamente administrativo de al menos dos licencias previas: la de obras y la de actividad o apertura, que pueden verse complementadas conforme a la legislación autonómica por autorizaciones singulares previas, calificaciones o autorizaciones de naturaleza medioambiental y licencias para la verificación final de todo el entramado proyectado desde el punto de vista de la seguridad o los espectáculos públicos, como puede ser la de funcionamiento, sin que cuando se gestione un servicios municipal de este tipo por concesión dicho acto exima de la obtención de licencias.

Para la instalación de los campos se requiere de una extensión de terreno bastante grande, pero también, y lo que es más importante desde el punto de vista administrativo, de una gran cantidad de agua para regar esas superficies sobre las que discurre el recorrido compuesto de *greens*, calles, *tees*, *bankers*, etcétera.

En este sentido, de forma habitual las diversas legislaciones autonómicas someten mediante evaluación de impacto medioambiental, calificación ambiental<sup>27</sup> o mera autorización administrativa previa o informe igualmente previo y de carácter vinculante por parte de la Consejería de Medio Ambiente respectiva condicionando la concesión, en especial en la España seca, al riego mediante agua reciclada, que a su vez tal y como ha considerado el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la Sentencia de 3 de mayo de 2000 (Aranzadi 2657) es considerada actividad (la depuración de aguas residuales) sometida al RAMINP y por tanto a las legislaciones autonómicas que lo sustituyen.

Por lo que respecta a la intervención administrativa de verificación de los proyectos presentados, debemos señalar que el principal problema que debe afrontarse es el ya señalado del abastecimiento hídrico para el riego que deberá implicar tarde o temprano la interven-

ción del organismo de cuenca para, en virtud de las disposiciones de la Ley de aguas,<sup>28</sup> autorizar la explotación del agua ya sea mediante pozo, conexión a la red o reciclaje de estas, puesto que en cualquier caso se superará el límite de 7.000 m<sup>3</sup> anuales que la Ley de aguas establece para precisar de autorización previa. Debiéndose prever por los planes de cuenca la alteración, en su caso, de lo establecido en el artículo 60 por el artículo 42.c) de la citada Ley de aguas. No obstante, más adelante profundizaremos en la materia ambiental.

En lo referido al procedimiento de las licencias una vez verificadas las autorizaciones medioambientales y de la confederación hidrográfica, cabe señalar sin perjuicio de la existencia de legislación autonómica preferente, que conforme al artículo 36.5 del Reglamento de espectáculos públicos<sup>29</sup> y actividades recreativas, aprobado por el Real decreto 2816/1982, de 26 de agosto, el expediente de apertura debe someterse a un periodo de información pública por periodo de veinte días hábiles.

Finalmente en lo referido a la explotación concesional del servicio público de campo de golf municipal, el pliego de condiciones debe de establecer claramente el cumplimiento de las normativas anteriormente citadas y el régimen de explotación, estando en dichos supuestos de concesión administrativa igualmente sometida a licencia municipal tanto la obra como la apertura de la actividad.

#### 4. Los elementos medioambientales

La verdadera regulación generalista de la intervención administrativa en los campos de golf es, dada la gran polémica y alarma social que a menudo genera estos equipamientos, la referida a las autorizaciones específicas o estudios de impacto ambiental, puesto que pese a su naturaleza "verde" los campos de golf generan una considerable modificación ambiental, por lo que tanto la aplicación de la legislación estatal de evaluación de impacto y aguas, como las diversas leyes autonómicas han establecido toda una serie de controles.

Esos controles han ido perfeccionándose progresivamente, desde una aplicación por extrapolación general a la expresa mención o sometimiento directo a dichos controles de los campos de golf. Así, por ejemplo, la antigua Ley 10/1991, de protección del medio ambiente de la comunidad, no incluía mención a estas instalaciones en su nomenclátor, por lo que en suelo urbano

26. Al respecto de la citada obligación, véase la obra dirigida por Luis M.<sup>a</sup> CAZORLA PRIETO, *Derecho del deporte*, Tecnos, 1992, págs. 202 a 225.

27. Al respecto de la intervención ambiental, véase el artículo de Javier DOMPER FERNANDO, "Las licencias municipales de medio ambiente versión las licencias de actividades clasificadas", págs. 465 a 490, de la obra *Derecho del medio ambiente y Administración local*, coordinada por José Esteve Pardo, Civitas, 1996.

28. Para un análisis de la Ley de aguas, véase *La reforma de la Ley de*

*aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, 2002, coeditado con la Confederación Hidrográfica del Ebro y el Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza, dirigido por Antonio Embid Irujo.

29. Al respecto, LUIS DE LA MORENA Y DE LA MORENA, "Espectáculos y establecimientos públicos: Normativa general y potestades de los municipios en su ordenación y gestión", págs. 441 a 477 del *Derecho local especial*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1997.

tuvieron que someterlo a calificación ambiental por el género de “instalaciones” deportivas en dicho suelo siendo la calificación una intervención menos estricta que la evaluación. La actual Ley 2/2002, de evaluación ambiental, sí incluye expresamente a los campos de golf y obliga a su apertura mediante el uso de agua reciclada.

Otro ejemplo es la modificación operada en Andalucía por la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, de turismo, que modificó la ley de protección ambiental de la citada comunidad autónoma, en relación con los campos de golf.

Igualmente en otros ámbitos autonómicos las leyes 5/1999, de 8 de abril, de evaluación de impacto ambiental, de Castilla-La Mancha, 3/1998, de protección del medio ambiente, del País Vasco, y la más reciente Ley de Madrid 2/2002, de evaluación ambiental, someten expresamente a la evaluación de impacto ambiental la instalación de los campos de golf, así como la ya referida ley específica balear.

Las fórmulas de abordar la referida problemática ambiental son variadas y así según Mestre Delgado:<sup>30</sup> el entorno; paisaje, árboles (recuérdese el caso de Navarra) y agua.

Es esta última materia la que más problemática ha generado y genera dada la escasez e importancia de este recurso en especial en zonas de gran afluencia turística (Andalucía, Canarias, Baleares y Comunidad Valenciana).

Con carácter general se obliga en la legislación autonómica, por ejemplo la Ley 2/2002 de Madrid o la Ley 12/1988 de Baleares, a que el agua de riego del campo proceda de la depuración de aguas residuales (en Baleares además los provenientes de agua de mar desalinizadas y de torrentes que viertan directamente al mar).

Debemos destacar en este aspecto la especial importancia de la legislación actual estatal en materia de aguas. Así la Ley de aguas de 1985 establecía unas prioridades de los abastecimientos de agua con preferencia del consumo humano y poca consideración de los consumos de ocio como corresponde al golf.

El Texto refundido de la Ley de aguas 1/2001, de 20 de julio, establece la necesidad de prever unos consumos que tendrán la necesidad de ajustarse a la prelación establecida por dicha legislación, debiéndose obtener la correspondiente concesión de aguas para el aprovechamiento privativo (como ocurre en el caso de los regadíos de los campos de golf), que deberá ajustarse a lo dispuesto en la planificación hidrológica de cuenca con la absoluta preferencia indisponible del abastecimiento a la población. Dichas preferencias fueron modificadas por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, incorporadas al Texto refundido de la Ley de aguas, y son:

–Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.

–Regadíos y usos agrarios.

–Usos industriales para producción de energía eléctrica.

–Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores.

–Acuicultura.

–Usos recreativos.

–Navegación y transporte acuático.

–Otros aprovechamientos.

Por tanto, el uso para campos de golf, estará, salvo disposición expresa en contrario del respectivo plan hidrológico de cuenca, en sexto lugar y por detrás de los usos industriales de todo tipo y los agrarios.

No obstante, debemos señalar que a través de los diversos planes de cuenca se está posibilitando la priorización del riego de los campos de golf por medio de las preceptivas concesiones para el aprovechamiento de aguas y con tal fin podemos destacar las variaciones que se han hecho de los planes hidrológicos de cuenca de la Confederación del Sur (Orden ministerial de medio ambiente de 6 de septiembre de 1999), y del Tajo (Orden ministerial de 13 de agosto de 1999).

Por tanto, para establecer una visión integral de los aspectos medioambientales de los campos de golf, debemos de destacar que junto al riego se pueden producir otros impactos o perjuicios para el medio natural que la legislación intenta prevenir a través de las técnicas de evaluación de impacto medioambiental, que como ya hemos comentado ha ido evolucionando progresivamente.

Tal como señala Blanquer Criado,<sup>31</sup> la diferencia fundamental entre unas y otras comunidades autónomas estriba en la clase de evaluación que se pide; en unos casos más detallada y exhaustiva Murcia [apartado 2.10.m) del anexo I de la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de protección del medio ambiente de la Región de Murcia], Comunidad Valenciana (artículo 20 y la disposición adicional 5.ª de la Ley 4/1992, de 5 de junio, sobre suelo no urbanizable), y la Ley 2/1989, de 3 de marzo, de impacto ambiental, País Vasco [apartado 10.4 de la lista b) del anexo I de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco], en otros más somera y simplificada Andalucía (apartado 34 del anexo II de la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de protección ambiental, en la redacción dada por la disposición adicional tercera de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del turismo de Andalucía), Cantabria (apartado 8 del anexo

30. Juan Francisco MESTRE DELGADO, *op. cit.*, “Los campos de golf”, págs. 534 a 536.

31. David BLANQUER CRIADO, *op. cit.*, “El golf”, Cañada Blanch, Valencia, 2002.

II del Decreto 50/1991, de 29 de abril, de evaluación de impacto ambiental de Cantabria), Castilla y León [apartado 3.5.d) del anexo II del Texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental y auditorías ambientales de Castilla y León, aprobado por el Decreto legislativo 1/2000, de 18 de mayo), Castilla-La Mancha [apartado 11.f) del anexo 2 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de evaluación del impacto ambiental]. En Canarias depende de que la extensión del campo sea superior a 25 hectáreas, o igual o inferior a esa superficie (apartado 24 del anexo I de la Ley 11/1990, de 13 de julio, de prevención de impacto ecológico).

No obstante, las diversas legislaciones de los tribunales de justicia han ido evolucionando en cuanto a las resoluciones con respecto a dicha necesidad de evaluación de impacto.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de septiembre de 1996 afirma que para la ejecución de un campo de golf es exigible la declaración de impacto ambiental, pues aunque tal obra o actividad no está expresamente mencionada en la normativa autonómica, debe subsumirse en la expresión más abierta y genérica utilizada en ella (grandes equipamientos deportivos no previstos en el planeamiento vigente). Distinto es el criterio sostenido por ese mismo tribunal en la Sentencia de 2 de marzo de 2001 (relativa a la Ciudad del Golf de Santa Ponsa en el término de Calvià), en la que se afirma la obligatoriedad de realizar un estudio preliminar de impacto ambiental al incluir esa instalación deportiva dentro del epígrafe relativo a “nuevos regadíos de extensión superior a 50 ha.” O “superior a 5 ha. Cuando se prevea la utilización de aguas residuales aunque se tratara de regadío existente”.

La verificación de la adecuación del futuro campo de golf al ordenamiento ambiental, no sólo se debe de realizar desde el punto de vista del riego, con la importancia que éste tiene, sino también verificando otros ámbitos, que tal y como señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998, de 22 de enero, en su fundamento jurídico cuarto, sin que el procedimiento de evaluación de impacto permita la introducción, por el órgano ambiental, de consideraciones de simple oportunidad sobre la realización de la obra o instalación, ni las relativas a aspectos técnicos y económicos de ésta, reservadas –como objeto propio y específico del acto autorizatorio o de la aprobación del proyecto– al órgano con competencia sustantiva para dictar estos actos de intervención administrativa previa. Por lo que esa declaración tiene una especial importancia desde un concepto genérico para la instalación del campo de golf.

En la referida evaluación de impacto o sistema que se prevea en la legislación autonómica para verificar la idoneidad de la futura instalación de golf en el espacio previsto, se deberán de tener en cuenta circunstancias tales como el impacto paisajístico (recuérdense las normas de aplicación directa previstas en el artículo 73 del TRLSOU/76), las circunstancias forestales<sup>32</sup> (recordemos que en Navarra se obliga a un 20% de dicha superficie) y las implicaciones sobre el dominio hidráulico derivadas del uso del agua para el riego de los citados campos. En ese aspecto debemos destacar que es el citado aprovechamiento del agua el que puede generar una mayor problemática desde el punto de vista ambiental, tal y como se ha encargado de destacar entre nosotros Gómez-Lama López y otros,<sup>33</sup> puesto que existen tres posibles opciones para el riego:

a) Mediante agua reciclada, que exige la existencia de un importante volumen de aguas a depurar sobre vinculadas a grandes poblaciones o zonas industriales, que cuenten lógicamente con la previa inversión necesaria para la perfecta depuración, tal y como se exige en la Comunidad de Madrid por parte de la empresa Canal de Isabel II y la Consejería de Medio Ambiente ya antes de la Ley 2/2002 ya citada. En estos supuestos y conforme la Ley de aguas también se exigirá concesión para el aprovechamiento de dichas aguas. Supuesto este en el que podríamos ubicar a las comunidades autónomas costeras mediante el uso de agua desalada por plantas potabilizadoras que se fomentan en el PHN, máxime tras la modificación de éste por el Real decreto ley 2/2004, de 18 de junio.

b) Conexión a la red de suministro de poblaciones, circunstancia ésta enormemente costosa y contraria a los principios de ahorro en el consumo de un bien escaso, que, además, vulneraría los principios de prelación de consumos humanos, industriales y agrícolas sobre los de ocio.

c) Extracción directa mediante pozo, si el acuífero subterráneo circulante en las inmediaciones del campo lo permitiera, que tal y como se determina en la Ley de aguas, al superarse lógicamente la cantidad anual de 7.000 m<sup>3</sup>, requeriría de una previa concesión por parte de la confederación hidrográfica correspondiente.

Por tanto, cualquier medida a adoptar en ese sentido que implique la opción por una de estas posibilidades o la utilización de sistemas mixtos, deberá de estar prevista en los estudios de viabilidad autorizados o verificados por la Administración competente (autonómica o local), a la hora de iniciar la actividad, ya sea a través de la evaluación de impacto ambiental o de la verificación

32. Sobre el Derecho forestal, véase Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Principios de Derecho forestal*, Aranzadi, 2002.

33. Véase Manuel GÓMEZ-LAMA LÓPEZ, Rafael PRIEGO DE MONTIJANO, José

Manuel RECIO ESPEJO, Julio BERBEL VECINO, *Valoración ambiental de los campos de golf de Andalucía (una primera aproximación)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1994.

mediante la preceptiva licencia de actividad, lógicamente y en ambos supuestos vinculados a un principio de legalidad y con una mera capacidad discrecional de naturaleza técnica por parte de la Administración al optar entre posibles soluciones alternativas.

Otra opción medioambiental en relación con los campos de golf es la dispuesta desde la perspectiva de protección de la naturaleza en relación con los animales, en la cual debemos de destacar lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 7/1995, de 21 de abril, sobre animales silvestres, caza y pesca fluvial de Murcia, que señala bajo la rúbrica de ocio y turismo las actividades de deporte, ocio y turismo que se practiquen en el medio natural estarán supeditadas al respeto del medio y de las características del espacio rural y sus valores medioambientales, especialmente la fauna silvestre.

## 5. Los aspectos turísticos

Los campos de golf, junto a las condiciones para su instalación, generalmente vinculadas a los aspectos señalados del urbanismo y el medio ambiente, generan una problemática de gestión y funcionamiento que, como producto de ocio, está vinculado en mayor o menor medida al sector turístico,<sup>34</sup> por lo cual dentro del análisis del régimen jurídico-administrativo de los campos de golf es imprescindible abordar los aspectos turísticos.

El primero de los aspectos a destacar dentro del marco turístico para los campos de golf es su incardinación dentro de la política turística nacional, ligada a la importancia del turismo para la economía española, que se gestiona a través de la Secretaría de Estado de Comercio y Turismo del Ministerio de Economía (Turespaña y la Secretaría General de Turismo).

Así el Plan integral de calidad del turismo español 2000-2006, dentro de las estrategias de futuro para el turismo nacional prevé una implantación del turismo de calidad frente al clásico sol y playa de paquete nacional masivo y barato, del cual el golf es un elemento fundamental como producto turístico ligado a la calidad que junto a otros productos tal y como destaca Mestre Delgado contempla expresamente el golf que "esta adquiriendo una dimensión importante y, dada su rentabilidad e importancia desde el punto de vista de la descentralización, es preciso seguir apoyando este producto. No obstante, se pone de manifiesto la necesidad de contar con campos con una orientación turística, esto, es, abiertos al público con conciertos y acuerdos con alojamientos turísticos. Esto significa potenciar no ya la creación de los campos de golf sino establecer

mecanismos para que se garantice que estos campos no están solo vinculados a desarrollos urbanísticos, si no que están abiertos al turismo y constituyan el motor de la creación de corrientes turística, ya que abrirlas turísticamente significa mejorar su rentabilidad y asegurar su utilización un mayor número de días".

Por tanto la política y planificación turística estatal busca dos objetivos que los campos de golf cumplen claramente: calidad y la desestacionalización.

No obstante dichos criterios como toda la planificación turística de la Administración general del estado tiene un carácter meramente indicativo y dentro de la política macroeconómica, puesto que las competencias efectivas sobre turismo esta residenciada en las comunidades autónomas conforme sus respectivos títulos estatutarios.

En ese línea los objetivos comentados son fundamentalmente asumidos por las comunidades autónomas y así la Ley gallega 3/1997, 21 de agosto, la Ley 8/1999, de 6 de junio de Castilla-La Mancha, 3/1998, de 21 de mayo, de Valencia, y 7/1995, de 6 de junio, de Canarias.

Una apuesta importante por la calidad dada la gran importancia de la desestacionalización para el sector, es el caso de las Islas Baleares que obliga en su Ley específica sobre campos de golf obliga a que los complejos residenciales turísticos vinculados a un campos de golf tengan un mínimo de cuatro estrellas y un máximo de 450 plazas en los que tengan carácter de hotel o apartotel.

Igualmente la Comunidad de Canarias ha excluido de la moratoria turística dispuesta por su Ley 6/2001, de 23 de julio, "los establecimientos de modalidad hotelera con categoría mínima de cuatro estrellas que constituyan complemento de las siguientes actividades e instalaciones: campos de golf de 18 hoyos, par 70, como mínimo" [artículo 2.4.e).1) de la ley].

La intervención de las administraciones públicas sobre los campos de golf desde el punto de vista turístico se centraría en el ámbito del fomento turístico para el Estado, las comunidades autónomas y los municipios con clara competencia para difundir las bondades del sector como oferta de calidad, así como entrega de subvenciones, distinciones, bonificaciones tributarias y toda la gama de actuaciones en la materia.

No obstante, podemos señalar que como oferta turística los campos de golf pueden considerarse como productos complementarios turísticos y por tanto en virtud de lo que dispongan las diversas leyes autonómicas podrán someterse o no a la previa clasificación administrativa<sup>35</sup> y autorización previa de la Administración turística.

34. Así lo afirma ROCA SASTRE en *op. cit.*, pág. 121.

35. Una somera aproximación a dicha facultad la tenemos en Raúl PÉREZ

GUERRA y M.<sup>ª</sup> Matilde CABALLOS MARTÍN, *La intervención administrativa en la clasificación de establecimientos hoteleros*, Comares, Granada, 2000.

## 6. Los aspectos de organización y contratación administrativa

Como hemos podido describir, el fenómeno del golf es en la actualidad un deporte de gran implantación y éxito en la sociedad española, que a su vez es beneficioso por la actividad económica, por la cual tiene una gran demanda que puede satisfacerse desde el sector privado o complementarse desde el sector público a través de la actuación de las diversas administraciones públicas.

Dicha oferta pública puede ser criticada por “elitista” pero debemos de recordar que también lo era el tenis en los años sesenta, por lo que el referido deporte del golf puede formar perfectamente parte de la oferta de servicios públicos de las diversas administraciones públicas.

En este sentido y conforme la distribución constitucional de competencias y el lógico principio de subsidiariedad, la prestación del referido servicio corresponderá en buena medida a las administraciones locales y autonómicas que a su vez puedan articular la oferta de la Administración en la materia desde un punto de vista de gestión directa por ellas mismas o a través de fórmulas de gestión indirecta.

Pero antes de plantearnos las formulas públicas de prestación de servicios de campos de golf debemos, conforme señala Blanquer Criado,<sup>36</sup> ubicar el precedente de los campos abiertos al público, puesto que hasta los años sesenta el golf tenía una concepción elitista vinculada a los clubs privados, desde el primero el Real Club de Las Palmas en 1891, hasta que a través de la construcción del campo del parador del Saler en Valencia se inició la vía de la titularidad pública de los campos y por tanto el libre acceso de los ciudadanos.

Igualmente es destacable el ejemplo del campo de golf del Bosque de la Herrería ubicado en el término municipal de El Escorial comprendido en el Real Sitio, adscrito al Patrimonio Nacional por la Ley 23/1982, de 16 de junio.

Ambas titularidades públicas son peculiares, una a través de una sociedad mercantil cien por cien pública adscrita al Ministerio de Economía a través de la organización turística anteriormente comentada hasta la nueva organización derivada del cambio gubernamental de las elecciones de 2004, que pasó a adscribirse al nuevo Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y el otro a través de un organismo singular que es el patrimonio nacional adscrito al Ministerio de la Presidencia.

Por otra parte, también podemos enumerar como campos de titularidad pública los que son propiedad del Ministerio de Defensa pero tal y como recuerda Blanquer Criado<sup>37</sup> son públicos pero cerrados al público, puesto que sólo corresponden en su uso al personal de

las fuerzas armadas (clubes militares o de bases), siendo un total de cinco en todo el territorio nacional.

Pero dejando al margen los ejemplares citados, como ya comentábamos, la titularidad de campos de golf público corresponde a las entidades locales y autonómicas y especialmente a municipios.

No obstante y al margen de los titulares de unas administraciones territoriales u otras, sin abordar por ahora las formulas de gestión indirecta podemos señalar una pluralidad de formulas organizativas en cuanto a la prestación directa de servicios del golf por la Administración. Por ejemplo, la Diputación Provincial de Ávila ha construido a escasa distancia de la capital un complejo multidisciplinar que contiene un campo de golf gestionado en su conjunto por una sociedad mercantil de capital cien por cien provincial.

Por otra parte, la Comunidad Autónoma de Madrid ofrece clases de golf a través de las instalaciones del I.M.D.E.R. (Instituto Madrileño para el Deporte, el Esparcimiento y la Recreación), organismo autónomo adscrito a la Consejería de Educación.

Junto a las referidas formulas de gestión directa con una mayor agilidad dado el grado de descentralización funcional y por tanto especialización de ésta, pueden establecerse supuestos de gestión directa con órgano diferenciado o no por parte de cada Administración, aunque no parece ésta ni social ni prácticamente en cuanto a gestión la mejor de la fórmulas, pero la fórmula de gestión más habitual para los campos de golf es la utilización de los diversos procedimientos para la gestión indirecta, por lo que antes de abordar dichos supuesto deberemos de centrarnos en si el golf puede ser un servicio público.

Así, a escala local, no debe plantearnos ninguna duda los supuestos de los ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, puesto que el artículo 26.1.c) de la Ley reguladora de bases de régimen local, 7/1985, de 2 de abril, establece como un servicio obligatorio “las instalaciones deportivas de uso público”, por lo que como instalación de indudable carácter deportivo (guste o no) pueda ofertarse junto a piscinas u otro tipo de instalaciones dependiendo del contexto, la demanda vecinal y la decisión política de abordarlo o no, puesto que como todo tipo de establecimiento de servicios públicos requiere de un previo acuerdo del Pleno municipal.

Otra cuestión diferente será la de los municipios cuya población de derecho no llegue a los 20.000 habitantes y cuya legislación autonómica deportiva o de régimen local no haya previsto la prestación del servicio o de instalaciones deportivas para municipios de menor tamaño. En dichos supuestos y teniendo en cuenta la habilitación que el artículo 25.1 de la LRBRL establece:

36. David BLANQUER CRIADO, *op. cit.*, pág. 171.

37. David BLANQUER CRIADO, *op. cit.*, págs.182 a 185.

“El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias puede promover toda clase de actividades y prestar cuanto contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.”

Por tanto la implantación del campo de golf como servicio público mediante el correspondiente acuerdo plenario será una clara decisión municipal en virtud de su principio de autonomía conforme los títulos competenciales de deporte, turismo, ocio y enseñanza complementaria (las escuelas municipales de golf) previstos en el artículo 25 de la LRBRL.

Una vez dejado claro el hecho de que los campos de golf de titularidad pública constituyen un servicio público (con alguna precisión como el club de campo de Villa de Madrid, S.A.) y por tanto los terrenos sobre los que se instalan tendrán carácter demaniales tal y como se prevé en el artículo 74 del TRRL y en el RBEL, por lo que a la hora de establecer las fórmulas de gestión indirecta dicha circunstancia debe tenerse en cuenta y por tanto en algún momento debe de otorgarse un título jurídico concesional que permite el aprovechamiento a través de fórmulas con presencia del sector privado.

Las referidas formulas de gestión indirecta son conforme al artículo 85.4 de la LRBRL:

- a) Concesión.
- b) Gestión interesada.
- c) Concierto.
- d) Arrendamiento.

e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local.

Las entidades locales tienen entera libertad para escoger una fórmula u otras, aunque el concierto exige la contratación con una persona física o jurídica que viniera prestando ya el servicio, hecho este habitual de las federaciones (campo de golf del PAU de Arroyo del Fresno II en Madrid) o clubes sin ánimo de lucro que posibilitan la figura del convenio excluido del TRLCAP, aunque la disposición adicional cuarta del referido texto refundido lo somete a la legislación de contratos cuando tengan por objeto materias relacionadas con la citada ley.<sup>38</sup>

La concesión es la figura más característica que puede otorgarse en la doble modalidad de mera concesión de la gestión del servicio o como concesión de la realización de las obras y posterior explotación del servicio.

En estos supuestos el proyecto puede o bien elaborarse por los promotores privados y presentarse ante el ayuntamiento, teniendo dichos promotores en caso de que el municipio lo asuma un diez por ciento de posibilidad de tanteo sobre otras ofertas que se produjeran en

el proceso licitatorio con preferencia. O bien puede elaborarse por los propios servicios municipales y servir de base a la licitación.

Por su parte, la gestión interesada pese a estar prevista como fórmula en la LRBRL y en el TRLCAP está en práctico desuso.

La sociedades mixtas no son la fórmula más habitual, puesto que suponen para el privado una fuerte inversión sometida a una presencia en los órganos de gestión por parte del ayuntamiento. Lo más habitual es que en vez de aportar capital el ayuntamiento aporte a la sociedad la concesión del campo por un periodo máximo de cincuenta años (setenta y cinco en el RBEL) y valore este en un mínimo del 51% de la empresa y el porcentaje restante a los socios privados que aporten la gestión y la inversión necesaria.

Novedad de la Ley reguladora del contrato de concesión de obra pública de 2003 es la nueva redacción del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas 2/2000, de 16 de junio, que en la materia que abordamos tiene especial importancia, puesto que a través de dicha regulación se posibilita la construcción de campos de golf por parte de las diversas administraciones públicas sin tener que desembolsar cantidad alguna, toda vez que la inversión se afronta por el concesionario, que a cambio recibe el derecho a explotarlo durante el periodo determinado por la concesión.

Las referidas fórmulas tienen como característica la necesidad de seleccionar al contratista conforme las determinaciones que establece el Texto refundido 2/2000, de contratos de las administraciones públicas, de 16 de junio, y más específicamente para lo dispuesto en los artículos 154 a 170 sobre contrato de gestión de servicios públicos, toda vez que como ya ha quedado señalado las referidas instalaciones deben configurarse como servicio público. En el supuesto de que las instalaciones se ubicaran en suelos de carácter patrimonial de un ayuntamiento, no se estableciera el campo como servicio público, o el ayuntamiento tuviera menos de 20.000 habitantes debería de procederse en caso de que no se fuera a gestionar el campo por los propios servicios municipales en cualquiera de las fórmulas anteriormente descritas para la gestión directa a seleccionar igualmente el operador privado mediante un previo procedimiento licitatorio de carácter público, que conforme al artículo 9 del referido TRLCAP y 112.2.3 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, se configurarán para posteriormente suscribir un contrato de Derecho privado.

38. Por lo que se refiere a esta capacidad, véase la obra de Francisco DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, 1995.

Dicho procedimiento de actos separables en lo referido a la selección del contratista y al régimen jurídico-privado del contrato, es de aplicación en lo supuestos en que se pretenda ubicar un campo de golf mediante la tramitación de un derecho de superficie sobre la finca o fincas destinatarias de éste.

Para los supuestos en que el servicio sea considerado como tal servicio público y por tanto se deberá seleccionar el contratista mediante el procedimiento de concurso previsto en el TRLCAP 2/2000, de 16 de junio, las reglas fundamentales para la explotación del campo en un período máximo de cincuenta años en los supuestos en que contratista concesionario fuera a su vez el encargado de realizar la obra y explotar el servicio, y veinticinco años en los casos en que el ayuntamiento realizara las obras y el contratista simplemente gestionara el campo de golf, se encuentra en los pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas que serán la normativa reguladora del contrato y por tanto de las peculiaridades del servicio.

En los citados pliegos se debe establecer tanto la duración del contrato, como los requisitos necesarios para contratar, la valoración de las posibles ofertas (experiencia en la gestión de otros campos de golf, etc.) y todas y cada una de las circunstancias determinadoras del servicio, incluyendo al respecto las facultades que tendrá la Administración para interpretar el contrato, variarlo, imponer sanciones por incumplimiento de las condiciones de éste, etcétera.

A través de estos modelos de gestión indirecta podemos encontrar diversos supuestos de gestión de campos de golf; así, en el término municipal de Majadahonda nos encontramos con una gestión de servicio público, incluyendo una escuela municipal de golf, a través de un concesionario, idéntico supuesto solo que en vez de nueve de dieciocho hoyos es el de el Olivar de la Hinojosa en el término municipal de la Villa de Madrid. En ambos supuestos las tarifas deben de aprobarse por el ayuntamiento y las condiciones de uso están sometidas a posibles reglamentos de servicio específico.

Otro modelo de gestión de campos de golf sobre terrenos de titularidad pública es la gestión indirecta a través de sociedad mercantil de capital mixto que ya anunciábamos, que se da en el caso del Club de Campo Villa de Madrid, cuyo 51% pertenece al municipio, aunque el referido ejemplo no entra dentro de lo que Blanquer Criado denomina campos de golf “populares”, sino más bien la tradición clásica de un campo elitista, pero extrañamente con titularidad en este caso parcial de una entidad pública.

Con todas las matizaciones que acabamos de realizar abordaríamos una primera visión del régimen jurídico-administrativo que tienen que soportar los campos de golf, no exhaustiva ni detallada, pero sí con una vocación generalista del fenómeno desde el mundo del

Derecho administrativo, puesto que, como recordábamos en el comienzo de estas líneas, cabe tanto desde el punto de vista jurídico, como desde otras disciplinas abordar la materia, en otros prismas. ■

La sección “Crónica de jurisprudencia” selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales (que será accesible desde la web de la Fundación Democracia y Gobierno Local), que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, conjuntamente con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior, delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas, y que la sección incluya en el futuro comentarios concretos de sentencias o líneas jurisprudenciales.

La sección se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de la edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2004, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 31 de enero de 2005.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas. La selección de las sentencias y la coordinación de la sección han sido realizadas por Domènec Sibina Tomàs; la elaboración y la redacción de las fichas de las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, por Eva Arnal Arasa.

## A) Jurisdicción constitucional

**Tribunal Constitucional. Imposibilidad de establecer una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano y urbanizable sin que el Estado haya establecido dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad**

### SUPUESTO DE HECHO

Una entidad bancaria interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del alcalde de San Sebastián por la que se otorgaba al mencionado banco una licencia de obras para la construcción de un edificio. En concreto, se impugnaba la condición particular que imponía el pago de 26.944.405 pesetas en concepto de adquisición del quince por ciento del aprovechamiento urbanístico del terreno. En dicho proceso, el recurrente alegaba como argumento principal la contrariedad a Derecho del acto administrativo impugnado que, tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 27 del Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional, habría quedado sin cobertura legal la mencionada obligación de pago, cobertura que tampoco le otorgaría el artículo 11 de la Ley vasca 17/1994, cuya aplicación se habría hecho imposible, ya que remitiría a un establecimiento de aprovechamiento que también habría sido declarado inconstitucional.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco acordó plantear dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el artículo 11 de la ley vasca mencionada, que contendría una regulación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación acorde con el anulado artículo 27 de la LS/1992, pero incompatible con lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por lo que el precepto legal vasco establecería una limitación al derecho de propiedad urbanística que pudiera infringir el artículo 149.1.1 de la CE (competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, en concreto, del derecho de propiedad).

En concreto, se planteaba si “una comunidad autónoma puede establecer, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de urbanismo, una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano, sin que previamente, en el ejercicio de la competencia que el artículo 149.1.1 de la CE reserva al Estado, éste haya fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad en suelo urbano. El artículo 11 de la Ley vasca 17/1994 se enmarcaría en el contexto de la definición del contenido del derecho de propiedad sobre terrenos situados en suelo urbano que había llevado a cabo el artículo 27 de la LS/1992. Pero, declarada la inconstitucionalidad de dicho precepto estatal, se suscita la cuestión relativa a si es constitucionalmente posible aplicar el precepto legal vasco sin que exista una norma del Estado que prevea, no ya los límites de la cesión de aprovechamiento en suelo urbano, sino la misma obligatoriedad de esa cesión en dicha clase de suelo, no prevista en la LS/1976”.

El Tribunal Constitucional desestimó la primera cuestión de inconstitucionalidad y estimó en parte la segunda, declarando que “son inconstitucionales y, en consecuencia, nulos el artículo 2 del Real decreto ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; y el artículo 2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales”.

**ÓRGANO:** Tribunal Constitucional. Pleno.

Jurisdicción constitucional. Cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1661/2002 y 4104/1999

**RESOLUCIÓN:** 178/2004

**FECHA:** 21 de octubre de 2004

**PONENTE:** D. Vicente Conde Martín de Hijas

**VOTO PARTICULAR:** D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 149.1.1 de la CE; artículo 2 del Real decreto ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales (Real decreto ley 5/1996); artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística (Ley 17/1994), y artículo único de la Ley del Parlamento Vasco 3/1997, de 25 de mayo, de urbanismo

**DOCTRINA:** Imposibilidad de establecer una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano y urbanizable sin que el Estado haya establecido dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad (FJ 1, 7, 8, 9, 10, 11 y 12)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la primera cuestión planteada, el Tribunal recordó que el artículo 11 de la Ley 17/1994 dispone que:

“En el suelo urbano de todos los municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco el aprovechamiento susceptible de apropiación por el titular de un terreno mediante el cumplimiento de los deberes legalmente establecidos será el siguiente: [...] c) En cualquiera de los municipios comprendidos en las dos letras anteriores, y cuando el terreno de su propiedad no esté o no deba quedar incluido en una unidad de ejecución, el resultado de referir a la superficie del mismo el ochenta y cinco por ciento del aprovechamiento permitido en él por el planeamiento en vigor.” (FJ 1)

Por su parte, como recordó el Tribunal, el artículo 2 del Real decreto legislativo 5/1996, de cuyo apartado 2 era objeto de una de las cuestiones planteadas, recordó que dispone que:

“Artículo 2. Aprovechamiento y cesión de suelo a los ayuntamientos. [...] 2. El aprovechamiento urbanístico que corresponde al titular de un terreno en suelo urbano incluido en una unidad de ejecución y en suelo urbanizable será el que resulte de aplicar a su terreno el noventa por ciento del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre. Si no estuviera determinado el aprovechamiento tipo se tendrá en cuenta el aprovechamiento medio de la unidad de ejecución o del correspondiente sector en que se halle.” (FJ 1)

En relación con dicho precepto, el Tribunal recordó que:

“La regulación del artículo 2 de la Ley estatal 7/1997 [...] es semejante, pero no idéntica, [...]; difieren en parte los apartados 1 y 3 [...]” (FJ 1)

Finalmente, en relación con el apartado 2 del artículo único de la Ley vasca 3/1997, el Tribunal recordó que dispone que:

"Artículo único. La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos se llevará a efecto en la siguiente forma:

"1. En suelo urbano corresponde al ayuntamiento el quince por ciento del aprovechamiento urbanístico previsto en el planeamiento vigente.

"En el supuesto de obras de rehabilitación, únicamente corresponderá al ayuntamiento el quince por ciento del incremento del aprovechamiento urbanístico sobre el anteriormente edificado.

"2. En suelo urbanizable o apto para urbanizar corresponde al ayuntamiento el quince por ciento del aprovechamiento urbanístico previsto en el planeamiento vigente." (FJ 1)

Aclarado lo anterior, y entrando en el análisis de la cuestión planteada, el Tribunal analizó en primer lugar el artículo 11 de la Ley vasca 17/1994. Sobre el mismo, el Tribunal señaló que:

"[...] este precepto se sitúa en el contexto de la remisión a la legislación autonómica que se realizaba en la Ley del suelo de 1992." (FJ 7)

Con respecto a la Ley del suelo, el Tribunal recordó que:

"El artículo 27 de la LS/1992 fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, y es la expulsión de este precepto del ordenamiento jurídico lo que provoca la duda de constitucionalidad que somete a la consideración de este Tribunal el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco." (FJ 7)

Siendo ello así, el Tribunal señaló lo siguiente:

"Declarada la inconstitucionalidad de dicho precepto estatal, se suscita la cuestión relativa a si es constitucionalmente posible una regulación como la del precepto legal vasco sin que exista una norma del Estado que, en ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.1 de la CE." (FJ 7)

Sobre este punto, el Tribunal entendió que:

"La duda de constitucionalidad planteada en estos términos debe ser rechazada. Por lo pronto, resulta verdaderamente muy insatisfactorio desde el punto de vista de la argumentación jurídica en materia de distribución de competencias [...] declarar que una regulación del Estado es inconstitucional por invadir la competencia autonómica (eso fue lo que pasó, en esencia, con el artículo 27 de la LS/1992) y, más tarde, cuando esa misma regulación se ha convertido en legislación autonómica, considerar que ésta sería inconstitucional por invadir la competencia estatal." (FJ 7)

En este sentido, el Tribunal declaró que:

"La posterior declaración de inconstitucionalidad del artículo 27 de la LS/1992, exclusivamente por razones competenciales, no puede arrastrar por sí sola la del citado artículo 11." (FJ 7)

A continuación, y siguiendo con la Ley del suelo, el Tribunal recordó lo siguiente:

"Del artículo 20.1 de la LS/1992, [...] 'la relación de los deberes urbanísticos básicos que contiene el precepto (artículo 20.1) y el principio de la adquisición gradual de facultades urbanísticas (artículo 20.2) ponen de manifiesto su encaje material dentro de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad urbana (artículo 149.1.1 de la CE). Es más, lo que hace este precepto no es sino fijar la arquitectura más elemental del derecho' [F 17.b)]." (FJ 7)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"En el marco de esa condición básica de ceder aprovechamiento urbanístico tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable, fijó la comunidad autónoma el porcentaje de cesión en el quince por ciento. Este porcentaje no fue fijado válidamente por el Estado, según declaró posteriormente la STC 61/1997, pero sí por la comunidad autónoma con respeto de la única condición básica que en este punto vinculaba entonces su regulación de acuerdo con la Constitución." (FJ 7)

En último lugar, en relación con la constitucionalidad del artículo 11 mencionado, el Tribunal recordó que según jurisprudencia del mismo:

"[...] si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación que de la materia dicten las comunidades autónomas [...] doctrina reiterada, más tarde, precisamente para el ámbito de la regulación en materia de urbanismo y, en concreto, al enjuiciar otra ley vasca relativa a la cesión de aprovechamiento urbanístico [...]. En definitiva, [...], la comunidad autónoma puede legislar conforme a su criterio en materia de urbanismo, mientras que el Estado no limite válidamente ese ámbito de libertad reguladora mediante el establecimiento de condiciones básicas en el ámbito de su competencia." (FJ 7)

A continuación, el Tribunal señaló que:

"[...] los mismos argumentos con que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 27 (apartados 1, 2 y 4) de la LS/1992 son aplicables a los mencionados preceptos estatales: el carácter fijo y no mínimo de la cesión de aprovechamiento prevista en la ley estatal y la utilización de concretas técnicas urbanísticas (aprovechamiento tipo, áreas de reparto) vulnerarían los artículos 149.1.1." (FJ 8)

Llegado a este punto, el Tribunal transcribió lo declarado por el mismo en otra ocasión al respecto:

"A la luz de la específica dimensión de la distribución de competencias que aquí interesa, ha de admitirse que el artículo 149.1.1 de la CE, tal como ha sido interpretado, puede comprender asimismo el establecimiento —en pro de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad— de un mínimo del aprovechamiento urbanístico objeto de apropiación, esto es, el contenido básico o elemental del derecho de propiedad urbana [...]." (FJ 9)

En la misma sentencia, el Tribunal había afirmado que:

"Este título competencial no permite, pues, la delimitación completa y acabada del aprovechamiento urbanístico (como de cualquier otra facultad dominical en el ámbito urbanístico), pues ello excedería por definición de lo que son condiciones básicas de ejercicio, único título que, desde la óptica del Derecho público, le permita al Estado intervenir en los términos ya conocidos sobre esta concreta forma de dominio, cual es la propiedad urbana."

Llegando a la conclusión de que:

"Admitidas estas premisas, el problema nuclear consiste en indagar si la concreta regulación del artículo 27 de la LS supone una invasión de la competencia urbanística que las comunidades autónomas tienen atribuida. Pues bien, no cabe sino concluir que la regulación del artículo 27 de la LS es contraria al orden constitucional de distribución de competencias, en primer lugar, por el carácter fijo y no mínimo tanto de la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por los propietarios, como implícitamente de la recuperación por la comunidad de las plusvalías urbanísticas; en segundo lugar, porque tal determinación la establece acudiendo a un complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas (áreas de reparto, aprovechamiento tipo), que pertenecen a la competencia exclusiva en materia de urbanismo de las comunidades autónomas (artículo 148.1.3 de la CE)." (FJ 9)

En consecuencia, el Tribunal consideró necesario "aceptar el planteamiento de la cuestión realizado por el órgano judicial *a quo*" (FJ 9).

A continuación, el Tribunal entró en el alcance de la cuestión de inconstitucionalidad. Al respecto, señaló lo siguiente:

"[...] sólo el apartado 2 del artículo 2 del Real decreto ley 5/1996 y el apartado del artículo 2 de la Ley 7/1997 son relevantes para la resolución del caso sobre el que tiene que pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, puesto que se trata de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la aprobación de una reparcelación en suelo urbanizable. Sin embargo, el artículo 39.1 de la LOTC —situado en el capí-

tulo que regula conjuntamente la sentencia y los efectos de la misma 'en los procedimientos de inconstitucionalidad', esto es, tanto para el recurso como para la cuestión de inconstitucionalidad (STC 81/2003, de 28 de abril [RTC 2003, 81], F 7)—permite a la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto extender esta declaración y la de nulidad a aquellos otros preceptos 'de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia'." (FJ 10)

Por su parte, el Tribunal añadió que:

"Es conveniente en este caso hacer uso de esa facultad (como ha hecho este Tribunal en otras ocasiones: STC 27/1985, de 26 de febrero [RTC 1985, 27], F 4; 179/1994, de 16 de junio [RTC 1994, 179], F 10), para extender la declaración de inconstitucionalidad a los apartados 1 y 3 de los preceptos cuestionados. En primer lugar, por la conexión de sus regulaciones y la evidencia con que se muestra que los mismos vicios de inconstitucionalidad que se dan en el apartado 2, concurren también en el 1 y en el 3. Y, en segundo término, porque está pendiente de resolución por este tribunal una larga serie de cuestiones de inconstitucionalidad que directa o indirectamente exigen pronunciarse sobre la constitucionalidad de otros apartados distintos del 2 del mencionado artículo 2, pronunciamientos que se verán agilizados si en esta misma resolución se extiende la declaración de inconstitucionalidad en el sentido indicado [...]" (FJ 10)

Lo anterior llevó al Tribunal a declarar "que son inconstitucionales el artículo 2 del Real decreto ley 5/1996, de 7 de junio, y el artículo 2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril" (FJ 10).

Finalmente, el Tribunal declaró lo siguiente:

"El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad 1661/2002 fundamenta la duda de constitucionalidad del apartado 2 del mencionado artículo único por la contradicción 'palmaria y evidente' entre su regulación (cesión del quince por ciento del aprovechamiento de referencia) y la del artículo 2.2 de la Ley estatal 7/1997 (cesión del diez por ciento). Una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto estatal, decae el fundamento de la supuesta inconstitucionalidad del autonómico." (FJ 11)

En lo que respecta a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, el Tribunal declaró que:

"Los preceptos declarados inconstitucionales determinaron una exención o limitación del deber de ceder aprovechamiento urbanístico hasta entonces vigente en aquellas comunidades autónomas que, como la del País Vasco, habían incorporado a su derecho los porcentajes de cesión de la Ley del suelo de 1992; y una paralela falta de obtención del mismo por el municipio, que podría dar lugar a la pretensión de la Administración municipal de recobrar aquello de lo que se les privó, ciertamente en disconformidad con la Constitución. Una adecuada ponderación de los intereses en juego en éstos u otros supuestos equiparables impone, sin embargo, no causar con la declaración de inconstitucionalidad perjuicios en el patrimonio de los ciudadanos contrarios al principio de protección de la confianza legítima [...] ni quebrantos imprevistos en la hacienda de la organización jurídico-pública a la que se dirigieran eventuales reclamaciones." (FJ 12)

Por ello, el Tribunal entendió que:

"Procede disponer [...] que las situaciones administrativas declaradas por acto administrativo (licencias, acuerdos aprobatorios de procedimientos de equidistribución) firme —por haber transcurrido el plazo de interposición de recurso antes de la fecha de la publicación de esta sentencia en el *Boletín oficial del Estado*, o haber sido confirmado por sentencia igualmente firme en esa fecha— dictado en aplicación de los dos preceptos estatales que se declaran inconstitucionales no podrán ser revisadas, ni se podrá formular reclamación alguna destinada a obtener la cuantía correspondiente al aprovechamiento urbanístico dejado de percibir o efectivamente cedido por la aplicación de los mencionados preceptos." (FJ 12)

## VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez formuló un voto particular, por disentir del parecer mayoritario, al que se adhirió el magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel.

El magistrado planteó "qué acontece en el sistema de fuentes cuando, como consecuencia de una inconstitucionalidad sobrevenida, de normas básicas [...] o de normas que fijan condiciones básicas ex artículo 149.1.1 de la CE (en la calificación que recibieron luego en la STC 61/1997) resultan afectadas las normas autonómicas que se concibieron y dictaron como normas de desarrollo, como es el caso del artículo 11 de la Ley vasca 17/1994".

Al respecto, el Tribunal recordó que:

"La STC 61/1997, de 20 de marzo, ha producido una masiva declaración de nulidad que provoca un vacío difícilmente salvable en el sistema de la legislación urbanística de 1990 afectada."

A continuación, el Tribunal hizo la siguiente aclaración:

"[...] las normas anuladas por inconstitucionales no existen ya en el ordenamiento (STC 387/1993, de 23 diciembre [RTC 1993, 387], F único), siendo irrelevante el motivo —ya sea 'por razones exclusivamente competenciales' (*sic* en F 7 de la sentencia de la mayoría), ya por razones de fondo— por el que se haya declarado su inconstitucionalidad. Si no es posible tomar en consideración normas inconstitucionales para precisar el alcance normativo o completar el alcance de otras normas que son conformes a la Constitución, creo, con el debido respeto, que el razonamiento de la sentencia mayoritaria abre un flanco a la duda."

Dicho lo anterior, y en relación con el supuesto analizado, el Tribunal señaló lo siguiente:

"[...] recordando que debemos retrotraernos temporalmente al Derecho que debe aplicar la sala *a quo* para resolver la cuestión de inconstitucionalidad [...], debe apreciarse que el ordenamiento jurídico vasco carecía [...] de una legislación propia no fragmentaria que permitiese aplicar en el País Vasco las complejas técnicas de equidistribución de la Ley del suelo de 1992. Ni las referencias al Derecho estatal del Decreto 132/1994, de 15 de marzo, ni la de la Ley vasca 17/1994 bastaban para integrar en el Derecho autonómico vasco la regulación de las áreas de reparto y del aprovechamiento tipo. Por ello, al haber desaparecido (*tamquam non esset*) el Derecho estatal que establecía tal regulación, no se podía dar aplicación a lo que carece jurídicamente de existencia."

Por último, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La sala *a quo* considera que una comunidad autónoma no puede establecer una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano sin que el Estado hay fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad. Parece necesario, por ello, resolver la cuestión de inconstitucionalidad declarando la procedencia de integrar ese artículo 20 de la LS/1992, que contempla la sentencia de la mayoría, con el Texto refundido de la Ley del suelo de 1976, al que antes se hizo referencia, acomodándolo al mismo. La consecuencia habría sido la improcedencia de establecer las cesiones en el suelo urbano de que se trata por el juego conjunto del artículo 20.1.a), relativo a la cesión de terrenos destinados a dotaciones públicas, con el artículo 83.3 de la LS/1976. La normativa válida autonómica ha quedado desplazada por la condición básica sobrevenida que se acaba de indicar, que es la única que alcanza a garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad."

Por lo indicado, el magistrado entendió que el Tribunal no debiera haber admitido la cuestión de inconstitucionalidad.

## JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Declarando la inconstitucionalidad y nulidad el artículo 27 el Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, ver la siguiente sentencia: STC 61/1997, de 20 de marzo (Aranzadi 1997/61).

## Tribunal Constitucional. Acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Publicidad de las convocatorias como garantía de igualdad de oportunidades en los casos de libre designación

### SUPUESTO DE HECHO

En febrero de 1995, un funcionario del cuerpo de Mossos d'Esquadra de la Generalidad de Cataluña superó el concurso-oposición de promoción interna convocado para ascender a la categoría de cabo. En septiembre del mismo año, se resolvió el procedimiento selectivo, con el nombramiento de los aspirantes correspondientes, entre los que figuraba el funcionario indicado. Posteriormente, se llevó a cabo la oferta de destinos vacantes, haciéndosele públicos a los 84 cabos 76 destinos posibles. El funcionario indicado solicitó como primer destino un centro penitenciario.

A siete de los nuevos funcionarios promovidos no se les destinó a ninguna de las plazas ofrecidas, sino que por libre designación fueron adscritos a puestos de trabajo en la División de Escoltas y en el Área de Información como mozos.

El funcionario indicado solicitó que se le adjudicase un puesto en la División de Escoltas, a lo que consideraba que tenía derecho, por haber obtenido mejor puntuación que varios cabos que habían sido destinados a ella. La solicitud fue desestimada por silencio. Contra dicha resolución, el funcionario interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado, alegando el tribunal correspondiente que “el secretario general otorgó las plazas vacantes de la categoría de caporal existentes a favor de aquellos funcionarios que ya venían ocupando puestos de trabajo en estas unidades –la División de Escoltas y la del Área de Información–, ya que los designados cumplían todas las condiciones y requisitos para ocupar los puestos con la categoría requerida, siendo potestad discrecional de la Administración la de proceder a su cobertura por el sistema de libre designación eligiendo los funcionarios que considere más adecuados para su desempeño de entre los que cumplan los requisitos legales para su ocupación, sin que los indicados puestos deban ser ofertados en la relación de puestos a cubrir por el sistema ordinario, según orden de prelación y preferencia manifestada por los aspirantes que han obtenido la categoría o nivel profesional al que se dirige la convocatoria, ya que no puede olvidarse que no se trata de nuevo ingreso sino de promoción interna”.

Contra la resolución indicada, el recurrente interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del derecho fundamental garantizado en el artículo 23.2 de la CE, en relación con los principios de mérito y capacidad, al haberse destinado a la división mencionada a los que habían obtenido peor puntuación. Por su parte, se alegaba también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), al considerarse que la argumentación de la resolución impugnada resultaba arbitraria e irrazonable.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente alegaba que la falta de publicidad de las plazas en la División de Escoltas y en el Área de Información le impidió actuar en condiciones de igualdad al procedimiento por el que éstas se adjudicaron, y porque los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE) impedirían la provisión de esos destinos con aspirantes que habían obtenido una puntuación inferior a la suya en las pruebas de acceso a la categoría de cabo.

**ÓRGANO:** Tribunal Constitucional. Sala Primera.  
Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 6187/2001

**RESOLUCIÓN:** 221/2004

**FECHA:** 29 de noviembre de 2004

**PONENTE:** D. Javier Delgado Barrio

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 23.2 de la CE

**DOCTRINA:** Acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Publicidad de las convocatorias como garantía de igualdad de oportunidades en los casos de libre designación (FJ 3, 4 y 5)

En relación con el artículo 23 de la CE, el Tribunal aclaró que el mismo:

“[...] no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, por lo que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 de la CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad.” (FJ 3)

Por otra parte, el Tribunal señaló que:

“[...] las exigencias que derivan del artículo 23.2 de la CE no se aplican sólo al momento de acceso a la función pública, sino que, conforme a reiterada jurisprudencia de este tribunal, se proyectan ‘también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada’, siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal se centró en el caso estudiado, haciendo referencia al procedimiento de libre designación:

“El régimen legal del procedimiento de libre designación puede servir e apoyo a un ‘cierto margen de valoración’ –amplio, sin duda– ‘a la hora de apreciar aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo’ [...] pero no puede justificar que dichos destinos se adjudicaran sin previa publicidad entre todos los aspirantes y que fueran ofrecidos sólo a unos y no a otros de entre quienes habían accedido a la categoría de cabo.” (FJ 4)

En este sentido, el Tribunal declaró que:

“Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, una vez que ya se ha accedido a la función pública, otros bienes merecedores de protección (que cabe aceptar que concurren en las tareas que desempeña la División de Escoltas) pueden justificar una modulación en la valoración de los principios de mérito y capacidad en sucesivos procesos selectivos, como sucede, por ejemplo, cuando se utiliza el sistema de libre designación para la provisión de puestos de trabajo (por todas, STC 235/2000, de 5 de octubre [Aranzadi 2000, 235], F. 12-13). Lo que no puede admitirse, sin embargo, es la vulneración de la igualdad de oportunidades entre los participantes, la dimensión ‘más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 de la CE’ (STC 107/2003, de 2 de junio

[Aranzadi 2003, 107], F 4), que se deriva de la circunstancia de que la mayor parte de éstos quedarán, por ausencia de publicidad, excluidos incluso de la misma posibilidad de concurrir al procedimiento por el que serían adjudicados dichos destinos en la División de Escoltas y el Área de Información.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal indicó que:

“[...] la jurisprudencia citada ha considerado, en efecto, que en los casos de libre designación, la publicidad de las convocatorias es precisamente garantía de la igualdad de oportunidades (STC 235/2000, de 5 de octubre [Aranzadi 2000, 235], F 12), subrayando que el contenido del principio de igualdad ‘queda suficientemente cubierto con la garantía de la publicidad de las correspondientes convocatorias’. Distinto es el supuesto del nombramiento de funcionarios eventuales.” (FJ 4)

Por lo indicado, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“La adjudicación de los destinos por libre designación, realizada sin introducir publicidad para los demás aspirantes a la provisión de esos puestos de trabajo [...], con la consiguiente eliminación de la posibilidad de concurrir en condiciones de igualdad, al menos, al procedimiento de selección que debía concluir con la decisión discrecional sobre la adjudicación de esos destinos caracterizados por notas de singularidad, vulneró el artículo 23.3 de la CE [...]” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de amparo.

En cuanto a los efectos de la resolución, el Tribunal hizo la siguiente reflexión:

“Y es necesario hacer uso de ese margen de flexibilidad ahora para evitar la declaración de nulidad de una adjudicación de destinos de 84 funcionarios que tuvo lugar a finales de 1995 y la consiguiente retroacción de actuaciones que llevaría a repetir una actuación administrativa que ya no es posible reiterar en condiciones mínimamente equivalentes a las de entonces, por la previ-

sible alteración de las circunstancias funcionariales y personales (desde los ascensos hasta los cambios de domicilio relevantes para expresar las preferencias de destino) de quienes participaron en aquel procedimiento. Por otra parte, esta modulación de los efectos de la sentencia debe servir para evitar eventuales perjuicios en las situaciones jurídicas de quienes –junto con el recurrente en amparo– participaron en aquel procedimiento de adjudicación de destinos, a los que no es imputable la vulneración del derecho fundamental causada por la Administración.” (FJ 5)

Por ello, el Tribunal entendió que:

“Para el restablecimiento del recurrente en la integridad del derecho fundamental vulnerado [artículo 55.1.c) de la LORC] procede que la Administración de la Generalidad adopte alguna medida de compensación sustitutoria con finalidad reparadora.” (FJ 5)

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el contenido del artículo 23.2 de la CE, ver las siguientes sentencias: STC 115/1996, de 25 de junio (Aranzadi 1996/115) (FJ 4); STC 73/1998, de 31 de marzo (Aranzadi 1998/73) [FJ 3.c)]; STC 138/2000, de 29 de mayo (Aranzadi 2000/138) [FJ 6.c)]; STC 107/2003, de 2 de junio (Aranzadi 2003/107) (FJ 4); STC 10/1998, de 13 de enero (Aranzadi 1998/10) (FJ 5); STC 73/1998, de 31 de marzo (Aranzadi 1998/73) [FJ 3.c)]; STC 107/2003, de 2 de junio (Aranzadi 2003/107) (FJ 4); STC 192/1991, de 14 de octubre (Aranzadi 1991/192) (FJ 4).

Sobre los principios de mérito y capacidad en los procesos selectivos en los que se acude a la libre designación, ver la siguiente sentencia: STC 235/2000, de 5 de octubre (Aranzadi 2000/235) (FJ 12 y 13); STC 107/2003, de 2 de junio (Aranzadi 2003/107) (FJ 4).

Declarando que en los casos de libre designación, la publicidad de las convocatorias es precisamente garantía de la igualdad de oportunidades (STC 235/2000, de 5 de octubre (Aranzadi 2000/235) (FJ 12).

**Tribunal Constitucional. Principio *ne bis in idem*. Guardia civil sancionado administrativamente a veinte días de arresto por cometer una falta calificada como leve por abandonar el servicio, conducir en estado de embriaguez un vehículo a velocidad inadecuada y colisionar con un ciclomotor, provocando lesiones graves al conductor del mismo, y a separación del servicio por la falta muy grave consistente en haber sido condenado por sentencia firme**

#### SUPUESTO DE HECHO

Un guardia civil, tras haber abandonado el servicio que prestaba para la seguridad de la sede del Banco de España en la ciudad de Pontevedra, conducía un vehículo a una velocidad muy elevada y con los reflejos notoriamente mermados debido a las abundantes bebidas alcohólicas que había ingerido en las horas inmediatamente precedentes. El conductor, que circulaba por el carril de adelantamiento, embistió a un motorista con una contundencia tal que lo volteó sobre el capó y parabrisas, arrastrándolo durante sesenta metros, hasta proyectarlo sobre el firme de la calzada. A consecuencia del impacto, el piloto sufrió un traumatismo craneoencefálico y otras lesiones, contusiones y erosiones varias, permaneciendo hospitalizado cinco meses, precisando para su curación tratamiento médico y tardando en curar ciento cincuenta y tres días, durante los que permaneció incapacitado para sus ocupaciones habituales. Asimismo, el ciclomotor que pilotaba resultó con desperfectos de consideración, cuya reparación se tasó en 140.438 pesetas. El vehículo del conductor también sufrió desperfectos, si bien éste se dio a la fuga tras arrastrar al piloto sesenta metros, continuando su marcha veinte kilómetros hasta que se percató de que el vehículo no podía circular y lo estacionó fuera de la vista de los que transitaban en la carretera, regresando haciendo autoestop a la sede del Banco de España, sin informar de lo sucedido.

**ÓRGANO:** Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 3007/1998

**RESOLUCIÓN:** 180/2004

**FECHA:** 2 de noviembre de 2004

**PONENTE:** D. Pablo Pérez Tremps

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 25.1 de la CE, y artículo 7.22 de la Ley orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil (Ley 11/1991)

**DOCTRINA:** Principio *ne bis in idem*. Guardia civil sancionado administrativamente a veinte días de arresto por cometer una falta calificada como leve por abandonar el servicio, conducir en estado de embriaguez un vehículo a velocidad inadecuada y colisionar con un ciclomotor, provocando lesiones graves al conductor del mismo, y a separación del servicio por la falta muy grave consistente en haber sido condenado por sentencia firme (FJ 1, 2, 3 y 6)

Por los hechos acontecidos, le fue impuesta por el comandante jefe accidental de la Comandancia de la Guardia Civil una sanción de veinte días de arresto, a sufrir en su domicilio, como autor de una falta leve prevista en el artículo 7.22 de la Ley orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, consistente en "realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución".

En febrero de 1995, la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto dictó una sentencia en la que declaró que condenaba al agente como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones y daños, penado en el artículo 565.1.3.4 y 5, en relación con los artículos 420 y 563, y de un delito de omisión del deber de socorro, penado en el artículo 498.3, todos ellos del Código penal de 1973, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de dos meses de arresto mayor, con las accesorias legales, y privación del permiso de conducir por tiempo de un año, por el primer delito; y a la pena de un año de prisión menor, con las accesorias legales, por el segundo delito; con imposición de las costas procesales. Apelada dicha sentencia, la Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó el recurso.

En abril de 1997, se impuso al recurrente la sanción de separación del servicio, como autor de una falta muy grave prevista en el artículo 9 de la Ley orgánica 11/1997, consistente en "haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código penal militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad". Contra dicha sentencia, el guardia civil interpuso un recurso de reposición, que fue desestimado por una resolución del ministro de Defensa. Contra dicha resolución, interpuso el demandante un recurso contencioso disciplinario militar, que fue desestimado por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Tras ello, el recurrente interpuso un recurso de amparo, invocando la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad contemplados por el artículo 25.1 de la CE.

El Tribunal Constitucional desestimó la demanda de amparo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal centró su análisis en determinar si se había producido una vulneración del principio *ne bis in idem*, parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora del artículo 25.1 de la CE, "por haberse impuesto al recurrente dos sanciones que traen su origen en unos mismos hechos" (FJ 1).

Al respecto, el Tribunal recordó que:

"La primera sanción es la impuesta mediante Resolución de 13 de julio de 1993 del comandante jefe accidental de la 614 Comandancia de la Guardia Civil; la segunda por el ministro de Defensa en su Resolución de 29 de abril de 1997, confirmada por la posterior de 29 de junio del mismo año." (FJ 1)

Y que:

"[...] con posterioridad, y como consecuencia de dicha conducta, recayó sentencia penal firme que, en lo que ahora interesa, condenó al demandante como autor de un delito de omisión del deber de socorro a pena privativa de libertad. A causa de ello, y tras los correspondientes trámites, le fue impuesta por la resolución del ministro de Defensa la sanción de separación de servicio, por haber incurrido en la falta muy grave prevista en el artículo 9.10 de la citada Ley orgánica 11/1991, consistente en 'Haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al código penal militar, por un delito cometido por dolo que lleve aparejada la privación de libertad'." (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal aclaró que:

"[...] la impugnación se dirige exclusivamente contra la sanción de separación de servicio impuesta por el ministro de

Defensa en su Resolución de 29 de abril de 1997, confirmada por la posterior de 29 de junio de 1997." (FJ 3)

Al respecto, el Tribunal advirtió en primer lugar que:

"La firmeza de la primera sanción disciplinaria, consentida por el demandante, unida a la firmeza de la sentencia penal condenatoria, alcanzada tras la desestimación por la Audiencia Provincial de Pontevedra del recurso de apelación interpuesto, provocan que no podamos contestar al reproche que ahora se expone en la demanda de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo por infracción del artículo 3 de la Ley orgánica 11/1991, de 17 de junio." (FJ 3)

A continuación, el Tribunal añadió que:

"[...] debe resaltarse que el demandante de amparo pretende la anulación de la sanción de separación de servicio, no porque el principio *ne bis in idem* la haga incompatible con la condena penal, sino por serlo, exclusivamente, con la primera de las sanciones administrativas. La incompatibilidad que en el presente proceso de amparo se denuncia afecta exclusivamente, por tanto, a dos sanciones administrativas." (FJ 3)

En relación con las mencionadas sanciones, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Por lo que atañe al fundamento de las sanciones examinadas, en el caso de la falta leve tipificada en el artículo 7.22 de la Ley orgánica 11/1991, de 17 de junio (RCL 1991, 1540), es el propio texto normativo el que pone de manifiesto el bien jurídico protegido al sancionarse el 'realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución'. Es, pues, la dignidad de la institución, que se sustenta en la conducta de sus miembros, el bien jurídico protegido, identificado con la estimación, el buen nombre o reputación, que no son patrimonio exclusivo de las personas físicas." (FJ 6)

Dicho esto, el Tribunal indicó que:

"[...] en la falta muy grave prevista en el artículo 9.10 de la misma ley, consistente en 'haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código penal militar (RCL 1985, 2914), por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad', no se hace explícito en la norma el interés jurídico tutelado. El demandante lo identifica con la imagen, buen nombre y credibilidad de la Guardia Civil, en última instancia con conceptos reconducibles a la dignidad de la institución. Sin embargo, y sin negar que ese valor esté comprometido en el precepto examinado, no es el único ni el prevalente [...] lo que resulta afectado en este caso es el interés legítimo de la Administración en su conjunto de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 de la CE)." (FJ 6)

En este sentido, el Tribunal recordó que, como ya había declarado en otra ocasión:

"Dijimos entonces respecto de la policía, y ahora debemos reiterar, que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, pues no cabe disociar totalmente la ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquéllos que lo desempeñan no incurran en conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio *ne bis in idem*." (FJ 6)

Por lo indicado, el Tribunal consideró que:

"[...] en el caso examinado las sanciones analizadas resultan compatibles con el principio *ne bis in idem* y por tanto su imposición no ha lesionado el derecho fundamental del recurrente a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento."

En consecuencia, desestimó el amparo solicitado.

**Tribunal Constitucional. Legitimación derivada del artículo 63.1.b) de la LBRL. *Prius* de legitimación que se extiende a los concejales de un ayuntamiento para impugnar las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico en que hubiera podido incurrir la corporación. No es una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino en una legitimación directamente derivada de su condición de concejal para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de la corporación**

#### SUPUESTO DE HECHO

Un concejal del Ayuntamiento de Castro Urdiales interpuso una demanda contra una resolución del alcalde del citado municipio por la que, en el ejercicio de sus competencias y oída la Comisión de Gobierno de dicho ayuntamiento, "por motivos de necesidades del Servicio de Intervención y continuidad en la gestión presupuestaria" se nombraba para desempeñar una plaza de economista interino a M., solicitando la nulidad de la misma, por considerar que al no venir precedida de una convocatoria pública y carecer de procedimiento selectivo alguno, infringía los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El letrado de la Administración demandada alegó la falta de legitimación activa del demandante, aduciendo que no sólo no ostentaba un interés legítimo respecto del acto impugnado, sino que, al pertenecer al órgano del cual emana el acto impugnado, carecía de legitimación activa [artículo 20.a) de la LJCA], pues la ley lo prohíbe expresamente, en la medida que el recurrente no formaba parte de la Comisión de Gobierno del ayuntamiento indicado.

El juzgado competente estimó el recurso. La Administración demandada interpuso un recurso de apelación, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por falta de legitimación activa del recurrente.

Tras ello, el recurrente formuló un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que otorgó el amparo solicitado, por entender que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó si la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por apreciar el Tribunal de apelación la falta de legitimación activa del demandante en amparo de acuerdo, en su opinión, con el artículo 20.a) de la LJCA, en relación con el 63.1.a) de la LBRL (RCL 1985, 799, 1372), así como con el artículo 19.1.a) de la LJCA, había supuesto una vulneración de su derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial en su vertiente de acceso a la jurisdicción. A tal efecto, el Tribunal se centró en primer lugar en determinar si el recurrente tenía o no un interés legítimo en el asunto. Con respecto al interés legítimo como título de legitimación activa, el Tribunal recordó lo declarado en otras sentencias, en el sentido de que:

"a) el interés legítimo en el proceso contencioso-administrativo ha sido caracterizado como 'una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (en este amparo, la resolución administrativa impugnada) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto' [...]." (FJ 3)

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el alcance del principio de derecho penal *ne bis in idem*, ver las siguientes sentencias: STC de 11 de octubre de 1999 (Aranzadi 1999/177); STC de 16 de diciembre de 1996 (Aranzadi 1996/204); STC de 23 de mayo de 1986 (Aranzadi 1986/66), y STC de 30 de enero de 1981 (Aranzadi 1981/2).

**ÓRGANO:** Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional. Recurso de amparo núm. 2909/2002

**RESOLUCIÓN:** 173/2004

**FECHA:** 18 de octubre de 2004

**PONENTE:** D. Pascual Sala Sánchez

**VOTO PARTICULAR:** D. Vicente Conde Martín de Hijas

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 24.1 de la CE; artículos 19.1.a) y 20.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y artículos 25.1 y 63.1.B de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (LBRL)

**DOCTRINA:** Legitimación derivada del artículo 63.1.b) de la LBRL. *Prius* de legitimación que se extiende a los concejales de un ayuntamiento para impugnar las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico en que hubiera podido incurrir la corporación. No es una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino en una legitimación directamente derivada de su condición de concejal para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de la corporación (FJ 3 y 4)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

"b) La apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende la legitimación activa para recurrir en vía contencioso-administrativa, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales *ex* artículo 117.3 de la CE [...]." (FJ 3)

Finalmente, hizo la siguiente aclaración:

"c) Aunque el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo, ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión [...]." (FJ 3)

Por ello, el Tribunal entendió que:

"Pese a tratarse [...] de una cuestión de legalidad ordinaria, los tribunales, en este caso administrativos, quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio

*pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso [...]" (FJ 3)

Sentado lo anterior, el Tribunal añadió que:

"[...] al lado de esa legitimación –que en definitiva es la general para poder acceder al recurso o proceso contencioso-administrativo según el artículo 19.1.a) de la vigente de la LJCA (RCL 1998, 1741)–, existe una legitimación *ex lege*, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico." (FJ 4)

Según el Tribunal, lo anterior se desprendía de una interpretación conjunta de los artículos 20.a) de la LJCA y 63.1.b) de la LBRL. En relación con el primero de ellos, el Tribunal declaró que:

"La interpretación del precepto [...] no puede quedarse en el restrictivo sentido de que sólo, en cuanto aquí importa, los concejales que hubieran integrado uno de los órganos colegiados del municipio (ayuntamiento y Comisión de Gobierno, allí donde exista) y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquéllos estarían legitimados para impugnarlo en vía contencioso-administrativa, como si de un aislado –y hasta podría decirse que insólito– título legitimador se tratara. Por el contrario, esta excepción, que responde al obligado interés del concejal disidente en el correcto y ajustado a Derecho funcionamiento de la corporación local a que pertenece [porque ya se ha dicho que se trata de un título legitimador distinto del derivado del 'interés legítimo' que caracteriza la legitimación general –la del artículo 19.1.a) de la LJCA–], ha de presuponer lógicamente el *prius* de la legitimación del concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias a ordenamiento en que hubiera podido incurrir su corporación, de la que la excepción legal –la del artículo 63.1.b) de la LBRL– sería una consecuente aplicación.

"No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el 'interés en el correcto funcionamiento de la corporación' que subyace en el título legitimador que ahora se examina." (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal declaró que:

"Más bien lo lógico es entender [...] que el concejal, por su condición de miembro –no de órgano– del ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido 'mediante sufragio universal, libre, directo y secreto' de los vecinos (artículo 19.2 de la LBRL en relación con los artículos 176 y siguientes de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación." (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal estimó la demanda de amparo, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

#### VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas formuló un voto particular, por discrepar del parecer mayoritario.

En relación con la legitimación del recurrente, el magistrado declaró que:

"Admito que el artículo 63.1.b) de la LBRL pueda suponer un título de legitimación *ex lege* al lado de la legitimación del artículo 19.a) de la LJCA, por seguir la idea expresada al respecto en el texto de la sentencia, aunque más bien estimo que la legitimación del artículo 63.1.b) de la LBRL puede reconducirse sin violencia a una simple concreción del interés legítimo del artículo 19.a) de la LJCA, el de mantener el propio criterio defendido en la votación, y en tal sentido no se trata de un nuevo supuesto legal de legitimación, pese a o que sobre el particular se indica en el artículo 63, inciso primero: 'junto a los legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo', sino de una manifestación singularizada de un tipo de interés legítimo, legitimador con arreglo a la regla general del referido artículo 19.a) de la LJCA. El sentido del artículo 63.1.b) citado es, a mi juicio, antes que el de una adición al 19.a) de la LJCA, el de la concreción de una de las posibles salvedades a que se refiere el artículo 20.a) del propio texto."

A continuación, el magistrado declaró lo siguiente:

"A la postre, lo que viene a sostenerse, es que el concejal, por su condición de tal 'Está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo'. Pero la proclamación de una legitimación tal, por el solo hecho de la condición de concejal, creo que entra directamente en colisión con la prescripción negativa del artículo 20.a) de la LJCA ['No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una ley lo autorice expresamente'], y no creo que pueda proclamarse, so pena de que se plantease cuestión de inconstitucionalidad respecto de este precepto de la LJCA, lo que la sentencia no hace."

Por lo indicado, el magistrado entendió que debería haberse denegado el amparo.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los requisitos del interés legítimo como título de legitimación activa, ver las siguientes sentencias: STC 65/1994, de 28 de febrero (Aranzadi 1994/65) (FJ 3); STC 105/1995, de 3 de julio (Aranzadi 1995/105) (FJ 2); STC 122/1998, de 15 de junio (Aranzadi 1998/122) (FJ 4); STC 1/2000, de 17 de enero (Aranzadi 2000/1) (FJ 4); STC 45/2004, de 23 de marzo (Aranzadi 2004/45) (FJ 1); STC 47/1988, de 21 de marzo (Aranzadi 1988/47) (FJ 4); STC 93/1990, de 23 de mayo (Aranzadi 1990/93) (FJ 3); STC 143/1994, de 9 de mayo (Aranzadi 1994/143) (FJ 3); STC 252/2000, de 30 de octubre (Aranzadi 2000/252) (FJ 2); y, citando las más recientes, STC 45/2004 (Aranzadi 2004/45); STC 112/2004, de 12 de julio (Aranzadi 2004/112) (FJ 3); STC 47/1988, de 21 de marzo (Aranzadi 1988/47) (FJ 4); STC 93/1990, de 23 de mayo (Aranzadi 1990/93) (FJ 3); STC 143/1994, de 9 de mayo (Aranzadi 1994/143) (FJ 3); STC 252/2000, de 30 de octubre (Aranzadi 2000/252) (FJ 2); STC 45/2004 (Aranzadi 20)

## B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos procedentes de salas de fiesta y otros locales autorizados por el ayuntamiento en una zona posteriormente declarada acústicamente saturada

#### SUPUESTO DE HECHO

Una ciudadana española formuló una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando la vulneración del artículo 8 de la CEDH.

La demandante vivía desde 1970 en un apartamento en una zona residencial de Valencia. En 1974, el Ayuntamiento de Valencia autorizó la apertura cerca de su vivienda de salas de fiesta, como bares, pubs y discotecas. El ruido procedente de dichos locales ocasionaba molestias a los vecinos, que protestaron varias ocasiones frente al ayuntamiento. En 1993, el ayuntamiento elaboró un informe en el que se establecía que los niveles de ruido eran “inadmisibles y rebasaban los límites permitidos”. Por su parte, en 1995 la policía local informó que los locales incumplían sistemáticamente el horario permitido de cierre.

En junio de 1996, el ayuntamiento aprobó una nueva ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones en la que se disponía que “en una zona residencial multifamiliar como en la que vivía la demandante, el entorno no debía superar los niveles acústicos de 45 decibelios entre las 22 horas y las 8 horas”. Asimismo, la norma definía como zonas acústicamente saturadas “las que sufren un impacto sonoro elevado debido a la existencia de numerosos establecimientos, de la actividad de las personas que los frecuentan y del ruido provocado por los vehículos que circulan por estas zonas, elementos que constituyen una importante fuente de agresión para los habitantes”. El barrio de la demandante fue declarado como tal a principios de enero de 1997.

Sin embargo, a finales de enero de 1997, el ayuntamiento concedió una autorización para abrir una discoteca en el inmueble en el que vivía la demandante, licencia que fue anulada por una sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001.

En el marco del expediente de declaración de zona acústicamente saturada, el ayuntamiento procedió a la realización de varios controles sonométricos, ya que la contaminación acústica estaba siendo vigilada en dicho sector. Todos los escritos elaborados por el servicio del laboratorio municipal señalaban que los niveles de perturbación sonora eran superiores a los límites previstos en la orden municipal.

Paralelamente, en agosto de 1997, la demandante presentó una reclamación previa ante el ayuntamiento, basándose en los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física) y 18.2 (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio) de la Constitución. Además, solicitó 3.907 euros (650.000 pesetas) por los daños sufridos y el coste de la instalación de doble ventana. Frente a la desestimación por silencio, la demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que lo rechazó. Ante ello, la demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando nuevamente los artículos 15 y 18 de la CE.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso. En relación con la posible vulneración del artículo 15, el Tribunal Constitucional declaró que “no habrá violación del artículo 15 de la Constitución salvo que el nivel de contaminación acústica sufrida por una persona, como consecuencia de una acción o de una omisión de los poderes públicos, perjudique gravemente e inmediatamente la salud” y que “aunque la interesada sostiene que el nivel sonoro que sufrió le convirtió en insomne, sólo adjuntó

**ÓRGANO:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Tercera. Asunto Moreno Gómez contra España. Demanda núm. 4143/2002

**FECHA:** 16 de noviembre de 2004

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 8 de la CEDH

**DOCTRINA:** Vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos procedentes de salas de fiesta y otros locales autorizados por el ayuntamiento en una zona posteriormente declarada acústicamente saturada (FJ 53, 55, 58, 59 y 60)

al expediente un simple certificado de hospitalización y de consulta en el que no figuraba ni la duración de sus alteraciones de sueño ni la causa de éstas”.

En cuanto al artículo 18, el Tribunal Constitucional consideró que “la interesada no había demostrado tampoco la existencia de un perjuicio en su domicilio que supusiera la violación de la disposición constitucional”.

Dos jueces formularon votos particulares concurrentes, al disentir del parecer mayoritario. El primero, entendía que la sentencia “limitaba el libre desarrollo de la persona en su vivienda”. Asimismo, entendía que “las condiciones exigidas para apreciar la violación de los derechos fundamentales eran excesivas, y defendía la necesidad de hablar de una triple escala de protección constitucional, que debería de ir desde el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución) a un entorno adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45.1 de la Constitución), pasando por el derecho a la intimidad del domicilio (artículo 18.2 de la Constitución)”.

Por su parte, el segundo juez abordó la cuestión de “saber hasta qué punto la Administración requerida está obligada a dispensar la protección solicitada”. Al respecto, y en relación con el caso estudiado, el juez entendía que “Este poder de la administración devenía obligatorio cuando la lesión de los derechos fundamentales alcanzaba cierto nivel de gravedad”.

Desestimado el recurso por el Tribunal Constitucional, la demandante formuló un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocando la violación del artículo 8 de la CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que había habido lugar a una violación del artículo 8 de la CEDH, condenando al Estado demandado al abono a la demandante al pago de 3.884 euros en concepto de perjuicio material y daño moral y de 4.500 euros en concepto de costas y gastos, viéndose dichas cantidades incrementadas por un interés simple a un tipo anual equivalente al tipo de interés marginal de la facilidad del préstamo del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó el contenido del artículo 8 de la CEDH declarando al respecto que éste “protege el derecho del individuo al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (FJ 53).

Dicho lo anterior, el Tribunal declaró lo siguiente:

“El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado en el que se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio. El atentar contra el derecho al respeto del domicilio no supone sólo una vulneración material o corporal, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporea, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias. Si la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo.” (FJ 53)

A continuación, tras citar varias sentencias en las que el Tribunal había apreciado la existencia de una vulneración del artículo 8 de la CEDH, éste hizo la siguiente aclaración:

“Aunque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por éstos de medidas que traten de respetar los derechos garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos.” (FJ 55)

En relación con el caso estudiado, el Tribunal analizó si “los agentes contaminantes sonoros rebasaron el umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del artículo 8” (FJ 58).

Al respecto, los tribunales internos habían entendido que la demandante no había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su vivienda. Sin embargo, al respecto el Tribunal consideró que “la exigencia de dicha prueba es demasiado formalista puesto que las autoridades municipales habían calificado la

zona en la que vivía la demandante de zona acústicamente saturada”, de modo que “la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario” (FJ 59).

Lo indicado llevó al Tribunal a la siguiente conclusión:

“Teniendo en cuenta la intensidad de la contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, y el hecho de que estos niveles de ruido se mantuvieron durante varios años, el Tribunal concluye con la vulneración de los derechos protegidos por el artículo 8.” (FJ 60)

En cuanto a la indemnización por los daños sufridos, el Tribunal condenó al Estado demandado al pago de las cantidades indicadas en el apartado anterior.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, causada por inmisiones sonoras en domicilio (artículo 8 de la CEDH), en QDL núm. 5, ver la siguiente sentencia: STEDH de 8 de julio de 2003, Asunto Hatton y otros contra el Reino Unido.

Declarando aplicable el artículo 8 de la CEDH, ver las siguientes sentencias: Poweel y Rayner contra Reino Unido [Sentencia de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990/4)], serie A núm. 172, ap. 40; López Ostra contra España (TEDH 1994, 3) (contaminación por ruidos y olores de una depuradora); Guerra y otros contra Italia (Sentencia de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2), Repertorio de sentencias y decisiones 1998-I, ap. 57) (emisión de sustancias nocivas); Surugiu contra Rumania (núm. 48995/1999, 20 de abril de 2004 [JUR 2004, 122802]); STEDH de 2 de octubre de 2001 (TEDH 2001/567) (contaminación acústica), y STC de 29 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/119).

## C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

**Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Aplicación de la Directiva 92/50/CEE en el supuesto de que entidades adjudicadoras proyecten la celebración de un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la misma, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa con una o varias empresas privadas. Control jurisdiccional de los contratos públicos. Actos recurribles**

#### SUPUESTO DE HECHO

La ciudad de Halle (Alemania) encargó a la sociedad R (sociedad de responsabilidad limitada, en la que participan varias administraciones públicas, entre ellas la ciudad de Halle, y, en una proporción del 24,9%, una sociedad privada de responsabilidad limitada, y cuyo objeto social es “la explotación de plantas de reciclado y eliminación de residuos”, la elaboración de un proyecto para el tratamiento previo, la valorización y la eliminación de sus residuos, sin haber incoado formalmente un procedimiento de contratación pública. Al mismo tiempo, la ciudad mencionada decidió, también sin convocar una licitación, entablar negociaciones con la misma sociedad para la celebración de un contrato relativo a la eliminación de los vertidos residuales. Dicha sociedad sería el inversor para la construcción de una planta térmica de eliminación y valorización de los residuos.

Una sociedad interesada en prestar los citados servicios (T) se opuso a la decisión de la ciudad de Halle y planteó ante el órgano competente un recurso con objeto a que se le obligase a convocar una licitación pública.

La ciudad de Halle alegó que la sociedad R emanaba de la misma, al estar controlada por ésta, por lo que consideraba que se trataba de una “operación interna” en la que no se aplicaban las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

**ÓRGANO:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Primera. Asunto C-26/03. Cuestión prejudicial

**FECHA:** 11 de enero de 2005

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, a su vez modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997

**DOCTRINA:** Aplicación de la Directiva 92/50/CEE en el supuesto de que entidades adjudicadoras proyecten la celebración de un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la misma, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa con una o varias empresas privadas. Control jurisdiccional de los contratos públicos. Actos recurribles (FJ 31, 33, 34, 38, 41, 44, 45, 49, 51 y 52)

La autoridad que conocía del recurso estimó la pretensión de la sociedad recurrente, al considerar que “aunque no se hubiese incoado un procedimiento de contratación pública, las decisiones de la entidad adjudicadora debían ser recurribles”. Asimismo, entendió que no podía tratarse de una “operación interna”, en la medida que la participación minoritaria privada superaba el diez por ciento a partir del cual, con arreglo a la normativa alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada, existía una minoría que disponía de determinados derechos.

La Administración demandada interpuso un recurso de apelación contra la mencionada resolución. El órgano jurisdiccional correspondiente resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) a) ¿Exige el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 a los estados miembros que garanticen una posibilidad de recurso eficaz y lo más rápida posible contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras consistentes en no adjudicar un contrato público mediante un procedimiento conforme con las disposiciones de las directivas en materia de contratos públicos? (FJ 19)

“b) ¿Exige el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [89/665] a los estados miembros asimismo que garanticen una posibilidad de recurso eficaz y lo más rápida posible contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras con anterioridad a una licitación formal, en particular contra la decisión relativa a las cuestiones previas de si una determinada operación de adquisición está o no comprendida, de manera general, dentro del ámbito de aplicación personal o material de las directivas en materia de contratos públicos o de si, con carácter extraordinario, concurre alguna excepción a la normativa en materia de contratos públicos?”

“2) a) ¿En el supuesto de que, por una parte, una entidad adjudicadora, como por ejemplo un ente territorial, proyecte celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella —en lo sucesivo, ‘contratista’—, un contrato de servicios a título oneroso sometido a la Directiva 92/50 y, por otra, dicho contrato no sea, con carácter excepcional, un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva [92/50] porque pueda entenderse que el contratista forma parte de la Administración pública o de los servicios de la entidad adjudicadora —en lo sucesivo, ‘operación interna exenta de la obligación de licitación’—, la calificación de tal contrato como operación interna exenta de la obligación de licitación está excluida en todos los casos en que una empresa privada participe en el capital social del contratista con arreglo al derecho societario?”

“b) En caso de respuesta negativa a la [segunda] cuestión prejudicial [letra a)]: ¿bajo qué condiciones debe entenderse que un contratista en cuyo capital social participa con arreglo al derecho societario una sociedad privada —en lo sucesivo ‘sociedad participada del sector público’— forma parte de la Administración Pública o de los servicios de la entidad adjudicadora?”

## FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

### Primera cuestión, letras a), b) y c)

En relación con la primera cuestión, el Tribunal se remitió a su propia jurisprudencia, refiriéndose a la “idea de interpretar en sentido amplio el concepto de decisión recurrible”, y declaró que “la decisión de la entidad adjudicadora, anterior a la celebración del contrato, por la que resuelve a qué licitador adjudicará el contrato debe en cualquier caso ser recurrible, con independencia de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios una vez celebrado el contrato (Sentencia Alcatel Austria y otros [TJCE 1999, 255], antes citada, apartado 43)” (FJ 31).

En este sentido, a continuación el Tribunal advirtió que:

“Cuando una entidad adjudicadora decide no incoar un procedimiento de adjudicación debido a que, a su juicio, el contrato de que se trata no está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias pertinentes, esta decisión constituye la primera decisión sujeta al control jurisdiccional.” (FJ 33)

Dicho lo anterior, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“Es necesario concluir que constituye una decisión recurrible en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 cualquier acto de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público de servicios que esté comprendido dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que este acto se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública o en el marco de tal procedimiento.” (FJ 34)

Por el contrario, el Tribunal aclaró que:

“No son recurribles las actuaciones que constituyan un mero estudio preliminar del mercado o que sean puramente preparatorias y formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público. (FJ 35)

“Teniendo en cuenta el objetivo de tutela judicial eficaz y rápida que persigue esta directiva, en particular a través de medidas provisionales, ha de concluirse que el artículo 1, apartado 1, de ésta no autoriza a los estados miembros a supeditar la posibilidad de recurso al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente determinada fase.” (FJ 38)

Finalmente, en relación con la primera cuestión, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“La obligación de los estados miembros de garantizar una posibilidad de recurso eficaz y rápido contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras se aplica asimismo a las decisiones adoptadas sin un procedimiento formal de contratación pública y con anterioridad a una licitación formal y, en particular, a la decisión que establece si un determinado contrato está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50. Dispone de esta posibilidad de recurso cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener el contrato de que se trate y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, siempre que exista una manifestación de la voluntad de la entidad adjudicadora que pueda producir efectos jurídicos. Por tanto, los estados miembros no están autorizados a supeditar la posibilidad de recurso al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase.” (FJ 41)

### Segunda cuestión, letras a), b) y c)

En relación con la segunda cuestión, el Tribunal señaló en primer lugar que:

“[...] el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, que se ha destacado en la respuesta a la primera cuestión, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los estados miembros. Ello implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas comunitarias pertinentes cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas.” (FJ 44)

Dicho esto, en cuanto a los supuestos en los que es necesaria la aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, el Tribunal señaló que:

“Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un con-

trato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.” (FJ 45)

A continuación, el Tribunal añadió lo siguiente:

“Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la Sentencia Teckal [TJCE 1999, 270], antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.” (FJ 49)

Dicho lo anterior, y centrándose en el caso estudiado, el Tribunal señaló que:

“[...] la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una

empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.” (FJ 51)

En consecuencia, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“[...] es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha directiva.” (FJ 52)

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el control jurisdiccional de los contratos públicos, ver las siguientes sentencias: STJCE de 18 de junio de 2002 (TJCE 2002/202) y STJCE de Luxemburgo de 28 de octubre de 1999 (TJCE 1999/255).

Sobre las excepciones a la obligación de aplicación de las normas comunitarias, ver la siguiente sentencia: STJCE de 10 de abril de 2003 (TJCE 2003/107).

Sobre el concepto de entidad adjudicadora en los contratos públicos, ver las siguientes sentencias: STJCE de 23 de enero de 2003 (TJCE 2003/29); STJCE de 18 de junio de 2002 (TJCE 2002/202); STJCE de 18 de noviembre de 1999 (TJCE 1999/270), y STJCE de 15 de enero de 1998 (TJCE 1998/3).

Sobre el alcance de la noción de prestador de servicios, es decir, de licitador, a efectos de la aplicación de dicha directiva, ver la siguiente sentencia: STJCE de 7 de diciembre de 2000 (TJCE 2000/314).

## D) Jurisdicción contencioso-administrativa

### Tribunal Supremo. Expropiación forzosa. Legalidad de la exclusión durante el procedimiento expropiatorio de una parte de la finca inicialmente declarada de necesaria ocupación

#### SUPUESTO DE HECHO

La Dirección General del Suelo de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes resolvió la exclusión de una parte de la finca inicialmente a expropiar, tras lo cual el particular expropiado interpuso entonces un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra dicha resolución.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó en parte el recurso presentado, entendiendo que no había lugar a declarar la nulidad de la resolución impugnada, pero declarando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración expropiante, indicando que debía procederse a la indemnización por daños y perjuicios causados por la expropiación de la finca de su propiedad y luego desafectada.

Contra dicha sentencia, el letrado de la Comunidad de Madrid interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que acabó estimando dicho recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal estimó todos los motivos de casación, al amparo del apartado d) del núm. 1 del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

En cuanto al primero de los motivos, la Comunidad de Madrid alegaba la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En cuanto a la pretensión de indemnización, el recurso de casación se dirigió “contra la parte de la sentencia que declaró

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 444/2001

**FECHA:** 22 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Dirección General del Suelo de la Comunidad de Madrid

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio; artículo 42 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa [hoy, 31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)]; artículo 136 del Reglamento de expropiación forzosa de 26 de abril de 1957; artículo 142.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)

**DOCTRINA:** Expropiación forzosa. Legalidad de la exclusión durante el procedimiento expropiatorio de una parte de la finca inicialmente declarada de necesaria ocupación (FJ 1, 2, 3, 4 y 5)

el derecho a indemnización de la recurrente en la instancia como consecuencia de la falta de disponibilidad de los terrenos durante el tiempo en que la superficie indicada estuvo afectada al procedimiento expropiatorio" (FJ 1).

Al respecto, el Tribunal consideró que, según el artículo 142.6 de la LRJPAC, se establecía "el carácter preceptivo de la reclamación previa ante la Administración, de forma que, una vez dictada la resolución que ponga fin a la vía administrativa, quede abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial" (FJ 1).

Por su parte, éste indicó que:

"[...] de acogerse la doctrina de la sentencia de instancia se produciría una excepción al principio general de exigencia de responsabilidad directa a la Administración que no viene recogida en las normas que regulan el régimen jurídico de la responsabilidad de las administraciones públicas." (FJ 2)

Asimismo, éste añadió que, invocando el artículo 136 del Reglamento de expropiación forzosa de 1957, la sala se había basado "para acoger la pretensión indemnizatoria en un precepto derogado" (FJ 2).

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración y la posibilidad de dualidad de pretensiones, el Tribunal entendió que:

"[...] no es posible aceptar que como pretende la Administración recurrente no fuera posible, en un supuesto como el presente en que se pretendía que se declarase la nulidad de la resolución recurrida por la que se desafectó de expropiación forzosa la superficie en principio prevista en el proyecto original y dejar sin efecto el acta previa a la ocupación, a seguido pretender que se declarase la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración expropiante, derivada de su actuación [...]. Esa dualidad de pretensiones era perfectamente posible." (FJ 2)

En referencia a la infracción de la interpretación de consolidada jurisprudencia sobre el artículo 42 de la LJCA, el Tribunal asumió con carácter general que:

"[...] para que en un proceso contencioso-administrativo una solicitud de indemnización pecuniaria se estime es preciso que se declare nulo el acto administrativo que se ha impugnado y

que ha podido originar los hipotéticos perjuicios. La indemnización es complementaria o adicional de la anulación a la que aparece inescindiblemente unida." (FJ 3)

Asimismo, éste añadió que:

"[...] junto con la pretensión indemnizatoria que resulta del régimen jurídico expuesto, cabe también formular la pretensión de indemnización de perjuicios de forma autónoma y separada de la nulidad del acto, y para ello es imprescindible la previa reclamación en vía administrativa y la ulterior interposición del recurso contra el acto, expreso o presunto, desestimatorio de dicha pretensión." (FJ 4)

Finalmente, en relación con el derecho de resarcimiento, el Tribunal consideró que:

"[...] sólo puede declararse cuando la veracidad del daño haya sido acreditada en el proceso de un modo cumplido y manifiesto [...]", aunque la sentencia de instancia "presume la existencia de un daño derivado de la imposibilidad de disponer libremente de la finca, aunque no se hubiera producido la ocupación" (FJ 4).

Sin embargo, añadió que:

"[...] en la prueba nada se hizo por la recurrente que tendiera a acreditar por qué razón había experimentado daños que derivasen de la actuación de la Administración que afectó al bien del que era propietario." (FJ 5)

Por lo indicado, el Tribunal estimó el recurso de casación.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la solicitud de indemnización pecuniaria, ver las siguientes sentencias: STS de 14 de diciembre de 1989 (Aranzadi 1989/9130) y STS de 9 de abril de 1983.

Sobre los requisitos para que se determine la indemnización de daños y perjuicios, ver la siguiente sentencia: STS de 29 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/4108).

Declarando la existencia del derecho de resarcimiento cuando la veracidad del daño haya sido acreditada de un modo cumplido y manifiesto, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de mayo de 1985 (Aranzadi 1985/3562) y STS de 18 de octubre de 1986 (Aranzadi 1986/5355).

### Tribunal Supremo. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Error en la certificación de las últimas voluntades. Daños y perjuicios causados por la venta de fincas a quienes inicial y erróneamente figuraban como herederos

#### SUPUESTO DE HECHO

El Ministerio de Justicia denegó una reclamación de responsabilidad patrimonial por la errónea certificación de últimas voluntades expedida en el Registro General de Actos de Última Voluntad, en la que no constaba la condición de heredero del recurrente. Ello ocasionó unos daños y perjuicios por la venta de fincas a quienes inicial y erróneamente figuraban como herederos.

Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra esta resolución ante la Audiencia Nacional, ésta lo estimó parcialmente y declaró el derecho del recurrente a la indemnización de 15.000.000 de pesetas por daños morales.

Notificada dicha sentencia de la Audiencia Nacional, el recurrente y el Abogado del Estado prepararon sus respectivos recursos de casación pero, al final, sólo el primero interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional.

El único motivo de casación se basaba en la infracción de la jurisprudencia relativa a la protección de los terceros adquirentes de buena fe, infracción del artículo 141 de la LRJPAC e infracción también del principio de seguridad jurídica.

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4581/2000

**FECHA:** 11 de octubre de 2004

**PONENTE:** Excmo. Sr. Francisco González Navarro

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Administración General del Estado

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 106 de la CE; artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)

**DOCTRINA:** Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Error en la certificación de las últimas voluntades. Daños y perjuicios causados por la venta de fincas a quienes inicial y erróneamente figuraban como herederos (FJ 4, 5 y 6)

**FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**

El Tribunal entendió que se cumplían los requisitos exigidos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial reclamada y admitió “su concurrencia desde el momento en que en virtud de expediente tramitado al efecto, ha acordado satisfacer al recurrente una indemnización, aunque no en la cuantía y con la extensión que reclama, y de ahí el presente recurso [...]” (FJ 4).

A su vez, el Tribunal argumentó que:

“[...] el error o equivocación padecido por los servicios de la Administración es sencillamente inadmisibles. [...] hayan llevado de la mano al recurrente a una situación anímica desastrosa y, en fin, al alcoholismo, se inserta dentro del más perfecto orden lógico de las cosas. [...] la indemnización por los daños materiales, el valor económico de las parcelas que se repartieron los que, por error cometido por la Administración, aparecían como herederos cuando ya no lo eran, parcelas que, en su mayoría, han pasado luego a terceros. [...] lo que aquí debe resarcirse, al menos de momento, no es el importe de determinados bienes que integran el caudal relicto. [...] Su resultado, en todos los órdenes, dará la clave para poder concretar, si procede, la cuantía y extensión del perjuicio patrimonial invocado.” (FJ 4)

El Tribunal puso especial énfasis en recalcar que:

“[...] pocas veces se encontrará un caso en que la Administración haya reconocido el mal funcionamiento de un servicio público de forma más clara y terminante. Y –afortunadamente– pocas veces también se da un caso como éste en que la Administración, que descubre casualmente ese mal funcionamiento, no hace nada por remediar el entuerto. [...] Es notable que cuando la subdirección encargada tuvo conocimiento del error en 1996, según propio testimonio, no adoptó ninguna diligencia ni actuación encaminada a informar al perjudicado del daño sufrido, que él ignoraba, ni trató de corregir la situación creada por el error administrativo, esperando que el interesado llegara a conocimiento de ella, si llegaba.” (FJ 5)

En todo caso, el Tribunal añadió que:

“[...] el derecho a reclamar prescribe, al año de producir el hecho o el acto que motive la indemnización de manifestarse su efecto lesivo. Los efectos lesivos del hecho se prolongan en el tiempo y aún hoy siguen constantes, teniendo en cuenta que, según parece, todavía no se ha transmitido los bienes del caudal relicto de conformidad con la voluntad del causante.” (FJ 5)

Al respecto, el Tribunal recordó que el Consejo de Estado ha declarado que:

“No cabe negar, sin embargo, que todo ello implica dilatar en el tiempo de goce del caudal relicto al que aparentemente tenía derecho el reclamante así como imponerle los gastos procesales correspondientes. Sin embargo, a este respecto existe una notable indeterminación del daño.” (FJ 5)

Finalmente, el Tribunal consideró también que todo ello “permite a la administración zafarse de las consecuencias del daño por ella causado y por ella reconocido, remitiendo *ad kalendas graecas*—diez, quince, veinte años más— la solución justa del caso, que no puede ser otra que la reparación integral al lesionado de un daño que, por se antijurídico, no tiene el deber de soportar.” (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal estimó que procedía declarar el derecho del recurrente a ser indemnizado por la Administración del Estado “por el daño causado por el anormal funcionamiento del Registro de Actos de Última Voluntad. Todo ello sin perjuicio de que la Administración del Estado pueda subrogarse en el lugar del verdadero heredero para ejercitar las acciones que legalmente procedan contra quienes no siendo herederos –pero tampoco causantes del daño– incorporaron a su patrimonio los bienes de la herencia.” (FJ 6)

**JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA**

Sobre la protección de los terceros adquirentes de buena fe, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de julio de 1986 y STS de 25 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/2475).

## **Tribunal Supremo. Licencia ambiental. Actividad de vertedero de residuos urbanos que se realiza en un ámbito que afecta a dos municipios. Clausura solicitada por entidades de defensa del medio ambiente ante el municipio que no otorgó la licencia**

**SUPUESTO DE HECHO**

Varias asociaciones de vecinos y grupos ecologistas interpusieron una demanda al Ayuntamiento de Gavà, Tratamiento Industrial de Residuos Sólidos, SA (Tirssa) y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos sobre una licencia del vertedero de residuos urbanos en el término municipal de Gavà.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó parcialmente el recurso, anulando por no ser conforme a derecho el acto-respuesta dado por el alcalde del municipio mencionado, ordenando la clausura inmediata de la actividad de vertedero, desarrollada en terrenos de su término municipal.

El Ayuntamiento de Gavà, Tratamiento Industrial de Residuos Sólidos, SA (TIRSSA) y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos interpusieron un recurso de casación contra dicha resolución.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, casando y dejando sin efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña e impugnando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las asociaciones de vecinos y grupos ecologistas mencionados.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**

En primer lugar, el Tribunal entró a analizar los argumentos que figuraban en el acto-respuesta del Ayuntamiento de

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2344/2001  
**FECHA:** 4 de noviembre de 2004

**PONENTE:** Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

**DEMANDANTE:** Asociaciones de vecinos y grupos ecologistas

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Gavà, Tratamiento Industrial de Residuos Sólidos, SA (Tirssa) y la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 120.3 y 24.1 de la CE; artículos 102.1, 103.1 y 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), y artículo 36 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades clasificadas de molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAC)

**DOCTRINA:** Licencia ambiental. Actividad de vertedero de residuos urbanos que se realiza en un ámbito que afecta a dos municipios. Clausura solicitada por entidades de defensa del medio ambiente ante el municipio que no otorgó la licencia (FJ 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10)

Gavà dirigido a las asociaciones demandantes declarando que:

"[...] son desafortunados pues se trata de una actividad que viene desarrollándose, según se indica, desde abril de 1974, por lo que si se discute si tiene o no licencia habrá que estar a la normativa entonces aplicable y no a la posterior a 1993, amén de que el vertedero que nos ocupa no es modo alguno un servicio municipal del Ayuntamiento de Gavà sino que su titular es el Ayuntamiento de Barcelona, el alcance de su servicio es metropolitano y es explotado en régimen de concesión por la entidad Tirasa; en cuanto a la competencia, la aludida del Gobierno de la Generalidad no es exclusiva, pues el artículo 76.2 efectúa una salvedad a favor de la atribuida a los alcaldes pero, en cualquier caso, dicho precepto se refiere a la suspensión o clausura como posibles sanciones a imponer en expediente de carácter sancionador, supuesto en el que no nos hallamos, pues la petición de los actores tiene que ver con la restauración de la legalidad infringida y ante una actuación sin licencia municipal la Administración competente para su clausura o el cierre es el ayuntamiento." (FJ 1)

Además, el Tribunal, en relación con la licencia de actividad, declaró que:

"[...] podría concluirse que carece de ella pero en la contestación a la demanda tanto el Ayuntamiento de Gavà como las coadyuvantes Tirsa y Emsht afirman que se otorgó una licencia única para todo el ámbito del vertedero, tanto el de Gavà como el de Begues, por este último ayuntamiento, al estar ubicada la mayor parte de la superficie de aquél en su término municipal. Se reconoce con ello que el Ayuntamiento de Gavà no concedió nunca licencia de actividad para la parte del vertedero que se extendía sobre su territorio." (FJ 1)

Así pues, el Tribunal entendió que la discusión jurídica se centraba en "Si es conforme a derecho que un ayuntamiento otorgue licencia que afecte no sólo a terrenos de su ámbito municipal sino también a los de un municipio colindante y [...] supuesto lo anterior, si la licencia así concedida se la otorgado correctamente" (FJ 2).

En relación con la primera cuestión, el Tribunal contestó afirmativamente, siempre que el "municipio que concede la licencia y el ayuntamiento de afectación más reducida intervenga en el expediente de forma suficiente y adecuada para deducirse su conformidad" (FJ 2).

En concreto, el Tribunal analizó las argumentaciones de la sentencia de instancia para llegar a la expresada conclusión negativa: que la licencia del Ayuntamiento de Begues no se extiende al de Gavà, esto es, "[...] no ampara la actividad llevada a cabo en terrenos del término municipal de Gavà [...]" y se echa en falta también algún tipo de comunicación entre los ayuntamientos afectados, pues ni consta que el de Begues recabara la aceptación o al menos la información del de Gavà, ni éste remitió oficio alguno a aquél interesándose por las actuaciones, enviando las suyas propias o manifestando ningún tipo de conformidad" (FJ 3).

El Tribunal señaló que:

"[...] las tres partes recurrentes coinciden, con distintos matices, en sus respectivos motivos en poner de manifiesto la incorrecta actuación de la sala de instancia en el momento de dictar sentencia, como consecuencia de no haber unido a las actuaciones la documentación solicitada, para mejor proveer, del Ayuntamiento de Begues, y consistente en el expediente administrativo de licencia de actividad que dio lugar a la concesión al Ayuntamiento de Barcelona en fecha 26 de febrero de 1979 de una licencia municipal para la instalación de un vertedero controlado de basuras en el macizo de El Garraf, junto con certificación municipal de la intervención que, en dicho expediente, se dio al Ayuntamiento de Gavà." (FJ 4)

Dicho lo anterior, el Tribunal declaró que para llegar a la anulación que los tres recurrentes exigían se debía dejar constancia de "[...] cuál (1) fue la actuación objeto de las pretensiones deducidas en el recurso; cuáles (2) fueron realmente estas; cuál (3) fue el fallo de la sentencia; y cuáles (4) las argumentaciones utilizadas en la misma".

Además constató el hecho de que:

"[...] el proyecto de instalación fue tramitado por el Ayuntamiento de Barcelona y se trata del vertedero mas grande de Cataluña, perteneciendo al ámbito de la 'ordenación territorial', añadiendo que 'la suspensión, o clausura solicitada, dada la magnitud y características de la materia, solo pude ser acordada bien por el Gobierno de la Generalidad, bien por el presidente de la Junta de Residuos con carácter cautelar'." (FJ 4)

Finalmente, la discusión jurídica se centró en dos puntos:

"1.º .Si es conforme a derecho que un ayuntamiento otorgue una licencia que afecte no sólo a los terrenos de su ámbito municipal sino también a los de un municipio colindante, y 2.º, supuesto lo anterior, si la licencia así concedida se ha otorgado correctamente." (FJ 5)

Sin embargo, en lo referente al caso del vertedero supramunicipal, se analizó el procedimiento de concesión de la licencia (otorgada por el Ayuntamiento de Begues), no para comprobar su legalidad, sino para constatar si la misma "extiende el ámbito de la autorización a los terrenos del macizo de El Garraf que pertenecen al municipio de Gavà".

Sin embargo, la sala partió de una jurisprudencia contrastada, y, con base en ella, aceptó la corrección de la tramitación colegiada por el municipio más extenso siguiendo, además, lo ordenado por la Comisión Delegada de Saneamiento del Gobierno Civil de Barcelona y "para comprobar la intervención, adecuada y suficiente, del Ayuntamiento de Gavà en el mismo, no tiene a la vista el expediente —conjunto— tramitado al efecto, y ello, a pesar de haberlo considerado necesario, de oficio, mediante una solicitud del mismo tribunal para mejor proveer" (FJ 8).

No obstante, el Tribunal consideró que:

"[...] debemos concluir que la documentación facilitada a este Tribunal es toda la que se dispone en relación con el expediente de actividad de referencia.

"Tal circunstancia, no resultó cierta, pues, en la expresada fecha el expediente ya había sido remitido a la sala, aunque no había tenido entrada oficial en la misma." (FJ 8)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"[...] queda clara la orden de tramitación conjunta por parte de la Comisión de Saneamiento dependiente del Gobierno Civil de Barcelona y el encargo de la misma al Ayuntamiento de Begues. La intervención que en la referida tramitación tuvo el Ayuntamiento de Gavà debe considerarse suficiente y adecuada, y el ámbito territorial de eficacia de la licencia concedida por el Ayuntamiento de Begues debe entenderse que abarcó a ambos municipios." (FJ 9)

A su vez, el Tribunal declaró que resultaba significativo que, con carácter previo, "la Comisión Delegada de Saneamiento de la, a su vez, Comisión Provincial de Servicios Técnicos del Gobierno Civil de Barcelona ordenara la tramitación conjunta del expediente, encargando su materialización al Ayuntamiento de Begues, y sin que tal determinación aparezca contradicha por un acuerdo posterior de la citada comisión o de entidad local alguna [...]", sin duda, la tramitación por parte de la citada comisión del expediente de actividad clasificada ha sido tramitado con audiencia e intervención de ambos ayuntamientos y así se sigue que de la intervención del Ayuntamiento de Gavà debe deducirse su tácita autorización para la tramitación conjunta ordenada y su intervención suficiente y adecuada en el mismo. Lo determinante del recurso es esta comprobación y no la con-

creción de defectos de tramitación, como los citados en la sentencia, y como si, el Ayuntamiento de Gavà hubiera tenido que tramitar un completo expediente para la concesión de la licencia, lo que antes hemos negado" (FJ 10).

Siendo ello así, el Tribunal declaró que:

"[...] en todo caso, los defectos que se imputan, de existir, en modo alguno serían determinantes de una nulidad de pleno derecho: existió informe del arquitecto municipal teniendo a la

vista el proyecto de vertedero remitido por la Comisión Provincial; existió informe del jefe local de Sanidad; no consta la existencia de vecinos concretos de la zona (así lo reconoce el Ayuntamiento de Begues) a los que dar audiencia, exponiéndose, no obstante, la comunicación de la Comisión Provincial durante un mes sin reclamación alguna." (FJ 10)

Por los motivos expuestos, el Tribunal declaró haber lugar a los recursos de casación interpuestos.

## **Tribunal Supremo. Bienes de las entidades locales. Permuta de una parcela municipal por una privada para destinarla a un campo de fútbol. Incumplimiento del requisito legal de necesidad de la permuta, por ser preferente la aplicación de la legislación reguladora del suelo, que hubiese permitido la adquisición de la parcela por cesión gratuita**

### **SUPUESTO DE HECHO**

Una empresa interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Baracaldo relativa a la ocupación directa de un determinado terreno.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó el recurso, interponiendo el recurrente un recurso de casación contra la misma.

El Tribunal estimó el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución impugnada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**

El recurrente alegaba que el acto del ayuntamiento había sido dictado en fraude de ley e incurriendo en desviación de poder, y consideraba que el Tribunal no había apreciado dicha circunstancia en la actuación administrativa. Al respecto, el Tribunal Supremo advirtió que:

"[...] el Tribunal Superior de Justicia declara lo contrario, aceptando cuanto consta en el expediente administrativo y afirmando que la empresa actora no llegó a demostrar un desequilibrio en la valoración económica de los bienes permutados. En definitiva, la empresa recurrente en casación, está expresando su disenso de la apreciación de los hechos que realiza la Sentencia sobre este punto, lo que no puede hacerse válidamente en casación.

"En consecuencia, con todo ello procede desechar o no acoger el tercer motivo de casación invocado, relativo a que no se apreció debidamente la existencia en la actuación administrativa de fraude de ley y desviación de poder." (FJ 2)

Por su parte, el recurrente alegaba que la permuta no era necesaria, "pues el ayuntamiento podía haber obtenido la parcela que le interesaba mediante cesión gratuita en cumplimiento".

Asimismo, el recurrente alegaba que se habían incumplido los requisitos para que se pudiera adquirir la parcela mediante un acto de ocupación directa, afirmándose que se había infringido por inaplicación el artículo 230 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992.

Acerca de la necesidad de permuta, el Tribunal indicó que:

"[...] no puede mantenerse rigurosamente que la permuta no fuera necesaria en el sentido de que celebrar un negocio jurídico de este tipo (independientemente de que se vistiese de modo formal mediante una ocupación directa) no fuese conveniente para conseguir la finalidad pública de adquisición de la parcela y destino de la misma a la construcción de un campo de fútbol. Pero esta conclusión no resuelve el conjunto de las cuestiones planteadas, pues la cuestión revierte a si esta conveniencia era preferente respecto a la posibilidad de adquirir la parcela mediante cesión gratuita a consecuencia de la reparcelación." (FJ 3)

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo

Contencioso-Administrativo. Sección Primera.

Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6642/2001

**FECHA:** 10 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Baracaldo

Voto particular Excmo. Sr. Óscar González González.

Se adhiere el Excmo. Sr. Eduardo Espin Templado

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 203 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo de 1992

**DOCTRINA:** Bienes de las entidades locales. Permuta de una parcela municipal por una privada para destinarla a campo de fútbol. Incumplimiento del requisito legal de necesidad de la permuta, por ser preferente la aplicación de la legislación reguladora del suelo, que hubiese permitido la adquisición de la parcela por cesión gratuita (FJ 2, 3 y 4)

A continuación, el Tribunal hizo la siguiente puntualización:

"[...] debe tenerse en cuenta la posibilidad de que el ayuntamiento hubiese adquirido la parcela mediante cesión gratuita en cumplimiento de las normas urbanísticas, como alega la empresa recurrente con fundamento en los preceptos citados de la legislación sobre régimen del suelo. Al respecto debe tenerse en cuenta que esta posibilidad resulta apoyada por un informe que obra en el expediente administrativo, y que fue emitido por el área de gestión urbanística del mismo. Según dicho informe el procedimiento regular hubiera sido el cumplimiento de la legislación urbanística, es decir, el seguimiento de las actuaciones necesarias para completar la reparcelación del polígono urbanístico. Desde luego en dicho informe se menciona también como posibilidad alternativa la celebración de una permuta, que se afirma no sería contraria al ordenamiento jurídico." (FJ 3)

Dicho lo anterior, el Tribunal llegó a la conclusión de que:

"[...] era preferente la aplicación de la legislación reguladora del suelo, la cual hubiera permitido la adquisición de la parcela por cesión gratuita. Sin que ello resulte desvirtuado por la conveniencia municipal de adquirir los terrenos para la construcción de un campo de fútbol, llevando a cabo esta adquisición

mediante la aprobación de un acto híbrido, ocupación directa como consecuencia de permuta, en el que se modificaron los aprovechamientos urbanísticos. Pues si bien es cierto que el municipio debía procurar el interés público en la construcción del campo de fútbol, no es menos cierto que esa procura debe realizarse ateniéndose al ordenamiento jurídico, lo que no sucedió en el caso de autos.” (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal puntualizó que:

“[...] la aplicación del artículo 112.2 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales, al dar lugar a la enajenación en su caso de la parcela de propiedad municipal mediante subasta, hubiera sido más conforme a los principios que inspiran, tanto la legislación de la Unión Europea como obligadamente de la legislación española, de publicidad y libre concurrencia, pues resulta obvio que las empresas y los particulares interesados hubieran podido concurrir a la adquisición de la parcela de que se trata.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de casación, declarando la nulidad del acuerdo impugnado.

#### VOTO PARTICULAR

El magistrado D. Óscar González González formuló un voto particular por discrepar del parecer mayoritario, al entender que el fallo debió ser desestimatorio del recurso de casación. El magistrado D. Eduardo Espin Templado se adhirió a dicho voto particular.

Acerca de la necesidad de llevar a cabo la permuta, los magistrados alegaron que:

“[...] mediante la permuta efectuada se ha compensado por el ayuntamiento al titular de la parcela de cesión obligatoria y gratuita de su defecto de aprovechamiento, sin perjuicio de que el

ente local pueda posteriormente rescatar de los otros titulares de parcelas dentro del plan los aprovechamientos que le correspondan a través del procedimiento de reparcelación.” (FJ I)

Dicho esto, los magistrados advirtieron que:

“Partiendo de la necesidad de la permuta, y de la equivalencia de valores entre los predios permutados, no es relevante hablar de una subasta pública de la parcela transmitida, según lo dispuesto en el artículo 112.2 del Reglamento de bienes de las entidades locales.” (FJ I)

Por su parte, acerca de si el acuerdo municipal objeto de impugnación era de ocupación directa y no de permuta, los magistrados consideraron que:

“[...] no hay duda que esta operación tiene la categoría de permuta, puesto que participa de los elementos que la caracterizan según el artículo 1538 del Código civil. Se trata de lograr mediante ella la satisfacción de un interés general, cuyo finalidad puede conseguirse a través de cualquier figura jurídica, entre las que el artículo 1.º de la Ley de expropiación forzosa menciona la permuta, y en la que el justiprecio estará representado por la entrega de una parcela.” (FJ II)

Por lo indicado, los magistrados consideraban que debía haberse desestimado el recurso de casación.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Acerca de la necesidad de permuta, ver las siguientes sentencias: STS de 1 de julio de 1988 (Aranzadi 1988/5844); STS de 18 de octubre de 1990 (Aranzadi 1990/8145); STS de 31 de enero de 2000 (Aranzadi 2000/2112); STS 24 de abril de 2001 (Aranzadi 2001/3423); STS de 16 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/7757); STS de 2 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/9468), y STS de 8 de mayo de 2003 (Aranzadi 2003/5259).

### Tribunal Supremo. Impugnación de los actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración General del Estado o la comunidad

#### SUPUESTO DE HECHO

La Administración General del Estado interpuso un recurso contencioso-administrativo frente al acto del Pleno del Ayuntamiento de Estepona que había aprobado el convenio colectivo entre el ayuntamiento y su personal laboral y el Acuerdo regulador para el personal funcionario 2000-2002. En el escrito de interposición del recurso, se solicitaba la suspensión cautelar del acto impugnado, solicitud que fue acordada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con el carácter de medida cautelarísima, citándose a las partes litigantes a una comparecencia, como trámite previo a la decisión sobre el mantenimiento o modificación de la modificación adoptada.

Por auto de 9 de noviembre se adoptó el levantamiento de la medida cautelarísima adoptada y, planteado un recurso de súplica contra el mismo, fue desestimado.

La Administración demandante interpuso un recurso de casación contra dicha resolución.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, imponiendo a la Administración recurrente el pago de las costas ocasionadas por el mismo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente invocaba la vulneración del artículo 66 de la LBRL. Al respecto, el Tribunal analizó la regulación de la suspensión cautelar, señalando lo siguiente:

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 3438/2001

**FECHA:** 23 de noviembre de 2004

**PONENTE:** Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén

**DEMANDANTE:** Administración General del Estado

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Estepona

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL)

**DOCTRINA:** Impugnación de los actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración General del Estado o la comunidad autónoma. Garantías inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva. Suspensión cautelar (FJ 4)

“La lectura del artículo 66 de la LBRL permite constatar que su regulación se apoya en estas tres ideas: que el supuesto de hecho al que debe aplicarse lo constituye una situación de conflicto entre dos intereses de distinta naturaleza (el general o

comunitario, por un lado, y el local, por otro); que no basta la mera invocación del interés general o comunitario para que el tribunal contencioso-administrativo acuerde la suspensión cautelar que haya sido pedida por el Estado o la comunidad autónoma, porque ha de razonarse la 'integridad y efectividad' de ese interés general o comunitario que se invoque como afectado; y que, paralelamente, la suspensión cautelar no es automática, pues se habilita al tribunal para que la acuerde 'si la estima fundada'." (FJ 4)

En virtud de lo anterior, el Tribunal entendió que:

"Lo que antecede impide compartir esas diferencias que el Abogado del Estado parece sostener entre el artículo 66 de la LRBRL y la regulación general de las medidas cautelares que contienen los artículos 129 y siguientes de la LJCA." (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal advirtió que:

"La interpretación más conforme a la Constitución lo que impone es admitir que el ayuntamiento demandado goza de todas las garantías que son inherentes a su derecho a la tutela judicial efectiva y, entre ellas, la de oponerse a las alegaciones que hayan sido efectuadas por el Estado o la comunidad autónoma sobre la integridad y efectividad del interés general o

comunitario cuya afectación haya sido invocada como razón de la petición de suspensión cautelar.

"Desde esta última consideración, la conclusión que se impone es que, aunque el tan repetido artículo 66 de la LRBRL parece autorizar una suspensión cautelar *inaudita parte* a petición del Estado o la comunidad autónoma, las garantías de defensa del correspondiente ente local deben comprender la posibilidad de que pueda comparecer para contraponer, no solo perjuicios al interés local, sino también motivos de oposición a la 'integridad' y 'efectividad' que *de contrario* hayan sido alegadas sobre el interés general o comunitario para apoyar la petición de suspensión cautelar." (FJ 4)

Finalmente, el Tribunal señaló que:

"[...] ni la invocación del interés local es la única oposición que tiene permitida el ayuntamiento frente a la medida cautelar pedida contra la inmediata ejecución de sus acuerdos, ni puede considerarse improcedente su comparecencia aquí controvertida." (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación, con imposición de las costas a la Administración recurrente.

## Tribunal Supremo. Revocación de una autorización de ocupación de un dominio público para la instalación de una unidad de suministro de gasóleos. Precariedad administrativa. Régimen indemnizatorio en caso de revocación

### SUPUESTO DE HECHO

Una compañía petrolífera interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de San Sebastián por la que se revocaban las autorizaciones para la instalación de un tanque-depósito de gasolina, sin comportar derechos indemnizatorios. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso.

La Administración demandada interpuso un recurso contencioso-administrativo en contra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la Administración recurrente.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la ocupación de terrenos públicos, el Tribunal señaló en primer lugar que:

"[...] el título habilitante de la ocupación terrenos de dominio público en caso de instalaciones fijas no desmontables, es la concesión y no la autorización, dado el carácter de uso especial o privativo que aquellas comportan." (FJ 2)

Por su parte, y centrándose en el supuesto analizado, el Tribunal advirtió que, si bien el artículo 10 del Real decreto de 28 de junio de 1927, de creación del Monopolio de Petróleos, convalidado posteriormente como ley, disponía que "La Compañía [Arrendataria del Monopolio de Petróleos] se hará cargo de todas las fábricas, depósitos, surtidores y cualesquiera otras instalaciones destinadas a la importación, manipulación, almacenaje y distribución de los productos petrolíferos en el territorio a que se extiende este monopolio", de ahí "[...] no se infiere que se produjera creación alguna por ministerio de la ley ni transmisión alguna implícita de derechos patrimoniales inherentes a la explotación, sino que se atribuyó a la compañía (previo acuerdo del Consejo de Ministros si había oposición del interesado) la obligación de acudir a un procedimiento de exacción coactiva de derechos preexistentes, como es el expropiatorio, con el consiguiente abono del justiprecio que resultase fijado por un jurado compuesto con participación del expropiado con recurso ante el Consejo de Ministros y con obligación de indem-

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6673/1999

**FECHA:** 21 de octubre de 2004

**PONENTE:** Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de San Sebastián

**DOCTRINA:** Revocación de una autorización de ocupación de un dominio público para la instalación de una unidad de suministro de gasóleos. Precariedad administrativa. Régimen indemnizatorio en caso de revocación (FJ 2, 3, 4 y 6)

nizar por los daños producidos (en el caso de que la compañía no se hiciese cargo de los inmuebles que, sin ser necesarios para la industria, ocupasen para ese fin los propietarios respectivos)" (FJ 2).

Por ello, el Tribunal entendía que:

"No puede [...] deducirse de esta regulación que, de no existir título válido para la ocupación de los terrenos, de dominio público o privado, ocupados por las instalaciones expropiadas, se creara un derecho de ocupación *ope legis* [por ministerio de la ley], de carácter concesional en cuanto a los primeros." (FJ 2)

A continuación, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia a propósito de supuestos referentes a concesiones en precario de terrenos de dominio público y "[...] con más evidencia, cuando la ocupación del demanio se ha producido en virtud de una autorización en precario [...] que la Administración puede declarar resuelta la concesión o autorización, aunque no se hubiesen incumplido las condiciones, siempre que se justifique que dicha resolución obedece a exigencias del interés público" (FJ 2).

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

"[...] las cláusulas de precario en las concesiones [...] llevan consigo la necesidad de distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre una y otra depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico." (FJ 2)

Por tanto, "[...] la entrada en juego de la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar" (FJ 2).

Dicho lo anterior, y en relación con el supuesto enjuiciado, el Tribunal indicó que:

"Se observa en el supuesto objeto del recurso que [...] la estabilidad de la situación de ocupación en precario del demanio local por Repsol SA estaba demostrada por el transcurso de un largo tiempo." (FJ 3)

A continuación, señaló que:

"[...] se produce un carácter sobrevenido de las exigencias de interés público que justifican la revocación de la ocupación, ligadas en este caso a su ubicación en zona urbanísticamente clasificada como residencial de ensanche. [...] Circunstancias todas ellas que atribuyen claramente a la ocupación examinada un carácter de precario de primer grado susceptible de dar derecho a una indemnización como consecuencia del desalojo." (FJ 3)

Por su parte, el recurrente alegaba incongruencia interna de la sentencia, "al sostener que mientras sus razonamientos se apoyan en la inexistencia de vicios invalidantes su fallo es anulatorio de la totalidad del acuerdo plenario". Asimismo, se alegaba la vulneración del artículo 71.1.a) de la LJCA de 1998, "ya que la sentencia debería haberse limitado a anular la denegación indemnizatoria más no la resolución revocatoria" (FJ 4).

En relación con la incongruencia de las sentencias, el Tribunal indicó que:

"Se incurre en incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda." (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

"El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes siempre que con ello no se sustituya el hecho básico aducido como objeto de la pretensión."

Y que:

"Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas." (FJ 4)

En relación con la incongruencia, finalmente el Tribunal señaló que:

"No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas." (FJ 4)

Aplicando lo anterior al caso enjuiciado, el Tribunal entendió que:

"[...] no se produce el vicio imputado merecedor del calificativo de incongruencia en este caso interna al atribuirse una *contraditio in terminis*."

Y que:

"No estamos ante actos que puedan permanecer por su naturaleza separable. Constituyen un todo derivado de un procedimiento no respetado." (FJ 4)

Por lo indicado, el Tribunal consideró que:

"[...] ni estamos ante una incongruencia interna ni tampoco ante un supuesto en que pueda prosperar una pretendida anulación parcial del acto recurrido." (FJ 6)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso, con imposición de costas al recurrente hasta un límite de 3.000 euros sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estimara pertinente.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre las autorizaciones en precario, en un supuesto similar, ver la siguiente sentencia: STS de 17 de septiembre de 2004.

Sobre la revocación de la autorización de ocupación de dominio público, ver las siguientes sentencias: STS de 8 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3681); STS de 7 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/5028); STS de 11 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/9849); STS de 11 de mayo de 2001 (Aranzadi 2001/4725), y STS de 25 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/5897).

Distinguiendo una precariedad de primer grado y una de segundo grado, ver las siguientes sentencias: STS de 29 de octubre de 1979 (Aranzadi 1979/3545); STS 23 de abril de 1980 (Aranzadi 1980/2719); STS de 29 de septiembre de 1980 (Aranzadi 1980/3460); STS de 4 de noviembre de 1997 (Aranzadi 1997/8680); STS de 18 de diciembre de 1997 (Aranzadi 1998/624); STS de 13 de marzo de 2001, y STS de 12 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/5028).

Sobre la incongruencia de las sentencias, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de septiembre de 2002 (Aranzadi 2002/9460); STC 170/2002, de 30 de septiembre (Aranzadi 2002/170); STC 186/2002, de 14 de octubre (Aranzadi 2002/186); STC 6/2003, de 20 de enero (Aranzadi 2003/6); STC 91/2003, de 19 de mayo (Aranzadi 2003/9); STC 114/2003, de 16 de junio (Aranzadi 2003/114) y STC 8/2004, de 9 de febrero (Aranzadi 2004/8); STC 189/2001, de 24 de septiembre (Aranzadi 2001/189); STC 148/2003 (Aranzadi 2003/148); STC 8/2004, de 9 de febrero (Aranzadi 2004/8); STC 8/2004, de 9 de febrero; STS de 15 de febrero (Aranzadi 2003/3077); STS de 9 de junio (Aranzadi 2003/7090), y STS de 10 de diciembre de 2003 (Aranzadi 2004/509); STS de 4 de abril de 2002 (Aranzadi 2002/3997); STS de 17 de julio (Aranzadi 2003/6295) y STS de 21 de octubre de 2003 (Aranzadi 2004/267); STS de 13 de junio (Aranzadi 1991/5092), de 18 de octubre de 1991 (Aranzadi 1991/8373), de 25 de junio de 1996 (Aranzadi 1996/5412) y de 17 de julio de 2003; STS de 3 de julio (Aranzadi 1991/5351); STS de 27 de septiembre de 1991 (Aranzadi 1991/8365); STS de 13 de octubre de 2000 (Aranzadi 2000/7916); STS de 21 de octubre de 2003; STS de 26 de marzo de 1994 (Aranzadi 1994/3168), y STS de 27 de enero de 1996 (Aranzadi 1996/1689).

## Tribunal Supremo. Extensión de los efectos de las sentencias en el caso de denegación de disfrute de vacaciones anuales. Necesidad de identidad de situaciones jurídicas

### SUPUESTO DE HECHO

Un funcionario del Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la directora general de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que desestimó el recurso interpuesto por el mismo contra la resolución de la AEAT de Palma de Mallorca en la que se denegaba la solicitud de disfrute de vacaciones anuales. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, reconociendo el derecho del actor a ser indemnizado conforme a lo dispuesto en el fundamento tercero.

Posteriormente, una trabajadora solicitó al Tribunal Superior de Justicia de Madrid la extensión de los efectos de la resolución indicada, así como una indemnización por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento de la Administración.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó la extensión de los efectos. Contra los correspondientes autos, el Abogado del Estado interpuso un recurso de casación, recurso que fue estimado por el Tribunal Supremo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con la petición formulada, el Tribunal señaló en primer lugar que:

“El artículo 110 de la Ley 29/1998 establece respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración pública la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concurre como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo, teniendo en cuenta que la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1998 establece que la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de dicha ley se llevarán a cabo según lo dispuesto en ella.

“Así, la ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.” (FJ 3)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal entendió que:

“[...] no existe la identidad de situaciones jurídicas necesarias para que pueda procederse a la extensión de efectos de la sentencia, puesto que a diferencia de lo que sucede en el caso del funcionario favorecido por la sentencia cuya extensión de efectos se reconoce en los autos recurridos y que solicitó oportunamente de la Administración el disfrute de sus vacaciones anuales correspondientes al año 1994 antes de que el mismo concluyera, en el caso del funcionario que solicita la extensión de efectos no hay constancia de que ésta haya solicitado en ningún momento a la Administración disfrute de las vacaciones anuales correspondientes a 1997, ya que, como subraya el Abogado del Estado, el carácter anual de las vacaciones retribuidas vincula necesariamente su disfrute al propio año al que las mismas se refiere, por lo que el interesado debe comunicar a la Administración las fechas en las que pretende disfrutarlas antes de que concluya el período anual correspondiente y ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de funcionarios civiles del Estado (Texto articulado de 7 de febrero de 1964) y en las instrucciones de 21 de diciembre de 1983 y 27 de abril de 1995.” (FJ 4)

En el mismo sentido, el Tribunal destacó que:

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 4304/2001

**FECHA:** 23 de diciembre de 2004

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Administración General del Estado

**PONENTE:** Excmo. Sr. Juan José González Rivas

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 110 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), y artículo 68 de la Ley de funcionarios civiles del Estado

**DOCTRINA:** Extensión de los efectos de las sentencias en el caso de denegación de disfrute de vacaciones anuales. Necesidad de identidad de situaciones jurídicas (FJ 3 y 4)

“[...] la parte interesada en la extensión de efectos de la sentencia ni solicitó ni tan siquiera comunicó en ningún momento a la Administración durante el año 1997 las fechas en las que deseaba tomar sus vacaciones, a diferencia de lo que sucedió en el caso del funcionario favorecido por la sentencia, lo que hace inadecuada la identidad de la situación jurídica de la parte recurrida, que no se ha personado en forma, con la situación jurídica en la que se encontraba en el momento de la interposición del recurso la parte favorecida por el fallo cuya extensión de efectos se pretende.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación, casando, anulando y dejando sin efecto los autos impugnados, y negando la extensión de los efectos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la extensión de los efectos de las sentencias: STSJ de Cataluña 997/2004, de 7 de octubre de 2004 (Aranzadi 2004/1528).

Sobre la extensión de los efectos de las sentencias: STS de 23 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/2233); STS de 10 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/1406); STS de 9 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/790); STS de 27 de enero de 2004 (Aranzadi 2004/1042), y STS de 12 de enero de 2004 (Aranzadi 2004/766).

## Tribunal Supremo. Eficacia de una notificación practicada en la misma franja horaria que la anterior

### SUPUESTO DE HECHO

Por resolución del concejal delegado del Área de Protección Ciudadana del Ayuntamiento de Pamplona se impuso una sanción de tráfico a V por estacionar en una zona de estacionamiento limitado sin el ticket correspondiente. Dicha resolución se intentó notificar personalmente, mediante correo certificado, en dos ocasiones, siendo ambos intentos infructuosos por no poder hacerse cargo nadie de la notificación. Por ello se procedió a la notificación edictal en el *Boletín Oficial de Navarra* de fecha 3 de agosto de 2001, y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Pamplona (artículo 59.4 de la LRJPAC). Seguidos los trámites oportunos, se dictó providencia de apremio, providencia que fue anulada por una resolución del Tribunal Administrativo de Navarra. El Ayuntamiento de Pamplona interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, siendo éste desestimado, por lo que el ayuntamiento interpuso un recurso de casación en interés de la ley.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó la normativa relativa a la notificación, centrándose en la interpretación que debía darse al artículo 59.2 de la LRJPAC. Dicho artículo dispone que:

“Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación [...] se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres siguientes.”

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] esta sala, estima, adecuada la doctrina de la sala de instancia, pues, por un lado, tratándose cual se trata de interpretar una norma que regula el régimen de las notificaciones, su aplicación ha de tratar de posibilitar, que se consiga el fin de la notificación, que ésta llegue al interesado, y si un día no estaba en el domicilio en las primeras horas de la mañana se ha posibilitar,

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección Cuarta. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación en interés de la Ley núm. 4/2003  
**FECHA:** 10 de noviembre de 2004  
**PONENTE:** Excmo. Sr. Antonio Martí García  
**DEMANDANTE:** Particular  
**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Pamplona  
**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)  
**DOCTRINA:** Eficacia de una notificación practicada en la misma franja horaria que la anterior (FJ 5)

que la segunda notificación sea en franja horaria distinta, por ejemplo, al final de la mañana, y por otro, porque esa interpretación la exige en parte la norma, cuando dice, dentro de los tres días y en hora distinta, pues, si al legislador le hubiese dado igual el horario concreto, debía haberse limitado a decir, que la segunda notificación se practicará en el día siguiente o en el otro, y no dice eso, sino que dice, dentro de los tres días en hora distinta, y hora distinta a los efectos de la notificación, no es 9.30 cuando la anterior se había realizado a las 10, aunque ciertamente las nueve y las diez sean horas distintas según el diccionario, pues esas horas distintas, se ha de entender a los efectos de la notificación, las que se practican en distintas franjas horarias, como pueden ser, mañana, tarde, primeras horas de la mañana o de la tarde.” (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación en interés de ley.

## Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Cláusula constitucional de la autonomía local y poder normativo de los municipios. Tipificación de las infracciones por las ordenanzas municipales. Cobertura legal de la obligación de omisión de la obligación de solicitar licencia de obras en el plazo de tres días desde la emisión del permiso de urgencia

### SUPUESTO DE HECHO

La Comunidad de Madrid interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el decreto de la concejal delegada del Área de Obras e Infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid por el que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por la Administración mencionada contra el decreto por el que se impuso una sanción de 1.000 euros por una infracción del artículo 47.5 de la Ordenanza general de obras, servicios e instalaciones en las vías y espacios públicos municipales, por no solicitar licencia de obras en el plazo de tres días contados desde la emisión del permiso de urgencia para la reparación de una avería.

El juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente desestimó el recurso.

Contra dicha resolución, la Administración demandante interpuso un recurso de apelación. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso, condenando a la Administración recurrente al abono de las costas causadas en alzada.

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 210/2003  
**RESOLUCIÓN:** 1936/2004  
**FECHA:** 14 de diciembre de 2004  
**PONENTE:** Ilmo. Sr. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez  
**DEMANDANTE:** Comunidad de Madrid  
**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Madrid  
**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 25.1 de la CE  
**DOCTRINA:** Cláusula constitucional de la autonomía local y poder normativo de los municipios. Tipificación de las infracciones por las ordenanzas municipales. Cobertura legal de la obligación de omisión de la obligación de solicitar licencia de obras en el plazo de tres días desde la emisión del permiso de urgencia (FJ 2, 3, 5 y 7)

**FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA**

La Administración recurrente cuestionaba la cobertura legal de la ordenanza mencionada para tipificar el hecho de no solicitar licencia de obras en el plazo de tres días desde la emisión del permiso de urgencia para la reparación de una avería.

Para resolver sobre la cuestión litigiosa, el Tribunal se remitió a lo declarado por el Tribunal Constitucional en relación con el contenido del artículo 25.1 de la CE, que “proscribe toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio”.

Al respecto, el Tribunal recordó que el Tribunal Constitucional ha declarado que:

“[...] el artículo 25.1 Constitución española obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de ley.” (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

“[...] las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano –el Pleno del ayuntamiento– de carácter representativo [artículo 22.2.d) de la Ley reguladora de las bases del régimen local de 1985]; y [...] la garantía local de la autonomía local (artículos 137 y 140 Constitución española) impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia –como los tributos locales– donde está claramente presente el interés local.” (FJ 2)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que:

“[...] aquella concepción flexible de la reserva de ley tributaria –en relación con las ordenanzas fiscales– no toleraba la renuncia de la ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local.” (FJ 3)

Dicho lo anterior, y entrando en el caso estudiado, el Tribunal entró a analizar si existía una “norma con rango de ley que haya fijados un criterio de antijuridicidad conforme al cual el Ayuntamiento de Madrid pueda establecer como sancionable la omisión de la obligación de no solicitar licencia de obras en el plazo de tres días desde la emisión del permiso de urgencia”, llegando a la conclusión de que sí había una norma que lo preveía.

Al respecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

“[...] el artículo 204.3 de la Ley 9/2001 tipifica como infracción ‘la realización de actos y actividades de transformación del suelo mediante la realización de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones sin la cobertura formal de las aprobaciones, calificaciones, autorizaciones, licencias u órdenes de ejecución preceptivas o contraviniendo las condiciones de las otorgadas, salvo que se trate de obras menores, no precisadas legalmente de proyecto técnico alguno y con escasa repercusión en el ambiente urbano, rural o natural. De darse esta última salvedad, la infracción tendrá carácter de leve’; y que el propio artículo 218 de la Ley 9/2001 establece, con relación a actividades que perturben el uso público, que ‘cuando la infracción se realice sobre bienes no susceptibles de valoración por estar excluidos de modo permanente y total del tráfico jurídico, la multa podrá oscilar entre 600 y 30.000 euros, graduándose en función de la mayor o menor trascendencia que la perturbación ocasione al uso público’. Es decir, la cuantía de la multa coincide exactamente con la sanción prevista por el artículo 47.5 de la ordenanza citada.” (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal indicó que:

“[...] a ello se sumaba que la obligatoriedad de la licencia tiene su cobertura específica en el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 del julio, del suelo de la Comunidad de Madrid, de lo cual se hace eco el artículo 9 de la ordenanza, y la específica determinación que de la intervención se expresaba en los artículos

153 y siguientes de la Ley 9/2001 antes citada tenía su desarrollo específico en la particular regulación que para las licencias de calas se recoge en el artículo 16 de la ordenanza que se corresponde con el trámite precisado en el artículo 156 de la ley en relación con su artículo 151.2 [...]. Una lectura detallada de los artículos 9 y 22 de la ordenanza delimitan el alcance de una y otra.” (FJ 6)

Finalmente, el Tribunal se refirió a la reserva de ley en el ámbito de las sanciones administrativas, declarando lo siguiente:

“[...] podría partirse de la doctrina general relativa a la garantía formal de la reserva de ley en el ámbito de las sanciones administrativas que, según ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 177/1992 (RTC 1992, 177), ‘sólo tiene una eficacia relativa o limitada, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al Ejecutivo en la tipificación de los ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, al carácter –en cierto modo insuprimible– de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia y oportunidad’, para incluso alcanzar al criterio específico señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1998 (RJ 1998, 8381) en virtud del cual ‘la Ley de régimen local no tiene que descender a la tipificación de todas y cada una de las posibles infracciones de todas las ordenanzas municipales; además, en el proceso de descentralización territorial que diseña la Constitución, a la entidad local parece lógico que se le permita la tipificación de conductas ilícitas; en ese sentido, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real decreto número 1398/1993, de 4 de agosto, equipara a las ordenanzas municipales con las leyes en el ámbito local –artículo 2.2-’.” (FJ 7)

En cualquier caso, el Tribunal entendió que era suficiente la cobertura legal mencionada, lo que le llevó a desestimar el recurso de apelación interpuesto, con imposición al recurrente de las costas derivadas de la segunda instancia.

**JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA**

En relación con el contenido del artículo 25 de la CE, en el mismo sentido, ver las siguientes sentencias: STC 132/2001, de 8 de junio (Aranzadi 2001/132); STC 3/1988, de 21 de enero (Aranzadi 1988/3); STC 101/1988, de 8 de junio (Aranzadi 1988/101); STC 341/1993, de 18 de noviembre (Aranzadi 1993/341); STC 305/1993, de 25 de octubre (Aranzadi 1993/305), y STC 6/1994, de 17 de enero (Aranzadi 1994/6).

Sobre la eficacia de la garantía formal de la reserva de ley en el ámbito de las sanciones administrativas, ver la siguiente sentencia: STC 177/1992 (Aranzadi 1992/177).

## Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Autorización en precario. Extinción por exigencia del interés público o concretado en la calificación urbanística, como espacio libre

### SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria acordó la resolución de un expediente incoado en orden a la recuperación del espacio de dominio público ocupado por un surtidor de gasolina en un parque, ocupado en virtud de la autorización en precario otorgada por la Junta de Obras del Puerto, con extinción de cualesquiera derechos existentes sobre el mismo. El ayuntamiento acordó establecer el plazo de un año para la finalización de la ocupación del dominio público con la explotación de una estación de servicios con surtidores en el parque indicado. Transcurrido dicho plazo, quedarían extinguidos los derechos de ocupación y, por tanto, recuperado el espacio de dominio público ocupado, sin que diera lugar a indemnización alguna.

Contra dicha resolución, la compañía titular de la autorización interpuso un recurso contencioso-administrativo, solicitando que se declarara la nulidad de la acción del rescate municipal por ser contraria al ordenamiento jurídico y a sus derechos e intereses. Subsidiariamente, se solicitaba que se declarara que, desde el momento en que se produjera el rescate, la empresa tenía el derecho a ser indemnizada.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso.

La autorización se había concedido en 1953 a la empresa BH, "salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de tercero y a título de precario, de modo que si en cualquier momento el Estado o la Junta de Obras ordenase la desaparición de la instalación, el peticionario queda obligado a efectuarla en el plazo que se le señale, sin derecho a reclamación o indemnización de ninguna clase" (FJ 1).

Posteriormente, se solicitó por parte de la compañía la instalación de un segundo depósito de carburante junto al anterior, lo cual fue resuelto positivamente. En dicha autorización se impuso la condición de que la misma se otorgaba en precario, a retirar sus instalaciones si por parte de la Junta de Obras del Puerto o del Estado así se considerara necesario, sin derecho a reclamación de ninguna clase.

En 1957, se interesó de la Junta de Obras y Servicios de los Puertos de la Luz y Las Palmas el traspaso de los derechos que ostentaban en aquellas instalaciones a favor de la entidad mercantil M, accediéndose a ello por la Junta de Gobierno. La mercantil M aceptó todas las condiciones que pesaban sobre la instalación.

En 1968, el Estado cedió los terrenos en los que se ubicaban los depósitos al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

En 1995, la empresa petrolífera M suscribió un contrato, denominado de abanderamiento y suministro en exclusiva de estación de servicio con la entidad MS. En virtud de dicho contrato, la compañía MS asumía una serie de obligaciones que se concretaban en el uso de la marca M como nombre comercial e imagen y en la venta de sus productos.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal examinó la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado por el que se había acordado establecer el plazo de un año para que finalizara la ocupación del dominio público con la explotación de la estación de una estación de servicios con surtidores de gasolina llevada a cabo por M, así como por MS.

El recurrente sostenía que disponía de una concesión administrativa en precario sobre el suelo en que se erigían sus instalaciones, derecho que consideraba que se remontaba a 1958, cuando lo adquirió por traspaso. El recurrente consideraba que el pre-

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 236/2000  
**RESOLUCIÓN:** 729/2004

**FECHA:** 17 de septiembre de 2004

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Jesús José Suárez Tejera

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria

**DOCTRINA:** Autorización en precario. Extinción por exigencia del interés público o concretado en la calificación urbanística, como espacio libre (FJ 5 y 8)

rio administrativo no desvirtuaba el derecho a indemnización por el rescate de los terrenos sobre los que se alzaba la prestación de servicios, citando jurisprudencia favorable a la indemnización en casos análogos a la expropiación forzosa de precaristas y en el caso de estaciones de servicio.

Por el contrario, la Administración demandada sostenía que M había obtenido el traspaso de la autorización con aceptación expresa de las condiciones que aquélla se había otorgado ("salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de tercero y a título precario"). En relación con la indemnización por daños y perjuicios, consideraba que era improcedente, al haber quedado acreditado que la permanencia o uso por parte de la recurrente de aquellas instalaciones situadas en dominio público lo había sido sin título habilitante para ello.

El Tribunal analizó en primer lugar el contenido del contrato suscrito entre M y MS a fin de determinar si en él se había producido una cesión de la autorización en su día otorgada por la Junta de Obras del Puerto a la primera o si se trataba de un mero contrato de suministro.

Al respecto, el Tribunal consideró que:

"[...] no se cede o se arrienda por M a MS las instalaciones que conforman aquellos surtidores de carburantes."

Y que:

"[...] lo que se contempla como contraprestación a la cesión de las imágenes y marcas de M es la de adquirir de ésta sus carburantes y aceites y lubricantes, amén de otras cuestiones que quedan perfectamente explicitadas en el citado documento." (FJ 5)

Dicho esto, el Tribunal entendió que:

"[...] de todo ello se infiere dos cuestiones fundamentales, la primera es que ni siquiera M, se considera titular de las instalaciones que fueron objeto de autorización en su momento a los HB y luego a dicha mercantil, en lo que se refiere a MS, ésta por mucho que lo haya intentado no ha acreditado en momento alguno cuál sea el título en virtud del cual ostenta la explotación de aquellas instalaciones." (FJ 5)

Por su parte, el Tribunal recordó que en el acuerdo vigésimo tercero, párrafo tercero del contrato de arrendamiento, se señalaba que:

"[...] al finalizar este contrato y de no llegarse a un acuerdo para su prórroga o renovación, M dispondrá de un período de tiempo razonable, no inferior a un mes, para retirar del punto de venta su equipo, surtidores, tanques, instalaciones desmontables, anuncios, logotipos y cualquier otro elemento propiedad de M." (FJ 5)

Según el Tribunal, lo anterior venía a significar lo siguiente:

“Que sobre el espacio público, sobre el terreno en suma, M no ostenta ningún derecho, y que éste, supuestamente, corresponde a MS. Pero ya hemos dicho que esta entidad no tiene tampoco ningún derecho acreditado sobre aquellos terrenos de dominio público.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, el Tribunal declaró lo siguiente:

“[...] estamos ante un supuesto de autorización en precario, cuya extinción obedece a razones urbanísticas, sin que ello, origine un derecho a indemnización, por cuanto, la entidad demandante ha disfrutado del goce de suelo de dominio público, sin abonar ninguna contraprestación por el desarrollo de una actividad que no debe reputarse de interés o servicio público, sin que se haya acreditado que para su desarrollo de empleara importantes desembolsos y, sí notables efectos, como lo evi-

dencia la prueba pericial practicada y, finalmente, no se le priva de que pueda obtener licencia para continuar la actividad en otro lugar que lo permita el planeamiento.” (FJ 8)

Por lo indicado, el Tribunal acordó la desestimación del recurso.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, en un supuesto similar, sobre las autorizaciones en precario sobre el dominio público, ver la siguiente sentencia: STS de 21 de octubre de 2004.

Sobre las autorizaciones en precario sobre el dominio público, ver las siguientes sentencias: STS de 8 de abril de 2003 (Aranzadi 2003/3681) y STS de 25 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/5897).

Sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa: STS de 11 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/10366).

### Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Anulación de ordenanzas fiscales por resolución judicial firme. Extensión de los efectos de las sentencias dictadas al amparo de dichas ordenanzas

#### SUPUESTO DE HECHO

El Instituto Metropolitano del Taxi interpuso un recurso de apelación contra el auto dictado por el juzgado de lo contencioso-administrativo que acordaba extender, al amparo del artículo 110 de la LJCA, los efectos de una sentencia a determinados interesados que lo habían solicitado en relación con las liquidaciones pagadas en su día por el concepto de contribuciones especiales. La sentencia en cuestión se basaba en la nulidad de la Ordenanza reguladora de las contribuciones especiales para la ejecución del Plan de viabilidad y modernización del sector del taxi, declarada por sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y declaradas firmes por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente invocaba el artículo 19.2 de la Ley de haciendas locales (LHL), en cuya virtud:

“Si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de las ordenanzas fiscales, la entidad local vendrá obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que lleve a cabo con posterioridad a la fecha en que aquélla le sea notificada. Salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia, se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada.”

En relación con dicho precepto, el Tribunal recordó que el Tribunal Supremo ha declarado que:

“[...] la anulación judicial de una norma equivale al acto de derogación y, en consecuencia, tiene idéntico alcance general [...]. Se está en presencia simplemente de la desaparición de una norma jurídica y su efecto tan inmediato como automático consiste en dejar sin cobertura los actos administrativos de aplicación individual. Las conclusiones expuestas aparecen previstas en el artículo 120 de la Ley de procedimiento administrativo, cuyo párrafo 1 equipara anulación a derogación (o reforma) de las disposiciones generales, así como en el Código civil, donde se advierte que por la simple derogación de una norma no cobran vigencia las que ésta hubiera derogado (artículo 2.2 *in fine*).” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal, siguiendo lo declarado por el Tribunal Supremo, señaló que:

“Entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas [...] figuran no sólo aquellas deci-

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 17/2004

**RESOLUCIÓN:** 997/2004

**FECHA:** 7 de octubre de 2004

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Instituto Metropolitano del Taxi y Entidad Metropolitana del Transporte

**PONENTE:** Ilma. Sra. Pilar Galindo Morell

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 110 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), y artículo 19.2 de la Ley de haciendas locales

**DOCTRINA:** Anulación de ordenanzas fiscales por resolución judicial firme. Extensión de los efectos de las sentencias dictadas al amparo de dichas ordenanzas (FJ 2)

didas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada –artículo 40.1 de la ley orgánica del mismo Tribunal–, sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica, las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes.” (FJ 2)

Siguiendo con la interpretación del artículo 19.2 de la LHL, el Tribunal señaló que:

“El citado inciso último del artículo 19.2 de la LHL contiene una excepción no contemplada en el artículo 73 de la LJCA (‘Salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia’), del que se desprende una solución legal justamente inversa a la seguida por el Tribunal Constitucional: la sentencia será anulatoria o derogatoria con efectos *ex nunc*, esto es, simplemente prospectiva o con efectos sólo para el futuro, salvo que la propia sentencia establezca la nulidad de los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza anulada, esto es, proclame efectos *ex tunc* o retroactivos de la anulación de la disposición de carácter general. Se otorgan, pues, al tribunal contencioso-administrativo, en materia de ordenanzas fiscales locales, unos poderes análogos a los utilizados por el Tribunal Constitucional, aunque en sentido inverso: prospectividad como norma general y eficacia retroactiva o *ex tunc* como excepción declarada por la sentencia.” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal advirtió que:

"[...] la conclusión contraria, en efecto, entrañaría un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los tribunales, en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto en aplicación de las disposiciones cuya inconstitucionalidad se comprueba." (FJ 2)

En relación con el artículo 110 de la LJCA, el Tribunal indicó que: "[...] es especial, al determinar concretamente cuales sean los efectos de, como es el caso, las sentencias anulatorias de ordenanzas fiscales locales." (FJ 2)

Dicho esto, señaló que:

"De cuanto ha quedado transcrito se desprende la necesidad de una interpretación del artículo 110 de la LJCA que, de acuerdo con el artículo 3 del Código civil, además del sentido propio de sus palabras, atienda al contexto y a los antecedentes legislativos y, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de la norma. La finalidad, tanto del artículo 110 como de los citados artículos 37.2 y 51.2 de la LJCA, no es otra que hacer frente a la situación de este orden jurisdiccional, destacando su exposición de motivos que 'ha sufrido hasta la saturación el extraordinario incremento de la litigiosidad', así como que el mismo 'está atravesando un período crítico ante el que es preciso reaccionar mediante las oportunas reformas'. De entre tales reformas, destacan por su novedad las relativas a la presencia de reformas relativas a la presencia de fenómenos masivos de recursos, suscitados por pluralidad de recurrentes respecto de resoluciones administrativas de contenido idéntico e impugnadas por motivos del todo análogos, pero siempre con el designio de propiciar el principio de economía procesal y de evitar la reiteración de múltiples procesos innecesarios, que es la justificación concreta de la inclusión en el artículo 110 de la materia tributaria." (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal advirtió que:

"[...] tales finalidades no se compadecen con el régimen legal del repetido artículo 19.2 de la LHL [...]. En efecto, cualquier recurso independiente contra tales liquidaciones firmes y consentidas estaría destinado a su manifiesta inadmisibilidad por aplicación de tal precepto y aun del artículo 28 de la LJCA." (FJ 2)

Sin embargo, el Tribunal aclaró que:

"Tal conclusión no priva al artículo 110 de la LJCA de un amplio campo de aplicación." (FJ 2)

Dicho esto, el Tribunal indicó que:

"Incluso tratándose de anulación de ordenanzas, la no-extensión de efectos se referirá sólo a los actos firmes y consentidos, no siéndolo aquellos impugnados únicamente en vía administrativa, pudiendo ser sustituido un nuevo recurso contencioso independiente por el incidente del artículo 110 de la LJCA, ni tampoco en los supuestos, tan extendidos en la práctica." (FJ 2)

Por lo indicado, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

"En conclusión, si se trató de una autoliquidación tributaria y dentro del plazo de comprobación de la misma (desde el 1 de enero de 1999, cuatro años) queda firme una sentencia que afecta a una situación jurídica idéntica, cabrá la extensión de efectos. Pero no cuando se trate de acto consentido, cual es el supuesto autos, de liquidación tributaria notificada en legal forma y consentida, máxime cuando la nulidad provendrá de la anulación meramente prospectiva de la ordenanza fiscal en que se basa. La conclusión contraria dejaría inaplicable e inaplicable el repetido artículo 19.2 de la LHL, posterior en su redacción y más específico en su regulación al artículo 110 de la LJCA." (FJ 2)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal acordó la desestimación del recurso.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En este mismo número, sobre la extensión de los efectos de las sentencias: STS de 23 de diciembre (RJ 2004/8226).

Sobre los efectos de la anulación judicial de una norma, ver las siguientes sentencias: STC de 20 de febrero de 1989 (Aranzadi 1989/45); STS de 26 de junio de 1989 (Aranzadi 1989/5958); STS de 6 de octubre de 1988 (Aranzadi 1988/7608), y STS de 21 de octubre de 1986 (Aranzadi 1986/5771).

Sobre el ámbito de aplicación del artículo 110 de la LJCA: STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2001 (Aranzadi 2001/1320).

### Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ejercicio de actividad sin licencia impuesta al amparo de la legislación sobre actividades de pública concurrencia. Contenido y aplicación del catálogo de actividades de pública concurrencia

#### SUPUESTO DE HECHO

La concejal del Distrito de Ciutat Vella del Ayuntamiento de Barcelona impuso al Hostal B una sanción de 60.101,21 euros y ordenó el cierre provisional del local durante doce meses como responsable de la comisión de una infracción muy grave a la normativa sobre establecimientos de concurrencia pública, consistente en la realización de actividad (hotel-meublé) sin contar con la debida licencia/permiso municipal.

El titular de la actividad interpuso un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, siendo éste estimado por el juzgado contencioso-administrativo correspondiente.

La Administración demandada interpuso un recurso de apelación contra la mencionada resolución, recurso que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal consideró claramente probado que "el Hotel B constituye la sede de una habitual actividad de prostitución". En este sentido, el Tribunal indicó que:

"[...] la actividad de prostitución de que se trata, por su naturaleza, puede demostrarse por la propia aceptación de la misma

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Séptima. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 227/2004  
**RESOLUCIÓN:** 819/2004

**FECHA:** 23 de noviembre de 2004

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Barcelona

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 23.b) de la Ley 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, actividades recreativas y establecimientos públicos, y Decreto 239/1999, de 31 de agosto, por el que se aprueba el catálogo de los espectáculos, las actividades recreativas y los establecimientos públicos sometidos a la Ley 10/1990, de 15 de junio, sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos

**DOCTRINA:** Ejercicio de actividad sin licencia impuesta al amparo de la legislación sobre actividades de pública concurrencia. Contenido y aplicación del catálogo de actividades de pública concurrencia (FJ 5)

debidamente justificada o por prueba directa sobre esa actividad en ese caso con las debidas garantías, pero, de otro lado, tampoco se va a descubrir la obviedad de que también cabe alcanzar esa demostración mediante pruebas indirectas que acrediten hechos de tal naturaleza que interrelacionados entre sí, directa e inmediatamente, se alcance sin temor a error esa misma actividad.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal examinó la sentencia apelada respecto a la improcedencia de considerar el supuesto del presente caso desde la perspectiva de la Ley 10/1990 y del Decreto 239/1999.

Al respecto, el Tribunal indicó que tanto el Reglamento de actividades clasificadas como la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental son normas en las que:

“[...] las actividades que se comprenden [...] no son en modo alguno *numerus clausus* sino que en razón a la evolución siempre connatural de las correspondientes actividades y de los correlativos requerimientos de prestación de servicios, entrega de productos, entre otros supuestos, antes que la falta e improcedencia de todo control fundado en esas regulaciones, debe sostenerse una saludable y atendible sujeción al control establecido para cada uno de esos supuestos que responda evidentemente a la naturaleza, objeto y finalidad de la regulación establecida, cuanto menos, en razón a aquellas actividades de más próxima o análoga significación de las que novedosamente se presenten.” (FJ 5)

Dicho lo anterior, y en relación con la Ley 10/1990 y el Decreto 239/1999, el Tribunal advirtió que:

“[...] la Ley 10/1990, de 15 de junio, no sólo regula las concretas actividades recogidas en el catálogo de su anexo, sino cualesquiera otras actividades recreativas de pública concurrencia, con el fin de velar por la seguridad de los ocupantes e higiene de los locales, por evitar molestias a terceros o preser-

var el orden público, bastando remitirse a los dictados de su artículo 2. De la misma forma cabe concluir en consideración al anexo del Decreto 239/1999, de 31 de agosto.” (FJ 5)

Asimismo, el Tribunal indicó que:

“[...] antes de la regulación específica del Decreto 217/2002 (LCAT 2002, 596) relativo a los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, era aplicable a esta actividad la regulación general contenida en la normativa indicada y, según parece, el eufemismo a ella reservado por el Ayuntamiento de Barcelona era el de *meublé*, pero desde luego, podía haberse solicitado por su propio nombre habida cuenta del carácter abierto y meramente enunciativo de las disposiciones dichas.” (FJ 5)

Por ello el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“[...] no pudiéndose participar de la apreciación del juzgado *a quo* ya que la relevante y trascendente actividad estimada probada encuentra acomodo y subsunción en la invocada Ley 10/1990 [...] y del Decreto 239/1999 [...] va de suyo y resulta obligado estimar que la infracción muy grave a la normativa sobre establecimientos de concurrencia pública, tipificada en el artículo 23.b) de la Ley 10/1990, de 15 de junio, consistente en la realización de la actividad (hotel-meublé) sin contar con la debida licencia/permiso municipal de esa naturaleza y la sanción municipal impuesta no pueden estimarse disconformes a derecho.” (FJ 5)

En consecuencia, el Tribunal estimó el recurso de apelación, desestimando el recurso contencioso-administrativo formulado y la demanda articulada.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Abordando la cuestión de que la prostitución puede considerarse una actividad comercial, ver la siguiente sentencia: STJCE de 20 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 314), recaída en el asunto C-268/99, promovido por Aldona Malgorzata Jany y otras contra el Estado holandés.

**Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Impugnabilidad de los convenios urbanísticos. Son un acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del planteamiento susceptible de impugnación separada y constituyen un acto de terminación de un procedimiento negociado preparatorio de la revisión del planteamiento**

#### SUPUESTO DE HECHO

Varios particulares interpusieron recurso contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alaró, celebrado el 15 de marzo de 2001, por el que se aprobaba el convenio urbanístico relativo a la permuta condicionada de fincas (en la que se ubica la actual estación depuradora de aguas residuales) por lo que se tramitaría un expediente para revisión o modificación del planeamiento para la alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público y para la modificación de la ordenanza fiscal del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó los argumentos esgrimidos por las dos partes. Así, la argumentación de la parte recurrente se basó en que “se cede la propiedad de unos bienes de dominio público, caminos y fincas sin que se siga ningún procedimiento de desafección” (FJ 1).

En la contestación a la demanda, según el Tribunal quedó claro que:

“El convenio en cuestión, que es un convenio de planeamiento, no sea otra cosa que la que el ayuntamiento demandado supone, esto es, una mera declaración de intenciones sin efecto para terceros, limitado a poner en marcha la modificación del planeamiento en vigor, es tesis que no puede aceptarse ya que

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recursos contenciosos-administrativos núms. 636/2001 y 646/2001

**RESOLUCIÓN:** 933/2004

**FECHA:** 10 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Pablo Delfont Maza

**DEMANDANTE:** Coalición electoral Izquierda Unida y varios particulares

**DEMANDADOS:** Ayuntamiento de Alaró y empresa privada

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 25 y 69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (de la LJCA)

**DOCTRINA:** Impugnabilidad de los convenios urbanísticos. Son un acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del planteamiento susceptible de impugnación separada y constituyen un acto de terminación de un procedimiento negociado preparatorio de la revisión del planteamiento (FJ 1, 2 y 4)

a tal convenio se le debe atribuir la cualidad de acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento, de modo que, pese a lo que sostiene el Ayuntamiento de Alaró, el convenio no puede ser considerado acto de trámite a los efectos del artículo 25 de la Ley 29/1998, en relación con el artículo 69.C de la misma.” (FJ 2)

Así pues, en cuanto al derecho fundamental de tutela judicial efectiva, el Tribunal declaró que:

“[...] a través del principio *pro actione*, deriva que la categoría de acto de trámite deba interpretarse con criterio limitado y restringido, a lo que aún debe sumarse que el convenio es acto ajeno al procedimiento de revisión o modificación del planeamiento.” (FJ 2)

Además recordó que:

“[...] los compromisos y obligaciones que contiene el convenio impugnado, esto es, los relativos a la revisión del planeamiento urbanístico, alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público —que ha de ser previo al expediente de permuta— y modificación de ordenanza fiscal, al fin, en lo que ha desembocado no ha sido sino un acuerdo municipal.” (FJ 4)

Por lo tanto, visto lo expuesto, el Tribunal desestimó los recursos y pretensiones interpuestos declarando ser conforme a derecho el acuerdo municipal recurrido.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la interpretación restrictiva de los actos de trámite, ver la siguiente sentencia: STS de 15 de marzo de 1997 (Aranzadi 1997/1677).

### Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado

#### SUPUESTO DE HECHO

El alcalde del Ayuntamiento de Bilbao dictó decreto por el que se desestimaban las alegaciones presentadas por la parte recurrente a la aprobación de un proyecto de reparcelación y la improcedencia de cesión obligatoria del diez por ciento de aprovechamiento a favor del ayuntamiento.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en contra de tal decreto y lo anuló en cuanto a los costes de urbanización incluidos en la cuenta de liquidación provisional, ordenando la retroacción de las actuaciones a fin de que se tramitara un nuevo proyecto de reparcelación. Se estimó también la alegación referida a la indemnización por demolición de instalaciones y destrucción de plantaciones y se aprobó definitivamente el proyecto de reparcelación.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los fundamentos de derecho, el Tribunal centró su atención en la definición del concepto de suelo urbano consolidado. Por otro lado, se cuestionó la procedencia de cesión del diez por ciento de aprovechamiento.

En relación con los conceptos “suelo urbano consolidado” y “suelo urbano no consolidado” el Tribunal expuso, entre otras razones, que:

“[...] el artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, introdujo una diferenciación dentro de la categoría del suelo urbano, entre el que denominó consolidado por la urbanización y no consolidado por la urbanización, ciñendo el deber de cesión de diez por ciento del aprovechamiento a esta segunda subcategoría de suelo urbano [...] (FJ 4). [...] declaró el Tribunal Constitucional que, salvada la competencia estatal para definir las condiciones mínimas para la igualación de los propietarios, a cuyo fin sirve instrumentalmente la diferenciación entre suelo urbano consolidado y no consolidado, corresponde a las comunidades autónomas competente en materia de urbanismo establecer los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado.” (FJ 4)

Así pues, el Tribunal añadió que:

“[...] la primera conclusión que se impone de la simple lectura del precepto es que la clave de dicha diferenciación no reside en la condición de solar del suelo urbano consolidado, que el propio artículo 14.1 de la LRSV al imponer a los propietarios del suelo consolidado por la urbanización el deber de completar a su costa la urbanización necesaria para que alcancen si no lo tuvieran la condición de solar, está admitiendo expresamente que dentro de dicha categoría, además de los suelos que reciban la calificación de solar conforme a lo dispuesto por el artículo 82 del TRLS/1976,

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1859/2003

**RESOLUCIÓN:** 876/2004

**FECHA:** 29 de noviembre de 2004

**PONENTE:** Ilma. Sra. Ana Rodrigo Landazabal

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Bilbao

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 14 de la Ley 6/98, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones; artículo 82 de la Ley del suelo de 1976, y artículos 40 y 41 del Reglamento de gestión urbanística

**DOCTRINA:** Distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado (FJ 4)

deberán quedar comprendidos aquellos otros que sin llegar a alcanzarla, sólo requieren para su edificación obras complementarias de urbanización, a realizar simultáneamente, o que deben ser garantizadas mediante la oportuna fianza conforme a lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento de gestión urbanística. [...] asumiendo la diferencia entre suelos que no precisan de instrumentos de equidistribución para su ejecución conforme al planeamiento y que por tanto no quedan integrados en unidades de ejecución, pudiendo ser edificados conforme a los requisitos previstos por el artículo 40 del Reglamento de gestión urbanística, y los suelos que conforme al planeamiento en vigor se hallan integrados en unidades de ejecución por requerir su equidistribución y ejecución mediante cualquiera de los sistemas de cooperación o compensación (artículo 41 del RGU).” (FJ 4)

En este mismo sentido, el Tribunal quiso resaltar que:

“[...] suelo urbano no consolidado es el estar conforme al planeamiento sometido a operaciones integrales de urbanización, renovación o edificación que hacen imposible su edificación sin dar cumplimiento a los deberes a que alude el artículo 14.2 en sus apartados a), en relación con la cesión del suelo necesario para viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas, del apartado d), en relación con la equidistribución de beneficios y cargas; y del apartado e), en relación con operaciones de urbanización integral.” (FJ 4)

Dicho esto, el Tribunal estableció una comparativa entre las diferentes ordenaciones urbanísticas de algunas comunidades autónomas, "que han procedido a desarrollar la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (artículo 45.2 de la Ley 2/1998, de 4 de julio, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha; artículo 9 de la Ley 10/1998, de 2 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja; artículo 14 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León, y artículo 51 del Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales de Canarias)." (FJ 4)

En este punto, el Tribunal recordó que:

"[...] dado que nuestra comunidad autónoma no ha legislado para determinar lo que ha de considerar como suelo urbano consolidado por la urbanización, dado que competencia tiene que precisar en su ámbito territorial qué debe entenderse por suelo urbano consolidado, como se precisó en la STC 164/2000 (Aranzadi 2000/164), y ello con la puntualización de que ha de serlo en los límites de la realidad." (FJ 4)

Por ello, el Tribunal llegó a la conclusión de que "suelo urbano consolidado por la urbanización será aquel que tenga la condición de solar o que sólo requiera para su edificación obras complementarias de urbanización, a realizar simultáneamente o que deban ser garantizadas mediante la oportuna fianza conforme al artículo 40 del Reglamento de gestión urbanística" (FJ 4).

Y ordenó que:

"[...] la modificación asume una concepción distinta: se incorpora el Convento Capuchinos al proceso de urbanización integral de la zona, asignando aprovechamientos edificatorios, e imponiendo las cargas y cesiones propias de un suelo urbano no consolidado por la urbanización. Se configura una unidad de ejecución, que se gestiona por el sistema de cooperación. La necesidad de tramitar el instrumento de equidistribución deriva de la participación en el proceso urbanizador de la zona, que supone abrir la c/. Jardín Txikerra, dándola continuidad, y complementando la viabilidad perimetral de la parcela, estando pendientes las cesiones propias de un suelo urbano no consolidado." (FJ 4)

Ante lo expuesto, el Tribunal procedió a desestimar el presente motivo impugnatorio, estimando parcialmente el recurso, en los términos indicados en el apartado anterior.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la diferenciación entre suelo urbano consolidado y no consolidado, ver la siguiente sentencia: STC de 27 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/54).

Sobre el reparto de competencias en materia de urbanismo, ver la siguiente sentencia: STC de 11 de julio de 2001 (Aranzadi 2001/164).

Sobre el suelo urbano consolidado, ver la siguiente sentencia: STC de 12 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/164).

Sobre la impugnación de la modificación del planeamiento, ver la siguiente sentencia: STSJ del País Vasco de 2 de diciembre de 2002 (Aranzadi 2003/73441).

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Diferenciación entre un convenio urbanístico y un contrato de permuta. Ilegalidad de la revocación de plano de un contrato de permuta denominado convenio urbanístico, sin perjuicio de la posibilidad de revisarlo por causas de nulidad o de declarado lesivo**

#### SUPUESTO DE HECHO

En sesión de 15 de septiembre de 1989, el Pleno del Ayuntamiento de Alcalá de Henares dejó sin efecto la aprobación de un convenio urbanístico, al considerar el mismo no estaba aún ratificado y que lo convenido era imperfecto porque la superficie tenida en cuenta para la valoración de la finca de los recurrentes no correspondía con la realidad ni con la escritura.

Como consecuencia, las partes afectadas argumentaron haberse revocado de plano un acto declarativo de derechos, por lo que solicitaron la declaración de nulidad del acuerdo plenario y de subsistencia del convenio aprobado por resolución de 21 de marzo de 1995.

Cabe recordar también que una de las partes demandantes propuso en su día al ayuntamiento demandado una permuta entre un solar de su propiedad por otro de titularidad municipal.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del ayuntamiento.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, en relación con la naturaleza del convenio, el Tribunal declaró que en principio "se hace preciso calificar la naturaleza jurídica del convenio aprobado por el acuerdo plenario de 21 de marzo de 1995 porque, de ser el mismo convenio urbanístico, tal y como lo denominan las partes, se estaría en el caso de que el acuerdo plenario ahora recurrido no sería un acto de revocación de otro declarativo de derechos dado que conforme a lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley territorial 9/1995, de 28 de marzo, aquel convenio no se habría perfeccionado: conforme a la norma citada, una vez negociados y suscritos, los convenios urbanísticos deberán someterse informa-

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 208/1999

**RESOLUCIÓN:** 1569/2004

**FECHA:** 28 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Ilma. Sra. Francisca M.ª Rosas Carrión

**DEMANDANTE:** Particulares

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Alcalá de Henares

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 4 de la Ley de contratos del Estado de 1965; artículos 74 y 75 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid, y artículos 112, 113 y 118 del Real decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales

**DOCTRINA:** Diferenciación entre un convenio urbanístico y un contrato de permuta. Ilegalidad de la revocación de plano de un contrato de permuta denominado convenio urbanístico, sin perjuicio de la posibilidad de revisarlo por causas de nulidad o de declarado lesivo (FJ 1 y 3)

ción pública por un período mínimo de quince días, mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*." (FJ 1)

Asimismo se observó que:

"[...] dispone también la norma que, una vez ratificado, el convenio deberá firmarse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la aprobación del texto definitivo a la persona o personas interesadas, transcurridos los cuales sin que tal firma haya tenido lugar, se entenderá que renuncian a aquél." (FJ 3)

Por su parte, el Tribunal matizó que:

"[...] Sin embargo, ha de concluirse que el convenio litigioso no es urbanístico, porque no resulta subsumible en el concepto ni en las clases de convenios urbanísticos recogidos en el artículo 74 de la Ley 9/1995, según el cual el convenio ha de calificarse como urbanístico cuando se conciertan para la colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística, y se diferenciarán, atendiendo a su contenido y finalidad, según tengan por objeto los términos y las condiciones de la gestión y la ejecución del planeamiento en vigor en el momento de la celebración del convenio, exclusivamente, sin que de su cumplimiento pueda derivarse o resultar modificación o alteración de dicho planeamiento —convenio urbanístico de gestión— o la determinación, además, en su caso, de lo anterior, del contenido de posibles modificaciones del planeamiento en vigor, bien directamente, bien por ser éstas precisas en todo caso para la viabilidad de lo estipulado —convenio urbanístico de planeamiento." (FJ 3)

En relación con la permuta de un bien patrimonial del ayuntamiento, adjudicado por la cesión del diez por ciento del aprove-

chamiento urbanístico, por otro de propiedad privada, el Tribunal advirtió lo siguiente:

"[...] nos encontramos en realidad ante un contrato privado celebrado por el ayuntamiento demandado, habida cuenta que la figura tampoco encaja en el concepto de contrato administrativo definido por el artículo 4 de la Ley de contratos del Estado de 1965 —norma aplicable al caso de autos porque la Ley 13/1995 es de fecha posterior al acuerdo plenario de aprobación del convenio, sin perjuicio de que según el artículo 5 de ésta última, el contrato de permuta es siempre privado—: no tratándose, por tanto, de un contrato típico de los previstos en el artículo 4 de la Ley de contratos del Estado de 1965 y no teniendo, como atípico, la función de satisfacer una finalidad pública de competencia municipal, el convenio litigioso ha de ser calificado como un contrato privado, según se ha indicado, cuyo fondo habrá de regularse por las disposiciones del Código civil y cuyos actos separables están sometidos al Texto refundido de régimen local y al reglamento de bienes de las entidades locales, como normas de carácter general y a la Ley de contratos del Estado de 1965 y a su reglamento, como normas generales subsidiarias, según resulta del apartado 3.º del precitado artículo 4." (FJ 3)

Por los motivos indicados, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando el acuerdo plenario del ayuntamiento de 15 de septiembre de 1989 y declarando la subsistencia del de 21 de marzo de 1995.

**Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos implica la puesta a disposición del particular de la información que obre en poder de la Administración, pero no implica que la Administración deba verificar la solicitud del particular, estudios, desgloses, comparaciones, análisis o extrapolaciones, al margen de los que el soporte material contenga**

#### SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Godella desestimó tácitamente la petición de información formulada por la asociación-comisión promotora del nuevo municipio de Campo Olivar-Cruz de Gracia mediante un escrito de 29 de mayo de 2002.

El Tribunal Superior de Justicia estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte afectada contra el mismo, anulando el acto recurrido y ordenando la puesta a disposición de la información solicitada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó, en primer término, el contenido del escrito de petición de información formulada por la asociación indicada, en cuya redacción se solicitaba del ayuntamiento la siguiente información: "[...] planos (castral; urbanístico; comunicaciones y redes viarias; y general) del término municipal de Godella en el que figuren también el nombre de los municipios que lo circundan. 2— Ingresos presupuestados para el año 2001 y diferenciados por las correspondientes partidas presupuestarias y que con arreglo a los padrones fiscales y demás datos y antecedentes obrantes en el ayuntamiento, se han generado dentro del entrono territorial de Campo Olivar-Cruz de Gracia. 3— Ingresos presupuestados para el año 2001 y diferenciados por las correspondientes partidas presupuestarias, y que con arreglo a los padrones fiscales y demás datos y antecedentes obrantes en el ayuntamiento, se han generado dentro del entrono territorial de Godella, es decir, quitando de su Término municipal el entrono territorial ya antes definido para Campo Olivar-Cruz de Gracia. 4— Gastos de los capítulos II, IV, VI, VII, correspondientes al ejercicio 2001, que con arreglo a la cuenta general de 2001 y demás datos y antecedentes obrantes en el ayuntamiento se han aplicado dentro del entorno territorial de Campo Olivar-Cruz de Gracia." (FJ 1)

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1738/2002

**RESOLUCIÓN:** 1067/2004

**FECHA:** 23 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Ilma. Sra. Josefina Selma Calpe

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Godella

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 105 de la CE; artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículos 11.1 y 14.4 del Reglamento de población y demarcación de las entidades locales, y Orden de 20 de septiembre de 1989

**DOCTRINA:** El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos implica la puesta a disposición del particular de la información que obre en poder de la Administración, pero no implica que la Administración deba verificar la solicitud del particular, estudios, desgloses, comparaciones, análisis o extrapolaciones, al margen de los que el soporte material contenga (FJ 1, 2, 3 y 4)

A continuación, también se analizó “la falta de legitimación activa de la recurrente para solicitar la referida documentación, con base en que carece de representatividad para gran parte de lo que solicita” (FJ 1).

El Tribunal no apreció la falta de legitimación de la actora que oponía la Administración basándose en que “el artículo 105 de la Constitución constitucionaliza el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos, desarrollando dicha previsión constitucional los artículos 35 y 37 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, reconociendo específicamente el citado artículo 37 con carácter general a los ciudadanos el derecho a acceder a los registro y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos”. (FJ 2)

En este mismo sentido, el Tribunal recordó que en supuestos similares “[...] el derecho de acceso a los archivos y registros públicos, implica la puesta a disposición del particular de la información que obre en poder de la Administración, pero ese derecho, no implica, salvo que una norma legal así lo imponga, que la Administración titular del archivo o del registro, deba verificar a solicitud del particular, estudios, desgloses, comparaciones, análisis, o extrapolaciones, al margen de lo que el soporte material contenga, porque esto ya no implicaría un lícito ejercicio del derecho de acceso, sino un intento de obtener información que no consta en los referidos registros” (FJ 3).

Por tanto, en relación con la información solicitada, declaró que:

“[...] la documentación no puede facilitarse, debido a que el presupuesto municipal del Ayuntamiento de Godella es único, sus conceptos presupuestarios abarcan los ingresos de todo el término municipal de Godella sin diferenciar entre zonas inframunicipales. Ello es debido a que a la hora de elaborar el presupuesto de ingresos la clasificación que se tiene en cuenta es la clasificación económica de los ingresos de acuerdo con la Orden 20 de septiembre de 1989, por la que se establece la estructura de los presupuestos de las entidades locales.” (FJ 4)

En consecuencia, vistos los motivos expuestos, el Tribunal estimó parcialmente el recurso “en cuanto debe ponerse a disposición de la actora toda la información solicitada que fuera simple información, sin que pueda exigirse a la administración demandada, en relación con la información solicitada, la realización de estudios o desgloses que no le competen” (FJ 4).

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el acceso a registros y sus límites, ver las siguientes sentencias: STS de 2 de junio de 2000 (Aranzadi 2000/6733) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2002 (Aranzadi 2002/161961).

### Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por lesiones provocadas por el golpe contra una señal vertical sita en la vía pública colocada de conformidad con lo dispuesto por la normativa de supresión de barreras arquitectónicas

#### SUPUESTO DE HECHO

Un particular reclamó daños al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria por accidente al tropezar con una señal vertical instalada en la calle. A consecuencia del fuerte golpe se cayó al suelo y tuvo que intervenir ambulancia y la policía local.

El alcalde del ayuntamiento denegó a solicitud formulada, alegándose que según el informe emitido por el Servicio de Tráfico y Transporte la colocación de la señal vertical contra la que se golpeó era la reglamentaria, de acuerdo con la Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas de la comunicación.

Ante dicha resolución, la parte demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que fue desestimado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, en primer lugar, el Tribunal analizó la supuesta inadmisibilidad del recurso alegada por la Administración visto “el desleal retraso de la parte actora en formular su reclamación, dejando transcurrir casi un ‘año sabático’ desde que se produjo el accidente hasta que planteó su primera reclamación en vía administrativa [...] ya que, aun cuando no se hubiese producido la prescripción o no hubiese transcurrido el plazo para el ejercicio legítimo del derecho, si el tiempo transcurrido, como en el presente caso, es excesivo, tal ejercicio cabe declararlo inadmisibile [...] y esa dilación obviamente ha contribuido a cercenar en gran medida las posibilidades de la Administración de interesarse en el seguimiento del proceso de curación, para así velar por una recuperación en un tiempo por lo menos algo más razonable” (FJ 2).

Dicho esto, el Tribunal se centró en la relación de causalidad señalando que:

**ÓRGANO:** Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 124/2003

**RESOLUCIÓN:** 953/2004

**FECHA:** 23 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Jesús José Suárez Tejera

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas de la comunicación

**DOCTRINA:** Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por lesiones provocadas por el golpe contra una señal vertical sita en la vía pública colocada de conformidad con lo dispuesto por la normativa de supresión de barreras arquitectónicas (FJ 2 y 5)

“[...] el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal.” (FJ 5)

En este mismo sentido, el Tribunal comentó la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas (hoy sensiblemente abandonada) y también la doctrina administrativista que se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada. Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño (*in iure non remota causas, sed proxima spectatur*). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor." (FJ 5)

En relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el Tribunal declaró que:

"[...] no sólo no es menester demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable." (FJ 5)

Asimismo, añadió que:

"[...] la doctrina jurisprudencial más reciente viene sosteniendo la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero ello no convierte a ésta en un asegurador que deba responder en todos los casos que se produzca un resultado lesivo a raíz de la utilización de bienes o servicios públicos, sino que es necesario que exista un nexo causal entre el resultado en cuestión y el actuar de la Administración." (FJ 5)

A continuación, el Tribunal aclaró que:

"[...] el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final y la doctrina administrativista tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las administraciones públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda

fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar." (FJ 5)

Por todo ello, el Tribunal apreció que no existió el nexo causal, lo que determinó la desestimación del recurso, puesto que:

"[...] la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a ésta en un asegurador que deba responder en todos los casos que se produzca un resultado lesivo." (FJ 5)

Así pues, el Tribunal rechazó la prescripción denunciada por la Administración y desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el plazo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, ver las siguientes sentencias: STS de 11 de febrero de 1999 (Aranzadi 1999/1791); STS de 4 de abril de 1998 (Aranzadi 1998/3698); STS de 4 de julio de 1990 (Aranzadi 1992/7937); STS de 5 de abril de 1989 (Aranzadi 1989/3150), y STS de Madrid de 13 de marzo de 1987 (Aranzadi 1987/1959).

Sobre la doctrina del nexo causal, ver las siguientes sentencias: STS de 5 de junio de 1998 (Aranzadi 1998/5169); STS de 11 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995/2061); STS de 27 de septiembre de 1994 (Aranzadi 1994/7361), y STS de 4 de junio de 1994 (Aranzadi 1994/4783).

Sobre el *dies a quo* del plazo para exigir la responsabilidad patrimonial, ver la siguiente sentencia: STS de 29 de octubre de 1990 (Aranzadi 1990/7937).

Sobre la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, ver la siguiente sentencia: STS de 1 de marzo de 1988 (Aranzadi 1988/1640).

## E) Jurisdicción civil

**Tribunal Supremo. Agresión mortal a una usuaria del transporte público suburbano en los pasillos interiores de una estación subterránea, antes de traspasar el control electrónico del billete. Responsabilidad de la empresa concesionaria por la inclusión en el contrato de transporte de viajeros por ferrocarril del deber de protección de los usuarios**

### SUPUESTO DE HECHO

Una usuaria del servicio de metro falleció como consecuencia de una agresión. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó al agresor a diversas penas por la comisión del delito mencionado y por varias agresiones realizadas anteriormente a mujeres, estableciendo una indemnización de veinticinco millones de pesetas a favor de los herederos de la víctima.

El viudo de la víctima formuló una demanda contra Ferrocarril Metropolità de Barcelona y la entidad encargada de la seguridad de las instalaciones de la primera, al objeto de que fueran condenadas al abono de una indemnización de cuarenta millones de pesetas, intereses legales y costas.

El juzgado de primera instancia correspondiente desestimó la demanda, absolviendo las entidades demandadas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia impugnada. Contra dicha resolución, el demandante interpuso un recurso de casación.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Entrando en el caso estudiado, en relación con los hechos, en primer lugar el Tribunal señaló que:

"[...] ha de partirse del dato fundamental de que la agresión sufrida por la esposa del recurrente se ha producido evidentemente dentro de la órbita del contrato de transporte, servicio que en su modalidad de transporte subterráneo desarrolla en régimen de exclusiva la compañía Ferrocarril Metropolità de Barcelona, S.A., dentro del espacio territorial a que la propia denominación de la entidad se refiere." (FJ 3)

A lo anterior, el Tribunal añadió que:

"Lo mismo podría decirse en el supuesto de que la usuaria pretendiese adquirir un billete del que anteriormente carecía, pues en uno y otro caso era imprescindible efectuar un trayecto a pie, dentro ya de las instalaciones subterráneas de la compañía ferroviaria, hasta acceder al punto en que la misma había instalado las taquillas y los aparatos de control electrónico de tarjetas o bonos multiviaje."

Y que:

"[...] el emplazamiento de estos servicios fue realizado libremente por la empresa concesionaria y que su localización concreta pudo obedecer a variados intereses." (FJ 3)

En relación con la normativa aplicable, el Tribunal indicó que:

"El artículo 1258 del Código civil, dentro de su función integradora de las estipulaciones de los interesados, establece las reglas de conducta de carácter imperativo, ajenas a las voluntades de aquéllos, que responden a una concepción social de la función del contrato y que vienen a imponer especiales deberes de conducta a favor de la parte más débil, ampliando el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley." (FJ 3)

Dicho esto, el Tribunal señaló que:

"[...] la indemnidad que el usuario del transporte de personas tiene derecho a obtener durante el desarrollo del mismo no se limita a la fase en que aquel se halle ocupando el vehículo

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sección Primera.

Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 345/2003

**RESOLUCIÓN:** 1193/2004

**FECHA:** 20 de diciembre de 2004

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Ferrocarril Metropolità de Barcelona y empresa de seguridad

**PONENTE:** Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo

**NORMATIVA APLICABLE:** Artículo 1258 del Código civil (CC)

**DOCTRINA:** Agresión mortal a una usuaria del transporte público suburbano en los pasillos interiores de una estación subterránea, antes de traspasar el control electrónico del billete. Responsabilidad de la empresa concesionaria por la inclusión en el contrato de transporte de viajeros por ferrocarril del deber de protección de los usuarios (FJ 3)

correspondiente, sino que en supuestos como el de autos, se amplía a los momentos en que tras abandonar la vía pública deba caminar durante determinado trayecto, dentro ya del recinto privado de la empresa concesionaria para dar comienzo al desplazamiento no peatonal, y asimismo se extiende al recorrido que precise efectuar desde el punto en que abandona el medio de locomoción, hasta alcanzar la salida al exterior de las instalaciones de la entidad demandada." (FJ 3)

Lo anterior llevó al Tribunal a entender, en relación con la empresa de transportes metropolitanos, que:

"[...] si bien constaba a la compañía [...] la situación de inseguridad a que aludimos y que, por ello, había concertado [...] la vigilancia general de los locales de la empresa, con el fin de proteger a personas y bienes, evitando la comisión de hechos delictivos, no cuidó de requerir que la prestación de dichos servicios por vigilantes jurados o guardias de seguridad se desarrollase en régimen de presencia continuada en el vestíbulo y en los pasillos de la estación." (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal:

"El diseño de las instalaciones de la referida estación, por sus peculiares características, reflejadas en las fotografías incorporadas a los autos, generaba una indudable situación de peligro concreto." (FJ 3)

En consecuencia, el Tribunal consideró que:

"Al no haber actuado en la forma que se indica se ha incurrido en una grave omisión que ha permitido que se produjera un resultado dañoso previsible, que ha de ser imputado a quien se beneficia de la situación existente, es decir, a Ferrocarril Metropolità de Barcelona, entidad que debe ser condenada a la reparación de dicho daño, de la que ha de ser excluida Protecsa por cuanto no se ha acreditado el incumplimiento por parte de ésta de las medidas de seguridad que le había encargado la codemandada." (FJ 3)

Por lo indicado el Tribunal declaró haber lugar al recurso, revocando la sentencia impugnada y condenando a la empresa de transportes metropolitanos al pago al actor de la cantidad de

240.404,74 euros (40.000.000 de pesetas), con los intereses legales correspondientes y con imposición de las costas de la primera instancia a la demandada, absolviendo a la empresa de seguridad.

**Audiencia Provincial de Madrid. Petición de condena pecuniaria a una entidad aseguradora en concepto de daños y perjuicios por negligente actuación de un hospital al autorizar el alta de una paciente que se suicidó a las pocas horas de salir del mismo. Responsabilidad patrimonial de la Administración y competencia de la jurisdicción civil en los casos de acción directa contra la aseguradora. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando está en juego la responsabilidad patrimonial de la Administración**

#### SUPUESTO DE HECHO

Dos particulares ejercitaron una acción personal de condena pecuniaria frente a una entidad aseguradora en solicitud de pronunciamiento jurisdiccional por el que se le condenara a pagar la cantidad que en concepto de daños y perjuicios se determinara en ejecución de sentencia siempre superior a 3.005,66 euros, los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición extrajudicial y expresa imposición de costas. Los demandantes fundaban dicha pretensión en la negligente actuación de un hospital de Madrid al autorizar el alta y la salida del centro a la hija de los mismos, la cual se suicidó a las pocas horas de salir del hospital.

Un juzgado de primera instancia de Madrid estimó la declinatoria de jurisdicción presentada por la compañía de seguros para conocer de la demanda. La parte actora interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución.

La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del caso enjuiciado. En este sentido, advirtió en primer lugar que:

"[...] la exigencia de responsabilidad patrimonial como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración, conforme a lo dispuesto en los artículos 142.6, 144 y 145 de la Ley 30/1992, debe realizarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que pasa a ser la única procedente para su resolución, tanto si la Administración actúa en relaciones de Derecho público como privado [...]. Por lo demás, la unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico a que se viene haciendo referencia no es otra cosa que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos y que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales y se recoge implícitamente en los artículos 106.2 y 149.1.18 de la Constitución española." (FJ 3)

En el mismo sentido, el Tribunal advirtió que:

"[...] la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa instaura ese principio de unidad de fuero." (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal señaló que:

"El artículo 9 de la LOPJ, núm. 4, redactado por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, extendió esa competencia incluso al caso en que en la producción del daño hubieran concurrido con la Administración —o personal a su servicio— sujetos privados. Una vez modificado el artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, en él se dice al hablar de las competencias de los diversos órdenes jurisdiccionales que 'Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con las administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos en los términos previstos en el artículo

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Madrid. Sección Décima. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 675/2003

**RESOLUCIÓN:** 270/2004

**FECHA:** 3 de noviembre de 2004

**DEMANDADO:** Compañía aseguradora

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Ángel Vicente Illescas Rus

**NORMATIVA APLICABLE:** Artículos 142, 143, 144, 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de regulación del contrato de seguro, y artículo 9.4. de la Ley orgánica del Poder Judicial

**DOCTRINA:** Petición de condena pecuniaria a una entidad aseguradora en concepto de daños y perjuicios por negligente actuación de un hospital al autorizar el alta de una paciente que se suicidó a las pocas horas de salir del mismo. Responsabilidad patrimonial de la Administración y competencia de la jurisdicción civil en los casos de acción directa contra la aseguradora. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando está en juego la responsabilidad patrimonial de la Administración (FJ 3, 4, 5 y 6)

82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la ley de esta jurisdicción. También conocerá de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho', indicándose en un párrafo segundo que 'Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive'. Si la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión en este orden jurisdiccional." (FJ 5)

Asimismo, con respecto a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el Tribunal recordó que:

"[...] modificó la dicción del artículo 144, en cuanto el reenvío de los artículos para su exigencia: artículo 144. Responsabilidad de Derecho privado: cuando las administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y ss. de esta ley." (FJ 5)

Por su parte, en relación con la normativa antes mencionada, el Tribunal hizo las siguientes apreciaciones:

“La redacción que las leyes últimamente reseñadas han venido a dar a la Ley orgánica del Poder Judicial y a determinados preceptos de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, han venido a resolver de forma clara y contundente el problema planteado en cuanto al orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad de una administración pública cuando actúa en relaciones de derecho privado, dando respuesta al problema planteado en lo referente al orden jurisdiccional competente cuando le reclamaba junto con la Administración a un particular-sujeto privado, determinando que si éste ha concurrido junto con aquélla a la producción de unos daños, el orden competente para el conocimiento de tal reclamación es el contencioso-administrativo, dando por finalizada la vis atractiva del orden civil para enjuiciar las reclamaciones que se dirigían frente a la administración y un particular. Ahora bien, las previsiones contenidas en la Ley orgánica del Poder Judicial y en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, tras las modificaciones en las mismas operadas por la Ley 29/1998, de 13 de julio, y por la Ley 4/1999, de 13 de enero, sin embargo no dan una respuesta clara en cuanto al orden jurisdiccional competente para conocer de una acción de reclamación por un perjudicado frente a una entidad aseguradora de una posible responsabilidad civil, cuando el asegurado es una administración pública.” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal mencionó la jurisprudencia en la materia. Al respecto, admitió la existencia de cierta jurisprudencia reconociendo la competencia de la jurisdicción civil. En este sentido, el Tribunal indicó que:

“[...] algunas audiencias y juzgados han entendido que, en principio, es viable el ejercicio de una acción civil de reclamación frente a una compañía de seguros que asegure la posible responsabilidad de una administración pública ante los órganos jurisdiccionales civiles.

“Se argumenta, señaladamente, que al accionarse con base en las previsiones contenidas en el artículo 76 de la Ley de contrato de seguro contra una compañía aseguradora de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir una administración pública, y sólo contra la misma, el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de esta acción directa contra tal entidad aseguradora es el orden civil.” (FJ 6)

Sin embargo, a continuación el Tribunal señaló que:

“[...] en la controversia, el legislador, por los motivos de oportunidad que no corresponde a esta sala enjuiciar, ha optado como medio para evitar tales controversias y peregrinaje de jurisdicciones, para unificar el conocimiento de tales reclamaciones ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que el supuesto enjuiciado se considera de competencia de dicha jurisdicción. (FJ 6)

“La circunstancia de que la demanda se dirija frente a la entidad aseguradora de la responsabilidad civil en solitario o junto con la entidad pública aseguradora se reputa irrelevante a los efectos de alterar el orden jurisdiccional competente.” (FJ 6)

En este sentido, el Tribunal declaró lo siguiente:

“La mera existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil entre una administración pública y una compañía aseguradora no puede contravenir normas de *ius cogens* como es el caso de la legislación procesal y procedimental que no tienen el carácter de reglas dispositivas que permitieran al perjudicado acudir a uno u otro orden jurisdiccional. Resulta obvio que la condena en su caso al pago de la indemnización a la aseguradora exige el previo examen de la conducta del asegurado (artículo 73 de la LCS), lo que no es posible al estar vedado al orden civil el conocimiento de tales pretensiones frente a una administración pública. Difícil, por no decir imposible, es concluir acerca de la

existencia de responsabilidad de la aseguradora sin declarar previamente la del ente a quien se asegura, extremo éste vedado a los tribunales civiles. El hecho, pues, de la existencia, por otro lado generalizada, de un seguro de responsabilidad civil no puede implicar la atribución automática a la jurisdicción civil pues se vulneraría la normativa impuesta. En este sentido y para concluir se ha pronunciado una reiterada y ya uniforme jurisprudencia.” (FJ 6)

Por tanto, según el Tribunal:

“[...] debe ser la jurisdicción contenciosa administrativa la competente cuando esté en juego la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ello resulta claramente del análisis de los distintos preceptos que regulan la materia, ya que dejando al margen a la Constitución española.” (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal desestimó el recurso de apelación.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

En el sentido contrario, confrontar en este mismo número la siguiente sentencia: SAP de Asturias de 5 de octubre de 2004.

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la competencia de la jurisdicción, ver las siguientes resoluciones: STS de 26 de marzo de 2001 (Aranzadi 2001/4764); ATS de 27 de diciembre de 2001 (Aranzadi 2002/4086); STS de 16 de marzo de 2000 (Aranzadi 2000/1840); STS de 29 de diciembre de 1995 (Aranzadi 1995/9405); STS de 31 de octubre de 1995 (Aranzadi 1995/7734); ATS de 27 de octubre de 1994 (Aranzadi 1994/10587); STSJ de Navarra de 6 de mayo de 1996 (Aranzadi 1996/4257), y SAP de Jaén de 19 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/970).

Sobre responsabilidad patrimonial de la Administración y la competencia de la jurisdicción civil en los casos de acción directa contra la aseguradora, ver las siguientes resoluciones: AAP de Asturias de 5 de octubre de 2004 (Aranzadi 2004/1929); AAP de Las Palmas de 7 de mayo de 2004 (Aranzadi 2004/935); SAP de Málaga de 20 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/747); SAP de Almería de 9 de febrero de 2004 (Aranzadi 2004/409), y AAP de Asturias de 9 de enero de 2004 (Aranzadi 2004/12).

## Audiencia Provincial de Madrid. Acción de responsabilidad extracontractual dirigida contra organismos públicos y una UTE. Ejercicio conjunto de dos acciones que conlleva la competencia de la jurisdicción civil

### SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de primera instancia de Madrid desestimó varias excepciones presentados por los demandados en un proceso. Contra dicha resolución, los demandantes interpusieron un recurso de reposición, siendo éste estimado, revocándose el auto recurrido por falta de competencia de la jurisdicción civil para su conocimiento, siendo competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los demandantes interpusieron un recurso de apelación contra dicha resolución, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, declarando competente a la jurisdicción civil para conocer del procedimiento.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal recordó algunos extremos relativos al caso estudiado, indicando que:

“El actor basa su demanda en la acción de responsabilidad extracontractual que dirige contra los organismos públicos y la UTE, en lo que entiende el actor que se trató de una conducta negligente en la actuación de los referidos organismos, dentro del marco de sus respectivas competencias y actuaciones, que ocasionó la declaración de ruina y consiguiente demolición del edificio, en el cual se hallaban los inmuebles adquiridos por los actores.”

Y que:

“La acción dirigida contra los vendedores se sustenta en el saneamiento por vicios ocultos y por el hecho de no haber atendido a los requerimientos del ayuntamiento en orden a reparar el inmueble.” (FJ 1)

Dicho esto, y en relación con la normativa aplicable, el Tribunal recordó que:

“[...] la redacción del artículo 9.4 de la LOPJ vigente al tiempo de formular la demanda supone la clara asignación de competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo.” (FJ 2)

Volviendo al caso enjuiciado, el Tribunal destacó la subsidiariedad de una acción en relación con la otra, lo que condicionaba la necesidad de un estudio conjunto de las mismas. Al respecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

“[...] en autos se ejercitan dos acciones, la una con carácter subsidiaria con respecto a la otra, como es la dirigida contra los organismos públicos y la UTE basada en la indebida actuación de dichas entidades ante la situación física del inmueble, y por otro lado la acción que se dirige frente a los vendedores por saneamiento por vicios ocultos, dada la ruina de la finca declarada poco después de su compra. Aun cuando no se den plenamente los requisitos del artículo 156 de la LECiv/1881, aplicable dada la fecha en que se interpuso la demanda, ya que las acciones tienen distinta causa de pedir —la acción de responsabilidad extracontractual, la presunta falta de diligencia de los organismos públicos y la UTE ante la situación física del inmueble, y la acción de saneamiento por vicios ocultos, la ruina de la finca objeto del contrato de compraventa— y proviene de distinto título —como es la responsabilidad patrimonial de la Administración o el contrato de compraventa respectivamente—, lo cierto es, sin embargo, que al provenir ambas del mismo hecho, como es en definitiva la ruina del inmueble, se hallan unidas de forma tal que sólo mediante el ejercicio conjunto cabe hacerlas ambas efectivas, al menos potencialmente.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del que señaló que:

“[...] a la hora de resolver cuestiones de competencia jurisdiccional ha optado tradicionalmente por criterios de justicia frente a los de estricta legalidad.” (FJ 3)

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Madrid. Sección Duodécima. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 32/2004

**RESOLUCIÓN:** 579/2004

**FECHA:** 15 de septiembre de 2004

**DEMANDADO:** Varios organismos públicos y una UTE

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo

**NORMATIVA APLICABLE:** Artículo 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y artículo 156 de la Ley de enjuiciamiento civil

**DOCTRINA:** Acción de responsabilidad extracontractual dirigida contra organismos públicos y una UTE. Ejercicio conjunto de dos acciones que conlleva la competencia de la jurisdicción civil (FJ 1, 2, 3 y 6)

Volviendo a la normativa aplicable, el Tribunal indicó lo siguiente:

“[...] tal situación ha quedado resuelta al incluirse en el artículo 9.4 de la LOPJ en su actual redacción a las compañías aseguradoras, pero no por ello cabe dejar de apreciar cómo el Tribunal Supremo ha entendido que sigue siendo de aplicación la doctrina de la *vis attractiva*, siempre que el supuesto no encaje plenamente en la atribución de competencia al orden contencioso-administrativo, y ello sobre la base de que de no hacerse así se podrían producir retrasos, duplicidad de procedimientos y riesgo de resoluciones contradictorias, o simplemente no del todo acordes, por lo cual resulta que con mayor razón habrá de aplicarse la *vis attractiva* de la presente jurisdicción cuando de remitir al actor a la vía contencioso-administrativa, dejando sin ejercitar la acción que a esta jurisdicción compete, tal acción, es decir, es la de saneamiento, podría ser declarada caducada en el momento de su ejercicio posterior.” (FJ 6)

Por lo expuesto, el Tribunal consideró procedente estimar el recurso, declarando la competencia de la jurisdicción civil para conocer del proceso.

## Audiencia Provincial de Sevilla. Resolución de un contrato de arrendamiento de un local por las molestias ocasionadas a los vecinos por vibraciones y ruidos procedentes del local arrendado en horas de descanso

### SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de primera instancia dictó una sentencia por la que se declaraba resuelto el contrato de arrendamiento de un bar de copas, por concurrir una de las causas de resolución del mismo (artículo 114.8 del Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de diciembre de 1964), condenando al arrendatario a desalojar y entregar su posesión libre, vacua y expedita a la actora, con apercibimiento de lanzamiento en caso contrario, con imposición a la demandada de las costas del procedimiento.

El arrendatario interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución, que fue desestimado.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El demandado alegaba “fraude de ley o abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, además de tratarse de una cuestión nueva, planteada por primera vez en el escrito de interposición del recurso, fuera, por lo tanto, de su momento procesal oportuno, que no era otro que el del escrito de contestación a la demanda”.

Sin embargo, al respecto el Tribunal consideró que:

“[...] no puede hablarse tampoco de un uso fraudulento de la norma antes citada, sino, muy al contrario, perfectamente legítimo, justificado por las constantes e insoportables molestias ocasionadas a los vecinos por la actividad negocial de la señora, lo que hace que, más bien, se pueda hablar de abuso de derecho o ejercicio antisocial por parte de ésta, que da lugar a esas molestias.” (FJ 4)

Por su parte, el Tribunal tampoco compartía las alegaciones del demandado de “falta de prueba de un uso anormal de la actividad negocial de la demandada que provoque molestias a los vecinos que excedan de lo normalmente tolerable”.

Sobre este punto, el Tribunal señaló que:

“[...] se han acreditado suficientemente esas molestias, que perturban de un modo notable, por encima de lo tolerable, la tranquilidad y el descanso de los vecinos y con entidad suficiente para dar lugar a la resolución del contrato en base a la causa antes expresada, y ello a través de la documentación aportada relativa a las numerosas quejas y denuncias formuladas por los vecinos ante el ayuntamiento, de las que, incluso, llegó a hacer eco la prensa, las también numerosas comprobaciones e intervenciones efectuadas por la Policía Municipal, la carta que se acompañó a la demanda dirigida al presidente de la comunidad de propietarios del edificio, Don Cristóbal, por la práctica totalidad de los vecinos del inmueble en el que se ubica el local de copas, poniendo de manifiesto lo insufrible de la situación e instando a éste para la adopción de las medidas que pudiera estimar oportunas, y el testimonio de algunos de estos vecinos en el acto del juicio; pruebas suficientes a juicio del tribunal.” (FJ 5)

Siguiendo con los hechos, el Tribunal también consideró probado que:

“[...] aparte de que los vecinos afectados han aclarado que, con independencia de estos ruidos procedentes de la ‘botellota’, sufren también los que provienen directamente del local, claramente perfectibles, resulta un hecho notorio, sobradamente conocido, que esa concentración de jóvenes en la vía pública es provocada o tiene su razón de ser por la presencia de bares y locales de copas en la zona, y, en este caso, esa relación, es aún mas clara y evidente entre el local de copas de la demandada y ‘la movida’ que se congrega en su entorno, al ser aquél, como se ha puesto de manifiesto, el único establecimiento de

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Sevilla. Sección Quinta. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 2699/2004

**FECHA:** 24 de septiembre de 2004

**DEMANDANTE:** Arrendador de un local de negocio  
**DEMANDADO:** Arrendatario

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Juan Márquez Romero

**NORMATIVA APLICABLE:** Artículo 114 del Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de diciembre de 1964

**DOCTRINA:** Resolución de un contrato de arrendamiento por las molestias ocasionadas a los vecinos por vibraciones y ruidos procedentes del local arrendado en horas de descanso (FJ 4, 5 y 6)

este tipo existente en la zona.” (FJ 6)

Lo indicado llevó al Tribunal a desestimar el recurso de apelación.

### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre arrendamientos urbanos y actividades molestas, ver la siguiente sentencia: STS de 14 de febrero de 1989 (Aranzadi 1989/834).

## Audiencia Provincial de Badajoz. Resolución de un contrato de arrendamiento por las molestias ocasionadas a los vecinos por vibraciones y ruidos procedentes del local arrendado en horas de descanso. Condena a insonorización y eliminación de sonidos, así como a la instalación de un limitador desconectable

### SUPUESTO DE HECHO

Varios vecinos del inmueble en el que se encontraba un bar musical interpusieron una demanda contra el titular del mismo a fin de obtener la tutela de la jurisdicción civil para hacer frente a la “grave perturbación y considerable perjuicio” que les causaba el ruido excesivo procedente del mismo. El juzgado de primera instancia correspondiente absolvió al demandado, con imposición de costas a la parte demandante.

La parte actora interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución, recurso que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial de Badajoz.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, en lo que respecta a los hechos, el Tribunal señaló que:

“[...] el ruido objeto de discusión antecedió en mucho y ha persistido tras las aludidas obras acordadas por la comunidad demandante, y que la grave molestia ha sido comprobada en reiteradas ocasiones tanto por la generalidad de los vecinos como por diversos técnicos y por responsables policiales del municipio.” (FJ 1)

Según el Tribunal, los hechos indicados eran constitutivos de un supuesto de responsabilidad contractual. Al respecto, declaró lo siguiente:

“[...] tratándose como se trata de un ruido molesto, incómodo y perturbador, procedente de una actividad humana y de fuente emisora suficientemente determinada, se está, sin duda, ante una responsabilidad extracontractual perteneciente a la disciplina civil de las relaciones de vecindad, sin que a la aplicación de los medios de tutela civil por los órganos jurisdiccionales civiles sean obstáculo ni la regulación administrativa más o menos extensa, de la actividad (porque hay que distinguir el interés general de los intereses privados, civilmente protegibles).” (FJ 1)

Asimismo, el Tribunal señaló que:

“[...] la actividad emprendida y ejercida con la oportuna licencia puede ser impedida por los tribunales del orden civil a instancia de los particulares cuyos derechos lleguen a verse lesionados por ella; el cumplimiento de las normas y resoluciones administrativas no coloca al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil que los perjudicados o afectados pueden ejercitar en defensa de sus derechos subjetivos lesionados, cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar eventos lesivos.” (FJ 1)

Por su parte, el Tribunal destacó que el carácter lícito de la actividad era irrelevante a efectos del objeto de controversia, indicando que:

“[...] no importa que la perturbación derive de una actividad plenamente lícita y que cuente con los permisos administrativos de rigor, ‘ya que a lo que hay que atender es exclusivamente al dato cierto de la molestia o incomodidad’; la cesación y la indemnización de la perturbación acústica causada por un bar a los habitantes del edificio son independientes de la concesión de la licencia de actividad, ‘pues afectan a las relaciones de índole estrictamente civil entre particulares’.” (FJ 1)

Sentado lo anterior, el Tribunal procedió a analizar si efectivamente se habían ocasionado “los ruidos e incomodidades en que se fundaba la demanda interpuesta al amparo de los artículos 7.3 y 19 de la Ley de propiedad horizontal” (FJ 1).

Al respecto, el Tribunal declaró lo siguiente:

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Badajoz. Sección Tercera. Jurisdicción civil. Recurso de apelación núm. 363/2004

**RESOLUCIÓN:** 314/2004

**FECHA:** 25 de octubre de 2004

**DEMANDANTE:** Vecinos de un bar musical

**DEMANDADO:** Titular de un bar musical

**PONENTE:** Ilmo. Sr. José María Moreno Montero

**NORMATIVA APLICABLE:** Artículos 7.3 y 19 de la Ley de propiedad horizontal, y artículos 590, 1908, 3.1 y 4.1 del Código civil

**DOCTRINA:** Resolución de un contrato de arrendamiento por las molestias ocasionadas a los vecinos por vibraciones y ruidos procedentes del local arrendado en horas de descanso. Condena a insonorización y eliminación de sonidos, así como a la instalación de un limitador desconectable (FJ 1)

“A diferencia de otros europeos (italiano, portugués, suizo, austriaco o alemán), el Código civil español se limita a las medidas de precaución para construcciones contiguas del artículo 590 y a lo que el 1908 dispone en sus párrafos segundo y cuarto sobre humos y olores; no obstante, estos preceptos admiten una interpretación actualizada (artículo 3.1) y analógica (artículo 4.1) que lleve a la subsunción en ellos de los casos de ruidos perjudiciales emitidos por cualquier máquina industrial, instrumento o aparato [...], por cuanto constituyen ‘una injerencia o intromisión indirecta sobre el predio vecino’ [...], con repercusión evidente no sólo sobre el derecho de propiedad, sino sobre derechos fundamentales tales como los relativos a la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio [...], siempre que se trate de una injerencia sonora continua, persistente o reiterada [...], que no resulte tolerable [...] para la sensibilidad media o la ‘conciencia social’ [...], y todo esto con independencia de que se rebasen o no los niveles administrativamente establecidos.” (FJ 1)

En cuanto al alcance del término “tolerable”, el Tribunal señaló que:

“Por tolerable –concepto singularmente elástico– habrá de entenderse lo que no exceda ni perturbe el estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales [...], es decir, lo que es ‘normalmente consentido por la conciencia social’ [...], o mejor, lo que venga a respetar ‘la sensibilidad media en relación con la injerencia; esto es, la sensibilidad a la molestia de una persona normal’, en palabras de un autor. Es obvio que lo dañino, nocivo o lesivo ha de reputarse intolerable.” (FJ 1)

Admitida la existencia de un daño indemnizable, el Tribunal se centró en la indemnización, declarando lo siguiente:

“En cuanto a los daños causados, y puesto que la demanda, junto con la condena a la adopción de medidas de insonorización y de limitación del sonido, y aun de cesación en la actividad, solicita la indemnización de los producidos a los miembros de la comunidad actora, ha de rechazarse el criterio particularmente restrictivo de que hace gala el escrito de oposición al recurso en lo relativo a los daños morales, respecto de cuya demostración en el proceso, la cual niega se haya verificado satisfactoriamente, viene a exigir una acreditación detallada,

siendo así que, si bien los daños corporales, psíquicos o físicos, que se hubieran ocasionado, al igual que los materiales y que los perjuicios económicos, deben ser probados determinadamente en su realidad y alcance [...], el denominado 'daño moral', consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico: ansiedad, angustia, zozobra, temor, incertidumbre, desasosiego, malestar, irritación [...] como los que habitualmente acompañan o subsiguen a la intromisión sonora grave, no requiere sino la verificación en autos del acaecimiento y persistencia de tal intromisión, de modo que la certeza de ese daño moral para quienes la han soportado no precisa prueba adicional, con lo que se viene a aplicar a estos casos de ruidos no tolerables la doctrina representada en el brocardo *in re ipsa loquitur*, según la cual cuando la realidad del daño moral 'depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa', no se exige demostración añadida a la de esta realidad." (FJ 1)

Por lo indicado, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, condenando al titular del local "a ejecutar en el local [...] de esta ciudad todas y cada una de las obras de insonorización necesarias hasta alcanzar los niveles reglamentariamente establecidos, y a eliminar y evitar la intromisión de ruidos, molestias y sonidos al edificio de la actora en todas sus partes y dependencias más allá de los límites tolerables para el uso residencial del inmueble,

y a instalar en dicho local un limitador reglamentario conforme a lo establecido en el informe pericial aportado por la actora, del modelo, marca y garantías legalmente establecidos, automático y que no pueda desconectarse a voluntad, así como a indemnizar a la parte demandante en la suma de 12.020,24 euros".

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre medio ambiente e inmisiones sonoras, ver las siguientes sentencias: STEDH de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998/2); STEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994/3); STEDH de 2 de octubre de 2001 (TEDH 2001/567), y SAP de Murcia de 24 de mayo de 1997 (Aranzadi1997/1040).

Sobre los daños morales, ver las siguientes sentencias: STS de 31 de mayo de 2000 (Aranzadi 2000/5089); STS de 11 de marzo de 2000 (Aranzadi 2000/1520); STS de 7 de abril de 1997 (Aranzadi 1997/2743), y STS de 18 de mayo de 1994 (Aranzadi 1994/4090).

Sobre culpa extracontractual e inmisiones sonoras, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de mayo de 1993 (Aranzadi 1993/3727); STS de 4 de marzo de 1992 (Aranzadi 1992/2163); STS de 18 de julio de 1991 (Aranzadi 1991/5397); STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 1994 (Aranzadi 1994/4591); SAP de Asturias de 4 de abril de 2000 (AC 2000/1533), y SAP de Vizcaya de 24 de junio de 1999 (AC 1999/6850).

### Audiencia Provincial de Madrid. Corte del suministro de agua acordado de la Asamblea General de la Entidad Urbanística de Conservación. Interdicto de recobrar la posesión contra la Administración pública ante los tribunales civiles

#### SUPUESTO DE HECHO

La Entidad Urbanística Colaboradora de Mantenimiento y de Gestión Veracruz del Pantano de San Martín de Valdeiglesias, integrada por todos los propietarios de las parcelas de la urbanización, acordó por unanimidad, para evitar problemas a la hora de facturar el consumo de agua, que todos los propietarios colocasen sus contadores del agua en la parte exterior de las vallas, antes del 31 de diciembre de 2001. Asimismo, se acordó que a los parcelistas que no cumplieran dicho acuerdo, se les podría cortar el suministro de agua en cualquier momento y sin previo aviso.

Uno de los propietarios no procedió a colocar el contador, lo que suscitaba "serias dudas acerca de su real consumo de agua", al indicar el contador instalado en el interior de la vivienda un consumo muy bajo. Ante ello, la entidad mencionada, efectuado el aviso correspondiente, procedió a cortar el suministro de agua.

Ante ello, el particular procedió a promover un juicio verbal contra la entidad, mediante una demanda por la que se pretendía la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión del agua suministrada a su vivienda, esto es, promovió un interdicto de recobrar la posesión.

El juzgado de primera instancia de Madrid correspondiente se declaró incompetente para el conocimiento de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

El demandante interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial de Madrid.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó la posibilidad de formular un interdicto de recobrar contra la Administración pública ante los tribunales civiles. Al respecto, señaló que:

"La regla general es la prohibición de los interdictos contra la Administración pública."

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Madrid.

Sección Vigésima Primera. Jurisdicción civil.

Recurso de apelación núm. 192/2003

**RESOLUCIÓN:** 326/2004

**FECHA:** 14 de septiembre de 2004

**DEMANDANTE:** Particular

**DEMANDADO:** Entidad Urbanística Colaboradora de Mantenimiento y de Gestión Veracruz del Pantano de San Martín de Valdeiglesias

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Ramón Belo González

**NORMATIVA APLICABLE:** Artículo 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)

**DOCTRINA:** Corte del suministro de agua acordado de la Asamblea General de la Entidad Urbanística de Conservación. Interdicto de recobrar la posesión contra la Administración pública ante los tribunales civiles (FJ 4)

A continuación, el Tribunal declaró lo siguiente:

"La regla general prohibitiva de los interdictos contra la Administración pública y su correlativa excepción de la 'vía de hecho' se ha mantenido inalterable hasta nuestros días por lo que se refiere a los interdictos de retener y recobrar la posesión [...]. Y así, el artículo 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, bajo la rúbrica 'prohibición de interdictos', dispone que: 'No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimien-

to legalmente establecido'. Y, en el mismo sentido, el artículo 125 de la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 indica que: 'Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta ley, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener o recobrar, para que los jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida'. Preceptos de los que se desprende *a contrario sensu* que los particulares pueden promover interdictos de retener y recobrar la posesión ante los tribunales del orden jurisdiccional civil (único competente para conocer de los interdictos) contra la Administración pública en los siguientes supuestos: 1.º. Cuando la actividad de la Administración pública sea ajena a su propia competencia. Y 2.º. Cuando la Administración pública ejercite su propia competencia al margen del procedimiento legalmente establecido." (FJ 4)

A continuación, el Tribunal señaló lo siguiente:

"De sostenerse que ya no cabe la posibilidad de promover, ante los tribunales civiles, los interdictos de retener y recobrar la posesión, contra la Administración pública (y, por equiparación, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas, como es el caso de las entidades urbanísticas de colaboración) cuando actúa por 'vía de hecho', la inviabilidad del interdicto en el presente caso ya no precisaría de ningún otro análisis." (FJ 4)

Finalmente, en relación con el caso estudiado, después de

destacar la existencia de ambas posturas en la doctrina, el Tribunal aclaró que:

"[...] aun de sostenerse [...] la subsistencia de la posibilidad de promover los interdictos de retener y recobrar la posesión contra la Administración pública cuando actúa por 'vía de hecho' ante los tribunales civiles, la consecuencia sería la misma: la inviabilidad del interdicto de recobrar la posesión." (FJ 4)

Lo anterior, según el Tribunal, se justificaría en la medida que en el caso estudiado "no nos encontramos ante una vía de hecho", por cuanto "para que el corte del suministro de agua pueda catalogarse de 'vía de hecho' es necesario que carezca de 'acto de cobertura' o que éste se hubiera adoptado fuera del ámbito de competencia del órgano o prescindiendo del procedimiento legalmente establecido. En el presente caso existe un indudable acto de cobertura, cual es el acuerdo de la Asamblea General de la Entidad Urbanística Colaboradora que lo adopta dentro de su ámbito de competencia y a través del procedimiento legalmente establecido" (FJ 4).

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia únicamente en lo que se refiere al pronunciamiento relativo a las costas, condenando a ambas partes al pago de las costas causadas a su instancia y las comunes por la mitad.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los interdictos contra la Administración, ver las siguientes resoluciones: SAP de Cantabria de 23 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/1963); AAP de Zaragoza de 9 de febrero de 2001 (Aranzadi 2001/170), y AAP de Cáceres de 29 de junio de 1999 (Aranzadi 1999/7726).

## F) Jurisdicción penal

**Audiencia Provincial de Segovia. Acuerdo de un alcalde y unos concejales por el que se concede una nueva licencia cuando sobre la primera con idéntico objeto se ha dictado un acuerdo de suspensión en sede jurisdiccional. Prevaricación de funcionarios públicos. Delitos sobre la ordenación del territorio**

#### SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Navafría concedió una licencia al Refugio de Navafría S.L. para la ejecución de una vivienda, supeditando dicha licencia a que se ajustara a la nueva alineación, según se detallaba en el dibujo de entrada al solar adjunto realizado por el arquitecto municipal, en el que se reflejaba una nueva alineación de la referida calle, consistente en que la referida calle, que tenía una anchura de seis metros, debía tener la entrada al solar de cinco metros, exigiéndose para ello retranqueo por parte de la entidad El Refugio hasta conseguir un frente de fachada y acceso a la misma desde la calle de cinco metros, aceptando la propiedad que, en tanto los colindantes no solicitasen las nuevas alineaciones en el acceso de fachada hasta su frente de parcela, ésta se quedaría en las condiciones existentes.

El origen de la parcela propiedad de El Refugio se encuentra en la segregación llevada a cabo en 1997 por su anterior titular, que propietaria de esta parcela y de otra que daba a la calle posterior a la travesía del Puerto, formando una única finca de 1.810 metros, procedió a dividirla en dos, una con acceso por aquella calle y con una cabida de 810 metros cuadrados, y la otra, que luego fue adquirida por El Refugio, con acceso desde la travesía del Puerto y con cabida de mil metros cuadrados. Lo indicado fue aprobado por el ayuntamiento por decreto en 1997, sin que en dicha licencia

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Segovia. Sala de lo Penal. Sección Única. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 73/2004

**RESOLUCIÓN:** 71/2004

**FECHA:** 23 de noviembre de 2004

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Ignacio Pando Echevarría

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículos 320.2 y 404 del Código penal

**DOCTRINA:** Acuerdo de un alcalde y unos concejales por el que se concede una nueva licencia cuando sobre la primera con idéntico objeto se ha dictado un acuerdo de suspensión en sede jurisdiccional. Prevaricación de funcionarios públicos. Delitos sobre la ordenación del territorio (FJ 3 y 4)

se hiciese referencia alguna a la necesidad de retranqueo o a la modificación de las alineaciones de la travesía del Puerto, ello, pese a que en el informe del arquitecto se especificaba que la fachada de la parcela segregada a la travesía del Puerto era de

2,40 metros, por lo que no se ajustaba al mínimo de fachada de cinco metros exigido por la normas subsidiarias, lo que hacía preciso, según dicho informe, un retranqueo en la misma. Sin embargo, no constaba que se iniciase expediente, estudio de detalle o se adoptase acuerdo municipal específico de modificación de las alineaciones de la travesía del Puerto, con audiencia de los colindantes interesados, en relación con el retranqueo previsto en la licencia de obras concedida a El Refugio.

En mayo de 2000, la propietaria de una parcela colindante por la izquierda con la de El Refugio (Sra. S), solicitó una licencia para la ejecución de una vivienda familiar, que le fue informada desfavorablemente en dos ocasiones, al no respetarse las alineaciones propuestas por el arquitecto municipal.

En julio de 2000, tuvo entrada en el Ayuntamiento de Navafría un escrito suscrito por parte de los vecinos colindantes, entre ellos S, entre los que no figuraba El Refugio, en el que se interesaba que se contemplara por el ayuntamiento una alineación inferior a la calle a la que se ha hecho referencia. Ante dicha petición, a solicitud de la corporación municipal, el arquitecto municipal informó respecto a la nueva alineación pretendida con ancho de calzada de cinco metros que podía existir tal posibilidad, debiendo el tramo de acceso a la parcela de El Refugio, que se considerara parte de dicha vía, mantener el ancho mínimo marcado por el artículo 64 de las normas subsidiarias, con cinco metros en referencia a dicho artículo y al artículo 45.2.c.III de las normas subsidiarias.

En octubre de 2000, el alcalde del municipio indicado y varios concejales, con conocimiento del informe del arquitecto municipal y con omisión del trámite de audiencia en el procedimiento a los interesados, acordaron por unanimidad modificar la alineación de la calle denominada travesía del Puerto de los seis metros que tenía a cinco metros, aprobando, a su vez, en relación con las fincas colindantes en la zona de acceso a la finca de propiedad de El Refugio la no-exigencia de cesión de terrenos, permaneciendo las fincas con su disposición, linderos y superficies originales, con lo que se reducía el ancho mínimo de la calle en el tramo de acceso a la finca de El Refugio la no-exigencia de cesión de terrenos, permaneciendo las fincas con su disposición, linderos y superficies originales, con lo que se reducía el ancho mínimo de la calle en el tramo de acceso a la finca del refugio, único acceso que la referida finca tenía desde la calle, reduciendo el acceso de la fachada desde la calle a menos de cinco metros.

En abril de 2001, el Tribunal Superior de Justicia de Burgos acordó la suspensión de la vigencia del mencionado acuerdo, dictando una sentencia por la que lo declaraba nulo, por falta de motivación.

Tras la suspensión de la vigencia del acuerdo, en junio de 2001, la Sra. S, una de las acusadas, presentó al Ayuntamiento de Navafría un escrito solicitando una licencia para la ejecución de una vivienda unifamiliar en la travesía del Puerto, acompañada de informe de la Diputación Provincial de Segovia.

En septiembre de 2001, el alcalde y los concejales mencionados, reunidos en Pleno, con abstención de dos de ellos, con conocimiento del auto del tribunal superior de justicia por el que se suspendía la vigencia del cambio de alineaciones, acordaron conceder la licencia urbanística a la Sra. S, para la ejecución de vivienda unifamiliar en finca sita en la travesía del Puerto, conociendo que la concesión de dicha licencia no respetaba la alineación de la calle vigente, así como que se otorgaba una licencia de obras cuando ésta estaba ya concedida en marzo de 2001, y en suspenso por decreto de alcaldía de abril de 2001, causando con ello "grave perjuicio a la querellante El Refugio de Navafría, S.L."

El Juzgado de lo Penal de Segovia dictó una sentencia por la que condenaba al alcalde y los concejales antes mencionados como autores de un delito de prevaricación a la pena, para cada

uno de ellos, de siete años de inhabilitación especial para el cargo de alcalde o concejal, determinando la privación del cargo que pudiesen ostentar y la incapacidad de obtener los mismos durante el tiempo de la condena, y a cinco de los anteriores acusados como autores de un delito de prevaricación urbanística, a la pena, para cada uno de ellos, de ocho meses de prisión, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y para el cargo de alcalde o concejal por tiempo de ocho años, absolviendo a la octava acusada de los delitos anteriores que le venían siendo imputados, imponiendo a cinco de los acusados, el pago, cada uno, de un 15,48% de las costas, incluyendo las de la acusación particular en la referida proporción, y a los otros dos acusados, cada uno de ellos, de un 7,15% del total de las costas, incluyendo, igualmente, las de la acusación particular en la referida proporción, declarando de oficio el 8,3% restante de las costas al haber sido absuelta la acusada.

Cinco de los acusados interpusieron un recurso de apelación contra dicha resolución.

La Audiencia Provincial de Segovia estimó íntegramente el recurso interpuesto por uno de los acusados y parcialmente el formulado por el resto, revocando la sentencia en el sentido de absolver a los siete acusados de los delitos de prevaricación de los que eran acusados, declarando de oficio la mitad de las costas procesales, confirmándose los restantes pronunciamientos, excepto en lo que respecta a la proporción en la imposición de costas, condenándose a los cinco condenados por el delito de prevaricación urbanística el pago cada uno de una doceava parte de la totalidad de las costas, y declarándose de oficio la doceava parte restante.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el delito de prevaricación, el Tribunal se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. Sobre esta cuestión, recordó la existencia de ciertas sentencias en las que "sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, [...] lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis" (FJ 3).

Dicho lo anterior, en relación con la condición de arbitrarias de las resoluciones, el Tribunal declaró lo siguiente:

"[...] tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley [...] o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor [...] o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos [...]. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de

la Administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.” (FJ 3)

Asimismo, el Tribunal añadió que:

“Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.” (FJ 3)

Por tanto, según el Tribunal, era necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.” (FJ 3)

A continuación, el Tribunal indicó que:

“[...] en cuanto al injusticia de la resolución adoptada, es cierto que el acuerdo que se adoptó causaba un perjuicio a la entidad querellante, puesto que la privaba de unas expectativas que se habían hecho constar en la licencia de obras que se le otorgó, con beneficio para los colindantes. Pero lo que también es cierto a la vista de los antecedentes descritos es que esas mismas expectativas causaban a su vez un perjuicio para los predios colindantes en beneficio exclusivo de ella. Por lo tanto, puede sostenerse que en este momento el ayuntamiento se encontraba en la tesitura, o así pudo ser entendido por los componentes del consistorio, de optar por una u otra decisión injusta, al perjudicarse en ambas opciones a unos propietarios en beneficio exclusivo de otros. Así las cosas, la opción adoptada, de favorecer a los colindantes frente al querellante no puede ser considerada como una decisión manifiestamente injusta, en relación con las opciones planteadas al Pleno.” (FJ 3)

Entrando en el caso estudiado, el Tribunal destacó que:

“[...] existía un informe del arquitecto municipal y otro del secretario que no fueron seguidos por la sala, pero no se estima que esta razón deba de por sí dar lugar a entender cometido el delito, sirviendo solamente para asegurar la existencia del dolo en caso de que se apreciase la injusticia de la decisión adoptada.”

Añadiendo que:

“En cualquier caso, [...] no se considera que el no seguimiento de estos informes suponga en este caso prueba de la injusticia de la decisión adoptada, por lo que falta también este elemento del delito lo que hace que la sentencia deba ser revocada en este punto y los condenados por estos hechos absueltos del delito imputado.” (FJ 3)

En cuanto a la segunda cuestión planteada, el Tribunal declaró lo siguiente:

“En lo que respecta al segundo de los delitos, y circunscrito el recurso a la defensa de los cuatro recurrentes condenados por el mismo, no se considera que exista ni error en la valoración de la prueba ni infracción del precepto penal, en este caso del artículo 320.2 del CP, que no es sino una delito de prevaricación especial en razón de la materia sobre la que recae. (FJ 4)

“La defensa apelante estima que el error de la juez de instancia se encuentra en que no ha analizado bien la documental existente, puesto que la licencia concedida no afectaba en modo alguno a la alineación original de la calle, o incluso a la alineación proyectada por el arquitecto, dado que la edificación se construía más alejada de cualquiera de las alineaciones en dis-

puta. Este extremo es cierto y para ello basta con apreciar los planos de la edificación. Sin embargo, éste no es el elemento relevante en esta infracción penal, puesto que ello sea así no impide la ilegalidad urbanística de la licencia concedida, en tanto que el artículo 20.5 de las normas subsidiarias establecen claramente la obligación de adaptación a las alineaciones existentes del proyecto de obra, obligación también exigida en el artículo 70.b) de la Ley de urbanismo de Castilla y León; lo que no hacía el presentado, sin que sea argumento válido decir que la propiedad se comprometiese a no modificar las paredes existentes hasta que se resolviese el problema (f.68 pieza separada de prueba anticipada), puesto que con ello la solicitante perpetuaba la situación de la calle sin alineación alguna, y ocupando ésta una importante porción que debía ceder para alinear la calle.” (FJ 4)

En virtud de lo expuesto, el Tribunal consideró que:

“[...] la concesión de la licencia en estas condiciones era manifiestamente ilegal, sin que los condenados, esto es quienes votaron a favor, pudiesen alegar desconocer esta circunstancia, puesto que tanto el informe del arquitecto municipal como el del secretario, ambos emitidos por escrito, dejaban constancia patente de la ilegalidad de esta pretensión.” (FJ 4)

A lo anterior, el Tribunal añadió que:

“[...] además de ilegal, dicho acuerdo debe ser considerado, como bien hace la juez *a quo*, como arbitrario e injusto, extremos que se derivan del hecho, conocido por el consistorio, que la solicitante ya tenía concedida licencia de obras, otorgada el 21 de marzo anterior, y en suspenso por decreto de 18 de abril, lo que impedía jurídicamente la concesión de una nueva licencia con idéntico objeto, como les expuso el secretario.” (FJ 4)

Asimismo, el Tribunal aclaró que:

“Por otra parte la injusticia de dicho acuerdo era evidente puesto que con ello se permitía a la solicitante consolidar una situación en perjuicio del querellante, que contaba a su favor con una resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Burgos.” (FJ 4)

En consecuencia, el Tribunal entendió que procedía confirmar en este punto la sentencia recurrida.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal acordó estimar completamente el recurso de apelación interpuesto por una de las acusadas (A), y estimó de forma parcial el interpuesto por la representación procesal de los otros concejales acusados; revocando de forma parcial dicha sentencia y absolviendo a los acusados demás acusados del primero de los delitos de prevaricación del que eran acusados, declarando de oficio la mitad de las costas procesales.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de mayo de 1998 (Aranzadi 1998/4256); STS de 4 de diciembre de 1998 (Aranzadi 1998/9225); STS 766/1999, de 18 mayo, y STS 2340/2001, de 10 de diciembre (Aranzadi 2002/1791); STS 1497/2002, de 23 de septiembre (Aranzadi 2002/8169); STS 878/2002, de 17 de mayo (Aranzadi 2002/6387), y STS 76/2002, de 25 de enero.

Sobre el delito de prevaricación de funcionarios públicos: STS de 4 de diciembre de 2003 (Aranzadi 2004/1781).

**Audiencia Provincial de Castellón. Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Contaminación acústica. Daños causados a los vecinos de un inmueble por una actividad de explotación de un taller mecánico. Lesiones que menoscaban la integridad corporal o salud física o mental, requiriendo para la sanidad tratamiento médico o quirúrgico**

#### SUPUESTO DE HECHO

Varios vecinos de una finca en la que se ubicaba un taller de motos presentaron una denuncia de contaminación acústica (emisión de ruidos y vibraciones) contra el titular del mismo (JM), por las graves molestias que éste causaba a los mismos, en especial a uno de ellos, al que los ruidos habían causado lesiones psíquicas.

En concreto, se imputaban al querellado JM un delito contra el medio ambiente previsto en el artículo 325 del CP y otro de lesiones del artículo 147 del CP, y derivados de la actividad instructora desarrollada, se imputaban también un delito de coacciones (artículo 172 del CP) y violación de secretos (artículo 418 del CP) a la hija del querellado, (I), que como psicóloga de los Servicios Sociales del Ayuntamiento del Segorbe se interesó por el expediente administrativo abierto y habló y coaccionó al médico que trataba al querellante de su dolencia, así como un delito de prevaricación (artículo 412.3 del CP) a la concejal de Industria y Comercio del Ayuntamiento de Segorbe (M).

El Juzgado de Instrucción de Segorbe decretó el archivo provisional de las actuaciones por considerar que no aparecía debidamente justificada la perpetración de los delitos que dieron lugar a la formación de la causa: un delito contra el medio ambiente (artículo 325 del CP) y un delito de lesiones (artículo 147 del CP), que luego se ampliaron a los de coacciones y violación de secretos (artículos 172 y 418 del CP) y de prevaricación administrativa.

El querellante interpuso un recurso de reforma y posterior de apelación solicitando la revocación del auto de archivo, amparando su pretensión en la existencia de indicios racionales de la comisión de los delitos contemplados en los artículos 325 y 147 del CP, además de la existencia de una serie de actuaciones por parte de los responsables municipales, conocedores de los hechos que, a su entender, podrían ser constitutivos de ilícito penal, bien por acción o por omisión.

La Audiencia Provincial de Castellón estimó en parte el recurso de apelación, revocando parcialmente la resolución recurrida, en el sentido de que debería continuar la instrucción de la causa respecto de J por los delitos contra el medio ambiente y lesiones, con la práctica de las diligencias de investigación correspondientes, confirmando el sobreseimiento provisional y parcial de la causa respecto de la imputada I por los delitos de coacciones y violación de secretos, y de M por los delitos de denegación de auxilio y prevaricación.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En primer lugar, el Tribunal analizó los elementos del tipo penal del delito contra los recursos naturales y el medio ambiente previsto en el artículo 325 del CP. En este sentido, el Tribunal recordó que el tipo exige:

“A) Una acción [...]. B) Un elemento normativo, que consiste en la infracción de norma medioambiental [...]. C) La producción de un resultado típico consistente en la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas o de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.” (FJ 2)

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el Tribunal indicó lo siguiente:

“D) El tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro. En todo caso, el artículo 331 del CP prevé expresamente la posibilidad de que

**ÓRGANO:** Audiencia Provincial de Castellón. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 282/2004

**RESOLUCIÓN:** 362/2004

**FECHA:** 3 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Ilmo. Sr. Esteban Solaz Solaz

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 325 del Código penal

**DOCTRINA:** Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Contaminación acústica. Daños causados a los vecinos de un inmueble por una actividad de explotación de un taller mecánico. Lesiones que menoscaban la integridad corporal o salud física o mental, requiriendo para la sanidad tratamiento médico o quirúrgico (FJ 2)

estos delitos se puedan cometer por imprudencia grave.” (FJ 2)

En relación con la existencia de contaminación acústica, el Tribunal indicó que:

“[...] el inicio de la contaminación acústica surge cuando se traspasa los límites máximos tolerables para el ciudadano medio, y esos valores aparecen recogidos en las normas y reglamentaciones jurídicas, sin olvidar que la mera contravención administrativa no es suficiente para generar un conducta delictiva ya que se requiere un riesgo grave de afección del bien jurídico protegido.” (FJ 2)

A continuación, el Tribunal entró a analizar si en el caso enjuiciado se daban los elementos del tipo objetivo. En relación con el requisito de la concurrencia de una “infracción de una disposición de carácter general”, el Tribunal advirtió que:

“[...] queda constatado que se ha infringido, al menos en una ocasión demostrada y múltiples denunciadas, el Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, así como la ordenanza municipal antes mencionados, al superarse con mucho los límites autorizados, y se ha cumplido el elemento normativo del delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica.” (FJ 2)

Sin embargo, a continuación, el Tribunal aclaró que:

“[...] no basta la transgresión de una disposición administrativa general protectora del medio ambiente para que pueda actuar el Derecho penal, se requiere algo más.”

Y que:

“[...] ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Estado de derecho.” (FJ 2)

En consecuencia, el Tribunal entró en el requisito de la gravedad del peligro, declarando lo siguiente:

“Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor [...]. Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 del CP habrá que acudir, como dijo la citada Sentencia 105/1999, de 27 enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro. Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el

Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.” (FJ 2)

Dicho lo anterior, centrándose en el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“[...] consta una medición realizada por el técnico municipal [...] en una visita de comprobación y medición acústica, en la que detectó una medición de 60,20 decibelios de sonido, no habiéndose llevado a cabo más mediciones acústicas –tampoco por el juzgado de instrucción– a pesar de la insistente solicitud del querellante, dadas las molestias padecidas por los ruidos emitidos por los motores y golpes del taller, sin que en dicho establecimiento se llevara a cabo las necesarias obras de insonorización, ruidos y vibraciones que sólo cesaron con el cese de la actividad en abril 2003, sin duda por el alto costo para el titular del taller de las necesarias obras de insonorización del local.” (FJ 2)

Por lo indicado, el Tribunal entendió que se había producido “no sólo de una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar, y es más, la afectación de los bienes jurídicos protegidos, antes mencionados, ha alcanzado tal intensidad por la conducta del imputado José Miguel, como titular del taller de motocicletas que, conocedor de los ruidos emitidos en su taller, de las quejas reiteradas de los vecinos del inmueble, incluso de la querrela presentada en su contra por tal emisión de ruidos, en ningún momento procedió a insonorizar o reducir el volumen de sonido del taller tal y como administrativamente le fue exigido, determinando en el hoy recurrente José Tomás, vecino del primer piso, no pocos problemas y alteraciones de sueño, con cuadro de insomnio crónico, cefalea tensional y finalmente un trastorno del comportamiento caracterizado fundamentalmente por un aumento de la ansiedad (trastorno depresivo), cuadro diagnosticado por el médico [...] su primera valoración médico-legal habla de que ‘ha realizado un seguimiento periódico del informado, desde julio de 2003 hasta

febrero de 2004, por un cuadro de ansiedad generalizada y crónica, causada por estrés por ruidos prolongados durante el período de un año’, todo lo cual, igualmente nos lleva a radicar el trastorno de ansiedad del querellante en la contaminación acústica prolongada por los ruidos emitidos desde el taller de motocicletas” (FJ 2).

En consecuencia, el Tribunal consideró que:

“[...] aparecen suficientes indicios racionales de que el imputado [J] ha creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos del inmueble, y en concreto del querellante [...], que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes del taller de motocicletas del que era responsable, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas, superándose, pues, el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal.”

Por ello, entendió que el recurso debía ser estimado en ese particular, debiéndose continuar la instrucción de la causa “con la práctica de las diligencias de investigación solicitadas por el recurrente, así como a ellas otras que se consideren necesarias y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, sin descartar informes médicos de especialistas psiquiatras que concreten la afección padecida por el querellante y la causa que lo provocó, o el testimonio de los vecinos del inmueble sobre los ruidos y vibraciones padecidos”.

Sin embargo, en relación con los delitos de coacciones (artículo 172 del CP) y de violación de secretos (artículo 418 del CP) respecto de I, el Tribunal entendió que debía seguir otra suerte, en la medida que “en ningún momento resulta acreditado que influyera o coaccionara al citado médico en relación a los informes emitidos ni que obtuviera estos informes por un medio distinto al indicado, esto es, por mostrárselos el alcalde de la corporación local de Segorbe, conductas éstas sobre las que, por lo demás, tampoco incide el recurrente en su escrito de interposición, y que por lo tanto, debe decretarse su sobreseimiento” (FJ 2).

En consecuencia, el Tribunal estimó parcialmente el recurso, en los términos indicados en el apartado anterior.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la gravedad del peligro, ver la siguiente sentencia: STS 105/1999, de 27 de enero (Aranzadi 1999/826).

Sobre los delitos contra el medio ambiente, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de febrero de 2003 (Aranzadi 2003/950); STS de 30 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/3065), y STS de 27 de enero de 1999 (Aranzadi 1999/826).

**Tribunal Supremo. Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Industria o actividad funcionando sin obtener la preceptiva licencia municipal de actividades, aunque condicionada a la obtención del acta de comprobación prevista en el artículo 34 del Reglamento de actividades clasificadas. Industria clandestina o sin autorización . Derecho Fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Concepto de domicilio**

#### SUPUESTO DE HECHO

Una empresa dedicada a la fabricación y blanqueo de algodón inició sus actividades industriales en el año 1982, habiendo obtenido en 1987 la licencia municipal de actividades del ayuntamiento correspondiente, condicionada a la obtención del acta de comprobación prevista en el artículo 34 del Reglamento de actividades clasificadas.

En junio de 1999, se produjo un vertido de aguas residuales procedente de dicha empresa a través de su colector, que fue a parar a un torrente que desembocaba en el río Llobregat. El vertido dio lugar a la inspección de la Junta de Saneamiento, de la Policía Local y del Servei d'Agents Rurals de la Generalitat de Catalunya, que tomaron muestras de las aguas residuales de la empresa y del río Llobregat antes y después de sufrir el vertido.

**ÓRGANO:** Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.

Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 984/2004

**RESOLUCIÓN:** 1500/2004

**FECHA:** 16 de diciembre de 2004

**PONENTE:** Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurcar

**DISPOSICIONES ANALIZADAS:** Artículo 326.a) del Código penal

**DOCTRINA:** Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Industria o actividad funcionando sin obtener la preceptiva licencia municipal de actividades, aunque condicionada a la obtención del acta de comprobación prevista en el artículo 34 del Reglamento de actividades clasificadas. Industria clandestina o sin autorización (FJ 1)

Por su parte, los agentes del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil realizaron, en presencia del acusado, una inspección ocular y toma de muestras de las aguas residuales contaminantes que los acusados vertían al torrente y al río Llobregat y de las aguas del torrente antes y después de sufrir el impacto contaminante de los vertidos.

La conjunción de los distintos factores produjo la muerte de entre 2.000 y 2.500 barbos en el río Llobregat entre los días 9 y 11 de junio de 1999, lo que causó daños al dominio público piscícola por valor de entre 4.000.000 y 5.000.000 de pesetas, según el informe de fecha 14 de junio de 1999, del Servei de Conservació de la Fauna de la Generalitat de Catalunya. Lo anterior dio lugar a que el Àrea de Qualitat de les Aigües de la Junta de Sanejament emitiera un segundo requerimiento en julio de 1999, a la empresa para que cesaran de inmediato los vertidos, advirtiéndoles que contra la mencionada resolución cabía recurso de alzada. No consta que los acusados fueran notificados de dicha resolución antes del 30 de agosto de 1999. El 28 de septiembre la empresa interpuso un recurso de alzada, que fue desestimado por la resolución de 2 de octubre del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya.

En agosto de 1999, la policía judicial volvió a comprobar que la empresa seguía vertiendo aguas residuales contaminantes, procediendo a tomar nuevas muestras del vertido y de las aguas del torrente.

La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a la copropietaria y administradora única y al director de producción de la empresa como autores de un delito contra los recursos naturales, la salud pública y el medio ambiente (artículo 325 del CP) y de un delito de daños (artículo 263 del CP), condenándolos a las penas de dos años de prisión y multa de dieciséis meses, con una cuota diaria de seis euros en el caso de la primera, y de tres euros al segundo, y con ocho meses de responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago y tres años de inhabilitación especial para el ejercicio de actividades empresariales por el primer delito, y multa de doce meses con una cuota diaria de seis euros en el caso de la copropietaria y de tres euros al segundo, y seis meses de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago por el segundo delito y al pago de las costas procesales por la mitad. En concepto de responsabilidad civil, fueron condenados a indemnizar conjunta y solidariamente a la Direcció General de Patrimoni Natural de la Generalitat de Catalunya en la suma de 24.040,48 euros, suma de la que debía responder en concepto de responsable civil subsidiaria la empresa, con los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento civil.

El Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación por infracción de ley. En concreto, alegaba la infracción de ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento criminal, por inaplicación del subtipo agravado del artículo 326.a) del Código penal de 1995 (falta de la preceptiva autorización administrativa para el ejercicio de la actividad de la empresa).

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal analizó el contenido del artículo 326.a) del Código penal, recordando que el mismo “considera un elemento que agrava el delito del artículo anterior el que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones” (FJ 1).

Dicho esto, el Tribunal se centró en el significado de la noción “clandestino”, indicando que:

“[...] por clandestino habrá que entender no ya el funcionamiento oculto para la Administración, lo cual sería correcto en sentido

material, sino el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad.” (FJ 1)

En este sentido, recordó que:

“[...] la clandestinidad de una industria o actividad, no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Concretamente, lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.” (FJ 1)

Acerca de cuándo debía aplicarse la agravación prevista por el artículo mencionado al caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“En el caso actual, a pesar de lo que se dice en la fundamentación jurídica (F 3, ‘carecía de licencia municipal’), en el hecho probado se declara que la entidad había obtenido en 1987 licencia municipal de actividades, aunque condicionada a la obtención del acta de comprobación prevista en el artículo 34 del Reglamento de actividades clasificadas, la cual no había tenido lugar en la fecha de autos.” (FJ 1)

En este sentido, en relación con el caso estudiado, el Tribunal advirtió que:

“[...] la Administración concedió licencia a los acusados para el ejercicio de la actividad, es de suponer que previa la entrega de los proyectos correspondientes y también, previos los trámites de control previstos en las normas aplicables. Es cierto que condicionó el ejercicio de la actividad a la comprobación prevista en el artículo 34 antes citado, pero no puede olvidarse que la licencia fue efectivamente concedida; que lo fue el 12 de febrero de 1987; y que en la fecha de los hechos, en 1999, más de doce años después, sin que conste que nada lo impidiera, tal comprobación, cuya ejecución correspondía directamente a la propia Administración, no había sido realizada.” (FJ 1)

En virtud de lo indicado, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“Estas circunstancias no solo reflejan una voluntad de los acusados orientada a someterse a la regulación vigente en la materia a través de su disposición explícita a los controles de la Administración, sino que, además, demuestra que la Administración, a pesar de la inicial pasividad municipal, conocía la existencia de la actividad y disponía de medios suficientes para controlar su funcionamiento, incluso con la colaboración activa de los administrados, lo cual impide calificarlo como clandestino.” (FJ 1)

En consecuencia, el Tribunal desestimó el motivo de casación y declaró no haber lugar al recurso.

#### JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los requisitos considerados suficientes para integrar la agravación específica del artículo 326.a) del Código Penal, ver las siguientes sentencias: STS 1200/2002, de 26 de junio (Aranzadi 2002/7214), y STS 1583/2001, de 17 de septiembre (Aranzadi 2001/7728).

Sobre el carácter clandestino de una industria, ver las siguientes sentencias: STS 693/2003, de 17 de mayo (Aranzadi 2003/4240); STS 687 de 5 de mayo de 1999 (Aranzadi 1999/4958); STS 1914 de 12 de diciembre de 2000 (Aranzadi 2000/9790); STS 1583 de 17 de septiembre de 2001 (Aranzadi 2001/7728); STS 7 de 19 de enero de 2002 (Aranzadi 2002/1315); STS 2031 de 4 de diciembre de 2002 (Aranzadi 2003/545), y STS 549/2003, de 14 de abril (Aranzadi 2003/4227). ■

5 PRESENTACIÓN

7 ESTUDIOS

JORNADA SOBRE LOS NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS EN MATERIA DE VIVIENDA Y URBANISMO

- 7 1. Estructura y objetivos de la Jornada sobre los Nuevos Desarrollos Normativos en Materia de Vivienda y Urbanismo  
*Juli Ponce Solé*
- 10 2. Inauguración de la jornada  
*Salvador Milà i Solsona*
- 13 3. Bases de reflexión para una política de vivienda en Cataluña  
*Carme Trilla i Bellart*
- 18 4. Medidas legislativas para una nueva política de vivienda  
*Dolores Clavell Nadal*
- 23 5. El nivel estatal y la vivienda y el urbanismo  
*Marcos Vaquer Caballería*
- 29 6. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Aragón  
*Julio César Tejedor Bielsa*
- 39 7. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Navarra  
*Martín M.ª Razquin Lizarraga*
- 46 8. Nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda en Cataluña  
*Domènec Sibira i Jomàs*
- 73 9. Patrimonios públicos del suelo y vivienda  
*José M.ª Baño Ledo*
- 79 10. La gestión de servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta  
*Francisco Sosa Wagner*
- 96 11. El requisito de publicación de los planes urbanísticos como condición de validez de las actuaciones administrativas. Tipología de situaciones  
*Segundo Menéndez Pérez*
- 115 12. Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea  
*David Ordóñez Solís*
- 142 13. Aspectos generales del principio de precaución y su incidencia en el ámbito local  
*Dimitry Berberoff Ayuda*
- 151 14. Dos aspectos del régimen jurídico de las policías locales en España: las funciones y la organización  
*Javier Barcelona Llop*
- 165 15. El asedio inmobiliario. La dejación de obligaciones del propietario. Marco jurídico y posición de la Administración local  
*Romà Miró Miró*
- 173 16. Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales  
*Àlex Perálver i Cabré*
- 186 17. La nueva estructura de la función pública local: la creación de la Subescala de Gestión Administrativa y su incidencia en la promoción interna local  
*Rosa María Martín-Romo Capilla*
- 191 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
- 192 A) Jurisdicción constitucional
- 200 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- 203 C) Jurisdicción contencioso-administrativa
- 231 D) Jurisdicción penal
- 238 E) Jurisdicción civil  
*Domènec Sibira Jomàs*  
*Eva Arnal Arasa*
- 246 F) Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas  
*Julia Fajardo García*