

Cuadernos de Derecho Local

número

18

Octubre de 2008

QDGL



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

CONSEJO CIENTÍFICO

MANUEL ARAGÓN REYES
JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ
MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE
EDUARDO CALVO ROJAS
TERESA CARBALLEIRA RIVERA
JOSÉ LUIS CARRO-FERNÁNDEZ VALMAYOR
CARMEN CHINCHILLA MARÍN
DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE
JAVIER DELGADO BARRIO
ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR
RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO
TOMÀS FONT LLOVET
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
PABLO GARCÍA MANZANO
RAFAEL GÓMEZ FERRER
JESÚS LEGUINA VILLA
JOAN MAURI MAJÓS
JOSEP MIR BAGÓ
MARÍA JESÚS MONTORO CHINER
ALEJANDRO NIETO GARCÍA
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
LUCIANO PAREJO ALFONSO
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
FRANCISCO RUBIO LLORENTE
JOAQUÍN TORNOS MAS
FRANCISCO VELASCO CABALLERO
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

DIRECTORES

MANUEL MEDINA GUERRERO
DOMÈNEC SIBINA TOMÀS

SECRETARIO DE REDACCIÓN

FERRAN TORRES COBAS

EDICIÓN

© FUNDACIÓN PRIVADA DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL



PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

FRANCESC GIL LLUCH ☎ 932 095 705

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

SIDIGRAF, S.L. ☎ 933 052 450

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: 1696-0955



SUMARIO

DL

José Manuel Bandrés

Magistrado del Tribunal Supremo

Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid

Dimitry Berberoff Ayuda

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Jesús María Chamorro González

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

Jesús Colás Tenas

Oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza

Andrés García Martínez

Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid

Santiago Milans del Bosch

Magistrado especialista en lo contencioso-administrativo y fiscal, en excedencia. Abogado en ejercicio

Alina del Carmen Nettel Barrera

Becaria del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

Domènec Sibina Tomàs

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

Las transformaciones de la justicia administrativa en el siglo XXI y el contencioso-administrativo local 7

Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización 17

Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales 48

El control judicial de las disposiciones de carácter general. Algunas consideraciones 64

El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales: las sesiones 75

La participación en el IVA como recurso de la hacienda municipal en Alemania 110

Régimen jurídico de la siniestralidad laboral en los espectáculos públicos en el ámbito de las corporaciones locales 126

Los procedimientos formalizados como ámbito de aplicación del silencio positivo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 137

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 153

A) Jurisdicción constitucional 154

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 157

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 160

D) Jurisdicción contencioso-administrativa 164

E) Jurisdicción civil 186

F) Jurisdicción penal 190

José Manuel Bandrés, magistrado del Tribunal Supremo, publica el artículo “Las transformaciones de la justicia administrativa en el siglo XXI y el contencioso-administrativo local”, en que pone de manifiesto que la justicia contencioso-administrativa local sufre una crisis de eficiencia, que a esta deficiencia patológica cabe añadir que existen obstáculos procesales para acceder a la segunda instancia y a los recursos de casación y que la ejecución de sentencias en este ámbito plantea las mismas dificultades que las generales del proceso de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Una vez planteada así la cuestión, realiza un análisis de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, mediante el cual pone de manifiesto algunos de los puntos críticos del sistema de justicia contencioso-administrativa local. Ello le permite proponer cuáles pueden ser los mecanismos procesales adecuados o idóneos para su perfeccionamiento y le lleva a formular diez sugerentes tesis sobre el horizonte de la justicia administrativa.

El segundo artículo es de señalada actualidad y de gran utilidad para orientar las actuaciones de los entes locales en materia de urbanismo. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, en “Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización”, desarrolla los precedentes sobre la aplicación de la legislación de contratos a las obras de urbanización; la aplicación de la legislación de contratos a los convenios urbanísticos; la naturaleza contractual administrativa de la relación entre la Administración actuante y el urbanizador; el régimen de contratación de los “medios propios” de la Administración al desarrollar actividades urbanísticas; la ejecución de las obras de urbanización por los propietarios por el sistema de compensación, y la ejecución de dichas obras en el marco de otros sistemas de actuación y en la modalidad de obras públicas ordinarias. Este programa de la exposición tan sugerente y completo, lo lleva a cabo con el rigor que caracteriza al autor y sin esquivar ninguna cuestión, sea la relación de la Administración actuante y el agente urbanizador (contrato típico o contrato administrativo especial), el régimen de las obras de urbanización en el sistema de compensación, la naturaleza jurídica de las juntas de compensación o el carácter contractual o no de los convenios de planeamiento.

Dimitry Berberoff Ayuda, letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y magistrado especialista del contencioso-administrativo, publica el trabajo “Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales”. Antes de adentrarse en el núcleo central del estudio se pregunta cuál es la verdadera posición de las entidades locales ante el Derecho comunitario, al hilo del principio de autonomía institucional –en cuya virtud la organización política y territorial constituye una competencia exclusiva de los estados miembros–, y de los principios básicos, también forjados de forma pretoriana por el Tribunal de Luxemburgo, de efecto directo y de primacía del Derecho comunitario. Una vez dada la respuesta, analiza la diferenciación entre principios y normas en el Derecho comunitario de los contratos públicos, su evolución y los más señalados recursos de incumplimiento deducidos contra el Reino de España. En la parte final afronta los temas más polémicos: la contratación a través de entes instrumentales, urbanismo y contratación pública y los límites entre la Directiva de sectores excluidos y la de contratos de obras, suministros y servicios.

Jesús María Chamorro González, magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, publica “El control judicial de las disposiciones de carácter general. Algunas consideraciones”. En este artículo analiza los procedimientos de impugnación ante la jurisdicción contenciosa de las normas de carácter reglamentario y realiza el diagnóstico de los problemas y disfunciones que se producen en el marco de la LJ vigente, en general, y respecto de la impugnación de las normas locales. Su tesis, que compartimos, es que es necesario abordar con mayor contundencia un sistema eficaz de control de las normas reglamentarias ilegales, que constituyen una patología que ampara la producción en su amparo de actos ilegales, y que por ello exige su urgente erradicación de la vida jurídica. Para ello, una vez analizado el régimen jurídico del control judicial, propone sugerentes alternativas procesales para una nueva regulación.

Jesús Colás Tenas, oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza, en el artículo “El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales: las sesiones” analiza con detalle y precisión la cuestión, de corte clásico y central en la vida local, y la afronta con un aire nuevo. El análisis se hace en el marco que alienta y considera el municipio como el espacio del compromiso público de la ciudadanía democrática. Inicia el trabajo recordando que la evolución del régimen de funcionamiento de las entidades locales camina en la vía del régimen parlamentario, extremo que es preciso tener en cuenta a la hora de interpretar las normas que lo regulan y que la forma, el modo y ser parlamentarios han entrado a formar parte del régimen de las sesiones de las entidades locales.

Andrés García Martínez, profesor titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid, inicia el trabajo “La participación en el IVA como recurso de la hacienda municipal en Alemania” poniendo de manifiesto que desde el 1 de enero de 1998 los municipios alemanes cuentan entre los recursos de su hacienda con una participación directa en el rendimiento del IVA. Señala que en el caso del IVA, al igual que sucede con el impuesto sobre la renta, la competencia sobre el rendimiento, según lo establecido en la Constitución alemana, es compartida entre el Estado federal (*Bund*), los estados federados (*Länder*) y los municipios (*Gemeinden*), mientras que en el caso del impuesto sobre sociedades dicha competencia está compartida sólo entre el *Bund* y los *Länder*, sin que los municipios tengan, por tanto, una participación directa sobre su rendimiento. El contenido del trabajo, desde el punto de vista de nuestro propio país, es de un gran interés, pues, como señala el autor, constituye una solución financiera que podría tener una traducción para nuestros municipios, sobre todo, por cuanto en Alemania respondió a solucionar el problema financiero ocasionado a los municipios por la derogación de una parte importante del impuesto sobre actividades económicas alemán, situación que, como es bien sabido, no es ajena a nuestra hacienda local.

En el trabajo elaborado por Santiago Milans del Bosch, magistrado especialista en lo contencioso-administrativo y fiscal, en excedencia, sobre el “Régimen jurídico de la siniestralidad laboral en los espectáculos públicos, en el ámbito de las corporaciones locales”, analiza, entre los accidentes que dentro de la organización o derivada de la actividad de un espectáculo público puedan darse, los que causen daño a un trabajador en el ámbito de la organización y actividad desarrollada. En este caso, señala el autor, puede surgir una responsabilidad penal por omisión de medidas protectoras de la salud, seguridad e higiene, que da pie al fenómeno conocido como siniestralidad laboral, que es el objeto del estudio.

La sección de estudios de este QDL se cierra con el estudio de Alina del Carmen Nettel Barrera, que forma parte del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, sobre “Los procedimientos formalizados como ámbito de aplicación del silencio positivo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007”.

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

Las transformaciones de la justicia administrativa en el siglo XXI y el contencioso-administrativo local

José Manuel Bandrés
Magistrado del Tribunal Supremo

1. Introducción: problemas actuales del contencioso-administrativo local.
2. Estado de derecho y expansión del sistema de justicia administrativa.
3. Diez tesis sobre el horizonte de la justicia administrativa.
4. Epílogo: la función de integración social de los jueces contencioso-administrativos en una democracia renovada.

1. Introducción: problemas actuales del contencioso-administrativo local

La justicia contencioso-administrativa local sufre en la actualidad una crisis de eficiencia, atribuible directamente a la ampliación de las competencias de los juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo, en virtud de la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, que ha producido una situación de cierto colapso que motiva el retraso en las convocatorias de vista en los procedimientos abreviados, y deriva en el incumplimiento del derecho de los justiciables a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en un tiempo razonable que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

La proclamación del principio de universalidad de la jurisdicción administrativa, que en su dimensión cualitativa y cuantitativa proscribiera cualquier zona de la actuación administrativa exenta o inmune al enjuiciamiento jurisdiccional, sin embargo, como expone el profesor Javier Barnes, repercute en la dimensión de la temporalidad de obtener tutela judicial en el tiempo adecuado, de modo que en ocasiones la excesiva duración del proceso supone una real denegación de justicia (*La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993).

A esta deficiencia patológica del sistema judicial de control de los entes locales, cabe añadir que el sistema de recursos contra las decisiones de los juzgados contencioso-administrativos no es adecuado para satisfacer el derecho a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho, en la medida en que existen obstáculos procesales para acceder a la segunda instancia y a los recursos de casación, que repercuten en el principio de seguridad jurídica al no ser predecible la actuación jurisdiccional en la resolución de casos idénticos o similares.

El actual diseño de los recursos de casación, que empuja su conocimiento hacia la competencia del Tribunal Supremo, como ha puesto de manifiesto el magistrado Emilio Vicente Berlanga ("Los tribunales superiores de justicia como tribunales de casación del orden contencioso-administrativo", CGPJ, 31, Madrid, 2005), y la debilidad funcional y práctica del sistema de recursos de casación para la unificación de doctrina y de los recursos de casación en interés de ley, de los que conoce la sala especial de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, determinan la falta de concreción de una interpretación uniforme del Derecho local, que tiene un carácter bifronte, puesto que se integra por el Derecho de las comunidades autónomas y por las bases de régimen jurídico cuyo establecimiento corresponde al legislador estatal.

El conflicto en defensa de la autonomía local, del que conoce el Tribunal Constitucional, en virtud de

la modificación de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional debida a la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, que tiene como finalidad preservar la garantía constitucional de la autonomía local frente al legislador estatal o al legislador de las comunidades autónomas, que permite la elaboración de una doctrina constitucional sobre los principios reconocidos en la Constitución sobre régimen local, no ha tenido, todavía, el desarrollo jurisdiccional exigible para sentar las bases del Derecho Constitucional local, cuya aplicación es vinculante para los jueces y tribunales contencioso-administrativos.

Un cuarto elemento crítico nos lo proporciona la inexistencia de una justicia administrativa municipal, de proximidad, de conciliación o de transacción, porque con indiferencia de la elección de la denominación que la identifique, no cabe duda que la producción de actos por las administraciones locales, en materias como gestión de impuestos locales o imposición de sanciones por incumplimiento de las normas de seguridad vial o de convivencia cívica, hace imprescindible situar una instancia institucional alternativa "prejudicial o judicial", que resuelva "la litigiosidad en masa", para no privar al ciudadano del derecho de defensa efectiva ante la actuación administrativa local (*La justicia de proximidad*, Thomson-Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006).

La ejecución de sentencias en el ámbito del que recordamos como proceso contencioso-administrativo local plantea las mismas dificultades que en el proceso de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, que pone en juego el derecho a la tutela judicial efectiva que exige que el fallo judicial se cumpla.

Un análisis, sin ánimo de exhaustividad, de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, dictada al amparo de recursos de casación en que las corporaciones locales o entidades locales son protagonistas del proceso contencioso-administrativo, nos permite conocer algunos de los puntos críticos del sistema de justicia contencioso-administrativa local y, asimismo, advierte de cuáles pueden ser los mecanismos procesales adecuados o idóneos para su perfeccionamiento.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2008 (RC 5574/2005) postula, en sentido expansivo, el reconocimiento de la capacidad procesal de los ayuntamientos para acceder a un tribunal contencioso-administrativo contra un acto de la Administración de la comunidad autónoma, en cuanto que se considera que, pese a no haber requerido a dicha Administración como diligencia preliminar, según dispone el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-adminis-

trativa, no puede declararse inadmisibles el recurso contencioso-administrativo interpuesto, cuando, siguiendo el ofrecimiento de la Administración autora del acto, formule recurso de alzada e interponga contra la resolución desestimatoria el recurso jurisdiccional dentro de plazo.

La doctrina de la sala se sintetiza en el siguiente razonamiento jurídico:

“En efecto, entendemos que, aunque la sala de instancia eluda en su razonamiento el carácter de persona jurídico-pública del Ayuntamiento de Ermua, como entidad que integra la Administración local, que es una administración pública a los efectos de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, según dispone el artículo 1 de la Ley reguladora de este orden jurisdiccional, por lo que su posición procesal no puede ser incardinada en la que corresponde al particular interesado, resulta manifiestamente desproporcionado e irrazonable, en razón de la finalidad perseguida por el legislador procesal con el establecimiento de esta diligencia preliminar aplicable en los litigios entre administraciones públicas, deducir que la actuación procedimental y procesal de esta corporación local, consistente en formular recurso de alzada contra la resolución del director de Administración de Industria y Minas del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco de 1 de septiembre de 2000, por lo que se otorga a la empresa Cantera Urko Alde, SL la concesión directa de explotación de recursos de la Sección C, denominada ‘Urko-Alde’ número 12.791, sita en el término municipal de Ermua (Bizkaia), y en interponer el recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto desestimatorio del referido recurso de alzada, una vez transcurrido el plazo en que se entiende desestimado el mismo, y dentro del plazo de seis meses a que alude el inciso final del artículo 46.1 de la Ley jurisdiccional, promueve la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, derivada del incumplimiento de formular el referido requerimiento previo ante la Administración autora del acto, puesto que supondría una denegación de justicia para la entidad local recurrente, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución.

“En la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2001 (RC-A 43/2000), en relación con la finalidad institucional que persigue el artículo 44 de la LJCA, dijimos:

“El artículo 44 de la LRJCA ha extendido a todos los litigios entre administraciones públicas el trámite del requerimiento previo al recurso previsto, en el ámbito de la Administración local, en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL) y, en el ámbito de los conflictos

constitucionales entre el Estado y las comunidades autónomas, en el artículo 63 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. En los casos del artículo 44 de la LRJCA la Ley ha establecido un mecanismo de concertación y entendimiento entre administraciones públicas para evitar litigios, conforme al clima de coordinación que es principio general de las relaciones entre todas ellas (artículo 103.1 de la CE; artículo 55 de la LRBRL; artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado; artículos 3 y 4 de la LRJPAC, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y artículo 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico). La existencia del requerimiento y, en su caso, la respuesta al mismo debe acreditarse en autos a efectos de la comprobación del plazo de impugnación del artículo 46.6 de la LRJCA, pero no es necesario impugnarla al mismo tiempo que la disposición, acto, inactividad o actuación material contra la que se dirija el proceso.’

“Por ello, estimamos que la conclusión jurídica que sostiene la sala de instancia de rechazar la causa de inadmisibilidad aducida es acorde con el derecho de acceso a los recursos, que se integra en el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24 de la Constitución, puesto que entendemos que la actuación procedimental y procesal de la entidad local actora ha sido diligente, y no debida a la pasividad, el desinterés, el error técnico o la impericia, y se encuentra amparada en el principio de confianza legítima, al seguir los trámites de impugnación ofrecidos en la resolución administrativa impugnada.

“En este sentido, cabe recordar que en la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2008, de 11 de febrero, se afirma:

“La interpretación judicial de las normas de acceso al proceso está guiada también en relación con las personas jurídico-públicas por el principio *pro actione* cuando se trate del acceso a la jurisdicción (STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8).’

“Al respecto, es doctrina consolidada de este tribunal que el primer contenido en un orden lógico y cronológico del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales que reconoce el artículo 24.1 de la CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Un derecho que, no sólo puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de

los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución, sino también por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas normas preservan y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable.

“Es asimismo doctrina reiterada que la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los jueces y tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex artículo 117.3 de la CE, no siendo, en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a este tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, examinar los motivos y argumentos en los que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los jueces y tribunales compete para aplicar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria o infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o que no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (STC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3, y 251/2007, de 17 de diciembre, FJ 4).

“En otras palabras, en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión o de no-pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dado que rige en estos casos el principio *pro actione*, principio de obligada observancia para los jueces y tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida, quedando aquéllos com-

pelidos 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, con interdicción de aquellas decisiones 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 del cierre del proceso. En todo caso el principio *pro actione* no supone ni exige necesariamente que se seleccione la interpretación de la legalidad más favorable a la admisión entre todas las posibles (STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3; 294/2005, de 21 de noviembre, FJ 2; 63/2006, de 27 de febrero, FJ 2; 127/2006, de 24 de abril, FJ 2; 358/2006, de 18 de diciembre, FJ 3; 1/2007, de 15 de enero, y FJ 2; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 2, por todas).

“Finalmente hemos dicho también que el artículo 24.1 de la CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los jueces y tribunales (STC 71/1991, de 8 de abril, FJ 3; 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3, y 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3).

“La proyección de la doctrina constitucional expuesta al caso enjuiciado, atendiendo al significado preeminente que el derecho de acceso a un tribunal tiene en una sociedad democrática, según se desprende de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 1992 (caso Geouffre de la Pradelle) permite rechazar la alegación que sustenta la entidad mercantil recurrente, puesto que la modalidad procesal referente a la interposición del recurso contencioso-administrativo en los litigios entre administraciones públicas, regulada en el artículo 44 de la Ley procesal contencioso-administrativa, no puede ser interpretada de forma incoherente o rigorista, de modo que restrinja injustificadamente el derecho de las personas jurídico-públicas a obtener tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.”

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2005 (RC 7945/1999) enfatiza los límites del recurso de casación ante el Tribunal Supremo para conocer de la interpretación de aquellas cuestiones jurídicas que se incardinan en el Derecho autonómico local para respetar el contenido preceptivo del artículo 86.4 de la Ley jurisprudencial contencioso-administrativa, en estos términos:

“El segundo motivo de casación, que denuncia la invalidez del artículo 12.1 del Reglamento de demarcación territorial y población de los entes locales en Cataluña, no puede ser acogido.

“Debe significarse, con carácter previo, que el extremo del fundamento de este motivo, que concierne al enjuiciamiento revisor del pronunciamiento de la sala de instancia sobre la legalidad de la cláusula que contiene la definición de núcleo de población territorialmente diferenciado, que impone la existencia de una franja de terreno de separación entre los núcleos clasificada de suelo no urbanizable de una anchura mínima de dos mil metros, en contraste con el artículo 15 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, debe declararse inadmisibles, acogiendo las alegaciones del letrado de la Generalitat, al no poder esta sala del Tribunal Supremo extender su jurisdicción a conocer de la interpretación del ordenamiento jurídico propio de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de régimen local, al corresponder a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el artículo 74 de la Ley orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio.

“Este precepto procesal, según hemos tenido ocasión de pronunciarnos en la sentencia de 19 de abril de 2005 (RC 6559/2002), respondiendo a intereses expresados en los artículos 123 y 151 de la Constitución sobre la articulación de la organización jurisdiccional del Estado, en relación con el sistema policéntrico de creación de fuentes del derecho, trata de preservar las funciones casacionales de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, a los que la ley procesal atribuye en el artículo 99.1 el recurso de casación para la unificación de doctrina fundado en la infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma, y garantizar a la vez las funciones casacionales del Tribunal Supremo, en su posición estructural de órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales, en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico estatal.”

La sentencia de 16 de mayo de 2008 (RC 858/2006) revela la dificultad de las administraciones locales para combatir los actos discrecionales de la Administración del Estado o de las comunidades autónomas, adoptados en perjuicio de los intereses locales de un municipio o de una mancomunidad de municipios, como acontece con la determinación del trazado de corredores ferroviarios de alta velocidad:

“A estos efectos, en abril de 2001 el Ministerio de Fomento remitió al de Medio Ambiente ‘la fase 1/5.000 del estudio informativo’; y, ante la petición de este último para que le facilitara información adicional, la Dirección General de Ferrocarriles del Ministe-

rio de Fomento remitió el 9 de octubre de 2001 a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente un estudio de impacto ambiental en el cual se analizaban, también a escala 1/5.000, nuevos ‘trazados alternativos’, denominados alternativas 1 y 4. Descartada esta última, la Secretaría General de Medio Ambiente aprobó la declaración de impacto ambiental el 9 de mayo de 2002, publicándola en el *Boletín Oficial del Estado* de fecha 11 de mayo de 2002.

“Son estas últimas fases del procedimiento las que realmente impugna la mancomunidad recurrente, tachando de ‘documentos desconocidos’ (y a los que ‘nunca tuvo acceso’) los correspondientes al estudio informativo de 2001 en su escala 1:5000 y al estudio de impacto ambiental de 9 de octubre de 2001 que contenía las alternativas denominadas 1 y 4. Y sostiene que debieron someterse a nueva información pública y que la falta de ésta ha provocado ‘indefensión a los interesados y merma de la necesaria participación ciudadana’.

“La mancomunidad recurrente tiene razón al afirmar que esta conducta administrativa contrasta con la seguida en la tramitación ‘paralela’ del subtramo Játiva-Benifayó. Como ya hemos examinado, dicho subtramo formaba parte del inicial estudio informativo sometido a información pública en 1999, al igual que el subtramo Benifayó-Valencia. El Ministerio de Fomento reconoce que ‘como consecuencia de que durante el procedimiento de información pública a que fue sometido el estudio informativo [...] entre los meses de diciembre de 1999 y abril de 2000, se pudo constatar a través de las alegaciones recibidas de las instituciones y particulares afectados la especial sensibilidad hacia el trazado planteado entre las poblaciones de Xàtiva y Benifaió’, razón por la cual el 1 de marzo de 2001 la Secretaría de Estado de Infraestructuras aprobó técnicamente un nuevo estudio informativo de referencia. El ‘nuevo’ estudio informativo fue, a su vez, sometido al trámite de información pública mediante anuncio que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* de 31 de marzo de 2001. En él se desarrollaban dos alternativas de trazado, ‘una que optimiza la propuesta inicialmente en el estudio informativo sometido a información pública entre los meses de diciembre de 1999 y abril de 2000, y otra que aprovecha, en todo lo posible, el corredor ferroviario actual en el tramo comprendido entre Xàtiva y Benifaió’, y que sería finalmente adoptada.

“Esta diferencia se ha tratado de explicar por el hecho, cierto, de que para el subtramo Játiva-Benifayó el Ministerio de Fomento, vistas las alegaciones, accedió a incluir un ‘cambio sustancial’ que, precisamente por ello, requería un nuevo trámite. Sea cual sea la explicación (y dejando al margen consideracio-

nes de oportunidad y juicios sobre si un modo de actuar es preferible a otro en términos distintos a los estrictamente jurídicos), coincidimos con el tribunal de instancia en el juicio de legalidad de los actos impugnados, correspondientes al tramo Benifayó-Valencia. En lo que a él concierne, el Ministerio de Fomento respetó las normas que regulan la elaboración de los estudios informativos y su tramitación ulterior cuando en 1999 sometió a información pública el relativo al referido subtramo, acompañado de su preceptivo estudio de evaluación de impacto. Dado que uno y otro estudio contenían ya la solución que finalmente sería aprobada en el año 2002 (y que ahora es recurrida), tanto los ciudadanos como los municipios recurrentes pudieron hacer sus observaciones al respecto, como de hecho sucedió.

“No era, pues, preciso –en términos estrictamente jurídicos, insistimos– reduplicar estos trámites respecto del ulterior documento complementario de 2001, con un trazado a escala 1:5000, remitido al Ministerio de Medio Ambiente para su preceptiva declaración de impacto, pues la solución en éste propuesta coincidía con la que propiciaba el estudio informativo de 1999. El hecho de que aquel documento complementario incluyera, a su vez, una alternativa que, finalmente, fue descartada sólo podría desvirtuar, eventualmente, la conclusión a que llegamos si en última instancia se hubiera optado por una solución del todo diferente que, al no haber sido sometida a información pública, habría sido hurtada a la consideración previa tanto de los municipios afectados como de los ciudadanos en general.”

Y la sentencia de 8 de abril de 2008 (RC 3746/2005) pone de relieve la influencia de los principios generales del Derecho en la resolución de los procesos contencioso-administrativos que afectan a los entes locales, de los que no cabe eludir que cuando actúan en el proceso asumen la condición de personas jurídico-públicas que defienden los intereses de la colectividad local.

En razón con el control económico-financiero de una subvención concedida al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, dijimos:

“El motivo de casación formulado por el Abogado del Estado, basado en la infracción de la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas 97/327/CE, de 23 de abril de 1997, mediante la que se modifican las decisiones por las que se aprueban los marcos comunitarios de apoyo, los documentos únicos de programación y las iniciativas comunitarias adoptadas en relación con España, no puede ser acogido, puesto que consideramos que la sala de instancia no infringe el Derecho comunitario europeo subvencional, al estimar la elegibilidad del gasto relacionado con la actuación 5.3 del Proyecto URBAN Las Palmas,

referente a la construcción de un Centro de Información y Asistencia Social en el barrio de La Isleta de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, ya que suscita la *ratio decidendi* del fallo en la apreciación de que no se ha incumplido el presupuesto finalista de la subvención, al no producirse modificación de la afectación de la subvención a los objetivos de política urbana, que persigue el otorgamiento de la ayuda comunitaria, que no se desnaturaliza por la ocupación de una pequeña parte del edificio social proyectado y construido, estimada concretamente en el 3,78%, para acoger, de forma provisional y con carácter temporal, la sede municipal de la Concejalía del Distrito V del referido Ayuntamiento.

“En efecto, con base en la aplicación del principio de proporcionalidad, no apreciamos que la actuación del beneficiario público municipal comprometa la consecución de los objetivos de regeneración urbana del barrio de La Isleta de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, que justificaron el otorgamiento de la subvención con aportación de fondos comunitarios, al haberse acreditado que la construcción del edificio destinado a equipamiento público cumplió los fines de interés público de acoger servicios sociales, que no resultaron entorpecidos u obstaculizados sustancialmente por la decisión municipal controvertida, al tratarse de servicios complementarios, que se integran en el concepto de ‘gobernanza urbana’.

“En este sentido, cabe recordar que, según dijimos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 (RC 11286/2004), ‘constituye uno de los principios informadores del Derecho subvencional, junto al reconocimiento de los principios nucleares de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no-discriminación, el principio de eficiencia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración concedente de la subvención, que se corresponde con la requerida eficacia en la asignación y utilización de los recursos públicos, que otorga a la Administración las facultades que se revelen necesarias, adoptadas con base en el principio de proporcionalidad, para asegurar el cumplimiento por el beneficiario de los requisitos y condiciones que justifican su otorgamiento’.

“Por ello, entendemos que el principio de eficiencia administrativa, que debe respetarse en la asignación de los fondos comunitarios vinculados al Programa Operativo para la Región de Canarias REGIS II, España, y al desarrollo del Programa URBAN, y en el control del cumplimiento del destino de las ayudas comunitarias comprometidas, no ha sido infringido por la sala de instancia al estimar gasto elegible la actuación ejecutada en el barrio de La Isleta de Las Palmas de Gran Canaria, puesto que no cabe apreciar que se haya producido una actuación negligente, abusiva o

fraudulenta por parte del gobierno municipal, que se revele incompatible con los intereses de la Unión Europea, relativos al cumplimiento de los programas de ayudas comunitarias que contribuyen, prioritariamente, a la regeneración económica y social de aquellas ciudades y de aquellos barrios degradados, en dificultades o en crisis, pertenecientes a regiones más desfavorecidas, que concierne a las regiones extrapeninsulares, con el objeto de desarrollar estrategias de regeneración urbana y contra la exclusión y la discriminación de sus habitantes, con el fin de fomentar un desarrollo urbano sostenible de las zonas subvencionables afectadas.

“El pronunciamiento de la sala de instancia se revela coherente con la doctrina del Tribunal de Justicia expuesta en la sentencia de 13 de marzo de 2008 (asuntos acumulados C-383/06 a C-385/06), que sostiene que el juez nacional debe basarse en el examen de legalidad de los actos administrativos de reconocimiento de ayudas comunitarias por incumplimiento de las obligaciones y condiciones que le dan derecho a percibir la ayuda prevista, que producen el efecto de recuperar los fondos indebidamente percibidos por el beneficiario que no actuó de buena fe, tomando en consideración, además del principio de legalidad, los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, en los siguientes términos:

“A este respecto, procede recordar que se ha declarado que el sistema de subvenciones elaborado por la normativa comunitaria se basa especialmente en el respeto, por parte del beneficiario, de una serie de obligaciones que le dan derecho a percibir la ayuda prevista. Del artículo 24, apartado 2, del Reglamento núm. 4253/88 se desprende que, si el beneficiario no cumple todas las obligaciones, la Comisión está autorizada a considerar la extensión de sus obligaciones. Para que el artículo 23, apartado 1, de dicho Reglamento sea de aplicación, en el supuesto de que el beneficiario no haya ejecutado el proyecto de formación respetando las condiciones a las que estaba supeditada la concesión de esa ayuda, dicho beneficiario no puede ampararse en los principios de protección de la confianza legítima y de los derechos adquiridos para obtener el pago del saldo del importe total de la ayuda concedida inicialmente [véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, Branco/Comisión, T-142/97, Rec. P. II-3567, apartados 97 y 105 (recurso de casación desestimado por auto del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1999, Branco/Comisión, C-453/98 P, Rec. P. I-8037), y de 16 de septiembre de 1999, Partex/Comisión, T-182/96, Rec. P. II-2673, apartado 190 (recurso de casación desestimado por auto del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2001, Partex/Comisión, C-465/99 P, no publicado en la Recopilación)].

Por último, el principio de protección de la confianza legítima no puede ser invocado por un beneficiario que es culpable de una infracción manifiesta de la normativa vigente (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1985, Sideradria/Comisión, 67/84, Rec. P. 3983, apartado 21)‘.

“[...] Por consiguiente, de lo antedicho se desprende que procede responder a las cuestiones planteadas que la recuperación de los fondos perdidos por abusos o negligencia debe efectuarse con arreglo al artículo 23, apartado 1, del Reglamento núm. 4253/88 y según lo dispuesto en el Derecho nacional, sin perjuicio de que la aplicación de este Derecho no menoscabe la aplicación ni la eficacia del Derecho comunitario y que no tenga por efecto hacer prácticamente imposible la recuperación de las cantidades abonadas irregularmente. Corresponde al juez nacional garantizar plenamente la aplicación del Derecho comunitario, inaplicando o interpretando, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, como la Awb. El juez nacional puede aplicar los principios comunitarios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima teniendo en cuenta tanto el comportamiento de los beneficiarios de los fondos perdidos como el de la Administración, siempre que el interés de la Comunidad se tome plenamente en consideración. La condición de entidad pública del beneficiario de los fondos carece de incidencia a este respecto.”

2. Estado de derecho y expansión del sistema de justicia administrativa

El enunciado de las claves interpretativas de la transformación de la justicia administrativa en el siglo XXI debe partir, ineludiblemente, del análisis de la evolución en los siglos XIX y XX, porque para prever el futuro del sistema jurídico contencioso-administrativo tenemos que tener presente esta mirada retrospectiva.

La justicia administrativa es una creación jurídicamente nueva que surge, como advierte el profesor García de Enterría, en el siglo XVIII, con la Revolución Francesa, se afirma consistentemente en el siglo XIX, merced al desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado francés, y conoce un espectacular despliegue en el siglo XX, y se nos aparece ahora, al comenzar el siglo XXI, como un modelo universal, como una de las fuerzas centrales de lo que hoy llamamos Estado de derecho (*Problemas del Derecho público al comienzo del siglo*, Civitas, Madrid, 2001).

El fundamento histórico de la justicia administrativa responde, según enseña este autor, al ideario ideológico de Rousseau, que pretende institucionalizar “una forma de gobierno que ponga la Ley por encima del hombre”, que se plasma en el articulado de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y

del Ciudadano de 1789, en que se legaliza el poder y se consagra el principio de obediencia a la Ley.

En el siglo XIX, el Estado de derecho se configura como un Estado de derecho formal, en que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos al principio de legalidad.

La mutación del Estado formal de derecho en Estado material de derecho incide en la transformación del sistema de justicia administrativa, al propiciar que no pueda existir legalmente la injusticia, de modo que el principio de legalidad debe ser en su aplicación conforme a los valores constitucionales de libertad, de igualdad y de seguridad jurídica.

Contemporáneamente, el Estado de Derecho se transforma en Estado de la justicia, como reconoce el profesor García de Enterría, en el sentido de que la justicia administrativa tiene como función la lucha contra las inmunidades del poder (*Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995).

Las decisiones normativas del poder ejecutivo están sometidas también al imperio de la ley y, por tanto, al control de la legalidad de los tribunales.

El segundo elemento que preside la evolución de la justicia administrativa en los siglos XIX y XX es la emergencia de las administraciones públicas.

El Estado formal de derecho requería una administración reducida, minimalista, conforme al principio abstencionista del Estado. La Administración del Estado no era una administración emergente. La transformación del Estado de derecho formal en un Estado material de derecho se traduce en la implementación del Estado de bienestar, en la aparición del Estado providencia.

La mayor presencia de la Administración tiene efectos contradictorios, porque, frente al postulado de más Administración, se anuda el axioma de menos Derecho Administrativo, que conocemos como “la huida del Derecho Administrativo”, porque tanto los gestores públicos como los responsables políticos, que asumen las mayores responsabilidades públicas, tienen la tentación de huir del control cada vez más intenso de los tribunales.

La expansión del concepto de poder municipal (*pouvoir municipal*), como poder constitucional, con el mismo significado que se contempla en el principio de separación de poderes, constituye una constante en la articulación de los poderes territoriales del Estado, al reivindicarse el respeto a las libertades locales como un complemento de la libertad personal de los individuos frente al Estado, que promueve la aparición del dogma central del siglo XIX, la distinción entre sociedad y Estado (*vid.* Eduardo García de Enterría “La formación del régimen municipal francés contemporáneo”, en *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1999).

Un tercer elemento que podemos destacar en la evolución de la jurisdicción administrativa es la posición central que asume el ciudadano.

La justicia administrativa del siglo XIX se caracteriza por su posición marginal, residual, en el control de la Administración. El Consejo de Estado francés extiende el control de la Administración pública, a través de una brillante jurisprudencia que se plasma sobre todo a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en que se produce el cambio de paradigmas.

Otro elemento que nos permite comprender cuál ha sido la evolución de la justicia administrativa es la apertura de la justicia administrativa a otros tribunales.

En la actualidad no sólo los tribunales contencioso-administrativos imparten justicia administrativa, porque el escenario de la justicia administrativa lo compartimos con otros tribunales.

En España esta labor jurisdiccional administrativa, la realizan los tribunales contencioso-administrativos, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (José Manuel Bandrés, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1996).

Un último elemento es la unidad de principios jurídicos perceptible en la importación de técnicas jurídicas de otros sistemas para controlar la Administración.

El sistema de control que realiza el Tribunal Supremo de Estados Unidos influye en la doctrina del Tribunal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España; la doctrina del Consejo de Estado francés de control de los actos administrativos discrecionales se proyecta inmediatamente sobre la doctrina del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado italiano o del Tribunal de Luxemburgo.

3. Diez tesis sobre el horizonte de la justicia administrativa

Tras una mirada retrospectiva al pasado de la justicia administrativa, enunciaré diez tesis sobre las claves de la transformación de la justicia administrativa en el siglo XXI, que inciden en el estatuto de los jueces contencioso-administrativos, en las técnicas de control de la actuación administrativa, en la configuración del proceso, en las medidas cautelares y en la ejecución de las decisiones judiciales.

La primera tesis se concreta en el postulado de la “reivindicación de la independencia de los tribunales contencioso-administrativos”.

En España, en el sistema europeo, el significado de independencia tiene una dimensión orgánica –independencia de los tribunales contencioso-administrativos respecto del poder ejecutivo– y una dimensión

procesal de carácter subjetivo –independencia de los jueces contencioso-administrativos–, que se anuda a que gocen de un estatuto profesional que asegure su imparcialidad y les permita ejercer su función sin injerencias.

La independencia del juez se reconoce como derecho subjetivo del justiciable en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, de forma expansiva, en los artículos 24 y 117 de la Constitución española.

El reforzamiento de la garantía de la independencia de los tribunales contencioso-administrativos constituye un elemento medular del principio de confianza de los ciudadanos en la Administración de justicia, en una sociedad democrática, que es un postulado básico para el adecuado funcionamiento del Estado de derecho.

La segunda tesis o idea fuerza que estimo marcará el desarrollo de la justicia administrativa en el siglo XXI es “el debilitamiento de la legitimación como barrera u obstáculo procesal”.

La reorientación doctrinal del instituto de la legitimación propicia el acceso al proceso de las asociaciones y organizaciones representativas de intereses colectivos y de intereses difusos, en cuanto entes intermediarios entre el Estado y la sociedad, cuya intervención en el proceso es exigida para la tutela efectiva de valores e intereses públicos esenciales y primarios de la comunidad, como el medio ambiente, el patrimonio histórico-artístico, la ordenación del territorio o el urbanismo.

La indagación sobre la concurrencia de los presupuestos de la legitimación, que habilitan para acceder al proceso contencioso-administrativo, se centrará no en la demostración del perjuicio real sufrido por el demandante, sino en la relevancia de los intereses colectivos afectados por la decisión administrativa (Montserrat Cuchillo Foie, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas, Madrid, 1996).

La tercera clave o idea fuerza que presidirá la transformación de la justicia administrativa en el sistema jurídico continental, y también en los sistemas anglosajones, será el reforzamiento de las medidas cautelares.

El profesor García de Enterría ha sido el mayor propagandista en España de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de medidas cautelares, que ha favorecido la reforma de las legislaciones procesales de los estados miembros para incorporar la facultad del juez contencioso-administrativo de adoptar medidas cautelares positivas y medidas provisionales.

En este sentido, la medida cautelar afronta un cambio sustancial, puesto que de comprenderse como una medida excepcional que pone en cuestión el

principio general de ejecutoriedad de la decisión administrativa, se posiciona, preferentemente, en relación con el derecho subjetivo del ciudadano a la tutela cautelar.

El profesor Bernard Pacteau ha señalado, en relación con la Ley francesa de 30 de junio de 2000, que si el siglo XX ha sido el siglo del juez del exceso de poder, el que dice el Derecho y anula lo ilegal, el siglo XXI podría muy bien ser el del juez de la plena jurisdicción esto es, de la protección de derechos subjetivos (*op. cit.* Eduardo García de Enterría, *Problemas del Derecho público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 55).

La doctrina científica europea muestra su adhesión a la idea del destronamiento del proceso principal como objeto del proceso contencioso-administrativo desde la constatación de que el proceso contencioso-administrativo, cada vez en mayores casos, se resuelve en la fase preliminar de las medidas cautelares.

La cuarta idea que quiero exponer es “la expansión del control de los actos de gobierno”. La expansión del control por los tribunales contencioso-administrativos de los actos políticos.

En España, frente a una prohibición absoluta del control de los actos políticos, se ha producido una solución transaccional en la ley de 1998, que va a marcar, por lo tanto, los primeros años del siglo XXI, en la cual el control de los actos políticos se extiende al control del procedimiento, a la protección de los derechos fundamentales y a los supuestos de determinación de responsabilidad patrimonial del Estado.

El quinto elemento es el referente a “la profundización en la equidad del proceso”.

También, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reforzado esta idea de que la Administración en el proceso no puede presentarse asumiendo una posición de privilegio, de potencia pública.

El principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, el principio de bilateralidad, imponen que la Administración ostente en el proceso las mismas oportunidades de defensa que los particulares y, por tanto, en determinados asuntos exige que aquellas desventajas que pueda tener el particular por situarse en el proceso ante una administración pública, los tribunales tengan la función de hacer equitativo el proceso.

Otra idea clave sería “el reforzamiento del juicio de plena jurisdicción”.

En correspondencia con la posición central del ciudadano en el proceso contencioso-administrativo, se supera la idea del proceso exclusivamente como instancia revisora del acto administrativo, al deber garantizar de forma efectiva las pretensiones legítimas que los ciudadanos deduzcan en sus recursos.

Un séptimo elemento o línea de transformación de la justicia administrativa será “el avance en el control de la motivación de la Administración”. Y, en correspondencia, la obligación de los tribunales contencioso-administrativos de motivar sus decisiones.

El profesor Tomás Ramón Fernández ha advertido que el control cada vez más intenso de la arbitrariedad de la Administración por los tribunales contencioso-administrativos no puede permitir, sin embargo, devenir en arbitrariedad judicial (*Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004).

Enfatiza este autor que el juez contencioso-administrativo, neutral e independiente, extrae su decisión jurisdiccional de una contradicción efectiva, atendiendo a las razones esgrimidas por las partes, “comprometido con su deber de aplicar el Derecho, movido sólo por las razones que el Derecho le suministra y que le obliga también a hacer explícitas”.

Una octava clave de transformación se consigna en la directriz de que los jueces contencioso-administrativos utilizaremos cada vez más las técnicas de interpretación propias del Derecho Constitucional.

Se ha definido al Derecho Administrativo, por la dogmática alemana, como Derecho Constitucional concretizado, y ello impulsa una visión común, unitaria y no fragmentaria o dispersa del Derecho público, que se proyecta en la compartición de técnicas y criterios de interpretación por el juez constitucional y el juez contencioso-administrativo, que coinciden en la determinación del Derecho como medida o parámetro de referencia de enjuiciamiento del poder público.

La novena idea de la transformación del contencioso-administrativo es la puesta en valor de la ejecución de las sentencias.

La preocupación por el cumplimiento efectivo de las sentencias judiciales exige que el trabajo del juez contencioso-administrativo no concluya en la redacción de la sentencia.

El valor del derecho a la ejecución de las sentencias refuerza los postulados del Estado de derecho, porque si después de un largo proceso la sentencia se incumple por la Administración, ese proceso no habrá cumplido su fin constitucional de asegurar el derecho de los ciudadanos de protección jurídica frente a la actuación arbitraria de la Administración.

Y el último elemento, la última idea que desarrollaré, que preside la transformación de la justicia administrativa en el siglo XXI, es la protección reforzada de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que requiere una posición activa del juez en insertar la tutela efectiva de esta categoría de derechos en su práctica jurisdiccional y de establecer un proceso preferente y sumario que permita la obtención del amparo judicial en un tiempo razonable.

4. Epílogo: la función de integración social de los jueces contencioso-administrativos en una democracia renovada

La exigencia de justicia frente al poder público seguirá siendo uno de los elementos axiológicos identificadores de las sociedades democráticas renovadas que emergen en el siglo XXI, que hace posible la articulación del Estado social y democrático de derecho.

La legitimación del juez contencioso-administrativo se corresponderá con la competencia y capacidad de hacer perceptible en sus decisiones los principios de una democracia social y de una democracia en libertad como constitución de la dignidad humana y de los derechos humanos en la expresión del profesor Werner Mahofer.

Por ello, el juez contencioso-administrativo se caracteriza no solamente como juez comprometido en el control de legalidad de la actuación administrativa, no sólo como juez garante de los derechos de los ciudadanos, que es el legado del sistema de justicia administrativa del siglo XX, sino también como juez de integración social, que asume una posición institucional de guardián de las promesas del Estado de bienestar en el cumplimiento de su función constitucional, como decía el juez francés Antoine Garapon (*Juez y democracia*, Flor del Viento Ediciones, Madrid, 1997).

Es en la justicia administrativa donde se hace más perceptible el Estado de derecho, porque el conflicto enfrenta a un poder público administrativo y a un ciudadano. Es por ello que la justicia administrativa está llamada a un más intenso desarrollo durante el siglo XXI, con el objeto de garantizar la convivencia democrática de los ciudadanos. ■

Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización

Ángel Menéndez Rexach

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Autónoma de Madrid*

1. Planteamiento.
2. La configuración de las obras de urbanización como obras públicas en la legislación administrativa general.
 - 2.1. Los precedentes en la legislación del siglo XIX. 2.1.1. Las obras de urbanización entre la propiedad y la obra pública. 2.1.2. Legislación de ensanche de poblaciones. 2.1.3. Legislación de reforma interior de las poblaciones. 2.1.4. La regla de la subasta para la adjudicación de obras públicas. 2.2. Obras municipales ordinarias y obras de urbanización en la legislación de régimen local. 2.3. La Ley del suelo de 1956. 2.4. La legislación del suelo de 1975-1976. 2.5. Legislación estatal postconstitucional. La gestión urbanística como función pública en la jurisprudencia constitucional. 2.6. Legislación de régimen local. 2.7. Recapitulación.
3. ¿Los convenios urbanísticos son contratos públicos?
 - 3.1. Urbanismo convencional y urbanismo legal: los riesgos de elusión de la concurrencia. 3.2. Sobre la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos: doctrina jurisprudencial.
4. La ejecución del planeamiento a través del urbanizador: el debate sobre la naturaleza de su relación con la Administración.
 - 4.1. La legislación valenciana: del convenio de gestión al contrato administrativo especial. 4.1.1. La Ley de 1994, reguladora de la actividad urbanística. 4.1.2. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del convenio de gestión. 4.1.3. La Ley urbanística valenciana de 2005. 4.2. El sistema de concesión de obra urbanizadora en otras leyes autonómicas: naturaleza contractual de la relación. 4.2.1. Panorámica de las modalidades de ejecución del planeamiento en la legislación autonómica. 4.2.2. La naturaleza de la relación entre la Administración actuante y el urbanizador. 4.2.2.1. Sistema de concesión de obra urbanizadora, sometida a la legislación de contratos públicos. 4.2.2.2. Sistema de concurrencia: indefinición de la naturaleza de la relación. 4.2.2.3. Sistema de agente urbanizador: convenio o contrato. 4.2.2.4. Sistemas de concertación y cooperación: convenio. 4.3. Recapitulación: el agente urbanizador: ¿libertad de empresa o gestión indirecta de un servicio público?
5. Régimen de contratación de los "medios propios" de la Administración que realicen actividades urbanísticas.
6. Contratación de obras de urbanización por la Junta de Compensación y organismos asimilados.
7. Régimen de las obras en otras modalidades de ejecución de la urbanización.
 - 7.1. Sistema de cooperación. 7.2. Sistema de expropiación. 7.3. Obras públicas ordinarias.

1. Planteamiento

La transparencia de la actuación administrativa y la garantía del principio de igualdad hacen inexcusable la obligación de aplicar con todas sus consecuencias la legislación de contratos del sector público en el ámbito del urbanismo, lógicamente, en los supuestos y con el alcance que sea procedente. La actividad de planeamiento como tal no es susceptible de contratación (salvo para la elaboración de los documentos correspondientes en las modalidades de consultoría y asistencia, ahora refundidas en el contrato de “servicios”: artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, citada en adelante como LCSP). Pero sí lo es, obviamente, la actividad de ejecución, que, cuando no sea asumida directamente por los propietarios, requiere un proceso de selección idéntico, en principio, al exigible para la realización de cualquier obra pública. El sometimiento a la legislación de contratos públicos resulta, pues, obligado y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias, según las cuales, como se verá después, las reglas de adjudicación del concurso establecidas en la legislación de contratos públicos son plenamente aplicables a la elección de la proposición más ventajosa para la adjudicación de los programas de actuación de la legislación urbanística valenciana, sin duda la que más problemas ha creado al respecto, precisamente por haber generalizado la ejecución a través de la figura del urbanizador, prescindiendo de los sistemas de actuación tradicionales.

Si las obras de urbanización son obras públicas, como parece aceptarse de forma casi unánime, es difícil cuestionar que su ejecución deba llevarse a cabo por los procedimientos habituales para la realización de estas obras, que son, en definitiva, los establecidos en la legislación de contratos del sector público. Aquí se plantea un problema clave, que está lejos de resolverse de forma satisfactoria en el estado actual de la cuestión en nuestro ordenamiento: ¿Cómo se puede configurar como un derecho (y también un deber) de los propietarios la ejecución de unas obras que están calificadas como públicas? ¿Por qué los propietarios tienen que intervenir en el proceso de urbanización u ostentar, al menos, un derecho preferente, en detrimento de otros agentes que no tengan esa condición, pero que pueden estar dedicados profesionalmente a esa actividad? Éste es el trasfondo del debate sobre el papel del agente urbanizador, al que la legislación urbanística de las comunidades autónomas ha dedicado en los últimos años una gran atención, si bien las disparidades que en ella se observan ponen de relieve que aún no se ha resuelto de forma coherente la dialéctica propiedad-obra pública a que antes se ha hecho referencia.

Ahora bien, la figura del urbanizador no es una novedad introducida por la legislación autonómica, aunque parezca que es en ella donde ha adquirido carta de naturaleza (a partir de la Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística de 1994). Estaba ya en la legislación estatal histórica (ensanche y reforma interior) y en la legislación del suelo de 1956 y sus posteriores reformas. De ahí que para calibrar con precisión el alcance de las novedades aportadas en los últimos años por la legislación autonómica sea conveniente examinar previamente el papel del urbanizador en la legislación estatal anterior.

La calificación jurídica de la relación entre la Administración actuante y el agente urbanizador ha sido objeto de polémica doctrinal, que se ha traducido en las consiguientes vacilaciones jurisprudenciales. En la actualidad, tras la intervención de la Comisión Europea en relación con la legislación urbanística valenciana, la publicación de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Justicia (TJCE) y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede considerarse hoy dominante la calificación de esa relación jurídica como un contrato administrativo. El debate parece ahora acotado en torno a si esa relación se debe configurar como un contrato típico (concesión de obra pública o el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado) o como contrato administrativo especial. La primera tesis supone la plena y directa aplicación de la legislación de contratos públicos, mientras que la segunda conlleva la aplicación preferente de la legislación específica (urbanística), dentro del obligado respeto a las reglas básicas de la ley estatal (artículo 19.2 de la LCSP). Es deseable que el debate se aborde con rigor, sin el lastre de los prejuicios competenciales que lo condicionan. Si se postula la consideración como contrato típico parece que se está optando por la primacía de la legislación básica estatal, mientras la afirmación de su naturaleza de contrato administrativo especial se liga a la pretensión de favorecer la aplicación preferente de la legislación urbanística autonómica.

La reciente Ley estatal de suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo, citada en adelante como LS07) apunta en esta segunda dirección al establecer que la habilitación a particulares para el desarrollo de la actividad de ejecución de la urbanización “deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios de suelo” [artículo 6.a)]. Aquí la legislación aplicable es, obviamente, la urbanística, lo que parece

reflejar el propósito de configurar la relación como un contrato administrativo especial sometido, en primer término, a las reglas de dicha legislación. Las “peculiaridades” que ésta pueda prever en caso de que la ejecución sea asumida por los propietarios se justifican porque en tal hipótesis no habrá normalmente adjudicación de la actuación mediante contrato (al menos, en el sistema de compensación o equivalentes) sino ejercicio de un derecho que la ley atribuye directamente a los propietarios, excluyendo, por tanto, la necesidad de un proceso de concurrencia competitiva. No obstante, esta cuestión deberá ser abordada en profundidad, para lo que nos remitimos a lo que se dirá más adelante sobre la ejecución de las obras de urbanización en el sistema de compensación (epígrafe 5).

Otra excepción a la adjudicación mediante un proceso concurrencial se encuentra en los supuestos en que la Administración actúe a través de sus “medios propios”, entendiendo por tales las entidades del sector público que realicen la parte esencial de su actividad para un poder adjudicador que ostente sobre aquéllas un control análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios y, tratándose de sociedades, la totalidad del capital deberá ser de titularidad pública (artículo 23.6 de la LCSP).⁴⁰ Las encomiendas de gestión que se realicen a estas entidades por el poder adjudicador del que dependan están excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la Ley, sin perjuicio de que puedan estar sujetos a ella, en los términos que sean procedentes, los contratos que celebren con terceros estas entidades que tienen la consideración de “medio propio” [artículo 4.1.n) de la propia LCSP]. Esta cuestión ha sido también bastante polémica, si bien las últimas modificaciones de la LCAP y la redacción de la LCSP la han aclarado sustancialmente.

Otro ámbito necesitado de reflexión es el de los convenios urbanísticos, tanto los que se suscriban entre entidades públicas como entre ellas y los particulares. Unos y otros (sobre todo estos últimos) pueden utilizarse como cauces para eludir la concurrencia. El uso y abuso de esta técnica convencional en el ámbito del urbanismo se ha convertido en los últimos años en motivo de seria preocupación, especialmente en el caso de los llamados convenios “de planeamiento”, con los que se pretende condicionar la ordenación futura casi siempre desde una visión sesgada y unilateral, sin tener en cuenta el conjunto de los intereses en presencia. El tema desborda claramente los límites de la presente ponencia, pero aquí es obligado abordarlo desde la óptica de la aplicación de la legislación de contratos públicos.

Otra faceta de la actividad urbanística que puede estar condicionada por dicha legislación es la gestión

de los patrimonios públicos de suelo, en la medida en que se instrumente mediante contratos, en particular, la enajenación de bienes integrados en dichos patrimonios. Sin embargo, aquí no entraremos en esta cuestión, habida cuenta de que la LCSP excluye de su ámbito “los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial” [artículo 3.1.p)]. Estos contratos de “gestión patrimonial” estaban sometidos a la LCAP, que los calificaba de “privados” (artículo 5.3), si bien esta ley ya disponía la aplicación preferente, en cuanto a su preparación y adjudicación, de las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes administraciones públicas (artículo 9.1). Por lo tanto, la exclusión del ámbito objetivo de la nueva ley no supone alteración sustancial del régimen jurídico de estos contratos, que, ahora como antes, se regirán en primer término por la legislación patrimonial y, supletoriamente, por la LCSP (sus “principios”, según su artículo 4.2).

La Ley de patrimonio de las administraciones públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, LPAP) establece que “el régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley en las disposiciones que la desarrollen o complementen”, aplicándose supletoriamente las normas de Derecho Administrativo en lo relativo a la competencia y procedimiento de adopción de acuerdos y las de Derecho privado para los restantes aspectos de su régimen jurídico (artículos 7.3 y 110.1). La propia LPAP contiene una serie de reglas específicas (en general, sólo aplicables al patrimonio del Estado), sobre la adquisición de bienes y derechos (artículos 15 y ss.), sobre su aprovechamiento y explotación (artículos 105 y ss. y, para el arrendamiento, artículos 122 y ss.) y enajenación (artículos 131 y ss.).

Llama la atención que la adquisición de bienes muebles por la AGE y sus organismos autónomos se remita a la “legislación que regula la contratación de las administraciones públicas” (artículo 120.1), lo que da a entender que estas adquisiciones tienen el carácter de “suministro”. No obstante, como ya hemos señalado, esta materia queda fuera del ámbito de la presente ponencia.

En coherencia con las consideraciones expuestas, la exposición que sigue se estructurará en torno a los siguientes ejes:

—Los precedentes sobre la aplicación de la legislación de contratos a las obras de urbanización en

tanto que obras públicas y la regulación de la figura del urbanizador (2).

–La aplicación de la legislación de contratos a los convenios urbanísticos (3).

–La naturaleza contractual administrativa de la relación entre la Administración actuante y el urbanizador (4).

–El régimen de contratación de los “medios propios” de la Administración que desarrollen actividades urbanísticas (5).

–La ejecución de las obras de urbanización por los propietarios por el sistema de compensación u otros similares (6).

–La ejecución de dichas obras en el marco de otros sistemas de actuación y en la modalidad de obras públicas ordinarias (7).

2. La configuración de las obras de urbanización como obras públicas en la legislación administrativa general

2.1. Los precedentes en la legislación del siglo XIX¹

2.1.1. Las obras de urbanización entre la propiedad y la obra pública

Desde mediados del siglo XIX se formularon propuestas doctrinales favorables a la consideración de las obras de urbanización como obras públicas, sujetas al mismo régimen que las típicas de fomento. En concreto, se propuso la consideración del urbanizador como concesionario de la expropiación en las operaciones de reforma interior (I. Cerdà),² que nunca deben ser ejecutadas directamente por la Administración pública, ya que ésta es “la peor administradora”.³

Las ideas de Cerdà influyeron en el proyecto de ley “sobre reforma, saneamiento, ensanche y otras mejoras de las poblaciones” presentado por el ministro Posada Herrera a finales de 1861, que suscitó una gran oposición desde la óptica de la defensa de la propiedad privada. En él se regulaban, entre otras técnicas, la cesión de viales, la reparcelación y la absorción de plusvalías generadas por obras de urbanización. Constituye el primer intento serio de introducir las nuevas técnicas jurídicas que el urbanismo exigía y de establecer un estatuto de la propiedad urbana, con los derechos y deberes correspondientes a los propietarios.

1. Para una visión detallada del período pueden consultarse los dos trabajos de M. BASSOLS COMA publicados en el número 107-108 de la revista *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, “Siglo y medio de urbanismo en España”, p. 53 y ss. Las disposiciones más importantes del período pueden consultarse en M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, *Historia de la legislación urbanística*, Iustel, Madrid, 2007.

2.1.2. Legislación de ensanche de poblaciones

La primera legislación de ensanche (Ley de 29 de julio de 1864 y Reglamento de 25 de abril de 1867) declara de utilidad pública (a efectos de la legislación de expropiación de 1836) las obras de ensanche de las poblaciones en lo que se refiere a calles, plazas, mercado y paseos. Para realizar estas obras se concede a los ayuntamientos el importe de la contribución territorial durante veinticinco años y un recargo extraordinario. Los propietarios pueden elegir entre pagar estos tributos o ceder al ayuntamiento los terrenos necesarios para calles y plazas y construir la urbanización. Aquí se instrumentan las dos opciones básicas para financiar las obras de urbanización, consideradas como obras públicas: bien a costa del ayuntamiento, que recupera su importe mediante tributos, bien a costa de los propietarios, que ceden, además, los terrenos necesarios para las vías públicas, pero no pagan los tributos mencionados. Esta segunda vía ha sido por la que avanzado en el Derecho urbanístico español en épocas posteriores. Para gestionar las actuaciones necesarias, se constituye una Junta de Ensanche, integrada por concejales y representantes de los propietarios, aunque en 1876 fue sustituida por unas comisiones formadas exclusivamente por concejales y se impuso la cesión de la quinta parte del terreno para calles y plazas o el pago de su precio, bajo amenaza de expropiación forzosa de la finca. Esta ley previó también la posibilidad de dividir “la zona general de ensanche en dos o tres zonas parciales” (artículo 6), claro precedente de los posteriores “sectores” del suelo urbanizable. La Ley de 26 de julio de 1892, limitada, en principio, a los ensanches de Madrid y Barcelona, pero aplicable a otras poblaciones según una técnica legislativa típica de la época, estableció un régimen especial, que se diferenciaba del general en el fortalecimiento de la financiación del ensanche, extendiendo a treinta años la afectación de la contribución territorial y su recargo. Daba entrada, de nuevo, a los propietarios en la Comisión de Ensanche y pretendía generalizar el sistema de cesión gratuita de viales (la mitad de los terrenos necesarios, expropiándose la otra mitad por su valor de mercado). Los propietarios que no aceptaran la cesión podían ser expropiados totalmente, por el valor que tuvieran los terrenos antes de la apertura de la calle.

2. *Las cinco bases de la teoría general de la urbanización*, compilación de A. SORIA Y PUIG, Electa, Madrid 1996, p. 367 y 397-398.

3. Según CERDÀ, ésta es una verdad proclamada por los economistas de todas las escuelas, por lo que “la Administración no debe ser constructora, no le conviene, no puede serlo” (*op. cit.*, p. 371).

2.1.3. Legislación de reforma interior de las poblaciones

Ésta fue la otra gran línea de intervención de finales del siglo XIX. La Ley de expropiación forzosa de 10 de enero de 1879 había declarado de utilidad pública “las obras de policía urbana y en particular las de ensanche y reforma interior de las poblaciones”. También había previsto la expropiación de las zonas laterales o paralelas a la vía pública en una anchura de veinte metros, fijándose el justiprecio por el valor de las fincas antes de la aprobación del proyecto legitimador de la expropiación. Esta regulación fue modificada por la Ley de 18 de marzo de 1895, de saneamiento y reforma interior de grandes poblaciones (entendiendo por tales las de más de 30.000 habitantes), que, por un lado, amplía a cincuenta metros la zona lateral susceptible de expropiación y, por otro, incluye entre los sujetos que tienen derecho a indemnización a los arrendatarios de establecimientos mercantiles, con más de diez años de ejercicio. Los proyectos de urbanización pueden ser formados por los ayuntamientos, sociedades y particulares, y se aprueban por el Ministerio de la Gobernación. La ejecución de las obras se adjudica por subasta, que tramita el ayuntamiento y aprueba el citado ministerio. En la correspondiente concesión administrativa (concesión de obra pública) surge un agente urbanizador que puede ser distinto del propietario de los terrenos, lo que es otra novedad destacable de esta regulación, cuya aplicación práctica parece haber sido muy compleja y conflictiva. En todo caso, esta sustantivación de la actividad de urbanización, que aquí no se configura como accesoria para el ejercicio del derecho de propiedad,⁴ es una característica de la legislación de reforma interior, en la que también se aprecia la influencia de Cerdà, frente a la de ensanche, que había atribuido una primacía evidente a los propietarios para la ejecución de las obras correspondientes.

2.1.4. La regla de la subasta para la adjudicación de obras públicas

La adjudicación por subasta de las obras de urbanización conforme a la legislación de reforma interior a que se acaba de hacer referencia era una aplicación concreta de la regla establecida desde 1852 para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas, que debían ser adjudicados “por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta”, salvo las excepciones expresamente establecidas (Real decreto de 27 de febrero de 1852,

artículos 1 y 6). Según explica su exposición de motivos, la principal novedad consistía en la exigencia de presentar las ofertas en pliegos cerrados, para evitar la confabulación de los licitadores. Estas reglas eran aplicables también a los servicios y obras públicas provinciales y municipales, salvo los de pequeña cuantía (5.000 reales en las provincias y 2.000 en los municipios). La Ley general de obras públicas de 1877 dispuso que su ejecución podía llevarse a cabo por “administración” o por “contrata”, si bien la primera modalidad era excepcional, porque sólo podía aplicarse “a aquellos trabajos que no se presten a contratación por sus condiciones especiales, o porque no puedan fácilmente sujetarse a presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria o por cualquier otra circunstancia” (artículo 25 de la Ley general de obras públicas de 1877). La contrata podía consistir en el pago del importe de las obras “a medida que los trabajos se vayan realizando” (el contrato típico de obra) o bien en atribuirle “el derecho de disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras”, que sería la típica concesión de obra pública (artículos 26, 39 y 48).

A la vista de los datos legales reseñados, se puede afirmar que en la legislación administrativa de la segunda mitad del siglo XIX estaba ya firmemente asentada la consideración como obras públicas las de urbanización y su ejecución ordinaria mediante contrata, adjudicada en pública licitación, mediante subasta.

2.2. Obras municipales ordinarias y obras de urbanización en la legislación de régimen local

La legislación de régimen local distingue dos clases de obras públicas municipales, ordinarias y de urbanización, pero sólo regula (parcialmente) las primeras, ya que las segundas se rigen, en lo sustancial, por la legislación urbanística. La distinción no es nítida, porque las obras públicas ordinarias pueden ser también de urbanización y así lo acreditan las leyes autonómicas que han previsto la ejecución de ese tipo de obras mediante la modalidad de “obras públicas ordinarias”.⁵

Prescindiendo de antecedentes más remotos, para explicar la distinción se puede partir del Reglamento de obras, servicios y bienes municipales de 1924, conforme al cual las obras municipales se clasifican en cuatro grupos: a) de ensanche y extensión; b) de

4. Así lo señala L. PAREJO ALFONSO, “Apuntes para una interpretación del sistema legal urbanístico español en clave histórica”, en *CYTET*, 107-108, “Siglo y medio de urbanismo en España”, 1996, p. 157.

5. Para más detalle, véase A. MENÉNDEZ REXACH, “Obras municipales ordinarias y planeamiento urbanístico”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 221, noviembre de 2005, p. 12-47.

mejora interior de poblaciones; c) de saneamiento y urbanización parcial, y d) municipales ordinarias (artículo 2). A continuación, el Reglamento establece el régimen detallado de los tres primeros grupos, limitándose a decir respecto del cuarto que “se consideran incluidas en este grupo las que no estén comprendidas en los capítulos anteriores” (artículo 50). Estas obras municipales ordinarias no se consideran de utilidad pública (salvo las municipalizables previstas en los artículos 170 y 172 del Estatuto), por lo que no les es aplicable la expropiación forzosa. En cambio, las de los tres primeros grupos sí tienen esa consideración, llevando implícita la legitimación expropiatoria en la aprobación del correspondiente proyecto.

En comparación con la legislación decimonónica, llama la atención que la clasificación del Reglamento de 1924 estaba ya totalmente dominada por la perspectiva “urbanística”, resultante de la convergencia de la legislación de régimen local con la de ensanche y reforma interior. Las obras de los tres primeros grupos eran, en sustancia, de “urbanización” (integral o parcial), carácter que parece ausente en las obras “ordinarias”, calificación que, como hemos visto, se atribuía de modo residual y marginal, puesto que se trataba de obras de escasa importancia que, por ello, no se consideraban de utilidad pública y no podían beneficiarse de la expropiación.

Los criterios básicos del Reglamento de 1924 se mantuvieron en la Ley de régimen local de 1955, con la particularidad de que en ella la categoría de las obras municipales ordinarias se contraponía a las de urbanización.⁶ Las primeras se clasificaban en los siguientes grupos: a) de reforma interior de poblaciones; b) de ensanche; c) de extensión, y d) de saneamiento. En comparación con el Reglamento de 1924 se observa la separación de las obras de ensanche de las de extensión y la desaparición del concepto de obras de urbanización “parcial”, que en el citado Reglamento figuraban en el mismo grupo que las de saneamiento. El concepto de obras ordinarias seguía siendo residual (todas las no incluidas en los apartados anteriores y cuya realización fuera de competencia municipal: artículo 130.2). Parece que se caracterizaban por no ser obras de urbanización, si bien podían beneficiarse de la expropiación, ya que la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación a esos efectos estaba implícita en la aprobación de planes y

proyectos de toda clase de obras y servicios municipales (artículo 143).

El predominio de la perspectiva urbanística en la clasificación y régimen de las obras municipales se acentuaba en esta ley por la exigencia general, por primera vez, de que en todo municipio se formase un “Plan general de urbanización”, comprendiendo “la reforma, ensanche, higienización y embellecimiento de su aglomeración urbana, incluidas las superficies libres” (artículo 134). Lógicamente, ese plan habría de ser la referencia obligada para la aprobación de los proyectos de obras de urbanización de los cuatro grupos antes mencionados. La exigencia de este Plan se consagró definitivamente en la Ley del suelo de 1956.

2.3. La Ley del suelo de 1956

Esta ley determina el contenido de la competencia urbanística en los cuatro grandes aspectos característicos desde ella (planeamiento, régimen del suelo, ejecución de la urbanización y fomento e intervención en el ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación: artículos 2 y 3). Establece con carácter general que “la gestión urbanística podrá encomendarse a órganos de carácter público, a la iniciativa privada y a entidades mixtas” (artículo 4.1), pero configura la gestión pública como subsidiaria de la privada, a la que sustituirá “cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios” (artículo 4.2), formulación que se mantendrá en la legislación de 1975-1976.

La Ley impone a los propietarios de suelo urbano el deber de costear la urbanización [artículo 67.3.a)]. Para la ejecución del planeamiento, regula cuatro sistemas de actuación: cooperación, expropiación, compensación y cesión de terrenos viales (artículo 113.1). No obstante, entre este último y el de cooperación la única diferencia significativa consistía en el modo en que los propietarios costeaban la urbanización: en el de cesión de viales se sufragaban mediante contribuciones especiales y en el de cooperación mediante el pago de las cuotas correspondientes.⁷ Esta similitud, unida a las dificultades prácticas para aplicar contribuciones especiales, explica, seguramente, la desaparición del sistema de cesión de viales en la primera reforma de la Ley. Ambos sistemas eran de aplicación preferente, respectivamente, para los ámbitos de nueva urbanización y los parcialmente urbanizados y edificados (artículo 113.3).

6. La citada ley definía estas obras en términos casi idénticos a los del citado Reglamento: “se consideran como obras municipales todas las de nueva planta, reparación o entretenimiento que los ayuntamientos ejecuten, tanto con sus propios fondos como con auxilio de otras entidades públicas o de particulares, para la reali-

zación de servicios de la competencia municipal” (artículo 128), añadiendo que “dichas obras podrán ser de urbanización o municipales ordinarias” (artículo 129).

7. Cfr. PAREJO, *op. cit.*, p. 162, y también F. PERALES MADUEÑO, “La primera reforma de la Ley del suelo: 1956-1975”, *CYTET*, 107-108, p. 111.

En este marco normativo, la figura del urbanizador podía aparecer en los siguientes supuestos:

a) En el sistema de cooperación, cuando su ejecución se llevase a cabo a través de empresas urbanizadoras “mediante las compensaciones que convengan con los propietarios, que podrán consistir en la cesión de terrenos o del todo o parte de los beneficios económicos que les correspondan” (artículo 120.2).

b) En el sistema de expropiación, en el supuesto de ejecución de las obras de urbanización por el beneficiario (artículo 123.2), cuando éste fuera a la vez concesionario de la actuación, es decir, cuando no la ejecutase directamente la Administración expropiante (artículo 133.2). Esta regla es aplicable no sólo cuando se aplique este sistema directamente, sino también cuando lo sea en sustitución del de cooperación por no-aceptación de este régimen por los propietarios (artículo 118.3) o del de compensación en caso de incumplimiento de sus obligaciones por los propietarios (artículo 128).⁸

Tras la regulación de los sistemas, el título III de la LS56 incluía un capítulo (III) sobre “formas de gestión”, distinguiendo entre la pública y la privada, pero sin adscripción de los sistemas a una u otra, de modo que la gestión pública “será independiente del sistema de actuación que se aplicare y del sujeto, público o privado, al que correspondiere sufragar los gastos” (artículo 131.1). En la gestión pública por cooperación y compensación, los propietarios debían ingresar en la corporación las cantidades que les correspondiese satisfacer (artículo 133.1). Aunque no se dijera expresamente, era obvio que si se aplicaba la expropiación no tenían que pagar cantidad alguna y si se aplicaba la cesión de viales abonarían las contribuciones especiales establecidas.

La gestión privada suponía la ejecución por los propietarios que hubieren de sufragar todos o más de la mitad de los gastos de la urbanización o a las personas que subrogaren en sus facultades (artículo 137.2). Por esta vía de la subrogación, podía entrar en juego un urbanizador, lo que tendría lugar si los propietarios no asumiesen la ejecución de las obras, como se dirá a continuación. En tal caso, *el urbanizador se seleccionaba mediante licitación*.

La gestión privada excluía, lógicamente, la expropiación (aunque tampoco se decía expresamente), pero podía ser utilizada por el Estado y las entidades locales para las obras que hubieren de ejecutar a sus expen-

sas, mediante la constitución de sociedades anónimas cuyas acciones les perteneciese exclusivamente o de empresas de economía mixta (artículo 138.1).

Para la ejecución de las obras en este régimen de gestión privada *el ayuntamiento debía convocar licitación*, salvo que, en los sistemas de cooperación y compensación, los propietarios del 60% de la superficie solicitasen la excepción licitatoria, en cuyo caso tenían derecho a que se les adjudicasen directamente (artículo 139.1). Si por no haber formulado la petición el ayuntamiento procediese a la licitación, los propietarios tenían derecho de retracto dentro de los nueve días siguientes a la adjudicación provisional (artículo 139.2). En caso de incumplimiento de los compromisos asumidos, se podía aplicar, como ya hemos dicho, la expropiación sustitutoria (artículo 141.2).

En consecuencia, la diferencia entre la gestión pública y la privada consistía, en sustancia, en que en la primera los propietarios costeaban la urbanización (salvo en el sistema de expropiación), pero no ejecutaban las obras, mientras que en la privada asumían el compromiso de ejecutarlas, lo que podían hacer directamente (si solicitaban la excepción licitatoria o ejercían el derecho de retracto). Si no lo hacían, la ejecución correspondía al adjudicatario de la licitación, pagando los propietarios los gastos correspondientes.

En resumen, en el marco de la LS56 el urbanizador no propietario podía aparecer tanto en la gestión pública como en la privada, aunque en ésta los propietarios mayoritarios (60% de la superficie) tenían un derecho preferente. El urbanizador siempre era seleccionado previa licitación, mientras que los propietarios tenían derecho a la adjudicación directa en los términos expuestos.

2.4. La legislación del suelo de 1975-1976

Dejando de lado las modificaciones introducidas en la regulación de los sistemas de actuación (reducidos a tres, por la supresión del de cesión de viales), las principales novedades, desde la óptica que aquí interesa, fueron, por un lado, la eliminación del capítulo dedicado a las “formas de gestión” y, por otro, la regulación del denominado “urbanismo concertado” para el desarrollo de la nueva categoría del suelo urbanizable no programado (SUNP).⁹ El desarrollo de

8. Tiene interés señalar que, en este caso, el justiprecio es el 75% del valor inicial de los terrenos (artículo 128.1), pues es un precedente de la regla que establece un justiprecio penalizado en las expropiaciones por incumplimiento, acogida en la LS92 (artículo 36.2) y que pueden establecer ahora las leyes autonómicas conforme a lo previsto en la LS07 (artículo 31.3).

9. Esta regulación tenía sus precedentes en el Decreto ley 7/1970, de 7 de junio, de actuaciones urbanísticas urgentes (ACTURES), y en el artículo 22 de la Ley 22/1972, aprobatoria del III Plan de desarrollo económico y social. Cfr. PERALES MADUEÑO, *op. cit.*, p. 115-116.

esta categoría de suelo, en virtud de los correspondientes programas de actuación urbanística (PAU), suponía, por una parte, el desplazamiento de los propietarios, que no tenían un derecho a la transformación de estos terrenos y, por otra, la consagración del concurso como mecanismo normal de selección del urbanizador, con independencia de que el PAU se formulase a iniciativa pública o privada.¹⁰

También tiene interés destacar la previsión de que en las bases del concurso la cesión del 10% del aprovechamiento medio podía sustituirse por “las mayores obligaciones” que en aquéllas se establecieran (artículo 146.4), lo que suponía una flexibilización del régimen de cada actuación, que podía adaptarse a sus características concretas. Aunque al concurso pudieran presentarse los propietarios del suelo, la nota distintiva de esta regulación es la configuración de la urbanización “como el objeto de una actividad con sustantividad propia”¹¹ y su atribución a un urbanizador seleccionado en función de su oferta (como en la contratación de las obras públicas típicas) y no por su condición de propietario, sin perjuicio de que la elección también pudiera recaer en éstos. Como expresión del carácter concertado de estas actuaciones, la relación entre la Administración actuante y el adjudicatario del PAU se formalizaba mediante “convenio”, que se resolvería en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas por el adjudicatario.¹² Éste es, pues, un claro precedente de la formalización de la relación entre la Administración y el urbanizador mediante “convenio” prevista en muchas de las leyes autonómicas que han regulado esta figura, como se verá después.

2.5. Legislación estatal postconstitucional. La gestión urbanística como función pública en la jurisprudencia constitucional

La segunda reforma de la LS56 (Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, y Texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, en adelante LS92) no aportó grandes novedades en los aspectos que aquí interesan, ya que no regulaba la gestión urbanística, limitándose a introducir algunos reto-

ques en el contenido de la LS76. Entre sus principios generales, establecía que “la dirección y control de la gestión urbanística corresponde, en todo caso, a la Administración urbanística competente”, añadiendo que “dicha gestión podrá ser asumida directamente por ésta, o encomendarse a la iniciativa privada o a entidades mixtas” (artículo 4.1 y 2). En cuanto a las modalidades de ejecución, la aportación más significativa de esta legislación fue, sin duda, la colocación de los tres sistemas en pie de igualdad (artículo 148.1 de la LS92), en coherencia con la eliminación del principio de subsidiariedad de la iniciativa pública respecto de la privada (artículo 4) y en contraste con la preferencia que la legislación anterior atribuía al sistema de compensación. En el marco de esta legislación, como en el de 1976, el supuesto típico de actuación a través del urbanizador era el sistema de expropiación, cuando éste se gestionaba mediante concesionario (artículos 211 y 212 del Reglamento de gestión urbanística). Esta regulación de los sistemas tenía carácter supletorio, por lo que fue declarada inconstitucional (STC 61/1997, de 20 de marzo).

Esta sentencia rechazó la impugnación formulada contra el artículo 4.1 de la LS92, por considerar que este precepto no incidía en el orden competencial:

“La dirección y control de la ejecución –cuyo alcance y contenido no son definidos por el precepto– es siempre, pues, una actividad pública, dado que la transformación de suelo a través de la urbanización se configura como obra pública, sin perjuicio de que, como establece el artículo 4.2, dicha gestión pueda ser asumida directamente por la propia Administración o encomendada a la iniciativa privada o a entidades mixtas.

“Este principio básico por el que ha optado el legislador estatal conecta inmediatamente con el derecho de propiedad (artículo 33 de la CE) y la libertad de empresa (artículo 38 de la CE), con sus respectivos ámbitos materiales (bienes susceptibles de apropiación y actividades que puedan ser explotadas económica o empresarialmente), sustrayendo la dirección y el control del proceso urbanizador de la iniciativa privada [...]. Entendido, pues, en el sentido de que la asignación de usos al suelo queda sustraída al mecanismo de mercado y a la decisión del propietario

10. Esta regla tenía algunas excepciones en que el PAU podía ser formulado y ejecutado directamente (entidades locales y urbanísticas especiales, así como en los supuestos de urbanización de terrenos destinados a la implantación de actividades productivas especialmente relevantes: artículo 149). La citada regla se desvirtuó mucho después, en la redacción originaria de la vigente Ley 6/1998, que, en coherencia con su propósito de reforzar el derecho de los propietarios de suelo urbanizable a promover su transformación, permitió el desarrollo del SUNP directamente, “sin necesidad de concurso”, mediante los instrumentos de planeamiento previstos en

la legislación urbanística [disposición transitoria primera, apartado b)]. No obstante, este precepto fue eliminado en la modificación de la citada ley, introducida por la Ley 10/2003, de 20 de mayo.

11. PAREJO, *op. cit.*, p. 163.

12. Artículo 153 de la LS76, el único precepto, salvo error, que menciona al “convenio”. No lo hacen los preceptos concordantes del Reglamento de gestión urbanística y, en particular, el artículo 227, lo que resulta significativo de la resistencia a calificar esa relación o, quizá, de las dudas sobre su naturaleza jurídica.

resulta evidente su cobertura bajo el título que descansa en el artículo 149.1.1 de la CE.” [FJ 14.c)]

Tiene interés subrayar que el Tribunal Constitucional parte de la consideración de las obras de urbanización como obras públicas para afirmar el carácter público de la dirección y control de su ejecución y no al revés. El planteamiento es correcto, pues, si las obras de urbanización fueran privadas, no estaría justificada, en principio, la atribución a la Administración de las facultades de dirección y control sobre ellas.

Tras la STC 61/1997, la Ley estatal 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones, ya no regulaba la gestión urbanística, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LS76 y el propio Reglamento de gestión urbanística de 1978 (RGU). No obstante, la citada ley contenía un precepto (artículo 4.3) en el que se ha querido ver una cobertura genérica a la actuación a través de urbanizador, ya que se ordenaba a la Administración actuante promover la participación de la iniciativa privada “aunque ésta no ostente la propiedad del suelo”. Pero esa disposición se refería a “los supuestos de actuación pública”, de lo que parece deducirse que en los de actuación privada no tendría cabida, en principio, el urbanizador no propietario, puesto que la ejecución de las obras correspondería a éstos, como un derecho y un deber legal, salvo, lógicamente, cuando se aplicase el sistema de expropiación.

La vigente Ley estatal de suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo, en adelante LS07) califica expresamente la ordenación territorial y urbanística como funciones públicas (artículo 3). Su regulación no compete al legislador estatal, pues son materias de competencia autonómica exclusiva, pero la Ley estatal las caracteriza mediante una serie de notas,¹³ entre ellas el respeto a unas garantías mínimas por parte de la legislación autonómica (artículo 3.2):

a) La dirección y el control por las administraciones públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o

13. Las cinco siguientes: a) no son “susceptibles de transacción”; b) determinan las facultades y deberes del derecho de propiedad, pero sin que esta determinación confiera derecho a indemnización; c) su ejercicio “deberá ser motivado”; d) la legislación autonómica que las regule debe satisfacer una serie de garantías mínimas, y e) se debe fomentar la participación privada en la gestión pública urbanística.

14. Hace referencia a la competencia para la aprobación de los proyectos de obras, atribuyéndola al Alcalde [artículo 21.1.o)] o al Pleno [artículo 22.2.ñ)], según los casos, en los municipios de régimen común, pero es llamativo que nada diga al respecto en el régimen especial de los municipios de gran población. Lo es más aún que no establezca regulación sustantiva alguna de estos proyectos. Tampoco lo hace la legislación autonómica de régimen local, que suele prestar alguna atención a los “servicios”, pero muy poca a las obras.

edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos y privados.

b) La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos en los términos previstos por esta ley y las demás que sean de aplicación.

c) El derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas. En consecuencia, en el marco de esta ley sigue siendo válida la consideración de las obras de urbanización como obras públicas formulada por la STC 61/1997 precisamente en relación con la dirección y control públicos de la gestión urbanística.

2.6. Legislación de régimen local

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), no regula las obras de urbanización ni tampoco las municipales ordinarias.¹⁴ Las únicas referencias de rango legal se encuentran en el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL), aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que mantiene la clasificación de las obras establecida por la Ley de régimen local de 1955. Conforme a su artículo 89, “las obras municipales podrán ser de urbanización u ordinarias”, añadiendo que “las primeras se rigen por la legislación urbanística”. Las segundas parece que se rigen por los escasos preceptos que el TRRL les dedica.¹⁵ Lógicamente esta regulación debe completarse con los preceptos aplicables de la legislación de contratos de las administraciones públicas (hoy, LCSP).

La legislación autonómica de régimen local no aporta, en general, datos relevantes sobre esta materia. O bien no aborda en absoluto la cuestión o lo hace reproduciendo casi literalmente o con pequeños matices la regulación contenida en el TRRL.¹⁶ La

15. En ellos se regula: a) la documentación exigible (planos, presupuesto y memoria: artículo 90); b) la remisión al procedimiento legalmente establecido para su aprobación (artículo 93), y c) la legitimación expropiatoria de las obras comprendidas en los planes de obras y servicios locales (artículo 94, cuya redacción suscita la duda de si dicha legitimación va unida a la aprobación del plan o a la del propio proyecto).

16. Lo primero ocurre en Madrid (Ley 2/2003, de 11 de marzo, de administración local), Canarias (Ley 4/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las administraciones públicas), Castilla y León (Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local), Castilla-La Mancha (Ley 3/1991, de 14 de marzo) y Murcia (Ley 6/1988, de 25 de agosto, de régimen local). Lo segundo es lo característico de Aragón (Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local, artículos 229-232), Cataluña (Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local: artículo 218), Galicia (Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local, artículos 290-294), Navarra (Ley

regulación más completa de las obras locales ordinarias se encuentra en el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de las entidades locales (ROAS, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio). Esta importante disposición dedica todo un título (el I) a la regulación de las citadas obras, manteniendo la distinción tradicional entre ordinarias y de urbanización (artículo 9.1). Estas últimas son las que “tengan este carácter de acuerdo con la legislación urbanística”, por la que se rigen (artículos 9.2 y 10.2). Las demás se considerarán obras ordinarias, “ya sean ejecutadas con los propios fondos de la entidad local o con la ayuda de otros entes públicos o de particulares” y se rigen por la normativa de régimen local, es decir, en sustancia, por el propio Reglamento (artículos 9.3 y 10.2).

Las obras ordinarias se clasifican en tres grupos: a) de primer establecimiento, reforma o gran reparación; b) reparaciones menores, y c) conservación y mantenimiento (artículo 12.1). La clasificación es relevante para determinar la regulación aplicable a los proyectos (en concreto, la documentación exigible), que el Reglamento establece con bastante detalle (artículos 24 y ss. para los proyectos de obras ordinarias de primer establecimiento, reforma o gran reparación; artículo 34 para las reparaciones menores, y artículo 35 para las de conservación y mantenimiento). En cuanto a las modalidades de ejecución, a las tradicionales de “administración” y “contrata” se añade la concesión mixta de obra y servicio con la colaboración de los particulares (constituidos en asociaciones administrativas de contribuyentes) y la colaboración con otras administraciones de forma consorciada o mediante convenio (artículo 48.2). En estos dos últimos supuestos parece que se excluye la concurrencia, lo que plantea el problema de su compatibilidad con la normativa europea de contratación. Esta cuestión será abordada más adelante, al tratar de los convenios urbanísticos.

2.7. Recapitulación

En la legislación administrativa española, desde la segunda mitad del siglo XIX, está firmemente asentada la consideración de las obras de urbanización como obras públicas, así como la regla de que su eje-

cución se debe llevar a cabo por contrata, adjudicada en subasta pública, salvo que los propietarios asuman su ejecución en virtud de las previsiones legales aplicables. La misma consideración de obras públicas tienen, tras algunas vacilaciones, las obras municipales ordinarias, que, conforme a la legislación urbanística, también pueden tener por objeto la urbanización, aunque no en el marco de actuaciones integradas o sistemáticas, sino normalmente para la realización de actuaciones aisladas. Esta naturaleza pública de las obras de urbanización, que ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional en el marco de la LS92, atrae necesariamente su régimen al de la legislación de contratos públicos. No obstante, hay excepciones derivadas de la intervención de los propietarios en su condición de tales y también puede haberlas en virtud de convenios de colaboración con otras entidades públicas o con particulares.

Los supuestos típicos de ejecución mediante contrato son los siguientes:

–En la legislación de reforma interior, las obras se ejecutaban en virtud de concesión, cuyo adjudicatario, a la vez beneficiario de la expropiación, asumía la condición de urbanizador, actividad que aquí no se configura como accesoria para el ejercicio del derecho de propiedad, en contraste con la legislación de ensanche, que atribuyó una primacía evidente a los propietarios para la ejecución de las obras correspondientes. La posibilidad de otorgar concesiones de obra urbanizadora en el marco de la expropiación con fines urbanísticos se ha mantenido hasta hoy.

–En la LS56 el urbanizador no propietario podía aparecer tanto en la gestión pública como en la privada, aunque en ésta los propietarios mayoritarios (60% de la superficie) tenían un derecho preferente. El urbanizador siempre era seleccionado previa licitación, mientras que los propietarios mayoritarios tenían derecho a la adjudicación directa si solicitaban la excepción licitatoria. Además, en caso de licitación, tenían derecho de retracto sobre la adjudicación provisional.

–En la LS76, el desarrollo del suelo no urbanizable programado, en virtud de los correspondientes programas de actuación urbanística (PAU), suponía, por una parte, el desplazamiento de los propietarios, que no tenían un derecho a la transformación de estos

foral 6/1990, de 2 de julio, actualizada por la Ley foral 11/2004, de 29 de octubre, artículos 214 y 215) y La Rioja (Ley 1/2003, de 3 de marzo, de administración local, artículos 226 y ss.). Este segundo conjunto de leyes autonómicas clasifica las obras en los dos grupos de obras de urbanización y ordinarias. Las primeras se remiten a la legislación urbanística, aunque en alguna ocasión se precisa que deben estar comprendidas en el correspondiente proyecto de urbanización (La Rioja, artículo 226.3 de la Ley 1/2003). De las ordinarias se regula, en la

misma línea del TRRL y en ocasiones con menor detalle, los documentos del proyecto (que algunas leyes remiten a lo establecido en la legislación de contratos) y la legitimación expropiatoria implícita en su aprobación. También domina la configuración de las obras en relación instrumental respecto de los servicios, de modo que aquéllas son las necesarias para la prestación de los servicios de competencia de estas entidades.

terrenos y, por otra, la consagración del concurso como mecanismo normal de selección del urbanizador, con independencia de que el PAU se formulase a iniciativa pública o privada.

—En la legislación de régimen local, la ejecución de las obras municipales ordinarias se lleva a cabo igualmente conforme a lo establecido en la legislación de contratos administrativos. La de las obras de urbanización se remite a la legislación urbanística, lo que implica también, en general, el sometimiento a la normativa de contratos, salvo los supuestos en que sea asumida directamente por los propietarios.

En los epígrafes siguientes se examinará con más detalle el estado de la cuestión en el marco de la LCSP. Antes, debemos examinar otra faceta muy importante: la aplicación de la legislación de contratos públicos a los convenios urbanísticos.

3. ¿Los convenios urbanísticos son contratos públicos?

3.1. Urbanismo convencional y urbanismo legal: los riesgos de elusión de la concurrencia¹⁷

La celebración de convenios en el ámbito urbanístico se difundió en la práctica, especialmente durante los años 80, pese a su falta de cobertura normativa. Ni la LS76 ni la LS92 los regulaban. La primera regulación fue, salvo error, la de la Ley valenciana 4/1992, sobre el suelo no urbanizable (disposición adicional cuarta).¹⁸ Posteriormente, con carácter más sistemático los reguló la Ley foral 10/1994, de ordenación del territorio y urbanismo (artículos 140-142), seguida por otras leyes autonómicas. En la actualidad, casi todas estas leyes regulan con mayor o menor detalle esta figura. Bajo el rótulo de “convenios urbanísticos” se distinguen los de “planeamiento”, cuyo objeto es la modificación de la ordenación, y los de “gestión”, cuyo objeto es la fijación de las condiciones en que ésta haya de llevarse a cabo, sin alterar la ordenación (un supuesto típico de convenio de gestión es el que tiene por objeto concretar el cumplimiento del deber legal de cesión de aprovechamiento). Algunas

leyes permiten que el convenio se convierta en modalidad de ejecución *sui generis*, en sustitución de los sistemas de actuación (Navarra, La Rioja y Madrid).

Aunque en ambas modalidades exista el riesgo de tratamientos discriminatorios, es en los convenios de planeamiento donde esos riesgos se acentúan, en la medida en que el convenio puede servir para hacer un urbanismo “a la carta”, favoreciendo más o menos abiertamente a determinados propietarios o entidades o, sencillamente, dando cauce a la más cruda arbitrariedad municipal. Sin embargo, los convenios no parecen haber constituido un especial motivo de preocupación durante los años 80 y 90 del pasado siglo, pese a que en la práctica se hiciera un uso cada vez más abusivo de esta técnica convencional, dando acogida a compromisos de todo tipo, hasta llegar al paroxismo en el caso de Marbella, donde, bajo un gobierno municipal corrupto, el convenio sustituyó pura y simplemente al planeamiento.

A mi juicio, si hay un urbanismo “legal”, que objetiva los derechos y deberes de los propietarios y promotores, no puede quedar desvirtuado por un urbanismo “convencional” hecho a la medida de los interesados o a capricho del ayuntamiento. De poco sirve que se sepa quiénes son los favorecidos por las decisiones de la Administración que suponen un cambio de ordenación, como pretende ahora, algo ingenuamente, el nuevo artículo 70.ter, apartado 3, de la LBRL, en la redacción introducida por la LS07 (disposición adicional 9). Hay que evitar que la ordenación urbana sea el resultado de una serie de acuerdos bilaterales, sin visión de conjunto y “a la carta”, con un tratamiento diferente de los implicados.¹⁹

Las consecuencias indeseables de este “panconvencionalismo” han motivado reacciones de distinta intensidad en la legislación autonómica. Así, en Andalucía se ha prohibido que la Administración perciba las cantidades estipuladas en los convenios de planeamiento mientras no sea aprobado el instrumento correspondiente y, si las percibe, no puede disponer de ellas hasta que recaiga dicha aprobación.²⁰ En varias comunidades (Aragón, Navarra, La

17. El contenido de este apartado forma parte de un trabajo más amplio del autor titulado “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, de próxima publicación en el número del *Anuario de la Facultad de Derecho* de la UAM dedicado a “Urbanismo y corrupción” y en el libro homenaje al profesor M. Bassols.

18. Se ha querido encontrar la cobertura de estos convenios en el artículo 88 de la LRJPAC, que regula la terminación convencional del procedimiento. Pero esta opinión no tiene en cuenta que ese artículo no autoriza por sí solo esa modalidad de terminación, sino que exige una previsión expresa en la legislación correspondiente

(“con el alcance, efectos y régimen jurídico que en cada caso prevea la disposición que lo regule”).

19. En la doctrina reciente se ha manifestado favorable a la supresión de estos convenios B. LOZANO CUTANDA, “Urbanismo y corrupción: Algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, en *RAP*, 172, enero-abril de 2007, p. 359.

20. Nuevo apartado 3 del artículo 30 de la Ley 7/2002, de ordenación urbanística de Andalucía, añadido por el artículo 24.3 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo.

Rioja, País Vasco), se ha establecido que en los convenios de ordenación “el ayuntamiento conservará en todo caso la plenitud de su potestad de planeamiento por razones de interés público” y que “si finalmente no se aprobara definitivamente el cambio de planeamiento, el convenio se entenderá automáticamente resuelto”.²¹ La legislación aragonesa y la riojana salvan “las indemnizaciones que pudieran proceder”, mientras que la navarra y la vasca nada dicen, lo que parece apuntar a la exclusión de la indemnización en tales casos. Una formulación intermedia se encuentra en la legislación valenciana, que excluye la indemnización “salvo que el cambio de criterio que determinara la imposibilidad de cumplimiento le fuera imputable (a la Administración) y no se justificara suficientemente en razones objetivas de interés público”.²² En esta legislación se ha dispuesto un régimen específico para los convenios de planeamiento, exigiendo la justificación de “la conveniencia de lo estipulado para el interés general y su coherencia con el modelo y estrategia territorial del municipio”, así como, en su caso, con la programación prevista en el planeamiento. Pero la reacción más radical se ha producido en Madrid, donde, en virtud de una Ley de medidas urgentes de modernización del gobierno y la administración (Ley 3/2007, de 26 de julio), se han prohibido los convenios de planeamiento, “para fortalecer la independencia de los ayuntamientos y garantizar mejor la transparencia de todas las decisiones urbanísticas”, según explica el preámbulo de la Ley.²³

La LS07 no ha ido tan lejos. Contiene una afirmación de la que podría deducirse la misma conclusión:

21. Aragón: artículo 83.3 de la Ley de urbanismo (Ley 5/1999); Navarra: artículo 24.3 de la Ley foral 35/2002, de ordenación del territorio y urbanismo; La Rioja: artículo 115.3 de la Ley 5/2006, de ordenación del territorio y urbanismo; País Vasco: disposición adicional séptima, apartado 5, de la Ley 6/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo.

22. Disposición adicional cuarta de la Ley urbanística valenciana (Ley 16/2005, de 30 de diciembre).

23. Nueva redacción del artículo 245 de la LSM introducida por el artículo 18 de la Ley 3/2007, de 26 de julio:

“son nulos de pleno derecho los convenios urbanísticos de planeamiento, así como cualquier convenio o acuerdo, cualquiera que sea su denominación, que tenga por objeto definir los criterios de ordenación del futuro planeamiento urbanístico, o lo condicione de alguna forma mediante estipulaciones que establezcan la obligación de hacer efectivos, antes de la aprobación definitiva, los deberes legales de cesión y, en su caso, los convenidos entre las partes que establezcan obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados.”

Este último inciso es reflejo de la prohibición que en tal sentido establece la nueva LS, como se explica después en el texto. Pero ocurre que en la Comunidad de Madrid no tiene mucho sentido, al haberse suprimido la figura del urbanizador (artículo 17 de la Ley

que la ordenación territorial y urbanística son funciones públicas “no susceptibles de transacción”. Tomada al pie de la letra, esta redacción parece implicar la prohibición de convenios urbanísticos (al menos, los de planeamiento) y así podría ser interpretada. Pero es evidente que no ha sido ése el propósito perseguido por el legislador. Así lo prueba la referencia a los convenios en diversos artículos (artículos 11.1 y 16.3). Ahora bien, si los convenios son admisibles, ¿qué significa que estas funciones no son “susceptibles de transacción”?²⁴

Al margen de estas dudas sobre el alcance de la prohibición de transigir, la Ley quiere reforzar la transparencia de los convenios urbanísticos, obligando a someterlos a información pública y a su posterior publicación “en la forma y con el contenido que determinen las leyes” (artículo 11.1). Además, se exige ahora la aprobación por el Pleno municipal (o la Asamblea vecinal, en el régimen de Concejo Abierto) de los convenios de planeamiento y las permutas de bienes inmuebles (disposición adicional novena). Sin embargo, esta novedad no afecta a los municipios de gran población, ya que sólo se ha modificado el artículo 22.2 de la LBRL, que se refiere a las competencias del Pleno en los municipios de régimen común.

El problema más importante desde la óptica de esta ponencia es si, además de la publicidad, también es exigible a los convenios la aplicación del principio de concurrencia. La práctica demuestra que en la inmensa mayoría de los casos el convenio persigue precisamente lo contrario, es decir, la elusión de la concurrencia.²⁵ Ello puede estar justificado en algu-

3/2007), que es quien, hipotéticamente, podría celebrar esos convenios en perjuicio de los propietarios.

24. La prohibición de transigir, tradicional en el ámbito de la Hacienda pública, se mantiene hoy en la Ley general presupuestaria de 2003 (artículo 4.3) y en la Ley del patrimonio de las administraciones públicas (LPAP) del mismo año, en iguales términos (artículo 31). El artículo 77.1 de la LJCA prevé la posibilidad de terminación del procedimiento contencioso-administrativo mediante la llamada “conciliación judicial” cuando el juicio se promueva sobre “materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad”. Ahora bien, no parece que ése sea el significado de la prohibición de transigir en el contexto de la nueva Ley de suelo. Parece más bien que se trata de una reiteración del principio de irrenunciabilidad de la competencia (artículo 12.1 de la LRJPAC). Si esta hipótesis es correcta, se trataría de una reiteración innecesaria, con el inconveniente añadido de que suscita, también innecesariamente, el problema de la admisibilidad de los convenios.

25. Es cierto que hay casos en que el convenio formaliza el resultado de un proceso de concurrencia competitiva, como ocurre en algunas leyes autonómicas que han previsto la formalización de la adjudicación de la actuación urbanizadora mediante convenio urbanístico. Sobre esto, véase lo que se dice en el epígrafe 4.

nos casos (típicamente convenios de colaboración entre entidades públicas), pero no en otros muchos. En los convenios urbanísticos la concurrencia debería exigirse, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con ella, lo que debería justificarse en el expediente y, por tanto, ser objeto de la información pública y publicidad preceptivas. En otras palabras, la celebración de convenios urbanísticos con particulares sin concurrencia debería ser excepcional (lo mismo que la adjudicación por procedimiento negociado) y, por ello, necesitada de una específica justificación. Con este criterio, es previsible que el número de convenios se redujera drásticamente.

3.2. Sobre la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos: doctrina jurisprudencial

La LCSP [artículo 4.1, letras c) y d)], como antes la LCAP [artículo 3.1, letras c) y d)], excluye de su ámbito de aplicación los convenios de colaboración entre entidades públicas, así como los suscritos entre éstas y las personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado. La exclusión general del primer grupo de convenios del ámbito de la LCAP motivó la interposición por la Comisión de un recurso de incumplimiento contra España, considerando que suponía una adaptación incorrecta de las directivas, habida cuenta de que algunos de esos convenios podían tener naturaleza contractual.²⁶ El recurso fue estimado por la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, a consecuencia de la cual, por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, se dio nueva redacción a la letra c) del artículo 3.1 de la LCAP, restringiendo la exclusión a los convenios interadministrativos que versen sobre materia que “no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.1 y 203.2”. En la LCSP la redacción del supuesto se ha simplificado, excluyéndose de su ámbito estos convenios “salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta ley”. El resultado

es, obviamente, que no basta la denominación de “convenio” para excluir del ámbito de la ley un determinado acuerdo de voluntades entre entidades públicas. Habrá que justificar que su contenido no es el propio de alguno de los contratos regulados en la Ley, pues, si lo fuera, sería aplicable la normativa correspondiente, sin posibilidad de acudir al convenio. Por lo demás, los principios de la LCSP (como antes los de la LCAP) son de aplicación supletoria para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse sobre estos convenios (artículo 4.2 de la LCSP).

Lo mismo ha de decirse del segundo grupo de convenios, es decir, los suscritos con particulares. Respecto de ellos, ya la redacción originaria de la LCAP puntualizaba que se excluían “siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales”. La misma redacción se ha mantenido en la LCSP.

La STS de 2 de julio de 1994 (RJ 1994/6673) declaró que, de acuerdo con la legislación vigente a la sazón (la LCE de 1964), a estos convenios les eran aplicables supletoriamente las reglas del contrato de gestión de servicios públicos.²⁷ La naturaleza contractual de los convenios se afirma rotundamente en la STS de 6 de febrero de 2007 (RJ 2007/3308), según la cual “con independencia de algunas peculiaridades propias de este tipo de convenios –en particular que la potestad del planeamiento no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados (STS de 29.01.1991 y 15.03.1997 [RJ 1997, 1677], entre otras)–, los convenios urbanísticos no son sino verdaderos contratos para los cuales es exigible los requisitos esenciales del artículo 1261 del CC de consentimiento, objeto y causa (STS de 30.04.1979 y 13.07.1984)”. La consecuencia es que “cuando se produce alguna quiebra del convenio o contrato en aspectos que no afectan a su esfera jurídico-administrativa, ningún obstáculo se aprecia para que se aplique la doctrina del Derecho común en materia de contratos”.

Esta tesis contrasta con la mantenida por el alto tribunal en otras (muy pocas) ocasiones, en las que ha intentando distinguir entre el convenio (convención)

26. Sobre esta cuestión y, en general, sobre la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en la normativa urbanística española, véase D. CÓRDOBA CASTROVERDE, “Influencia de la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación pública sobre el urbanismo”, en *Estudios sobre urbanismo (análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*, coordinado por A. Arroyo Gil, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2007, p. 193 y ss.

27. “A estos convenios de colaboración, que tienen por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público [redacción dada por la Ley de 17 de marzo de 1973], les

son aplicables supletoriamente, según el segundo inciso del último párrafo del artículo 2 de la Ley de contratos del Estado, las reglas sobre efectos del contrato de gestión de servicios públicos, contenidas en el capítulo V del título II de esta misma ley y en los artículos 217 a 222 del Reglamento general para la aplicación y desarrollo de dicha Ley de contratos del Estado, por lo que los actos administrativos que deciden sobre su existencia y cumplimiento son impugnables ante esta jurisdicción contencioso-administrativa, según establecen concordadamente los artículos 19 de la citada Ley de contratos del Estado, 54 de su Reglamento, y 3.a) de la Ley jurisdiccional.”

y el contrato, aunque sin mucha precisión.²⁸ Así, la STS de 9 de marzo de 2001 (RJ 2001/2736) afirma que:

“Lo que acontece es que, como también dijimos en la sentencia expresada, la figura de los convenios urbanísticos aconseja tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la entidad mercantil que lo concierne, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura, por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. No lo hacen en su naturaleza jurídica, que sigue siendo la de un simple convenio ajeno a ellas.” (FD 4)

En la STS de 27 de diciembre de 2005 (RJ 2006/4276) el alto tribunal lleva a cabo un análisis detallado de las estipulaciones del convenio para llegar a la conclusión de que, pese a su denominación, no puede considerarse tal, ya que en realidad se trata de un contrato administrativo típico (concesión de obra pública), que debe someterse a las prescripciones de la LCAP, “porque no puede ser objeto de convenio el que no se aplique el ordenamiento jurídico vigente”.²⁹ La sentencia excluye la consideración como convenio de colaboración del artículo 3.2.d) de la LCAP, ya que el mismo precepto excluye tal posibilidad cuando el objeto de los mismos “esté comprendido en los contratos que regula esta ley o en normas administrativas especiales”. Y en el caso concreto

28. Éste es un problema teórico tan viejo como difícil. En Alemania está ligado a la distinción entre la *Vereinbarung* (unidad de voluntades que crea una voluntad común) y el *Vertrag*, que crea una mera vinculación de voluntades, cada una con un fin diferente. Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, “Los convenios entre comunidades autónomas”, IEAL, Madrid 1982, p. 83 y ss. Más recientemente J. M.^o RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Convenios entre administraciones públicas”.

29. “Expone la entidad recurrente, desde su punto de vista, el contenido y razón de ser de los convenios de planeamiento, señalando al respecto que, en el caso de autos, ‘no hay sólo ni propiamente un contrato mixto, hecho con elementos de obra y (mas aún) de servicio. Tampoco estamos ante una concesión demanial en sentido estricto. Más bien se trata de un conjunto de contraprestaciones que, puestos a tener un encaje, entrarían en la noción residual de convenio de colaboración que el artículo 3 de la LCAP, en sus versiones de 1995 y 2000, excluye de su propio ámbito’. La recurrente mantiene que la utilización de la expresión ‘adjudicación’, que se contiene en el apartado 3 [que se anula] del acuerdo impugnado, lo es en un sentido amplio y coloquial, añadiendo que ‘en realidad, al no existir contrato administrativo en sentido estricto, tampoco se da la adjudicación como tal’, pues ‘lo único que se hizo en ese punto

enjuiciado, se trata de un contrato administrativo típico, la concesión de obra pública.

Esta sentencia es buena prueba de que no basta la calificación como convenio de colaboración para excluir el acuerdo del ámbito de aplicación de la LCSP. Hay que acreditar que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la citada ley, en cuyo caso es obligada su aplicación. Si se hiciera este ejercicio, muchos de los convenios que se suscriben carecerían de apoyo legal. A continuación, examinaremos el supuesto típico en que se ha planteado este problema, que es el de la calificación como “convenio” de la relación entre la Administración actuante y el agente urbanizador.

4. La ejecución del planeamiento a través del urbanizador: el debate sobre la naturaleza de su relación con la Administración

4.1. La legislación valenciana: del convenio de gestión al contrato administrativo especial³⁰

4.1.1. La Ley de 1994, reguladora de la actividad urbanística

La Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística de la Comunidad Valenciana (LRAU), explica en su extensa y densa exposición de motivos (III) su propósito de formular “una alternativa al sistema vigente en su dimensión propiamente urbanística”, respetando las “coordenadas que el legislador estatal ha reclamado para su propia competencia”. Esta “nueva orientación” presupone que “al propietario de terrenos, en cuanto tal, no le es exigible razonablemente que asuma el papel protagonista que le atribuyó la legislación histórica”, ya que “la actividad

tercero del acuerdo de 14 de mayo de 1997 fue puntualizar que, quien debía construir y explotar la plaza de toros era el que estaba facultado también para hacerse cargo del resto del centro’.

“No puede aceptarse tal planteamiento, por cuanto a la vista de lo actuado la aplicación de la normativa en materia de contratación pública resulta evidente, debiendo confirmarse lo decidido por la sala.

[...] El citado convenio tiene su fundamento y apoyo en el principio de libertad de pactos previsto en los artículos 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC) y 4 de la LCAP, sin perjuicio de las limitaciones que en el mismo se contienen en relación con el interés público, con el ordenamiento jurídico o con los principios de la buena administración. En tal sentido debemos recordar como la sala pone de manifiesto que los convenios suscritos por el Ayuntamiento ‘no justificarían la exclusión de la normativa de contratación, sino que determinaría la anulación del convenio porque no puede ser objeto de convenio el que no se aplique el ordenamiento jurídico vigente’.”

30. Para un estudio detallado de esta materia, deben consultarse los trabajos contenidos en el número 261-262 de la revista *Documentación Administrativa*.

urbanística es una función pública cuya responsabilidad debe reclamarse a los poderes públicos y no a los propietarios de los terrenos". Esa actividad, "sin perjuicio de su carácter público, es también una típica función empresarial". Lo primero implica que "el agente ejecutor del plan sea siempre un agente que actúa, jurídicamente, asumiendo la calificación de agente público". Lo segundo, que, sin perjuicio de la ejecución directa por la Administración (a través de empresas públicas), ésta "puede gestionar indirectamente el planeamiento adjudicando el protagonismo activo a una empresa (seleccionada en pública competencia) en la que delegue esa responsabilidad", reservándose la ejecución y supervisión.

Éste es, sin duda, el rasgo más notable de la LRAU: la configuración de la ejecución de la urbanización por empresas privadas como gestión indirecta de una función pública. Esta configuración era coherente con lo dispuesto en la LS92, según la cual, como hemos visto, "la dirección y control de la gestión urbanística corresponde, en todo caso, a la Administración urbanística competente", sin perjuicio de que pueda "ser asumida directamente por ésta, o encomendarse a la iniciativa privada o a entidades mixtas" (artículo 4.1 y 2). Esta consideración como función pública de la dirección y control de la gestión urbanística sería plenamente respaldada por la STC 61/1997, como también hemos puesto de relieve.

La peculiaridad de la LRAU residía en la eliminación de los sistemas de actuación: la ejecución de la urbanización podía ser asumida por la propia Administración (gestión directa) o adjudicarse a un particular, propietario o no del terreno, seleccionado en pública competencia como gestor indirecto de la actuación. El urbanizador se configuraba así como el agente público responsable de ejecutar cada actuación integrada (sistemática), que debía ser objeto del correspondiente programa (PAI), en régimen de gestión indirecta (artículo 29.6). El programa regulaba las relaciones entre los propietarios y el urbanizador desarrollando las bases establecidas en la propia Ley (artículo 29.9). En esta modalidad de ejecución por gestión indirecta, la relación entre la Administración y el urbanizador se perfeccionaba mediante la adjudicación y se formalizaba mediante convenio, que formaba parte de la documentación del programa y en el que debían constar los compromisos asumidos por ambas partes [artículos 29.6 y 32.C)].

La selección del urbanizador se llevaba a cabo mediante procedimiento en el que cualquier interesado podía presentar alternativas sobre la propuesta de programa elaborada bien de oficio o bien por un particular (artículo 44). En este último caso, quien hubiera formulado la iniciativa técnica original tenía derecho a subrogarse en el lugar del adjudicatario elegido, asumiendo y garantizando los mismos compromisos, garantías y obligaciones impuestos a éste, salvo en el caso de que el primer adjudicatario hubiere sido seleccionado atendiendo a las mayores posibilidades de colaboración de los propietarios afectados (artículo 47.5). En la misma línea de favorecer a quien presentó la iniciativa se establecía un régimen de adjudicación preferente, con el fin de "fomentar la elaboración de iniciativas de programas por los particulares e incentivar su inmediata ejecución" (artículo 50.1). Esta regulación mereció el aval de un sector doctrinal, con el argumento de que "el sistema no podría funcionar, como es evidente, si la Ley no reconociera al autor de esa iniciativa el derecho a subrogarse en el lugar de ese mejor postor y obtener así la adjudicación final del programa", ya que "¡Nadie acepta trabajar para que otro se lleve el resultado de su trabajo!"³¹ Sin embargo, ha sido abandonada en la nueva Ley urbanística valenciana, como se verá después.

La regulación de la LRAU fue seguida, en sustancia, en Castilla-La Mancha,³² cuya legislación configura también la posición jurídica del agente urbanizador como gestión indirecta de una función pública (artículo 96.2 en relación con el 8.3), "por cuenta de la Administración actuante y según el convenio estipulado" (artículo 117.1 del TRLOTAU). La regulación del urbanizador en la LRAU sirvió, asimismo, de referencia a otras leyes autonómicas que configuraron esta modalidad de ejecución como un sistema más a añadir a los tradicionales o lo integraron en alguno de ellos. Algunas de estas leyes prevén la formalización de la relación mediante "convenio urbanístico", como veremos después (en este epígrafe, apartado 2) al tratar de la regulación del agente urbanizador en otras leyes autonómicas.

4.1.2. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del convenio de gestión

La naturaleza jurídica del "convenio" que rige las relaciones entre el urbanizador y la Administración

31. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto Proyecto Scala 2001) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 4, 2001, p. 128.

32. Ley 2/1998, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística, modificada por la Ley 1/2003, de 17 de enero, sustituidas por

el Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, TRLOTAU, aprobado por el Decreto legislativo 1/2004, de 28 de diciembre.

en la LRAU y en la LOTAU ha sido discutida, especialmente desde la óptica de su sometimiento o no a la legislación de contratos de las administraciones públicas. Para un sector doctrinal no tiene naturaleza contractual, sino que se trata de un convenio de colaboración expresamente excluido del ámbito de aplicación de la LCAP³³ o de un supuesto de terminación convencional del procedimiento conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LRJPAC.³⁴ Otros autores han mantenido la naturaleza contractual del convenio y, por consiguiente, su plena inserción en el ámbito de la LCAP.³⁵ El propio TRLOTAU apunta en esta dirección al establecer en su artículo 125, párrafo primero, que:

“Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora se regirán por lo dispuesto en esta ley y, en el marco de la misma, en los planes, el propio Programa y los actos adoptados para su cumplimiento, así como, supletoriamente, por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos de la legislación reguladora de la contratación de las administraciones públicas.”

Las vacilaciones doctrinales sobre la naturaleza de la relación entre la Administración y el urbanizador se reflejan en la jurisprudencia. Es muy significativa la disparidad de criterios en el seno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Una de sus secciones ha mantenido la naturaleza contractual administrativa de esa relación y, por consiguiente, su plena inserción en la LCAP, mientras que otra, con la misma rotundidad, ha sostenido la exclusión de esa relación del ámbito de dicha legislación.

Como muestra de la primera corriente puede citarse la STSJ de la Comunidad Valenciana 1322/2002, de 1 de octubre (RJCA 2003/350). La sentencia parte de la base de que el urbanizador “en cuanto gestiona indirectamente una función pública, en cuanto desarrolla una actividad que es de servicio público, participa de la condición de concesionario de un servicio público”. En apoyo de esta tesis, cita entre otros preceptos el artículo 125 de la LOTAU. Sin embargo, declara rotundamente que “a juicio de esta sala, la conexión que existe entre el urbanizador y el Programa no puede justificar que, en aras de la competencia que la comunidad autónoma ostenta en mate-

ria de urbanismo, la regulación del urbanizador quede desvinculada de la legislación básica en materia de contratos” (FD 5). A continuación, aborda la cuestión de la naturaleza de esa relación contractual, para concluir que, de acuerdo con la normativa comunitaria, “nos encontramos ante un contrato de obra, puesto que el poder adjudicador es una administración pública, la obra es de urbanización (actividad contemplada en el anexo II de la Directiva) y [...] el urbanizador se compromete con la Administración a ejecutar la actuación urbanística” (FD 6). La conclusión es que la primacía del Derecho comunitario excluye la aplicación de la legislación urbanística autonómica (en el caso, la Ley valenciana 6/1994, reguladora de la actividad urbanística, LRAU).

La misma doctrina se reitera en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 156/2003, de 5 de febrero (RJCA 2004/358, FD 3), 515/2003 (JUR 2003/245616), 1154/2003 (JUR 204/223006) y 405/2005 (JUR 2005/208026). Esta última da a entender que se trata de un contrato de concesión de obra pública, si bien afirma con cierta ambigüedad que “la ejecución urbanística concedida por el Ayuntamiento de V., mediante la resolución atacada, reúne las características de una obra pública, y tiene los caracteres propios de un contrato de obra” (FD 2).

La otra tendencia del propio Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que rechaza que, en el marco de la LRAU, estén sujetas a la legislación de contratos de las administraciones públicas la selección del urbanizador y la ejecución de las obras de urbanización, se refleja en la sentencia 516/2005, de 13 de mayo (JUR 2005/163957), según la cual:

“Cuarto. En primer lugar debe advertirse que la LRAU no sujeta a los requisitos de la Ley de contratos de las administraciones públicas –salvo la remisión supletoria que se contiene en su artículo 29.13– ni la ejecución de las obras de urbanización, ni la selección del agente urbanizador, y así lo estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de julio de 2002, por lo que deben rechazarse cuantos argumentos se esgrimen, respecto de este punto, por la parte recurrente, para cuestionar el procedimiento de selección de agente urbanizador y la idoneidad de éste. Nos hallamos, en definitiva, no tanto en el ámbi-

33. Esta tesis en M. VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística”, DA, 261-262, septiembre de 2001-abril de 2002, p. 231 y ss.

34. L. PAREJO ALFONSO y F. BLANC CLAVERO, “Derecho urbanístico valenciano”, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1999, p. 395.

35. Así, J.M. GIMENO FELIU, “Actividad urbanística y contratos públicos: La lógica de la publicidad y concurrencia en las infraes-

estructuras públicas”, en *El nuevo régimen del suelo*, editada por G. García Álvarez, monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, IX, Zaragoza, 2007, p. 162 y ss. Del propio GIMENO FELIU sobre el mismo tema y con el mismo contenido en lo sustancial, “El urbanismo como actividad económica y mercado público: La aplicación de las normas de contratación pública”, en RAP, 173, mayo-agosto de 2007, p. 63 y ss.

to de la contratación administrativa, cuanto ante el ejercicio por parte de los particulares de las facultades de redactar y promover proyectos de planes y programas, que vienen reconocidas por el artículo 2.5 de la LRAU, y se ejercitan en régimen de libre concurrencia (artículo 5.3)."

Hay un error (y también un abuso) en la cita de la STC de 16 de julio de 2002, pues se trata, sin duda, del ATC 133/2002, de la misma fecha, por el que se inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. El abuso consiste en que el Tribunal Constitucional en modo alguno declaró que no fuera aplicable la legislación de contratos a la selección del urbanizador. Sencillamente, no entró en la cuestión.

Con mayor rigor, la sentencia 1105/2005 del mismo Tribunal Superior de Justicia (JUR 2006/6060) hace una síntesis del estado de la cuestión, poniendo de relieve las disparidades existentes en la propia sala, para llegar a la conclusión de que "ni por las prestaciones y contraprestaciones son equiparables al urbanizador el contratista o concesionario de obras públicas o el gestor de un servicio público, no siendo, por tanto, aplicable, la normativa estatal tal como se pretende ni procediendo, por ende, el planteamiento de la duda de constitucionalidad que suscita la actora".³⁶

La STS de 22 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8279), pese a considerar "poco matizadas" algunas de las afirmaciones sobre la aplicación preferente de la legislación estatal de contratos sobre la urbanística autonómica, confirma la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2003, antes citada, una de la serie que mantiene el carácter contractual (y no convencional) de la relación entre la Administración y el urbanizador. El alto tribunal, sin entrar en los matices de la aplicación de

la ley autonómica, se limita a declarar que "la doctrina constitucional trascrita en el motivo no excluye, en modo alguno, que en la selección del urbanizador, y en las normas que la regulen, hayan de ser respetados los principios que inspiran las normas básicas estatales sobre selección del contratista; ni excluye tampoco, desde luego, que haya de ser respetado el Derecho comunitario europeo" (FD 5). Por otra parte, sienta la necesidad de un nuevo trámite de información pública cuando las alternativas presentadas difieran sustancialmente de la inicial, siguiendo el mismo criterio establecido para la necesidad de una nueva información pública en los expedientes de planeamiento.

Con mayor rotundidad, la STS de 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007/405) declara plenamente aplicables a la elección de la proposición más ventajosa para la adjudicación de los programas de actuación, prevista en el artículo 47 de la LRAU, los criterios establecidos en los artículos 87 y 89.2 de la LCAP. La STS de 27 de marzo de 2007 (RJ 2007/3149) mantiene el mismo criterio en lo relativo a las prohibiciones para contratar establecidas en el artículo 20 de dicha ley.

Las quejas presentadas contra la LRAU ante la Comisión Europea han obligado a ésta a pronunciarse sobre la adecuación a las directivas de contratación pública de la regulación contenida en dicha ley autonómica sobre la adjudicación de los programas de actuaciones integradas. La Comisión entiende que dicha adjudicación reúne todos los elementos de los contratos de obras públicas conforme al vigente Derecho comunitario de la contratación pública.³⁷

En un dictamen motivado (IP/05/1598, de 14 de diciembre de 2005) a España la Comisión sostiene que los programas de actuación integrada (PAI) constituyen contratos públicos de obras y/o servicios que deben adjudicarse de conformidad con lo dispuesto

36. "Es cierto que por la Sección Primera de esta sala, mediante auto de 2 de mayo de 2001, se planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 29.2, 6, 8, 9, 10, 11 y 13; 32 C y D; 45.2; 46.1 y 3; 47.5, 6 y 8; 66; 67, 71 y 72. 1 y 2, y 79.2 de la LRAU, reguladores de la adjudicación de los programas de actuación integrada, por posible infracción del artículo 149.1.18.a) de la Constitución, que reserva al Estado la competencia relativa a la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, por la falta de correspondencia entre los indicados preceptos con la regulación básica sobre contratos administrativos y, en especial, respecto a la de los contratos de gestión de servicio público y de contratación de obra pública. Tal cuestión fue inadmitida por auto del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2002 por defecto de planteamiento. Esta sección ya se ha pronunciado tanto sobre la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos de la LRAU reguladores de la adjudicación de los programas como sobre la aplicación, al caso, del régimen propio de la contratación administrativa, siguiendo, entre otros, los criterios doctrinales referidos por las

demandadas, respecto a las diferencias existentes entre el estatuto del urbanizador y el adjudicatario de una obra pública o gestor de un servicio de tal naturaleza, dada la singularidad jurídica de la figura del urbanizador, y las evidentes diferencias entre sus prestaciones y contraprestaciones y las correspondientes al contratista o concesionario de obras públicas o de prestación de un servicio público. Basta, a tal fin, examinar el artículo 29 de la LRAU en relación con los correspondientes del Texto refundido de contratos de las administraciones públicas, para apreciar que, ni por el objeto propio, ni por el contenido de la relación jurídica, ni por las prestaciones y contraprestaciones son equiparables al urbanizador el contratista o concesionario de obras públicas o el gestor de un servicio público, no siendo, por tanto, aplicable la normativa estatal tal como se pretende ni procediendo, por ende, el planteamiento de la duda de constitucionalidad que suscita la actora."

37. Para detalles sobre el contenido del dictamen motivado de la Comisión y los términos del debate, véase GIMENO FELIU, "Actividad urbanística y contratos públicos...", *op. cit.*, p. 163 y ss.

en las directivas 93/37/CEE y 92/50/CEE (en la actualidad, consolidadas y modificadas por la Directiva 2004/18/CE). Para la Comisión, los PAI son contratos adjudicados por las autoridades locales que incluyen la prestación de servicios y la ejecución de obras públicas de infraestructura por parte de agentes urbanizadores seleccionados por dichas autoridades.

4.1.3. La Ley urbanística valenciana de 2005

Estas vicisitudes han influido en la nueva Ley urbanística valenciana (Ley 16/2005, de 30 de diciembre), que sustituye a la LRAU. La nueva ley reitera que “la ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa o indirecta”. En la gestión indirecta la Administración delega la condición de urbanizador, adjudicándola previa selección de una propuesta de programa formulada por un particular, “así como la posterior adjudicación a un empresario constructor de la ejecución de las obras de urbanización correspondientes a la actuación integrada” (artículo 117.4 y 5). Esta distinción entre la figura del urbanizador y la del empresario constructor, condición que nunca podrá tener aquél, se establece con nitidez “con el fin de garantizar el pleno respeto a los principios que informen la normativa europea y estatal en materia de contratación pública” (artículo 117.5, párrafo segundo). En concreto, no podrá ser empresario constructor quien haya participado en el estudio o desarrollo de los instrumentos de ordenación (artículo 120.3) ni el propio urbanizador o una empresa vinculada a él, en el sentido del artículo 234 de la LCAP (ahora, artículo 129.4 de la LCSP).

El preámbulo de la Ley explica (III, párrafo décimo) que, al estar configurada la actividad urbanística como función pública, el objeto de los programas de actuación integrada “está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración municipal, para satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración ‘contratante’, lo que, para el supuesto presente, implica el reconocimiento de que la relación entre la Administración y el urbanizador es un contrato especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública”. Por consiguiente, de acuerdo con dicha legislación (en ese momento la LCAP), el régimen de estos contratos “está constituido por sus propias normas preferentemente, quedando como supletoria la legislación estatal en materia de contratos de las administraciones públicas”. El articulado de la Ley confirma este sistema de fuentes, al establecer que la relación entre el urbanizador y la Administración actuante se rige por lo establecido en la propia Ley urbanística, aplicándose supletoriamente

las disposiciones contenidas en el título IV del libro II del TRLCAP (artículo 119.4). Según el propio preámbulo (IV, párrafo segundo), “quien costea la intervención del urbanizador son los propietarios de suelo y no la Administración, lo que impide configurar el Programa de actuación integrada como un contrato administrativo típico”.

Se mantiene la posibilidad de que cualquier interesado pueda presentar una propuesta de programa, pero se suprime el derecho preferente a la adjudicación que establecía la LRAU a favor del promotor, “que tendrá que someterse en igualdad de condiciones que el resto de concursantes al procedimiento competitivo diseñado por la Ley” (preámbulo IV, párrafo cuarto 2).

Por su parte, el empresario constructor será seleccionado por el urbanizador mediante concurso o subasta, de conformidad con los artículos 82 y siguientes de la LCAP. El objeto del contrato es la ejecución del proyecto de urbanización aprobado por la Administración.

En la ejecución por gestión directa, la relación entre la Administración (urbanizadora) y el empresario constructor se instrumentará normalmente mediante un contrato de obras o una concesión de obra pública. En la ejecución por gestión indirecta, el urbanizador (privado), aunque no tenga formalmente la condición de “poder adjudicador” (artículo 3.3 de la LCSP), se asimila a él en cuanto a la adjudicación de las obras de urbanización (no en otros aspectos de su actividad), ya que su gestión es controlada por la Administración pública de la que es gestor indirecto (ejerce una función pública por delegación). Por consiguiente, el contrato será privado (artículo 20.1 de la LCSP) y se regirá por sus normas específicas y, en su defecto, por las disposiciones de la LCSP (artículo 20.2 de esta ley).

Sin embargo, la Comisión Europea tampoco está conforme con el contenido de la nueva Ley urbanística valenciana, por lo que ha enviado al Estado español otra carta de emplazamiento y dictamen motivado (IP/06/443). La Comisión considera que la nueva ley puede no remediar algunas de las infracciones que se habían detectado en relación con la LRAU, particularmente por lo que se refiere al contenido de los anuncios de licitación y los documentos contractuales para la adjudicación de los PAI, y a la posibilidad de aumentar el precio del contrato tras la selección del agente urbanizador. La Comisión también observa que otros aspectos del procedimiento de selección de los agentes urbanizadores pueden no cumplir las directivas de la UE en materia de contratación pública. Entre ellos, el contenido de las propuestas para iniciar un PAI, la presentación y el contenido de las ofertas, la admisibilidad de variantes,

los criterios de adjudicación, y la posibilidad de modificar partes del contrato y/o del proyecto seleccionado después de la adjudicación del contrato. Por último, la Comisión señala que las autoridades españolas no han atendido las advertencias previas y han seguido adjudicando contratos con base en la LRAU hasta el 1 de febrero de 2006, en violación de las directivas sobre contratación pública de la UE.

4.2. El sistema de concesión de obra urbanizadora en otras leyes autonómicas: naturaleza contractual de la relación

4.2.1. Panorámica de las modalidades de ejecución del planeamiento en la legislación autonómica

El estudio comparado de la regulación de la ejecución sistemática del planeamiento en la legislación autonómica pone de relieve las analogías y disparidades existentes en cuanto a la regulación de los sistemas de actuación y en particular en cuanto al significado de la figura del urbanizador, sea o no propietario. En ocasiones se configura como un sistema específico, mientras que en otras se regula en el marco de los sistemas tradicionales, admitiéndose tanto en los de gestión pública como en los de gestión privada. En un intento de síntesis, se puede trazar el siguiente cuadro:

a) Con carácter general, llama la atención que las demás leyes autonómicas no hayan seguido el criterio de la legislación valenciana (y castellano-manchega) de eliminar los sistemas tradicionales, atribuyendo al urbanizador la función de agente público (y único) para la ejecución del planeamiento.

b) Algunas comunidades (Andalucía, Asturias) han mantenido la trilogía tradicional de los sistemas, introduciendo en cada uno de ellos la posibilidad de actuación a través de urbanizador, pero sin configurarla como un sistema específico.

c) Otras han optado por añadir a los tradicionales el sistema de actuación a través de urbanizador, con distintas denominaciones: concesión de obra urbanizadora (Aragón, Cantabria, Galicia), concurrencia (Castilla y León), agente urbanizador (Navarra, País Vasco, La Rioja).

d) La opción dominante es la de clasificar los sistemas siguiendo un doble criterio, que parece coincidente en el fondo, aunque varíe la terminología: 1º sistemas de gestión pública o privada (Canarias, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco), y 2º sistemas de gestión directa o indirecta (Aragón, Extremadura, Galicia). Formalmente, el primer criterio parece más

correcto, ya que la gestión pública puede ser directa o indirecta. El supuesto típico de gestión pública indirecta es el de concesión de la obra urbanizadora en el marco del sistema de expropiación, admitido en todas las leyes autonómicas, con matices que no afectan a esta afirmación.

e) En las comunidades que clasifican los sistemas en función del criterio de la gestión directa o indirecta, la actuación a través de urbanizador se configura como modalidad de gestión indirecta, con distintas denominaciones: concesión de obra urbanizadora (Aragón, Galicia), concertación (Extremadura).

f) El mismo criterio predomina en las comunidades que adoptan una clasificación basada en el binomio gestión (o actuación) pública o privada. En ellas la regulación del sistema del urbanizador se configura como una modalidad de actuación privada, también con diferente denominación: concesión de obra urbanizadora (Cantabria), ejecución empresarial (Canarias), sistema del Agente Urbanizador (Navarra, País Vasco), compensación en la modalidad de ejecución por adjudicatario de concurso (Madrid, hasta 2007, en que se ha suprimido). Excepción a esta tendencia es la Comunidad de Murcia, en la que el sistema de concurrencia se configura como de gestión pública y no privada.

g) Una regulación *sui generis*, al menos formalmente, es la catalana, que ha reducido los sistemas a dos (reparcelación y expropiación), si bien en el marco del primero reaparecen los sistemas tradicionales, con matices terminológicos y sustantivos.³⁸ La novedad es relativa porque la regulación de la reparcelación como instrumento de equidistribución aplicable a todos los sistemas no expropiatorios está presente en otras leyes autonómicas, que, sin embargo, no han dado el paso de configurarla como un "sistema" genérico. Otra peculiaridad de la legislación catalana es la previsión de que el sistema de cooperación pueda desarrollarse también mediante la concesión de la gestión urbanística integrada, es decir, a través de un urbanizador, en contraste con el criterio dominante en la mayoría de las leyes autonómicas, que consideran la cooperación como típico sistema de gestión pública directa, sin perjuicio de que la Administración actuante pueda contratar la ejecución de las obras (artículo 135 del Texto refundido). El sistema de cooperación es obligatorio para el desarrollo de los suelos urbanizables prioritarios, categoría de suelo existente también en Asturias, cuya legislación ha previsto un sistema específico para el desarrollo de estos suelos.

38. Las modalidades del sistema de reparcelación son: compensación básica, compensación por concertación, cooperación y por sectores de urbanización prioritaria (artículo 115 del Texto refundido).

do de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio).

4.2.2. La naturaleza de la relación entre la Administración actuante y el urbanizador

Por razones obvias, no podemos entrar aquí en el estudio detallado de las modalidades de ejecución del planeamiento en la legislación autonómica. En ella, hay dos supuestos típicos de actuación a través de urbanizador: *a)* en el marco del sistema de expropiación, para la ejecución de la obra urbanizadora en virtud de concesión, cuya naturaleza contractual administrativa es indiscutida, y *b)* como sistema específico de gestión privada, en ejercicio de la libertad de empresa, con independencia de que la condición de urbanizador pueda ser también asumida por los propietarios. Habida cuenta de que el primer supuesto no plantea problemas desde el punto de vista de la calificación (contractual administrativa) de la relación jurídica entre la Administración actuante y el urbanizador, nos centraremos en el segundo, en el que no coincide la denominación ni hay conciencia muy clara de la naturaleza de dicha relación. Esbozaremos a continuación una tipología de las opciones legislativas que se detectan en la legislación autonómica.

4.2.2.1. Sistema de concesión de obra urbanizadora, sometida a la legislación de contratos públicos

En Aragón, la Ley 5/1999, de urbanismo, clasifica las modalidades de ejecución en actuación "directa" e "indirecta". Al primer grupo pertenecen los sistemas de expropiación y cooperación. Al segundo, los de compensación, ejecución forzosa y concesión de obra urbanizadora (artículo 120). Este último es el específico de actuación a través de agente urbanizador, pues se caracteriza porque "el urbanizador realiza las obras de urbanización y procede a la distribución de los beneficios y cargas correspondientes, obteniendo su retribución conforme a lo convenido con el ayuntamiento" (artículo 152). Este sistema, como los demás de actuación indirecta o privada, es admisible siempre que lo permita el planeamiento general y lo prevea el de desarrollo de iniciativa privada (artículo 121). El urbanizador es seleccionado mediante concurso, aplicándose la LCAP (artículo 153). No obstante, su posición jurídica es, en principio, precaria, ya que tienen derecho a subrogarse en ella por este orden: *a)* los propietarios que representen más de la mitad de la superficie de la actuación, y *b)* quien hubiese formulado los instrumentos de planeamiento y gestión que determinaron la aplicación del sistema (artículo 153.4). Estas cautelas parecen reducir las posibilidades reales de aplicación del sistema.

En Galicia el sistema típico de actuación a través de urbanizador es también el de concesión de obra urbanizadora, en el que "el municipio otorga al agente urbanizador o concesionario la realización de las obras

de urbanización, procediendo éste a la distribución de los beneficios y cargas correspondientes, obteniendo su retribución en terrenos edificables o en metálico conforme a lo convenido con el municipio" (artículo 161.1 de la LOUGA). Este sistema puede ser adoptado por iniciativa pública o privada. En el primer caso el municipio aprueba las bases del concurso y selecciona al concesionario conforme a la LCAP (artículo 162.1). En el segundo, el promotor deberá formular su propuesta, con el contenido establecido en el artículo 162.2, que, si es asumida por el municipio, será objeto de un procedimiento de concurrencia para que los demás interesados puedan presentar otras propuestas, eligiendo el Pleno de la corporación la que considere más adecuada (artículo 162.3 y 4). El urbanizador es retribuido por los propietarios, en metálico o en terrenos edificables, en los términos establecidos en la concesión (artículo 164.1).

En Cantabria, la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de esta comunidad, regula, junto a los tres sistemas tradicionales, el de "concesión de obra urbanizadora", que se define como "un sistema de actuación de base privada en el que la Administración concede a un agente urbanizador la realización de las obras de urbanización, la localización de los terrenos de cesión obligatoria y la distribución de beneficios y cargas entre los propietarios, obteniendo su retribución de éstos conforme a lo convenido con el ayuntamiento" (artículo 188.1). El concesionario de la obra urbanizadora es seleccionado mediante concurso, que convoca el ayuntamiento, de oficio o a instancia de parte, y se rige por el pliego de condiciones aprobado al efecto. Los propietarios tienen un derecho preferente a la adjudicación, siempre que se pongan de acuerdo los de la totalidad del ámbito (artículo 170.6). A tal efecto, se les debe notificar la adjudicación provisional, disponiendo del plazo de un mes para el ejercicio de ese derecho (artículo 170.5). La Ley no precisa si ese plazo es para manifestar su voluntad de ejercer su derecho preferente o para presentar su oferta, aunque lo lógico es que sea para esto último. Tampoco declara aplicable la LCAP a estos concursos, aunque parece evidente que lo será, al menos, de forma supletoria.

4.2.2.2. Sistema de concurrencia: indefinición de la naturaleza de la relación

En Castilla y León el sistema típico de ejecución mediante urbanizador no propietario es el denominado de "concurrencia", que puede ser promovido a iniciativa particular (mediante la presentación del citado proyecto de actuación) o por el ayuntamiento. En ambos casos, ha de convocarse un concurso para la selección del urbanizador (artículo 86.2 de la Ley de

urbanismo, Ley 5/1999, de 8 de abril). En el primero, cuando no resulte adjudicatario el promotor de la iniciativa, el ayuntamiento garantizará el reembolso, por cuenta del urbanizador, de los gastos justificados de elaboración del proyecto (artículo 87.6). Por tanto, no hay derecho de adjudicación preferente a favor del promotor de la iniciativa. El Reglamento de urbanismo de Castilla y León dispone que el sistema de concurrencia se rige por lo dispuesto en el propio Reglamento “y de forma complementaria en la legislación sobre contratación administrativa” (artículo 269).

El sistema de concurrencia se aplica también en Murcia conforme a la Ley del suelo de esta comunidad (Texto refundido aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, de 10 de junio). El urbanizador es seleccionado mediante concurso, cuyo objeto será la ejecución del Programa elaborado por el ayuntamiento (artículo 186). No se hace referencia a la legislación de contratos ni a la naturaleza jurídica de la relación entre el urbanizador y la Administración.

4.2.2.3. Sistema de agente urbanizador: convenio o contrato

En Navarra (Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo), el sistema del agente urbanizador se caracteriza por la existencia de un proceso selectivo para la ejecución del correspondiente Programa de Actuación Urbanizadora. Pero el urbanizador puede ser o no propietario del suelo, de modo que no se trata de un sistema específico para la intervención del urbanizador no propietario (artículo 170.1). Aunque no se regula con precisión, parece que el supuesto típico de iniciativa de propietarios se producirá cuando éstos no hayan alcanzado el porcentaje exigible para la aplicación del sistema de compensación, por cierto muy bajo en Navarra (35% de la superficie de la unidad: artículo 161.1). El sistema del agente urbanizador puede ser aplicado como primera opción o bien como sustituto de otros (públicos o privados) en caso de incumplimiento de plazos por los propietarios o la Administración actuante (artículo 170.2). La extensión de la previsión sustitutoria a los incumplimientos de la Administración actuante es una notable peculiaridad de la legislación foral, ya que, salvo error, ninguna otra establece consecuencias para los incumplimientos imputables a la Administración. La aplicación del sis-

tema puede decidirse de oficio o a instancia de cualquier interesado que presente una alternativa técnica de Programa de Actuación Urbanizadora (artículo 173.1). Sobre la alternativa presentada se abrirá un trámite de concurrencia, adjudicando el ayuntamiento la ejecución a la alternativa que considere más adecuada con los criterios del artículo 173.4 o rechazando, motivadamente, todas las iniciativas presentadas. La adjudicación se formaliza mediante convenio urbanístico (artículo 173.9).

En esta comunidad foral, se ha establecido inequívocamente el sometimiento de la adjudicación de las obras de urbanización a la legislación de contratos. En efecto, la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, incluye en su ámbito objetivo de aplicación “los contratos y subcontratos de obras de los concesionarios de obras públicas y los contratos de obras de los agentes urbanizadores que no estén comprendidos en el artículo 2.1, letra e)” [artículo 3.d)].³⁹ Por consiguiente, de acuerdo con esta ley, aunque el agente urbanizador (privado) no esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación, sí lo están los contratos que celebre para la adjudicación de las obras de urbanización, lo que supone su asimilación, a estos efectos, a los poderes adjudicadores.

En La Rioja (Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo), la regulación del sistema de agente urbanizador es muy parecida a la navarra (artículos 155 y ss.). Sin embargo, la relación se rige por un “contrato”, en el que se harán constar las condiciones, compromisos y plazos para la ejecución del Programa de Actuación Urbanizadora (artículo 160.3). La Administración puede modificar unilateralmente el contrato, pero con obligación de mantener el equilibrio financiero (artículo 160.4), lo que sitúa claramente la relación en el marco de la LCAP.

En el País Vasco, el sistema de agente urbanizador se configura como un sistema de ejecución privada mediante concesión administrativa (artículo 159.2 de la Ley 2/2006). El agente urbanizador es seleccionado por libre concurrencia y pública competencia, salvo el sistema de concertación (en el que la ejecución es asumida por los propietarios mayoritarios), con sujeción a las condiciones establecidas en el convenio de colaboración suscrito al efecto (artículos 149.3 y 169.4). Las relaciones con la Administración actuante se rigen por la legislación urbanística, los planes, el

39. El artículo 2.1.e) incluye en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley a “las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurran conjuntamente estos requisitos: que en su actividad satisfagan, al menos parcial-

mente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil; que las administraciones públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia”.

programa y el citado convenio (artículo 151.1), así como la normativa propia de la contratación administrativa (artículo 170.5), sin mayores precisiones. La legislación vasca, pese a ser tan reciente, sigue instalada en la figura del “convenio” para instrumentar las relaciones entre la Administración y el agente urbanizador, en la línea de la LRAU y la LOTAU. El urbanizador es un concesionario pero la relación con la Administración se formaliza mediante un convenio.

4.2.2.4. Sistemas de concertación y cooperación: convenio

Aunque la mayor parte de las leyes autonómicas definen el sistema de concertación como un sistema de gestión privada con protagonismo de los propietarios (en ocasiones del propietario único o cuando existe unanimidad), en Extremadura se utiliza esta denominación en referencia a la gestión indirecta mediante agente urbanizador. En efecto, la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial, regula (artículo 125) cuatro sistemas de actuación, dos de gestión “directa” (cooperación y expropiación) y otros dos de gestión “indirecta” (compensación y concertación), cuya aplicación a cada unidad de actuación deberá decidir la Administración, si bien con obligación de motivar su decisión cuando opte por alguno de los sistemas de gestión directa (artículo 126.1). Si opta por los de gestión indirecta, tiene que observar las siguientes reglas (artículo 126.2): *a*) si lo piden, en la consulta previa, propietarios (constituidos en agrupación de interés urbanístico) que representen más del 50% de la superficie, se aplicará el sistema de compensación, y *b*) el de concertación se aplicará de oficio o cuando la consulta previa hubiera sido formulada por propietarios que no alcancen el citado porcentaje.

En los sistemas de gestión directa, el urbanizador puede intervenir en el sistema de expropiación, en calidad de beneficiario (artículo 140.3), aunque su posición jurídica no se regula con detalle. Sin embargo, el marco normal de la actuación mediante urbanizador es el de los sistemas de gestión indirecta y, en concreto, el denominado sistema de concertación, ya que en él “la persona que resulte seleccionada en el proceso concurrencial [...] asume y lleva a cabo aquella ejecución en condición de agente urbanizador y en los términos del Programa de Ejecución aprobado al efecto” (artículo 129). Ahora bien, los propietarios, que, como ya hemos visto, pueden adoptar la iniciativa de la aplicación de este sistema, también pueden asumir la condición de urbanizador si resultan adjudicatarios del concurso. A este respecto, conviene tener en cuenta que en este sistema cualquier interesado puede presentar una alternativa técnica de Programa de Ejecución [artículo 134.A.1)], pero los propietarios pueden solicitar la aplicación

del régimen de adjudicación preferente previsto en el artículo 136.2.a): adjudicación a favor de la proposición que se acompañe de alternativa técnica con proyecto de reparcelación, en condiciones de ser aprobado junto con el Programa de Ejecución, para la totalidad de los terrenos afectados, suscrito por sus propietarios.

La Ley extremeña establece una regulación unitaria para la gestión indirecta, pero dentro de ella hay reglas específicas para la compensación y otras para la concertación. El resultado no se caracteriza precisamente por su claridad y concisión. Seguramente hubiera sido preferible regular por separado cada sistema. La diferencia más significativa entre los dos sistemas, desde la óptica que aquí interesa, es que en el sistema de compensación no hay formalmente urbanizador sino una agrupación de interés económico, integrada por los propietarios mayoritarios, a la que se adjudica la ejecución del Programa y que, por tanto, asume “las prerrogativas y obligaciones propias del agente urbanizador de la actuación” (artículo 128.2).

En ambos sistemas, la adjudicación se formaliza mediante convenio urbanístico (artículo 135.10). También es común a ambos sistemas la previsión de que el urbanizador pueda en cualquier momento, previa autorización de la Administración, “ceder su condición a tercero que se subrogue en todas sus obligaciones respecto de la Administración actuante y los propietarios de terrenos” (artículo 130.2). En el sistema de concertación esto equivaldría a una cesión del contrato, coherente con lo previsto en el artículo 114 de la LCAP. En cambio, en el sistema de compensación, parece claro que la agrupación de propietarios podrá contratar las obras de urbanización (en todo o en parte) con terceros, pero no lo está tanto que pueda “ceder su condición a un tercero que se subrogue en todas sus obligaciones” en orden a la urbanización, salvo, lógicamente, que se vendan los terrenos, en cuyo caso el adquirente se subrogará en la posición del transmitente. A mi juicio, hubiera sido conveniente una distinción más precisa entre ambos sistemas de gestión indirecta.

Una regulación similar existe en Andalucía. La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía (LOUA), mantiene los tres sistemas tradicionales, pero prevé la intervención del urbanizador en todos ellos (artículos 107 y ss.). En concreto, en el de cooperación se regulan dos modalidades [artículo 123.1.B)]: 1ª) gestión directa, pudiendo encomendar la ejecución material de las obras a contratista o contratistas seleccionados por los procedimientos previstos en la legislación de contratos de las administraciones públicas, y 2ª) gestión indirecta, mediante concesión de la actividad de ejecución

sobre la base de la convocatoria de concurso, que sería el supuesto típico de ejecución a través de urbanizador. En esta modalidad, la LOUA no dice que se aplique la LCAP sino “las normas establecidas en esta ley”.

4.3. Recapitulación: el agente urbanizador: ¿libertad de empresa o gestión indirecta de un servicio público?

La raíz del problema y la explicación de las diferentes opciones de la legislación autonómica estriba, en mi opinión, en que la actuación a través del agente urbanizador puede ser considerada como una actividad privada en ejercicio de la libertad de empresa o como gestión indirecta de una función pública (servicio público en sentido amplio) o ambas cosas a la vez. El cuadro de las modalidades de ejecución del planeamiento en la legislación autonómica pone de relieve que no hay un criterio uniforme al respecto. En la gestión privada el urbanizador (propietario o no) no es un agente de la Administración (no tiene por qué serlo), sino que está ejerciendo unos derechos fundamentales en el marco de la regulación establecida, como ocurre en la educación y la sanidad, asumiendo la Administración un papel de garante del correcto desarrollo de la actividad y de que con ella se alcancen los resultados pretendidos. Para decirlo con mayor precisión, la ejecución del planeamiento a través de urbanizador no propietario no es, en sí misma, una forma de gestión pública ni privada. Puede ser ambas cosas y así lo ponen de relieve algunas de las leyes autonómicas antes reseñadas. Otras, en cambio, parten de la premisa de que la ejecución es siempre pública, pero puede llevarse a cabo por gestión directa o indirecta. Es evidente el diferente significativo conceptual de ambas opciones. Si la actividad de transformación es manifestación de la libertad de empresa, estaremos en presencia de una actividad privada (como la creación de un centro docente o un establecimiento sanitario privado), que deberá ajustarse a la regulación aplicable. En principio, la relación no tendría por qué ser contractual, sino que bastaría una autorización con un condicionado más o menos complejo, como en las licencias urbanísticas. En cambio, si dicha actividad es gestión indirecta de un servicio público, estaremos ante una materia que es competencia y responsabilidad de la Administración, la cual opta por gestionarla a través de un empresario privado, en virtud del correspondiente contrato, que deberá ser adjudicado con sometimiento a la legislación de contratos públicos.

Como hemos señalado reiteradamente, la consideración de las obras de urbanización como obras públicas apoya esta última construcción de la actividad urbanística. Algunas leyes autonómicas la consa-

gran inequívocamente, mientras que otras parecen reflejar más bien la primera concepción. Conviene aclarar que la consideración de las obras de urbanización como públicas no excluye que se puedan ejecutar por iniciativa privada. Así lo acredita la regulación de la concesión de obra pública en la LCSP (como antes en la LCAP). Tampoco es determinante de una gestión necesariamente pública de la ejecución del planeamiento la configuración de la ordenación territorial y urbanística como funciones públicas en la LS07 (artículo 3.1), pues esta ley también reconoce el derecho de iniciativa de los particulares para la ejecución de la urbanización en ejercicio de la libre empresa [artículo 6.a)]. El preámbulo (III, segundo) afirma que este régimen de iniciativa privada para la actividad urbanística “es una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de propiedad como a la libertad de empresa”. Como puede apreciarse, esta calificación no se apoya en el concepto tradicional de servicio público, sino en el mucho más amplio de actividades de interés económico general acuñado en el Derecho comunitario. El mandato de que “la gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada”, contenido en la propia LS (artículo 3.3), no significa que dicha gestión sea siempre pública, sino que, cuando lo sea, habrá de propiciar esa participación, en coherencia con el derecho que con ese fin se atribuye a los ciudadanos [artículo 4.e)].

En definitiva, hay distintas posibilidades de configuración legal de la actuación a través de un urbanizador privado y, por tanto, su relación con la Administración puede tener una naturaleza y, por tanto, un régimen jurídico diferente. En un intento de síntesis, se pueden formular las siguientes conclusiones:

a) Cuando la condición de urbanizador sea asumida por los propietarios, por disposición legal, estarán ejerciendo un derecho que la Ley les atribuye, sin que sea necesario, en principio, formalizar esa relación mediante un vínculo contractual. Cuestión distinta, sobre la que luego volveremos, es si la adjudicación de las obras a un tercero debe estar o no sujeta a la legislación de contratos.

b) En el otro extremo, cuando esa condición sea asumida por un empresario privado que actúa como gestor indirecto de la Administración (concesionario de la obra urbanizadora), es evidente que la adjudicación estará sometida a la legislación de contratos públicos.

c) Las dudas surgen cuando esa condición sea asumida por un empresario privado, que actúa por propia iniciativa, en ejercicio de la libertad de empresa y no como gestor indirecto de un servicio público. Éste es el sistema típico de agente urbanizador como sis-

tema de gestión privada en la legislación autonómica (salvo en las comunidades que regulan esa figura como gestor indirecto de un servicio público exclusivamente). A mi juicio, también este supuesto debe estar sometido a la legislación de contratos porque tiene por objeto la ejecución de una obra pública. Por consiguiente, el promotor de la iniciativa no tiene un derecho preferente a la adjudicación, sino sólo el de ser indemnizado por los gastos devenidos inútiles (artículo 25.1 de la LS07).

5. Régimen de contratación de los “medios propios” de la Administración que realicen actividades urbanísticas

Una excepción importante a la adjudicación mediante un proceso concurrencial se encuentra en los supuestos en que la Administración actúe a través de sus “medios propios”, entendiendo por tales las entidades del sector público que realicen la parte esencial de su actividad para un poder adjudicador que ostente sobre aquéllas un control análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios y, tratándose de sociedades, la totalidad del capital deberá ser de titularidad pública (artículo 23.6 de la LCSP).⁴⁰ Las encomiendas de gestión que se realicen a estas entidades por el poder adjudicador del que dependan están excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la Ley, sin perjuicio de que puedan estar sujetos a ella, en los términos que sean procedentes, los contratos que celebren con terceros estas entidades que tienen la consideración de “medio propio” [artículo 4.1.n) de la propia LCSP]. La razón es que en estos casos no hay ejecución mediante contrato sino por la propia Administración. Como se recordará (*supra* 2.1), en el marco de la Ley general de obras públicas de 1877, la ejecución por administración era excepcional (frente a la “contrata”, que era la regla), porque sólo podía aplicarse “a aquellos trabajos que no se presten a contratación por sus condiciones especiales, o porque no puedan fácilmente sujetarse a presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria o por cualquier otra circunstancia”.

El artículo 152 de la LCAP regulaba la ejecución de obras por la propia Administración a través de sus servicios, en los supuestos que se establecían. La constitucionalidad de este artículo fue respaldada por la STS de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2004/466) con el argumento de que “el artículo 128 debe inter-

pretarse rectamente entendiendo que no sólo admite que los entes públicos sean titulares de actividades económicas, sino también que realicen obras por medios propios como una variedad o manifestación de la iniciativa económica” (FD 3).

Por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo (artículo 34.3), se añadió una nueva letra l) al artículo 3.1 de la LCAP, para excluir de su ámbito objetivo “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”. La Ley de presupuestos para 2007 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre) modificó la redacción de esa letra añadiendo:

“y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlen.” (Disposición final 4.dos)

La nueva LCSP ha mantenido la exclusión pero la formula en torno al concepto de “medio propio” acuñado en el Derecho comunitario. En efecto, conforme al artículo 4.1, apartado n), de la LCSP, están excluidos de su ámbito objetivo de aplicación, entre otros supuestos:

“los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2 del capítulo II de este título preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.”

El artículo 24.6 aclara cuándo una entidad tiene la consideración de “medio propio” o “servicio técnico” de otra. El criterio clave es el de que un poder adjudicador ostente un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, lo que se presumirá si pueden conferirles encomiendas de gestión

40. Sobre el régimen de contratación de estas sociedades, véase F. IGLESIAS GONZÁLEZ, “La enajenación de suelo por las sociedades municipales de gestión urbanística”, en el libro colectivo *Estudios de Derecho urbanístico y medioambiental. Libro homenaje al profesor J. M^º Peñarrubia Iza*, Montecorvo, Madrid, 2007, p. 185 y ss. No

obstante, no comparto la tesis general del autor sobre la exclusión de estas sociedades del régimen de la LCAP. En el marco de esta ley y en el de la LCSP, en tanto que “medio propio” de una entidad territorial, su régimen de contratación con terceros se asimila al de los poderes adjudicadores, como se explica después en el texto.

que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. Este carácter de “medio propio” tiene, según la LCSP, una doble consecuencia:

a) Las encomiendas de gestión que la Administración haga a sus sociedades mercantiles no están sujetas al régimen de contratación establecido en esa ley (en este caso, sencillamente, porque no habrá contrato sino encomienda unilateral).

b) Los contratos que celebren dichas sociedades con terceros estarán sometidos a la LCSP en los términos de la letra n) del artículo 4.1, antes transcrita. En concreto, en los contratos de obras, servicios y suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2 del capítulo II de este título preliminar, se deberán observar en todo caso para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.⁴¹ La aplicación de estos artículos supondrá la asimilación del régimen de la contratación de las sociedades que sean “medios propios” al de los poderes adjudicadores. En los demás aspectos, le será aplicable lo establecido en los artículos 176 (régimen de adjudicación por otros entes, organismos y entidades del sector

público) y 179 (sistemas para la racionalización de la contratación). Finalmente, habrá que modificar los estatutos de la sociedad, en la medida en que sea necesario, para reflejar su condición de “medio propio” de la Administración autonómica, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.6, párrafo último, de la LCSP.⁴²

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha negado la consideración como medio propio de unos ayuntamientos de una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a una mancomunidad de municipios en los que aquéllos participan, precisamente porque no pertenece a los ayuntamientos sino a la mancomunidad.⁴³

6. Contratación de obras de urbanización por la Junta de Compensación y organismos asimilados

La sentencia Scala del TJCE avivó la polémica doctrinal sobre el sometimiento o no a la legislación de contratos públicos de la ejecución de las obras de urbanización por la Junta de Compensación, bien a través de un urbanizador integrado en ella o a través de un tercero al que aquélla encargue su ejecución. Las posturas sobre la incidencia de esa sentencia en el ámbito interno español fueron dispares.⁴⁴

41. El primero de estos preceptos contiene reglas para la preparación de los contratos por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas. El segundo regula la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, entre los que figuran los de obras, servicios y suministros, conforme a lo establecido en el artículo 13.1 de la LCSP.

42. Antes de la vigencia de esta regulación, el Tribunal Supremo se ha complicado en ocasiones la vida, innecesariamente, perdiéndose en disquisiciones conceptuales sobre el servicio público, intentando distinguirlo del de “potestades administrativas”. Así, la STS de 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/3253), que desestima el recurso de la comunidad autónoma de utilizar los servicios de una sociedad instrumental propia para desarrollar la gestión de la campaña de saneamiento ganadero de 1995, mientras que en los años anteriores había convocado un concurso con esa finalidad. Según la sentencia:

“Sentando lo anterior también debemos examinar el apartado tercero en lo que se refiere a la conculcación del artículo 155.2 de la LCAP. Recordemos que la citada norma contempla la gestión directa descentralizada por medio de personas jurídicas instrumentales: ‘No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma’.

“En la normativa vigente, Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, se encuentra incorporada la modificación efectuada al precepto por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, excluyendo las sociedades de capital mayoritario al reconducir exclusivamente el concepto a las de capital exclusivo. Norma una u otra inaplicable al supuesto de autos por cuanto la administración desarrolla una

potestad y no una gestión del servicio público sin que su mención inadecuada tenga relevancia alguna.”

Habida cuenta de que no hay inconveniente alguno para entender en sentido amplio la expresión “servicios de su competencia” que emplea el artículo 155 de la LCAP, era mucho más fácil sostener que, en virtud de ese artículo, la Administración podía optar entre la gestión directa o la indirecta.

43. Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007, según el cual:

“3. Que entre los ayuntamientos que componen la Mancomunidad y la sociedad Avance Local, SL, no caben convenios de colaboración que tengan por objeto contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia o servicios superiores a los umbrales comunitarios [artículo 3.1, letra c), de la Ley de contratos de las administraciones públicas], ni tampoco por aplicación del artículo 3.1, letra d), de la misma ley, ni encomiendas de gestión por no reunir los requisitos establecidos en la letra l) del mismo artículo y apartado, ni contrato de gestión de servicios públicos al no pertenecer el capital de Avance Local, SL a los ayuntamientos, sin perjuicio de la aplicación de los estatutos de la Mancomunidad para encargos realizados por la misma, cuando sean superiores a los umbrales en el supuesto de la letra c) del artículo 3.1 de la Ley.”

44. A favor de la aplicación de la doctrina de esa sentencia a las obras de urbanización, cualquiera que sea su promotor, aunque con un margen de maniobra para el Derecho interno, J.C. TEJEDOR BIELSA, “Contratación de obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, en REDA, 112, octubre-diciembre de 2001, p. 597 y ss. También D. CORDOBA CASTROVERDE, “Influencia de la jurisprudencia comunitaria...”, *op. cit.*, p. 220-1. En contra, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, *op. cit.*, especialmente p. 124 y ss.

Lógicamente, la respuesta a esta cuestión está condicionada por la opinión que se mantenga sobre la naturaleza de la Junta de Compensación y la de la función que desarrolla. La STS de 13 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6531), partiendo de la premisa de que la ejecución del planeamiento es función pública, aunque sea asumida por los propietarios en el sistema de compensación, calificaba la actuación de la Junta como “un supuesto de los denominados de autoadministración” (FD 3). Esta explicación, que aparece en otras sentencias, no es convincente, a mi juicio, pues, si se trata de una función pública, los propietarios podrán actuar por delegación de la Administración, pero no “autoadministran” nada.

Con mayor rigor y fidelidad a la normativa urbanística, la STS de 24 de mayo de 1994 (RJ 1994/3907) calificaba a las juntas de compensación como entidades urbanísticas colaboradoras constituidas con dicha finalidad por los propietarios afectados por el polígono o unidad de actuación objeto de ejecución y de naturaleza administrativa, lo que no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho Administrativo, pero sí que “cuando dichas entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa”. En el caso concreto, se trataba de la contratación para la ejecución de unas obras de urbanización “y, por tanto, de una obra pública, cuya titularidad corresponde a la Administración actuante”. Sin pronunciarse expresamente sobre la naturaleza del contrato (aunque parece claro que lo considera administrativo), la sentencia concluye que “la naturaleza pública de la obra y la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación imponen el conocimiento de la presente cuestión a esta jurisdicción, como así lo entendió, en un supuesto idéntico al actual, la antigua Sala 4.ª de este tribunal en la sentencia de 26 de febrero de 1985” (FD 3).

La naturaleza híbrida de la Junta (administrativa y privada), en función de que ejerza o no potestades

administrativas, ha sido afirmada en numerosas sentencias. Entre ellas, las STSJ de Madrid 560/2003 (JUR 2003/274091)⁴⁵ y 10000/2005, de 12 de enero (JUR 2005/165954). La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de octubre de 2000 (RJCA 2000/2176) extrae de la naturaleza administrativa de la Junta y de su dependencia de la Administración municipal la consecuencia de que aquélla carece de legitimación para impugnar los acuerdos de ésta.⁴⁶

En cuanto a la naturaleza del contrato celebrado por la Junta para la adjudicación de las obras de urbanizador, el Tribunal Supremo ha afirmado rotundamente su carácter administrativo y, por tanto, la competencia de la JCA. Así, el ATS 19/2003, de 10 de julio (RJ 2003/8843), que, partiendo de la naturaleza administrativa de la Junta, llega a la citada conclusión afirmando que “es evidente que el contrato, origen de la deuda y celebrado el 28 de septiembre de 1986, es un auténtico contrato de obras por virtud del cual la Junta de Compensación encomienda la realización de las obras de urbanización a un tercero, lo que confiere a dicho contrato indudable carácter administrativo, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 112.2.1 del Texto refundido de las disposiciones sobre régimen local” (FD 2).

En sentido contrario, es también categórica la STSJ de Madrid 847/2006, de 6 de junio, que vale la pena reseñar con detalle, por el notable esfuerzo argumental que realiza en defensa de su tesis. En ella se planteaba el problema de si la adjudicación de la obra pública urbanizadora y de la ejecución de los sistemas generales a determinadas empresas, sin publicidad y sin concurrencia, por estar integradas en la Junta de Compensación constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, dado que en esta materia “por ser las juntas de compensación entes instrumentales” rige la Ley de contratos de las administraciones públicas y viene

45. “Sin que se cuestione el carácter administrativo de las juntas de compensación, que resulta de su propia regulación legal (la calificación administrativa se contiene en el artículo 127.3 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976, según el cual tienen naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines), ha de deshacerse un equívoco, porque a pesar de ese carácter administrativo, las juntas de compensación no dejan de tener naturaleza híbrida, de manera que sus actos o acuerdos unas veces estarán sometidos al Derecho público y otras no, *secundum quid*, y la tangencia podría situarse por el criterio de las competencias o potestades que se ejercen, de manera que sólo cuando se trata de ejercicio de potestades públicas actúan sujetas al Derecho Administrativo.”

46. Según la sentencia:

“no es posible confundir, por muy elevada que fuera la participación por ser dueña de gran parte de la superficie sobre la que

se actuaba, la personalidad e intereses de la actora con la personalidad e intereses de la Junta de Compensación. Ésta es un ente institucional, esto es, una corporación de Derecho público de base privada, que no puede por carecer de legitimación impugnar los actos en su ente matriz, la Gerencia Municipal de Urbanismo. Con carácter general las juntas de compensación son entidades colaboradoras, así se conciben urbanística y legalmente y legitima su constitución la Ley y Reglamento de gestión urbanística, y tienen carácter administrativo y dependen en este orden de la Administración urbanística actuante, poseyendo personalidad jurídica propia, y colaboran con la Administración que la constituye en el ejercicio de funciones genuinamente administrativas; por lo tanto, caben considerarlas como entidades dependientes y vinculadas a la entidad que las ha creado, careciendo de legitimación para poder recurrir los actos emanados del ente que las ha constituido.”

exigida además por las directivas europeas. La sentencia rechaza esta tesis con la siguiente argumentación, centrada en torno a la incidencia de la sentencia Scala en el ordenamiento interno:

“Lo que se nos plantea, esto es, la posibilidad de incorporar empresas urbanizadoras sin cumplimiento de los principios de concurrencia y publicidad, constituye un delicado problema teórico y no una acrobacia de corte académico, porque lo que se suscita en la demanda es la aplicación de las directivas sobre la contratación pública de obras y de la Ley de contratos de las administraciones públicas a las juntas de compensación, hasta el punto de que se nos había solicitado que planteásemos cuestión prejudicial al Tribunal de la Comunidad Europea, para que se pronunciase sobre la interpretación que deba darse según la Directiva 93/37 /CEE a la expresión ‘organismo de Derecho público’, y si en virtud de ella deben entenderse sujetos al Derecho comunitario de la contratación de obra pública los convenios celebrados por ayuntamientos, comisiones gestoras formadas por propietarios de la unidad de ejecución y por empresas urbanizadoras en virtud de los cuales se acuerda la integración de esas concretas empresas urbanizadoras en las juntas de compensación, así como los contratos de ejecución de la obra pública urbanizadora y de sistemas generales otorgados por estas entidades administrativas a favor de tales empresas urbanizadoras.

[...] La parte demandante, en apoyo de la tesis que propugna, apela a la sentencia de la Sala 6ª del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 12 de julio de 2001, núm. C-399/1998, proyecto Scala 2001, en la que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de la Directiva 93/37 /CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. En este caso, el Tribunal de Justicia alcanzó la conclusión de que la Directiva era aplicable a la realización directa de una obra de urbanización en las condiciones previstas en la legislación italiana y que era contraria a la Directiva una norma nacional que permite, apartándose de los procedimientos previstos en la Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o de una parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva. Para el Tribunal, la realización directa de una obra de urbanización en las condiciones previstas por la legislación italiana en materia de urbanismo constituye un ‘contrato público de obras’ en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva.

“La aplicación de dicha sentencia a nuestro sistema de compensación, en orden a la contratación de la

obra pública urbanizadora, ha sido objeto de comentario por algunos autores españoles y la propia actora se hace eco de ello en su escrito de conclusiones, incorporando *in extenso* los razonamientos contenidos en uno de los trabajos doctrinales publicados.

“Ahora bien, a pesar de la importancia de la sentencia citada, singularmente por posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora, prevista en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva, esta sala, tras el minucioso estudio del pronunciamiento, no comparte que la doctrina contenida en la misma sea aplicable al caso que nos ocupa y, si no estamos en un error, la legislación italiana poco tiene que ver con la regulación del sistema de compensación en nuestro ordenamiento jurídico.”

La sentencia se pronuncia rotundamente sobre la inaplicabilidad de la doctrina de la sentencia Scala, porque:

“con independencia de que a determinados efectos las juntas de compensación pudieran tener la consideración de poder adjudicador en el sentido de las directivas y que sin duda la obra urbanizadora es una obra pública, la diferencia radical estriba en que en el caso italiano la realización de las obras por el titular de la licencia supone la exención del pago de la contribución a la urbanización, porque en otro caso, si fuera la Administración la que, con percepción del canon, ha de realizar la obra urbanizadora, a la hora de seleccionar al contratista, indudablemente habría de respetar los principios de los procedimientos públicos de contratación ordenados.

“En el caso examinado, aun prescindiendo del momento temporal de la incorporación de las urbanizadoras, existe otro elemento completamente diferente al que fue objeto de enjuiciamiento en el caso Scala 2001, y es que allí la condición del poder adjudicador se localizaba en el municipio, mientras que en el nuestro el poder adjudicador correspondería a la Junta de Compensación, debiendo dilucidarse si, a los efectos que nos ocupan, tiene la condición de organismo de Derecho público.”

La sentencia reconoce que las juntas de compensación tienen naturaleza administrativa, pero afirma que ese sistema de actuación es “una manifestación de la actividad empresarial de transformación del suelo” y no un caso de actuación urbanística pública, por lo que no es aplicable la normativa sobre contratación pública:

“Nadie discute que las juntas de compensación tienen carácter administrativo y dependen de la Administración urbanística actuante [...]. El problema ha de situarse, no obstante, en la tarea que realiza la Junta. La finalidad esencial de las juntas es la elaboración del proyecto de compensación y la eje-

cución de la obra de urbanización, y su razón de ser es integrar solidariamente a los propietarios, debiendo notarse que en este sistema los propietarios realizan a su costa la urbanización, a través de la Junta. Por lo demás, la relación jurídica es entre la Junta y la Administración, aunque se incorporen urbanizadoras, siendo directamente responsable la Junta frente a la Administración de la urbanización completa de la Unidad de Ejecución (artículo 130 del TRLS/1976).

“Ahora bien, en las actuaciones urbanísticas, aunque el control y la dirección sean siempre públicos, caben dos modelos completamente diferentes de ejecución, unos públicos y otros privados, según se infiere sin dificultad del artículo 4 de la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, siendo el caso más paradigmático de estos últimos el de gestión por compensación. En el sistema de compensación se advierte sin dificultad una manifestación de la actividad empresarial de transformación del suelo, con compromiso de los derechos de propiedad y de la libre empresa (artículos 33 y 38 de la Constitución), a diferencia de los casos de actuación urbanística pública en los que se puede sacrificar la iniciativa económica privada. Es más, en el estatuto del derecho de la propiedad configurado en la Ley 8/1990 la urbanización se configuraba como un derecho o facultad de los propietarios del suelo, actuando independientemente o conjuntamente en el marco de las unidades de ejecución.”

Esta tesis no queda desvirtuada por el dato que las obras de urbanización sean obras públicas, porque lo que es público es la dirección y control de la actividad urbanística, pero no su ejecución:

“Resulta evidente que la transformación de suelo a través de la urbanización se configura como una obra pública, pero no por ello, ni tampoco por el tratamiento de las juntas como personas jurídico-administrativas que en régimen de autoadministración realizan la obra urbanizadora, implican la aplicación de las normas sobre contratación de las administraciones públicas en orden al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia.

“El control y dirección de la actuación urbanística, pues, no afecta a la iniciativa privada en orden a la ejecución propiamente dicha, que corresponde a la Junta como tal, no a las empresas urbanizadoras, que pueden realizarlas indirectamente, incorporándose o no a la Junta. La tesis contraria, es decir, la de que la eje-

cución es pública y por ello sujeta a la legislación de contratos de las administraciones públicas, no afectaría sólo a la selección del urbanizador, sino que derrumbaría la propia gestión por compensación, ya que la Administración, al optar por ese sistema, impediría concurrir a otros empresarios, lo que no parece posible por la íntima conexión que existe entre el derecho de propiedad y el derecho a promover la transformación y a urbanizar, inherentes a nuestro sistema urbanístico.

“La sala concluye, pues, que el sistema de gestión privada por compensación implica el desarrollo de una actividad empresarial y, por tanto, no es aplicable la legislación sobre contratación pública, lo que conduce a la desestimación del recurso.”

Esta sentencia respalda, casi punto por punto, las tesis mantenidas por T.R. Fernández, en su comentario a la incidencia de la sentencia Scala en el ordenamiento español.⁴⁷ Conviene recordar, no obstante, que en el supuesto de la sentencia, lo que se planteaba era la admisibilidad de que la Junta ejecutara las obras directamente, a través de una empresa urbanizadora integrada en ella. El artículo 176.4 del Reglamento de gestión urbanística admite esa posibilidad, como señalara el autor citado, y también la han previsto algunas disposiciones autonómicas.⁴⁸ En esa hipótesis estaríamos ante la ejecución directa de las obras por la propia Junta, es decir, en un supuesto de ejecución por “administración”, no por contrato. Si los propietarios están legalmente obligados a ejecutar la urbanización, no se puede excluir la posibilidad de que lo hagan directamente, es decir, por sus propios medios, lo mismo que la Administración cuando actúa por gestión directa.

En cambio, si la Junta de Compensación va a adjudicar las obras a un tercero, tendrá que someterse a la legislación de contratos públicos, no sólo porque las obras de urbanización sean obras públicas, sino porque se puede sostener que tiene la condición de poder adjudicador, de acuerdo con la normativa comunitaria y la LCSP [artículo 3.3.b)], ya que satisface necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil y su gestión está controlada por un poder adjudicador, que es la Administración actuante.

A este respecto, el criterio que la Ley foral 6/2006, de contratos públicos, sigue para los contratos de obras de los agentes urbanizadores, incluyéndolos en su ámbito de aplicación, debería extenderse a los

47. En el número 4 de la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, *op. cit.*, especialmente p. 126 y ss.

48. Por ejemplo, el Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias, aprobado por el Decreto 183/2004, de 21 de diciembre (artículo 84.3).

que celebren las juntas de compensación, para la ejecución de las obras de urbanización a través de terceros, es decir, de un constructor no integrado en la Junta (los que celebren con otros fines pueden o no estar sujetos a dicha legislación, dada la naturaleza híbrida de este organismo, conforme a la doctrina jurisprudencial antes expuesta).

No obstante, hay que insistir en que la postura que se adopte viene condicionada por el problema conceptual a que hemos hecho referencia al comentar la actuación a través de un urbanizador. Si la actuación de la Junta es gestión indirecta de un servicio público, el sometimiento a la legislación de contratos es incuestionable. Si es una actividad privada derivada del derecho de propiedad, la conclusión puede ser diferente, salvo que se ponga el acento en que el objeto de la actuación es la ejecución de unas obras públicas.

La legislación urbanística autonómica no aporta mucha luz sobre esta cuestión. Así, por ejemplo, en la legislación de Castilla y León, en el sistema de compensación la Junta asume *ex lege* la condición de urbanizador con la aprobación definitiva del Proyecto de Actuación (artículo 263.2 del Reglamento de urbanismo, aprobado por el Decreto 22/2004, de 29 de enero). Pero nada dice sobre la adjudicación de las obras por la Junta. En Cataluña, el Reglamento de la Ley de urbanismo (Decreto 305/2006, de 18 de julio) dispone que “las bases de actuación tienen que establecer los criterios para la selección de los contratistas que garanticen la adjudicación en las mejores condiciones para la comunidad de reparcelación bajo el punto de vista económico”, debiéndose garantizar la concurrencia de ofertas, con un mínimo de tres, lo que supone una clara exclusión de la aplicación de la legislación de contratos públicos (artículo 172.1).

49. “*Cuarto*. El Tribunal *a quo* considera, como razón definitiva para anular el acuerdo de adjudicación del concurso para la concesión administrativa del beneficio de la expropiación en la ejecución del Plan parcial del sector en cuestión, que si bien el sistema de expropiación para la ejecución del planeamiento urbanístico, previsto por el artículo 119.1.c) del Texto refundido de la Ley del suelo entonces vigente, puede ser objeto de concesión administrativa, no obstante en sus bases han de fijarse los derechos y obligaciones del concesionario (artículos 64.2 y 114.2 del indicado Texto refundido y 211 del Reglamento de gestión urbanística) y, singularmente, las obras e instalaciones que el mismo debe ejecutar [artículo 212.2.b) del mencionado Reglamento], lo que no se pudo cumplir al no estar aprobado el Plan parcial, cuya ejecución se concedió, por lo que las bases del concurso no contenían las determinaciones mínimas que exige el apartado 2 del citado artículo 212 del Reglamento de gestión, especialmente las relativas a las obras e instalaciones a ejecutar por el concesionario [letra b)], y así el pliego de condiciones técnicas se limitaba a señalar, como obligaciones del concesionario de la ejecución ‘la urbanización de las vías y espacios verdes públicos proyectados [debería decir aún no proyecta-

7. Régimen de las obras en otras modalidades de ejecución de la urbanización

7.1. Sistema de cooperación

En el sistema de cooperación la condición de urbanizador la tiene la Administración actuante, normalmente el ayuntamiento. Por consiguiente, la adjudicación de las obras deberá ajustarse plenamente a la legislación de contratos. Así lo prevé expresamente el Reglamento de urbanismo de Cataluña (artículo 182). El Reglamento de urbanismo de Castilla y León prevé la posibilidad de que el ayuntamiento delegue en los propietarios (a través de las asociaciones que constituyan) parte de las facultades y obligaciones que le correspondan en su condición de urbanizador (así, artículo 268.3). En tal hipótesis, si entre las facultades delegadas se incluye la adjudicación de las obras de urbanización, lo procedente será que el contrato se adjudique con arreglo a la LCSP, ya que la asociación de propietarios estará adjudicando una obra pública de titularidad y competencia municipal.

7.2. Sistema de expropiación

Ya hemos señalado que la gestión indirecta de este sistema, a través de un concesionario de la obra urbanizadora, ha sido una constante en la legislación urbanística española. No hay duda de que esa concesión es un contrato administrativo y, además, típico (concesión de obra pública), aunque ahora podría configurarse también como contrato de colaboración entre el sector público y el privado.

La STS de 15 de octubre de 1994 (RJ 1994/8743) parte de la premisa de que el sistema de expropiación se puede ejecutar por particulares, en virtud de la

dos] y, por tanto, la ejecución de las obras de explanación, encintado de aceras y pavimentación de calzadas, alcantarillado, suministro de agua, gas, energía eléctrica, telefonía, alumbrado público [...] en los términos previstos en el proyecto de urbanización que deberá redactarse en cumplimiento de la realización material de las determinaciones del Plan parcial’.

“*Quinto*. El motivo que esgrime el ayuntamiento recurrente para interesar que se anule la sentencia apelada, fundado en la distinción teórica entre los significados de concesionario de la ejecución y beneficiario de la expropiación, es rechazable porque la sala de instancia, en contra de lo expresado por la representación procesal de aquél, no confunde uno y otro concepto, sino que, acertadamente, considera que el acuerdo municipal que anula no se limitó a adjudicar el beneficio de la expropiación forzosa sino que, al mismo tiempo, concede a tal beneficiario la ejecución de un plan parcial aún no aprobado, por lo que en las bases del concurso no se pudieron definir con precisión los derechos y deberes del concesionario, de manera que en la sentencia recurrida se afirma que el contrato de concesión administrativa, por falta de contenido, es de imposible cumplimiento.”

correspondiente concesión, contrato administrativo que debe adjudicarse mediante concurso, si bien sólo cuando esté aprobado definitivamente el Plan parcial del sector, pues sólo entonces se podrán definir con precisión las obligaciones del concesionario y, en concreto, las obras cuya ejecución asume. La sentencia, apoyándose en la de instancia, contiene algunas precisiones interesantes sobre la posición jurídica de beneficiario y la de concesionario.⁴⁹ La misma doctrina se contiene en las STS de 28 de octubre de 1994 (RJ 1994/8744) y 16 de septiembre y 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997/6418 y 1997/7955). La STS de 9 de marzo de 2001 (RJ 2001/2736) rechaza la posibilidad de que la gestión indirecta de la expropiación se pueda instrumentar mediante convenio urbanístico, ya que, conforme al RGU, la única modalidad indirecta admisible es la concesión.⁵⁰

El Reglamento de urbanismo de Castilla y León (Decreto 22/2004, de 29 de enero), al regular la concesión de la condición de urbanizador en el sistema de expropiación, dispone que aquélla se otorga mediante concurso, “conforme a la legislación sobre contratación administrativa”, debiendo contener el pliego de cláusulas administrativas los extremos que se señalan (artículo 283.3). En tal caso el concesionario asume siempre la condición de beneficiario de la expropiación (artículo 283.1).

7.3. Obras públicas ordinarias

Al regular la ejecución del planeamiento, la LS76 estableció la regla de la actuación sistemática, por polígonos o unidades de actuación (artículo 117). De esta regla se exceptuaba la ejecución directa de sistemas generales (o alguno de sus elementos), así como las actuaciones aisladas en suelo urbano. Sin embargo, en ningún precepto se establecía que en tales casos la ejecución pudiese llevarse a cabo mediante obras públicas

ordinarias. Fue el Reglamento de planeamiento urbanístico (RPU) el que dispuso que “con independencia de los proyectos de urbanización, podrán redactarse y aprobarse, conforme a la normativa del ente interesado, proyectos de obras ordinarias que no tengan por objeto desarrollar integralmente el conjunto de determinaciones de un plan de ordenación” (artículo 67.3). Como puede apreciarse, este artículo contrapone las obras ordinarias a las de urbanización con base en el criterio del desarrollo integral o no del planeamiento. Para lo primero se requiere un proyecto de urbanización. Para lo segundo basta un proyecto de obras ordinarias.

Sin embargo, apenas dos meses después, el Reglamento de gestión urbanística (RGU) trazó la línea divisoria entre ambas clases de obras desde una perspectiva diferente: la existencia o no de planeamiento general. Tras establecer los instrumentos legitimadores de la ejecución en municipios con planeamiento (Plan general o normas subsidiarias), el artículo 34 dispone que “en los municipios que carezcan de plan y de normas complementarias y subsidiarias del planeamiento, la edificación en suelo urbano y, en su caso, las obras de urbanización a realizar en ese suelo se acomodarán a la legislación de régimen local y a las ordenanzas de construcción debidamente aprobadas” (la cursiva es nuestra), lo que parece remitir al régimen de las obras públicas ordinarias.

La legislación urbanística autonómica ha introducido un tercer criterio de distinción entre obras de urbanización y ordinarias. Dicho criterio no se basa en la existencia o ausencia de planeamiento urbanístico (se parte de la premisa de que todos los municipios deben contar con ordenación), sino en el tamaño del municipio. Se trata de la posibilidad de ejecutar el planeamiento, al margen de los sistemas tradicionales (o de los de nuevo cuño, como el del agente urbanizador), mediante “obras públicas ordinarias”.⁵¹

50. Según la sentencia:

“resulta obligado confirmar, conforme al sistema de fuentes aplicable al caso, la correcta doctrina de la sentencia recurrida. Declara ésta que el acuerdo municipal por el que se aprueba el convenio urbanístico con la entidad Eurofinc, SA se otorgó al amparo del Decreto 458/1972, sobre liberación de expropiaciones en los expedientes promovidos por razones urbanísticas. Esta disposición, puesta en relación con los artículos 211 y 212 del RGU, no permite que cuando el sistema de actuación es el de expropiación forzosa, la ejecución se lleve a cabo por un cauce distinto al de la gestión directa o el de la concesión administrativa. La expresión ‘podrán’ del artículo 211 del RGU ha de interpretarse como la única opción válida que se autoriza como alternativa a la gestión directa por parte del Ayuntamiento. Por ello la adjudicación sin más trámites a Eurofinc, SA de la ejecución del sistema de actuación ha sido ilegal.”

51. Por ejemplo, en Madrid, la vigente Ley del suelo (Ley 9/2001, de 17 de julio, LSM) prevé la posibilidad de que los municipios de menos de 5.000 habitantes ejecuten las determinaciones del plan relativas al

suelo urbano no consolidado, sin delimitar unidades de ejecución, mediante “obras públicas ordinarias” (artículo 130.1). Otras leyes autonómicas añaden al criterio del tamaño del municipio la previsión genérica de que se actúe mediante obras públicas ordinarias en determinados supuestos, a partir de una clasificación dualista de las modalidades de ejecución del planeamiento, en la que se contrapone la ejecución mediante actuaciones integradas y mediante actuaciones aisladas. Así lo hizo, por primera vez, la Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística de 1994 (LRAU), en su artículo 53. En la misma línea, la Ley de ordenación del territorio y urbanismo de Castilla-La Mancha (TRLOTAU de 2005) contrapone la ejecución mediante actuaciones integradas y mediante “obras públicas ordinarias” (artículo 96), en los supuestos que se determinan. Una regulación de las obras públicas ordinarias prácticamente idéntica a la contenida en la LOTAU se encuentra en la legislación extremeña, Ley 15/2001: artículos 104, 108 y 155, y muy similar en la andaluza Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística: artículo 143, que regula esta modalidad bajo el rótulo “otras formas de ejecución”.

En contraste, hay leyes autonómicas que regulan las actuaciones aisladas (todas lo hacen), pero sin referencia alguna a su ejecución mediante obras públicas ordinarias o, si se prefiere, sin configurar este tipo de obras como una modalidad de ejecución del planeamiento (Asturias, Cataluña). En esta última comunidad las obras ordinarias se regulan con detalle en la legislación de régimen local, como ya hemos visto (*supra* 2). Seguramente por ello, la legislación urbanística no establece nada al respecto.

En síntesis, la tendencia dominante en la legislación autonómica se caracteriza por haber regulado (con más o menos detalle) la posibilidad de ejecutar el planeamiento mediante obras públicas ordinarias. El objeto típico de esta modalidad es la ejecución "aislada" o "asistemática" de sistemas generales (o de alguno de sus elementos), así como de actuaciones excluidas de unidades de ejecución, lo que, en general, únicamente se admite en suelo urbano. La ejecución de estas obras se lleva a cabo normalmente mediante contrato, con sujeción a la LCSP, de acuerdo con la naturaleza de la entidad promotora y la modalidad de financiación que se haya previsto (en general, contrato de obras, aunque también podría configurarse como concesión de obra pública). ■

En Aragón se restringe la posibilidad de actuación mediante obras públicas ordinarias (artículo 96.4 de la Ley 5/1999) a las obras aisladas y de remodelación previstas por el planeamiento en suelo urbano consolidado, que se ejecutarán asistemáticamente. El mismo criterio sigue la Ley foral 35/2002 (artículo 135). En Cantabria, se admite la actuación mediante proyectos de *obras ordinarias* "en los términos comúnmente establecidos en la legislación de régimen local" para la ejecución de los sistemas generales y demás dotaciones públicas, pudiéndose utilizar, cuando legalmente proceda, el régimen de contribuciones especiales previsto en la legislación de haciendas locales (artículo 145 de la Ley 2/2001).

En Castilla y León también se regulan las actuaciones aisladas, admisibles en suelo urbano o para la ejecución de sistemas genera-

les, pero ha habido que esperar a la aprobación del Reglamento de urbanismo para que se dijera expresamente que esas actuaciones son objeto de obras públicas ordinarias. El citado Reglamento de urbanismo (Decreto 22/2004) permite ejecutar en cualquier clase de suelo, mediante gestión pública, "actuaciones aisladas mediante obras públicas ordinarias conforme a la legislación de régimen local" [artículo 210.b).3]. La misma previsión se contiene en el artículo 200.2 del propio Reglamento, que, con notoria incorrección, configura esta modalidad como ejecución "por sus propios medios o por los de otra administración pública", cuando es evidente que las obras públicas ordinarias se ejecutan normalmente por contrato y sólo excepcionalmente por "administración".

Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales

1. Las entidades locales frente al Derecho comunitario.
 - 1.1. Sobre el principio de subsidiariedad. 1.2. Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.
2. Contratación pública comunitaria: diferenciación entre principios y normas.
3. La evolución del Derecho comunitario de contratos públicos.
 - 3.1. La génesis de su aparición. 3.2. La normativa comunitaria.
4. Los recursos de incumplimiento deducidos contra el Reino de España.
5. La contratación a través de entes instrumentales propios: las prestaciones *in house providing*.
 - 5.1. Su problemática. 5.2. Los requisitos.
6. Urbanismo y contratación pública.
7. Los sectores excluidos: los límites entre las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.
8. La expansión jurisprudencial de la normativa de contratos.

Dimitry Berberoff Ayuda
*Letrado del Tribunal de Justicia
de las Comunidades Europeas.
Magistrado especialista de la Sala de lo
Contencioso-Administrativo del Tribunal
Superior de Justicia de Cataluña*

1. Las entidades locales frente al Derecho comunitario

En muchas ocasiones se ha establecido una confrontación entre las nociones de *Comunidad Europea*, entendida como asociación de estados soberanos, y la de *Europa de las regiones*, conduciendo los términos de este debate dialéctico a soluciones no siempre fácilmente asumibles desde el punto de vista jurídico y/o político.

En una Europa de estados, de regiones, o simplemente de ciudadanos, no cabe desconocer las diferentes estructuras de poder, legalmente establecidas, de las que ha sido consciente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al erigir el llamado *principio de autonomía institucional*, en cuya virtud la organización política y territorial constituye una competencia exclusiva de los estados miembros, construcción que pudiera parecer un pretexto adecuado para atenuar los efectos de la falta de presencia orgánica de las entidades políticas distintas del Estado en el organigrama institucional comunitario, parcialmente reparada con la creación del Comité de las Regiones.¹

Buenas dosis de prudencia insuflan vida a esta doctrina, que, no obstante, se advierte insuficiente a la hora de considerar otros principios básicos, también forjados de forma pretoriana por el Tribunal de Luxemburgo, como los de efecto directo o el de primacía, ya que, con independencia de esa autonomía institucional, o con indiferencia de cada diseño nacional, conciernen de manera inmediata a toda Administración, cualquiera que sea su tipología.

Un camino se abre así, destinado a ser recorrido con la guía que proporcione la indagación de la compatibilidad de tales exigencias de cumplimiento de la norma comunitaria frente a ciertas estructuras territoriales, que destilan la amarga sensación de sentirse preteridas en la formidable superestructura que la Comunidad Europea representa, habida cuenta que, entre otras circunstancias, no se las implica directamente en la toma de decisiones fundamentales que luego les afectan. ¿Cuál es, pues, la verdadera posición de las entidades locales ante el Derecho comunitario?

La respuesta se encuentra en la propia génesis de esos principios, pues, como ha destacado la doctri-

na,² los de efecto directo y supremacía se justificaron en una lectura particular por parte del TJCE de la voluntad de los estados miembros al crear la Comunidad Económica Europea, y así, en Van Gend and Loos,³ entre otras razones, el TJCE justificó el efecto directo de las disposiciones de Derecho comunitario sobre la vaga mención “a los pueblos” en el preámbulo del Tratado de Roma.

Ahora bien, cierto es que Europa no se construye en un día, ni obviamente en los 50 años celebrados con grandes conmemoraciones en el 2007, pero a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ámbitos, en los que parecía prácticamente imposible de vencer la resistencia de los estados a los cambios que de la mano de la armonización han ido cincelandos nuevos escenarios (buen ejemplo de ello lo ofrece el dominio de libertad, seguridad y justicia, en que el tercer pilar consiste). Una clara percepción de edificación inacabada flota en el ambiente con relación al encaje de las entidades infraestatales, y específicamente de las locales, en el seno del Derecho comunitario.

Quizás clarifique este diagnóstico la constatación de la dificultad de integrar y patrocinar un concepto comunitario de entidad local.

A veces se trasladan con cierta ligereza y automatismo, o incluso de una manera absolutamente intencionada, categorías conceptuales, propias de los estados miembros, para intentar comprender y definir nociones propias del orden jurídico comunitario.

Esta estrategia, errónea a todas luces, desconoce la autonomía de los conceptos que el Derecho comunitario utiliza, y genera un riesgo evidente para la coherencia y la unidad del Derecho de la Unión, desnaturalizando al mismo tiempo su carácter de ordenamiento jurídico independiente frente a los diferentes sistemas nacionales.

Quizás no resulte exagerado afirmar que hay tantas nociones de *entidad local* como estados miembros o, incluso, como regiones dotadas de autonomía política existan en cada uno de ellos.

La idea de diversidad ha sido puesta de manifiesto por la doctrina,⁴ al hilo de una crítica a la capacidad del Comité de las Regiones para representar la totalidad de los intereses regionales, por cuanto no todos los países comunitarios poseen una estructura regional, existiendo además diferencias entre los que la tie-

1. Creado en 1994 en virtud del Tratado de la Unión Europea, el Comité de las Regiones, como organismo consultivo integrado por representantes de las autoridades regionales y locales de Europa, ha de ser oído antes de la adopción de decisiones sobre asuntos que conciernen al gobierno local y regional. A España le corresponden 21 de los 344 miembros que lo componen.

2. S. O'LEARY y J.M. FERNÁNDEZ, “¿Hacia la Europa de las regiones? El principio de subsidiariedad, la integración europea y el futuro de

las entidades subestatales”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), 90, octubre-diciembre de 1995.

3. Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend and Loos, asunto 26/62, Rec. 1963, p. 5-8.

4. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Política regional comunitaria y Comité de las Regiones: significado actual, alcance y limitaciones*, Fundación Manuel Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

nen, que se manifiesta en diversos grados, que alcanzan desde el reconocimiento a la mera gestión administrativa, hasta el más avanzado, que incluiría una autonomía política frente al Estado.

Ahora bien, frente a esta dispersión de las estructuras regionales, el reconocimiento de entidades locales, dotadas de autonomía para la gestión de sus propios intereses, se encuentra prácticamente generalizado en el ámbito de los estados miembros de la Comunidad Europea, tal y como demuestra la ratificación de la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 por muchos de estos estados.

Aspectos tales como la falta de una legitimación general de las entidades locales para acudir al Tribunal de Justicia,⁵ pese a que con el Tratado de Lisboa parece otorgarse legitimación al Comité de las Regiones para recurrir en anulación contra los actos que vulneren el principio de subsidiariedad, como la ausencia de su incorporación directa en el proceso de toma de decisiones, o, en fin, la propia construcción jurisprudencial en torno al recurso de incumplimiento, en la que, como se sabe, el único responsable formal es el Estado, con independencia de que la violación del Derecho comunitario provenga de cualquier administración pública que se integre en él, esbozan un gran número de interrogantes que empañan la verdadera dimensión comunitaria de las entidades locales.

Los artículos 226 y siguientes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE) se refieren únicamente a los incumplimientos de las obligaciones derivadas de los tratados imputables a los estados miembros.

Ahora bien, la noción de Estado debe entenderse en un sentido muy amplio. De este modo, aunque la acción se dirija globalmente contra el Estado y sea el Gobierno quien formalmente asuma y asegure la defensa del mismo, el incumplimiento que a éste se le imputa puede provenir, desde un punto de vista material, de cualquiera de los poderes u órganos que actúan en su seno —el poder ejecutivo, legislativo o judicial—, bien se trate de autoridades centrales o federales o de entidades subestatales en los estados con estructura territorial compleja.

5. Los recursos por omisión o incumplimiento no permiten reconocer una legitimación activa plena de las regiones autónomas y de los municipios o sus mancomunidades. El de responsabilidad extracontractual por violación del Derecho comunitario puede interponerse por un ente territorial en las mismas condiciones que un Estado miembro o un particular, aunque sometido a la carga de probar la "violación suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares". Por lo que al recurso de anulación se refiere, frente al artículo 230 del CE, apartado 1, que establece un cauce privilegiado reservado a los estados y a las instituciones comunitarias, las colectividades locales pueden ac-

En consecuencia, la responsabilidad única de un Estado miembro se declara incluso cuando la vulneración del Derecho comunitario se haya suscitado a causa del acto de una autoridad local.

La sentencia del TJCE de 3 de julio de 1974⁶ se ocupó de remarcar que el respeto al Reglamento comunitario concierne a todas las autoridades del Estado miembro, sin distinción entre poder central, Estado federado o entidad territorial.

En efecto, las autoridades municipales resultan obligadas de manera inmediata por el Derecho comunitario y han de aplicarlo en el marco de sus competencias. Por otra parte, resulta del principio de lealtad comunitaria, derivado del artículo 10 del CE, que los estados miembros han de asegurar que todas sus entidades se comporten de manera conforme con el Derecho comunitario. Otra cosa diferente es la manera en que cada sistema nacional articule esa cláusula de garantía.

Especialmente las entidades territoriales locales están obligadas por el Derecho comunitario, como se deduce de la sentencia de 10 de marzo de 1987 en el asunto 199/85, donde se trató la legalidad de la actuación de la ciudad de Milán.⁷

En esta sentencia se estimó un recurso por incumplimiento que tenía por objeto declarar que la República Italiana, y en particular el Ayuntamiento de Milán como entidad territorial, incumplieron las obligaciones que se derivaban de la Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,⁸ al decidir adjudicar de común acuerdo un contrato relativo a la construcción de una instalación de reciclado de residuos sólidos urbanos, omitiendo la publicación de un anuncio de contrato en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

En la STJCE de 22 de junio de 1989 en el asunto 103/88,⁹ derivado de varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sobre la interpretación del apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras,¹⁰ así como del párrafo 3 del artículo 189 del

gerse al cauce impugnatorio del apartado 4, para atacar los reglamentos y las decisiones de las que sean destinatarias y les afecten directa e individualmente.

6. Apartado 6 de la sentencia de 3 de julio de 1974, Casagrande (9/74, Rec., p. 773).

7. Apartados 4 y 5 de la sentencia de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia (199/85, Rec., p. 1039).

8. DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

9. Sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo SPA contra Comune di Milano e Impresa ING. Lodigiani SPA (103/88, Rec., p. 1839).

10. DO L 185; EE 17/01, p. 9.

Tratado, se estudia esta vinculación desde la perspectiva de las entidades locales.

Estas cuestiones se suscitaron en un litigio en el que Fratelli Costanzo SpA, parte demandante en el litigio principal, solicitó la anulación de la resolución por la que la Comisión de Gobierno del municipio de Milán excluyó la oferta presentada por esa entidad en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras, atribuyendo la adjudicación del mismo a Ing. Lodigiani SpA, apuntando la sentencia que "Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración pública no le incumbe la obligación de aplicar la Directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración pública, incluso los no integrados en la Administración central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones [...]".

Europa debe ensayar nuevas formas de *gobernanza* para implicar directamente a los ciudadanos en las cuestiones europeas, lo que implica más democracia deliberativa a nivel local.

En el Tratado de Lisboa se reconocen los principales aspectos regionales, tales como el reconocimiento de la diversidad cultural y lingüística como uno de los objetivos de la UE, una renovada definición del principio de subsidiariedad, la consideración de los efectos de la legislación comunitaria para las autoridades locales y regionales, así como el reconocimiento del principio de consulta a las autoridades locales y regionales.

La cohesión territorial interesa a un ámbito de competencia compartida entre la Unión y los estados miembros, por lo que las autoridades competentes han de aplicar plenamente las disposiciones relativas a la participación de los parlamentos nacionales y regionales con competencias legislativas en el procedimiento de alerta rápida destinado a garantizar el respeto del principio de subsidiariedad, posibilitando que los parlamentos nacionales y el Comité de las Regiones emprendan acciones legales en caso de violación del principio de subsidiariedad.

Sin duda alguna, la aplicación exitosa del Tratado de Lisboa y las nuevas disposiciones creadas en el ámbito del desarrollo regional y la cohesión política han de sincronizarse con la mejora del diálogo entre las instituciones de la UE y las asociaciones regionales.

1.1. Sobre el principio de subsidiariedad

El artículo 2 del TUE apunta que los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 5 del Tratado de Roma de la siguiente manera:

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

"En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

"Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado."

Es sabido que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución,¹¹ mientras que el ejercicio de sus competencias se basa en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad,¹² velando los parlamentos nacionales por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

Cabe destacar el mecanismo de alerta precoz de índole política, dirigido a reforzar el control del respeto de la subsidiariedad por parte de los parlamentos

11. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los estados miembros en los tratados para lograr los objetivos que éstos determinan.

Toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los estados miembros.

12. Protocolo que deberá ir anejo a los tratados.

nacionales. Esta propuesta, audaz en su concepción, aparecía ya asociada a la denominada Constitución europea, e implica a los parlamentos nacionales en el proceso legislativo europeo, a través de mecanismo de control político *ex ante*, que les permitirá velar por una buena aplicación del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones que participan en el proceso legislativo, a través de una relación directa con las instituciones comunitarias.

1.2. Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Artículo 1

Cada institución deberá velar de manera permanente por el respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad definidos en el artículo 3.ter del Tratado de la Unión Europea.

Artículo 2

Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta.

Artículo 3

A los efectos del presente Protocolo, se entenderá por "proyecto de acto legislativo" las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo.

Artículo 4

La Comisión transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los parlamentos nacionales al mismo tiempo que al legislador de la Unión. El Parlamento Europeo transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los parlamentos nacionales.

El Consejo transmitirá los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en un grupo de estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones, así como los proyectos modificados, a los parlamentos nacionales.

El Parlamento Europeo transmitirá sus resoluciones legislativas y el Consejo sus posiciones a los parlamentos nacionales inmediatamente después de su adopción.

Artículo 5

Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos.

Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.

Artículo 6

Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas.

Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en un grupo de estados miembros, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a los gobiernos de esos estados miembros.

Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a la institución u órgano de que se trate.

Artículo 7

1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, así como, en su caso, el grupo de estados miembros, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los parlamentos nacionales o cualquiera de las cámaras de un Parlamento nacional.

Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto.

2. Cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 61.I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

Tras este nuevo estudio, la Comisión o, en su caso, el grupo de estados miembros, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, podrá decidir mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo. Esta decisión deberá motivarse.

3. Además, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, cuando los dictámenes motivados que indiquen que una propuesta de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, la propuesta deberá volverse a estudiar. Tras este nuevo estudio, la Comisión podrá decidir mantener, modificar o retirar la propuesta.

Si decide mantenerla, la Comisión deberá justificar, mediante dictamen motivado, por qué considera que la propuesta de que se trate respeta el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen motivado, así como los de los parlamentos nacionales, deberán ser transmitidos al legislador de la Unión, para que los tenga en cuenta en el procedimiento:

a) Antes de que concluya la primera lectura, el legislador (Parlamento Europeo y Consejo) estudiará la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad, atendiendo de forma particular a las motivaciones presentadas y compartidas por la mayoría de los parlamentos nacionales y al dictamen motivado de la Comisión.

b) Si, por mayoría del 55% de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, el legislador considera que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, se desestimará la propuesta legislativa.

Artículo 8

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo

a los procedimientos establecidos en el artículo 230 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo.

De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta.

Artículo 9

La Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del artículo 3.ter del Tratado de la Unión Europea. Este informe anual deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

2. Contratación pública comunitaria: diferenciación entre principios y normas

En los últimos años, la jurisprudencia comunitaria, aunque siempre comprometida en la indagación de la compleja noción de *poder adjudicador*, parece trasladar su epicentro al sugerente campo de las relaciones instrumentales, mostrándose vacilante ante el desafío que supone eludir la normativa sobre contratos públicos, planteado sin ambages por un nuevo escenario de encargos directos entre organismos públicos.

Ante las posibilidades de *huida* legítima de los procedimientos contractuales, que las directivas (fielmente reproducidas en este sentido por las legislaciones nacionales) parecen dispensar en ocasiones, tanto *ratione materiae* –como acontece con relación a los sectores excluidos–, o por no alcanzar el umbral económico que aquéllas establecen como límite de su aplicación, el Tribunal de Luxemburgo no elude su responsabilidad y abre vías de interpretación que conducen decididamente al respeto de principios tales como el de igualdad de trato y de transparencia que, con anclaje directo en el Tratado de Constitución de las Comunidades Europeas (en adelante CE), han de estar presentes siempre, sin necesidad de preceptos de Derecho derivado o de Derecho nacional que así lo declaren, tal y como se refleja expresamente en las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, presentadas el 8 de noviembre de 2006 en el asunto C-412/04, resuelto, siguiendo la senda de las conclusiones, por la reciente sentencia de 21 de febrero de 2008.¹³

13. Asunto Comisión/Italia, sentencia aún no publicada en la Recopilación.

En efecto, como ejemplo de lo dicho, cabe apuntar que si el legislador comunitario opta por situar los contratos inferiores a un determinado tope cuantitativo, fuera del régimen de publicidad que el mismo ha diseñado, sin imponer, por tanto, ninguna obligación específica por lo que a ellos respecta, nada impide considerar que cuando se acredite que un contrato de este tipo presenta un interés transfronterizo cierto, su adjudicación sin transparencia a una empresa establecida en el Estado miembro de la entidad adjudicadora constituya una diferencia de trato, en perjuicio de las empresas situadas en otro Estado miembro que pudieran tener algún interés en dicho contrato.

Por tanto, como oportunamente aclaran las conclusiones presentadas en el asunto C-412/04, los principios, que podríamos calificar como básicos del Derecho comunitario, imponen la distinción entre contratos incluidos en los respectivos ámbitos de aplicación de las directivas, que han de someterse a los trámites por ellas diseñados, y los ajenos a esas normas, afectados únicamente, aunque de manera irrenunciable, por esos principios fundamentales.

Asimismo, el Derecho comunitario de la contratación incide de manera destacada en ámbitos como el de la regulación urbanística, en cuyo seno la concepción de servicio público de la urbanización ahonda precisamente en el refuerzo de aquella proyección, máxime cuando difícilmente cabe imaginar actuaciones urbanísticas en las que no se encuentren concernidos intereses generales.

3. La evolución del Derecho comunitario de contratos públicos

3.1. La génesis de su aparición

Pese a que los tratados fundacionales no contengan referencia particular sobre los contratos administrativos, su necesidad de armonización despertó en épocas relativamente tempranas el interés del legislador comunitario y del Tribunal de Justicia.

La intención primigenia fue la de vertebrar la contratación pública, a través de las prohibiciones contenidas en el Tratado, tales como la de no-discriminación por razones de nacionalidad o la de las medidas con efectos equivalentes a las restricciones cuantitativas a la importación, y con esta filosofía se publicó la Directiva

70/32/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre los contratos públicos de suministro.¹⁴

No obstante, enseguida se reparó en que estas interdicciones permitían la subsistencia de disparidades, generando un efecto contrario al querido, al impedirse la realización efectiva de los principios de liberalización auspiciados por el Tratado, por lo que se requería dar un paso más, e implementar una efectiva coordinación.

El desarrollo de una competencia objetiva en la contratación pública, mediante la realización de las libertades esenciales en la integración europea, precisa de la coordinación, a nivel comunitario, de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, para suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías, protegiendo los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otros estados miembros.¹⁵

3.2. La normativa comunitaria

–Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,¹⁶ que fue objeto de una codificación en la Directiva 93/37/CEE.¹⁷

–En los contratos de suministros la codificación se ordenó, en un primer momento, en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976,¹⁸ después modificada por la Directiva 89/440/CEE, sobre suministros, y por la Directiva 89/665/CEE, de recursos respecto de los anteriores contratos de obras y de suministros, así como por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993.¹⁹

–Los contratos de servicios y la coordinación de sus procedimientos de adjudicación se contemplaban en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992.²⁰

–Para los sectores tradicionales: la densidad normativa de aspectos tales como el de los criterios de adjudicación con relación al objeto del contrato, y la progresiva reducción de la discrecionalidad del poder adjudicador frente a la alternativa de una libertad de elección ilimitada, alertaban ya de una necesidad de reforma, que, tímidamente presagiada por la Directiva 97/52/CE,²¹ aconteció con la codificación

14. DO L 13 de 19.1.1970, p. 1 (versión francesa).

15. Sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding C-360/96, Rec. p. I-6821, apartado 41; de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16; y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartado 41.

16. DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.

17. Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordina-

ción de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 4).

18. DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29.

19. DO L 199, p. 1.

20. DO L 209, p. 1.

21. DO L 328, p. 1.

acometida por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras.²²

–Para los sectores excluidos: para proporcionar las respuestas que exigen una categoría de contratos administrativos, que se singularizan por los sectores del mercado en los que se producen (agua, energía, transporte y servicios postales), surge la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.²³

Como últimas reformas, cabe citar las siguientes:

–Directiva 2005/51/CE, de 7 de septiembre.²⁴

–Directiva 2005/75/CE del 16 de noviembre, que modifica el artículo 78 de la Directiva 2004/18/CE respecto de los umbrales cuantitativos.²⁵

–Reglamento (CE) 1564/2005, de la Comisión, de 7 de septiembre, sobre formularios normalizados.²⁶

–Directiva 2006/97/CE, de 20 de noviembre, de adaptación con motivo de la adhesión de Rumania y Bulgaria.²⁷

–Directiva 2007/24/CE, de 23 de mayo, de derogación expresa de la Directiva 71/304/CEE.²⁸

–Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.²⁹

–Reglamentos (CE) 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre, en el que se fijan los nuevos umbrales a partir de 1 de enero de 2008,³⁰ y el 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, sobre vocabulario común de contratos públicos, que modifica diversos anexos de las directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE.³¹

4. Los recursos de incumplimiento deducidos contra el Reino de España

En Derecho español, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, transpone la Directiva 2004/18, mientras que la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, incorpora la Directiva 2004/17.

Aunque estas líneas tienen la vocación esencial de describir el panorama jurídico comunitario, llama poderosamente la atención la firmeza y la solemnidad con las que la nueva Ley de contratos del sector público realiza una diagnosis sobre el cumplimiento del Derecho comunitario de contratos públicos en España, cuando afirma en su exposición de motivos que “en todo lo que se refiere a exigencias procedimentales, garantías para el licitador y preservación de los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, nuestra legislación de contratos ha sido siempre equiparable a la europea, cuando no más estricta. Ello ha difuminado las fronteras entre lo comunitario y lo nacional en nuestras normas contractuales y, consiguientemente, ha enturbiado el análisis de las relaciones entre ambas esferas”.

Basta con escrutar la jurisprudencia que sobre esta materia concierne a nuestro país, para mantener, cuanto menos, la ausencia de justificación de tal afirmación.

Así, el Tribunal de Justicia, tras estimar los oportunos recursos por incumplimiento deducidos por la Comisión, ha condenado recientemente a España, en cinco ocasiones:

–La sentencia de 15 de mayo de 2003,³² al constatar la transposición insuficiente de la Directiva 89/665/CEE, al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil que reúnan la condición de poder adjudicador; y al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

–La sentencia de 16 de octubre de 2003,³³ con relación a la Directiva 93/37/CEE, por no someter a la misma la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

–La sentencia de 13 de enero de 2005,³⁴ donde se declaró que nuestro país incumplía sus obligaciones

22. DO L 134, p. 114.

23. DO L 134, p. 1.

24. DO L 257, p. 127.

25. DO L 323, p. 55.

26. DO L 257, p. 1.

27. DO L 363, p. 107.

28. DO L 154, p. 22.

29. DO L 335, p. 31.

30. DO L 317, p. 34.

31. DO L 74, p. 1.

32. Comisión/España, C-214/00, Rec. 2003, p. I-4667.

33. Comisión/España, C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697.

34. Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139.

al excluir del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública a las entidades de Derecho privado, aun cuando concuerdan los requisitos para ser calificadas como organismo de Derecho público en el sentido de las directivas sobre contratación.

—La sentencia de 9 de marzo de 2006,³⁵ en la que se declara la infracción del Reglamento comunitario 3577/92 en relación con la libre prestación de servicios de transporte marítimo en la ría de Vigo, entre otras razones, por mantener en vigor una normativa que permitía conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años y que incluía como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría.

—La sentencia de 3 de abril de 2008,³⁶ por inadecuada transposición de la Directiva 89/665/CEE, de recursos, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

5. La contratación a través de entes instrumentales propios: las prestaciones *in house providing*

5.1. Su problemática

Los negocios jurídicos entre organismos públicos y los contornos, ciertamente difusos, de lo que ha de entenderse por una relación *in house*, concitan un interés creciente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Podría pensarse que estas técnicas responden a la finalidad de orillar las directivas de contratos, mas no cabe olvidar que estamos ante una práctica legítima y propia de la autoorganización de los poderes públicos que, basada en la autonomía administrativa, busca una mayor eficiencia de los procedimientos de contratación y de gestión.

En cualquier caso, conviene, a los efectos de disipar situaciones de confusión, y por muy obvio que parezca, que ningún problema ha de suscitarse en cuanto a la posibilidad de que dos administraciones públicas celebren un contrato administrativo, el cual, obviamente, se someterá a los procedimientos contractuales comunitarios.

La matización viene a cuento del equívoco muy extendido, relativo a que las garantías que disciplinan las directivas comunitarias en materia de contratación pública dibujan un panorama en el que el actor principal, por ser el destinatario eventual de los perjuicios, es siempre un particular (persona física o jurídica); nada más lejos de la realidad, ya que los verdaderos protagonistas beneficiarios de dichas normas son los principios de transparencia, de buena gestión y obviamente el de competencia, que conciernen tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos.

Ese error de partida se nutre en ocasiones con una práctica, inflacionaria en el ordenamiento jurídico español, de materializar las relaciones entre administraciones públicas, a través de lo que se denominan *convenios administrativos*.

Pues bien, pensar que el contrato administrativo, con el formato que proponen las directivas comunitarias, parece reservarse a la relaciones entre poderes públicos y particulares, por un lado, y el convenio administrativo a las actuaciones entre diferentes administraciones públicas, por otro, responde a una visión ciertamente limitada de la realidad, si no sesgada.

En efecto, los convenios entre distintas administraciones y entes públicos, sean o no instrumentales, pueden llegar a ser auténticos contratos que se someten a los procedimientos y a la disciplina de la normativa comunitaria, imponiéndose una interpretación que trascienda los meros términos literales de la calificación en beneficio de la auténtica naturaleza de la relación.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007³⁷ arroja luz cuando mantiene a este respecto que la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en el Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50.³⁸

Como veremos a continuación, dado que uno de los requisitos para que pueda existir prestación *in house*, con la consiguiente exclusión de la normativa contractual, es el relativo a que el poder adjudicador ha de ejercer sobre los servicios de la entidad adjudicataria un control análogo al que debe ejercer sobre los suyos propios, debe resaltarse la necesidad de que ambos entes posean una personalidad jurídica diferenciada.³⁹

35. Comisión/España, C-323/03 Rec. 2006, p. I-2161.

36. Comisión/España, C-444/06, aún no publicada.

37. Asunto asociación profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia C-220/06, aún no publicada la recopilación.

38. La nueva Ley de contratos del sector público, como regla general, excluye de su ámbito de aplicación los convenios de cola-

boración con otras administraciones entidades públicas [artículo 4.1.c)] salvo que por su naturaleza tengan la consideración de contratos sujetos a esta ley.

39. Resultan al respecto interesantes las reflexiones de M. FUERTES, "Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", REALA, 279, 1999, p. 31 y ss.

Podrá existir una dependencia estructural, y un control efectivo sobre las funciones del adjudicatario, incluso, como veremos, la titularidad de la mayoría de su capital, pero lo que en ningún caso deberá estar ausente es una auténtica confluencia de dos voluntades, dado que de preterirse ese requisito el planteamiento nos conduciría a la ausencia de contrato, floreciendo otras figuras tales como la encomienda de gestión administrativa, o en una exégesis forzada, incluso, el instituto de la autocontratación.

5.2. Los requisitos

La sentencia de 18 de noviembre de 1999, dictada en el asunto Teckal,⁴⁰ proporciona las pautas para indagar la delimitación y la potencialidad de estos mecanismos que pretenden dibujar unos cauces de relación interna entre entes, sustrayéndose así a las normas en materia de contratación.

La génesis del asunto cabe encontrarla en la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional italiano, por la que solicitaba del Tribunal de Justicia una interpretación del artículo 6 de 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, que excluye de su ámbito los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

El soporte fáctico cabe resumirlo de la siguiente manera:

La AGAC es una mancomunidad constituida por varios municipios para la gestión de los servicios de energía y de medio ambiente, dotada de personalidad jurídica y de autonomía de gestión, cuya misión consiste específicamente en la explotación y mantenimiento de las instalaciones de calefacción de diversos edificios municipales, incluidas las intervenciones de mejora necesarias, así como el suministro de combustible.

Mediante el Acuerdo de 24 de mayo de 1997, el Ayuntamiento de Viano confió a la AGAC la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales, sin que ese acuerdo se precediera de ningún procedimiento de licitación.

Teckal era una empresa privada que desempeñaba actividades en el ámbito de los servicios de calefacción. En particular, suministra a particulares y a organismos públicos el gasóleo que compra previamente

a las empresas productoras. Además, se ocupa del mantenimiento de instalaciones de calefacción que funcionan con gasóleo y con gas.

Teckal interpuso un recurso contra el Acuerdo ante el Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, alegando que el municipio de Viano debería haber utilizado los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en la normativa comunitaria.

El órgano jurisdiccional remitente, que se planteó cuál de las directivas 92/50 y 93/36 era la aplicable, consideró que, en todo caso, se había sobrepasado el umbral de 200.000 ECU fijado por ambas directivas.

Habida cuenta de la naturaleza mixta de la misión confiada a la AGAC, consistente, por una parte, en la prestación de diversos servicios y, por otra, en el suministro de combustible, el órgano jurisdiccional nacional estimó que no podía excluir la aplicabilidad del artículo 6 de la Directiva 92/50.

En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale suspendió el procedimiento y solicitó al Tribunal de Justicia la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50.

El Tribunal de Luxemburgo consideró que para que exista una relación entre dos sujetos, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste, de forma que colmado el requisito de distintas personificaciones jurídicas, la aplicación de la Directiva no plantea mayores problemas.

No obstante, aun en el contexto de personalidades jurídicas diferenciadas, admite que la exclusión de la referida normativa sólo podría acontecer en el supuesto de que, a la vez, (1) el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y (2) esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Estos dos requisitos, que a continuación pasaré a desarrollar, deben ser objeto de una interpretación estricta, con una solvente prueba de las circunstancias excepcionales que justifiquen la derogación de las reglas de aplicación de las directivas sobre contratación pública, tal y como se infiere de la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2005, asunto Stad Halle.⁴¹

a) Que la autoridad pública ejerza sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

La noción de control análogo es ambigua, dando lugar a dos interpretaciones, descansando la primera

40. Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121).

41. Asunto C-26/03.

de ellas sobre una perspectiva de Derecho público y la segunda en el ámbito privado del Derecho de las sociedades.

El Tribunal de Justicia parece descartar la lectura publicista del criterio de control análogo, inclinándose hacia una concepción más privatista.

En la referida sentencia Stad Halle y en la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005⁴² se consideró que la simple presencia de accionistas privados, incluso minoritarios, excluye un control público en el sentido de control que la persona pública ejerza sobre sus propios servicios, dado que los intereses empresariales privados resultarían inconciliables con el interés público, al perseguir, en definitiva, objetivos no sólo diferentes sino incluso antagónicos.

Resultaría por tanto complejo, según esta tesis, identificar poder público y sujeto contratante, de lo que se infiere que las sociedades de economía mixta, por definición, no podrían ser objeto de una prestación *in house*.

Esta postura parece confirmarse en la sentencia de 21 de julio de 2005, Padania Aque,⁴³ al estimar que el criterio del control análogo no se colma cuando el poder público adjudicador no posee más que el 0,97% del capital de la sociedad adjudicataria.

Pese a lo que pudiera pensarse, interpretando *a sensu contrario* la anterior jurisprudencia, tampoco parece que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental resulte suficiente para justificar la existencia de dicho control.

Así se infiere de la sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto Carbotermo,⁴⁴ donde se afirma que el control económico indirecto no implica por sí mismo un control análogo, pese a la detentación indirecta por parte de la Administración de casi la totalidad del capital de la sociedad.

Ahora bien, los bandazos jurisprudenciales al respecto son evidentes, desde el momento que en la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007⁴⁵ el Tribunal de Justicia abunda en el control análogo, en razón de la participación casi integral del Estado, con el 99% de las acciones, en el capital de la sociedad adjudicataria.

Ahora bien, reduce a la categoría de mero indicio el control de la totalidad del capital de la entidad adjudicataria por la autoridad pública: de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce

sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Es decir, la mera participación privada, por mínima que sea, plantearía ya la necesidad de acudir al procedimiento contractual diseñado por las directivas, por lo que la indefinición sigue reinando, de manera que genera una inseguridad jurídica nada deseable.

En cualquier caso, fundamentar la noción de control análogo exclusivamente en la propiedad del capital presenta flancos débiles desde el momento en que el hecho de que un accionista posea la mayoría del capital no significa que los derechos minoritarios resulten desconocidos y a la inversa, incluso, aunque la totalidad del capital pertenezca a un único accionista no elimina el riesgo de que órganos administrativos incidan directamente por motivaciones de interés público en la marcha de la sociedad.

Además, la propiedad nunca es definitiva, dado que es posible transmitir un porcentaje de acciones a otra entidad.

Finalmente, no hay que olvidar que el control económico permite más bien una reacción contra la dirección de la empresa, influenciando en su actividad de esta manera, de manera indirecta.

En un primer momento, el Tribunal de Justicia definió esta primera condición como la influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad adjudicataria: sentencia de 21 de julio de 2003, asunto Coname.⁴⁶

Sin embargo, en la sentencia Asemfo, ese control análogo ha sido reconocido tomando en consideración el hecho de la prestación de un servicio técnico común a varias autoridades públicas, en ausencia de libertad en la aceptación y en la tarificación de encargos emanados de las mismas, lo que en realidad sugiere el abandono por parte del Tribunal de Justicia del parámetro relativo al control económico.

Cierto es que el criterio del control análogo implica una dependencia estructural de la adjudicataria por parte del ente adjudicador, pero por el momento la jurisprudencia no da pistas generales para integrar con seguridad el concepto, requiriéndose en consecuencia un análisis caso por caso.

b) Que la entidad proveedora realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Cabría entender que cuando una sociedad deba realizar todos los encargos que le encomienda la Administración pero, a la vez, opere con terceros, de forma esencial para el conjunto de su actividad, difícilmente podrá acudirse a la figura de las prestaciones *in house*.

42. Parking Brixen (C-458/03, Rec. 2005, p. I-8585).

43. Asunto C-231/03.

44. C-340/04.

45. Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999).

46. Asunto C-231/03.

Después de constatar la imposibilidad de individualizar un criterio cuantitativo en las directivas sobre contratación pública, la jurisprudencia parece caminar sobre la senda funcional, de manera que la empresa adjudicataria no se ve privada de su libertad de acción en el mercado desde el momento en que está aún en disposición de consagrar una parte importante de su actividad a otros actores económicos diferentes de la Administración que opera como poder adjudicador, no obstante emerger en TRAGSA ciertas consideraciones de carácter cuantitativo.

Importa también destacar que esta segunda condición se colma en el caso en el que varias administraciones se relacionen con la misma empresa, de manera que el carácter esencial de la actividad de esta última se compute atendiendo no a los negocios jurídicos individualizados con cada una de esas administraciones, sino teniendo en consideración el conjunto de las mismas, tal y como se infiere de la sentencia del 11 de mayo de 2006, asunto Carbotermo.

c) Que el ente adjudicatario carezca de libertad para aceptar o rechazar los encargos y para facturar los trabajos.⁴⁷

Así se colige de la sentencia de 18 de abril de 2007⁴⁸ y se clarifica luego por la sentencia de 18 de diciembre de 2007:⁴⁹ “El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades”, pues “tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este servicio se desprende que, en tal supuesto, también está obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias. Pues bien, no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual. Tan sólo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad –extremo que incumbe verificar al órga-

no jurisdiccional remitente–, podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato alguno”.

6. Urbanismo y contratación pública

La figura del agente urbanizador, o en su caso las juntas de compensación, de general conocimiento en el panorama urbanístico español, plantea no pocos problemas a la hora de sintonizar o cohesionar ámbitos normativos tales como urbanismo y contratación de las administraciones públicas.

No parece que existan dudas en torno a que el sujeto privado que asuma la función de urbanizar el suelo está en realidad desarrollando y ejecutando funciones públicas; no obstante, el debate gira en torno a que si por este simple hecho puede aquel “urbanizador” ser considerado organismo de Derecho público, y por tanto “poder adjudicador” a los efectos de aplicar las exigencias comunitarias en materia de contratación pública.

Por tanto, teniendo en consideración las enseñanzas que se derivan de la jurisprudencia comunitaria (especialmente las sentencias de 12 de julio de 2001, Teatro Scala,⁵⁰ de 18 de enero de 2007, Société d’  quipement du département de la Loire,⁵¹ y de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia,⁵² cabe afirmar sin reparos que los principios que se infieren de la legislación sobre contratos han de aplicarse en el ámbito de la gestión urbanística.

Por otro lado, puede resultar paradójico hablar de un Derecho europeo sobre ordenación del territorio y urbanismo, cuando los distintos estados miembros niegan haber transferido a la Comunidad Europea sus competencias al respecto y con insistencia reclaman el exclusivo tratamiento doméstico de la cuestión, pero es precisamente el ámbito contractual el que se evidencia como una de las vías más intensas de penetración del Derecho europeo sobre la ordenación territorial.

En la sentencia de 12 de julio de 2001 (Teatro Scala) se planteó en primer lugar si existe un contrato para el Derecho comunitario cuando la obligación de urbanizar viene impuesta por una ley nacional, y de la misma cabe deducir, con todos los matices que se quiera, que la adjudicación de un plan de urbanización a un particular constituye un contrato público de obras y ha de respetar, en todo caso, la normativa comunitaria sobre contratación pública.

47. Puesto de manifiesto por D. CÓRDOBA CASTROVERDE, *La incorporación del urbanismo a la contratación pública*, El Derecho, pendiente de publicación.

48. Asunto Asociación Nacional de Empresas Forestales.

49. Asunto Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia.

50. Proyecto Scala (C-399/98, Rec. p. I-5409).

51. C-220/05.

52. Comisión/Italia C-412/04, aún no publicada.

Es indiferente que la entidad adjudicadora de la obra pública sea un particular, o una entidad encomendada, mediante licencia, a desarrollar un proceso de urbanización, confirmando la aplicación de la Directiva “a la realización directa por el titular de una licencia urbanística [...] de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adecuada por la concesión de la licencia”.

Por consiguiente, el hecho de que las autoridades públicas no tengan la posibilidad de elegir a su cocontratante no puede, por sí solo, justificar que no se aplique la Directiva, porque dicha eventualidad llevaría a excluir de la concurrencia de ofertas comunitarias la realización de una obra a la que, en otro caso, se aplicaría la Directiva.

En lo atinente a las juntas de compensación, es interesante resaltar que la sentencia Scala 2001 se refiere a un supuesto semejante al propio del sistema de compensación, si se tiene en cuenta que los adjudicatarios de la obra de urbanización eran llamados directamente por la ley.

En relación con las relaciones entre la Junta de Compensación y los ejecutores materiales de las obras de urbanización, puesto que la propiedad actúa como un agente de la Administración al que le deben ser aplicadas las exigencias de publicidad que impone el artículo 3, apartado 4, de la Directiva, habría de serle atribuida la condición de “poder adjudicador” en el sentido de la Directiva.

Sin embargo, el apartado 100 de la sentencia Scala indica que para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización no es imprescindible que la propia Administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos por la Directiva.

La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, subrayando que esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas.

La más reciente STJCE de 18 de enero de 2007 (caso *Société d'équipement du département de la Loire*) defiende la calificación como contrato público de obras del convenio celebrado entre un municipio francés y una sociedad para la realización de un proyecto de ordenación urbanística, con independencia de que parte de las obras vayan a destinarse a la venta a terceros, y de que la empresa contratista no sólo

ejecute actividades de obra, sino también prestaciones adicionales.

La adjudicación para la realización del proyecto, específicamente para la construcción de un centro de ocio, se realizó directamente con la entidad SEDL, lo que motivó que ciertas empresas reprochasen al ayuntamiento no haber aplicado los principios de publicidad y de competencia previstos, entre otras normas, por la Directiva 93/37.

El ayuntamiento argumentó que un convenio público de ordenación del territorio sobrepasa la mera realización puntual de obras, y que, en cualquier caso, la SEDL no realizaba directamente las actuaciones de acondicionamiento, apuntando finalmente que la operación debía ser calificada de venta de la futura construcción, en la medida que el convenio preveía que el ayuntamiento deviniese propietario de los terrenos y de las construcciones destinadas a ser cedidas a terceros que no hubiesen todavía sido revendidas por la SEDL.

Según la sentencia, el convenio en cuya virtud un primer poder adjudicador confía a un segundo poder adjudicador la realización de una obra responde a la definición de contrato público de obras, independientemente del hecho de que se prevea o no que el primer poder adjudicador resulte finalmente propietario de todo o parte de dicha obra.

Asimismo, recuerda la jurisprudencia relativa a que cuando un contrato contenga a la vez elementos que afecten a un específico contrato público de obras y otros relativos a otro tipo de contrato público, será el objeto principal del contrato el que determine la Directiva comunitaria que deba aplicarse.

Entiende también que, a los efectos de la Directiva 93/37, para ser calificado empresario, no se exige que la persona que concluye el contrato con el poder adjudicador tenga la posibilidad de realizar directamente la prestación convenida con sus propios recursos.

Finalmente, considera que la venta de la edificación futura se invoca en vano desde el momento que la realización de un centro de ocio se considera como una obra que responde a las necesidades de la comunidad en el contexto del convenio de ordenación urbanística.

Interesa destacar en lo que se refiere al umbral establecido por el artículo 6 de la Directiva, en cuanto a la necesidad de publicación a nivel europeo, que la sentencia, a los efectos de determinar el valor del contrato, parte no solamente de las cantidades que el poder adjudicador habrá de pagar sino también de todas aquellas que procedan de terceras personas.

Rechaza también que exista una prestación *in house*, haciendo una aplicación estricta de la Directiva 93/37, apuntando que en todo caso la SEDL

es una sociedad de economía mixta, por lo que la participación de fondos privados excluye que el ayuntamiento ejerza sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Por su parte, en la sentencia de 21 de febrero de 2008 se argumenta en torno a la circunstancia de que una disposición de Derecho nacional que prevea la realización directa, por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, y el hecho de que esta previsión forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tienen características propias y que persiguen una finalidad específica, distinta de la de la Directiva 93/37, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de esta última, cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito (véase la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros, antes citada, apartado 66).

Legislaciones sectoriales urbanísticas y jurisprudencia vienen mostrándose especialmente sensibles en la aplicación al urbanismo de los principios comunitarios que disciplinan la contratación pública, reaccionando activamente contra los *encargos directos* para el desarrollo de las tareas de urbanización, auspiciando por el contrario procedimientos transparentes de adjudicación de las correspondientes obras.

Sin perjuicio de distinguir dos planos diferenciados –el del municipio y el urbanizador, por un lado, y el constituido por éste último y quienes materialmente desarrollen la urbanización, por otro–, la jurisprudencia evidencia la necesidad de observar los principios comunitarios de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En consecuencia, en la adjudicación de las obras en que la urbanización consista, habrán de respetarse, entre otros, los principios de igualdad de trato, no-discriminación, proporcionalidad y transparencia, pues no cabe negar condición jurídico-pública desde una perspectiva funcional (que es la exigida y utilizada por la hermenéutica jurisprudencial comunitaria) tanto a las *juntas de compensación* como a la figura del denominado *agente urbanizador*, ubicado éste en una posición próxima a la del concesionario.

Al fin y al cabo, ello pivota sobre la consideración como *servicio público* de la función de urbanizar, tal y como cabe inferir de la Ley 8/2007, de 28 de mayo,

de suelo, así como de la propia concepción funcional de *poder adjudicador*.

7. Los sectores excluidos: los límites entre las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE

En las conclusiones presentadas el 22 de noviembre de 2007 en el asunto *Aigner*,⁵³ seguidas por el Tribunal de Justicia en su reciente sentencia de 10 de abril de 2008, el Abogado General Ruiz-Jarabo advierte que la Directiva 2004/17 regula la contratación en los tradicionalmente llamados “sectores excluidos” con un espíritu distinto del que inspira la Directiva 2004/18, dado que el elemento decisivo no reside en la entidad que propone el contrato, sino en la naturaleza de la actividad sobre la que recae, aplicándose sólo en esos sectores.

En ese caso, el *Vergabekontrollsenat des Landes Wien* (sala administrativa independiente para el control de las licitaciones del *Land* de Viena) planteó tres preguntas sobre la interpretación de las directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, ante las dudas sobre la condición de organismo público que se suscitaban respecto de la empresa *Fernwärme Wien GmbH*.

Su objeto social radicaba en el suministro de calefacción urbana por tuberías a viviendas, establecimientos públicos, oficinas, empresas y otros locales, en el término municipal de Viena, sin perjuicio de ocuparse también, en competencia con otros operadores, de la planificación general de instalaciones de refrigeración para grandes proyectos inmobiliarios.

Sin embargo, esa entidad pertenecía ya en su integridad al Ayuntamiento de Viena, de forma que había un control público de sus finanzas, siendo además el municipio quien nombraba y revocaba a los administradores.

Fernwärme Wien anunció la licitación de las obras de instalación de refrigeración para un complejo de oficinas y locales de negocio en dicha ciudad (denominado *Town-Town*), señalando que no regiría la normativa nacional en materia de adjudicación.

Pues bien, si un poder adjudicador en su acepción más estricta [la del artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18, y en la del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/17] ofrece un contrato en actividades extrañas a las de los artículos 3 a 7 de esta última norma, se aplica la otra Directiva. Por el contrario, si quien trabaja al margen de ese entorno es una empresa pública u otra titular de derechos especiales o exclusivos [artículo 2, apartados 1, letra b), y 2, letra b), de la Directiva 2004/17], no se aplica ninguna de las dos directivas.

53. Ing. *Aigner*, C-393/06, aún no publicada.

En suma, hay una distinción, ya que a diferencia de lo que acontece con la Directiva 2004/18, la Directiva 2004/17 no se aplica a cualquier conducta de las “entidades adjudicadoras”, sino únicamente a la de los artículos 3 a 7.

Esta singularidad se explica porque, en origen, los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones no fueron armonizados por la diversidad del estatuto jurídico (público o privado) de las organizaciones de las que dependen.

Por lo que se refiere a la condición de organismo de Derecho público, a los efectos de conceptualizar a esa empresa como poder adjudicador, había que dirimir primero si era un “organismo de Derecho público”: las dudas se centran en su específica vocación de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Había consenso en que el objeto social de la empresa era de interés general (servicio de calefacción urbana por tuberías), por lo que el debate se reducía a decidir si revestía “carácter industrial o mercantil”, examinando la incidencia en la noción de la estructura del sector al que el organismo se dedica.

En realidad, la Directiva 2004/18 respira una concepción subjetiva, comprendiendo a toda estructura organizativa que se comporte como “poder adjudicador”, cualquiera que sea el ámbito material en el que opere (teoría del contagio), salvo que se implique en contratos excluidos en virtud de los artículos 12 a 18.

Para los “organismos de Derecho público”, se exige su específica creación para satisfacer necesidades de interés general que carezcan de impacto industrial o mercantil, por lo que el mercado que se ha de considerar para valorar su nivel de competencia y para tildar su actividad de industrial o de mercantil es aquel para el que se fundaron, en el caso de Fernwärme Wien el suministro de calefacción urbana por tuberías mediante la combustión de residuos.

Otro planteamiento conduciría a un resultado opuesto a la interpretación funcional defendida por la jurisprudencia comunitaria,⁵⁴ comprometiendo el efecto útil de la Directiva 2004/18.

Bastaría, para eludir la aplicación de esta norma, que una entidad concebida sólo para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles se dedicara a negocios estrictamente comerciales, manteniendo su objeto inicial, y evitara, al ampliar los mercados en los que actúa, la calificación

de “organismo de Derecho público”, de suerte que toda su contratación, de cualquier naturaleza, se llevara a cabo sin las exigencias de la armonización comunitaria.

8. La expansión jurisprudencial de la normativa de contratos

Se suscitan dificultades hermenéuticas en torno a la aplicación de los principios de publicidad y transparencia en los contratos administrativos situados fuera de la órbita de las directivas. Recientemente, en las conclusiones presentadas en el asunto SECAP,⁵⁵ el Abogado General Ruiz-Jarabo incide en el carácter de “principio fundamental” que la jurisprudencia ha atribuido a los principios de publicidad, transparencia y, en cierta medida, al de contradicción.⁵⁶

Las preguntas remitidas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de la República Italiana se reducen a dirimir si el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, que somete a un debate contradictorio las ofertas anormalmente bajas antes de decidir sobre su eventual exclusión, rige en los contratos exceptuados de su ámbito de aplicación; en otras palabras, si, para esta clase de contratos, el citado precepto se opone a que los estados miembros decreten la eliminación automática de aquel tipo de ofertas.

Sobre la base de los principios que se encuentran explícitos en el Derecho comunitario, apunto que parece evidente que la mecánica eliminación de las ofertas que se revelen anormalmente bajas no es en sí misma discriminatoria, dada su objetividad, pues todos los aspirantes permanecen en pie de igualdad, sin que ninguno juegue con ventaja para preparar su proposición, por lo que el rechazo directo, sin oportunidad de explicarse, de los licitadores irregulares a nadie discriminaría.

Mas el juicio varía si, en virtud de pactos torticeros, un grupo de empresarios, de ordinario los que operan en el mercado territorial del contrato, se conciertan para confeccionar presupuestos homogéneos, con diferencias infinitesimales, otorgando la cualidad de anormalmente bajos a los de los concurrentes marginados de la argucia, sin posibilidad de defenderse ni de acreditar la solvencia de su opción.

Se compromete así la transparencia y la sana competencia, postulados del Derecho comunitario en el sector de los contratos públicos, pues, cuando los

54. Sentencias de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), apartado 36; BFI Holding apartado 62; Comisión/Francia apartado 43; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España (C-214/00, Rec. p. I-4667), apartado 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España apartado 73.

55. SECAP (C-147/06 y C-148/06, aún sin recopilar).

56. Conclusiones presentadas el 27 de noviembre de 2007, apartados 26 a 30.

perjudicados estén establecidos en otros estados miembros, deben tener la ocasión de comentar su posición si no se quiere incurrir en una discriminación repudiada en el Tratado.

En suma, en estos supuestos, el Derecho comunitario exige que, en la adjudicación de los contratos con relevancia comunitaria, la Administración contratante atienda, en el seno de un debate contradictorio, las alegaciones de los empresarios cuyas ofertas se hayan calificado de anormalmente bajas.

El Tribunal de Justicia, en su reciente sentencia de 15 de mayo de 2008,⁵⁷ asume parcialmente las conclusiones, si bien pone el acento en el número de ofertas y de licitadores, toda vez que con relación a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/37 y que revistan un interés transfronterizo establece la siguiente distinción:

a) Si el número de ofertas válidas es superior a cinco, las normas fundamentales del Tratado sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no-discriminación son contrarios a una normativa nacional que obliga imperativamente a las entidades adjudicadoras a excluir automáticamente las ofertas consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación, con arreglo a un criterio matemático establecido en dicha normativa, sin dejar a las mencionadas entidades adjudicadoras ninguna posibilidad de verificar la composición de esas ofertas pidiendo precisiones sobre ellas a los licitadores interesados.

b) No ocurre lo mismo cuando una normativa nacional o local o incluso la entidad adjudicadora de que se trate, debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar, fijan un umbral razonable por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas. ■

57. Asunto SECAP.

El control judicial de las disposiciones de carácter general. Algunas consideraciones

1. Introducción.
2. Las distintas manifestaciones de la potestad reglamentaria en razón de la Administración de procedencia.
3. Algunas novedades en materia de control judicial de reglamentos introducidas en la Ley jurisdiccional de 1998.
4. Diagnóstico y soluciones.
5. La adopción de medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos que tienen por objeto disposiciones de carácter general.

Jesús María Chamorro González

*Magistrado especialista
de lo contencioso-administrativo.
Presidente de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo del Tribunal Superior
de Justicia de Asturias*

1. Introducción

Una de formas de manifestación de la actuación administrativa es la que se produce con el ejercicio de la potestad reglamentaria. A través del reglamento, la Administración pública correspondiente introduce en el ordenamiento jurídico disposiciones de carácter general que van a completar la cobertura legal que precisa para el cumplimiento de su obligación de tutela del interés general. Los reglamentos innovan el ordenamiento jurídico y permiten, fundamentalmente, que se circunstancien y concreten las previsiones de una norma con rango de ley. Los actos administrativos, como fórmulas de manifestación de la voluntad de las administraciones públicas, y además como vehículo más habitual de exteriorización de esa voluntad, no son otra cosa que actos individualizados de aplicación de aquellas disposiciones generales que pasan a formar parte del acervo normativo.

Es un hecho cierto que esa actividad administrativa consistente en el ejercicio de su potestad reglamen-

taria está sujeta al control de los tribunales de justicia, y así el artículo 106 de nuestra Constitución lo señala de forma expresa. Es la jurisdicción contencioso-administrativa a la que se encomienda esa función de control de la actividad materialmente administrativa de los entes públicos. El artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. Por tanto y en relación con la actividad normativa de las administraciones públicas, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa conocerán de los recursos que se articulen frente a disposiciones de carácter reglamentario y frente a las de rango legal que puedan dictar, en tanto en cuanto puedan superar el límite de la delegación legislativa realizada.¹

1. Es interesante la doctrina que con carácter general contiene la reciente sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008, que textualmente señala que:

“la actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (artículos 97 de la CE, 51 de la Ley 30/1992 y 23 de la Ley 50/1997), en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indica el citado artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público).

“Desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 de la Ley 50/1997), con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (artículo 9.3 de la CE), según establece el artículo 52 de la Ley 30/1992.

“Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el artículo 106 de la Constitución, en relación con el artículo 26 de la Ley 50/1997 y el artículo 1 de la Ley 29/1998 a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, que aun en el

supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

“Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se recoge en la sentencia de 28 de junio de 2004, según la cual: ‘además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (artículos 9.3, 97 y 103 de la CE), como interna respecto de los propios reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (artículo 52.2 de la Ley 30/1992; LRJ y PAC, en adelante); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 de la CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/1997. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 de la CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento’.

“En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 de la CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la ‘naturaleza de las cosas’ o la esencia de las instituciones.

“Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria (artículo 97 de la CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control

2. Las distintas manifestaciones de la potestad reglamentaria en razón de la Administración de procedencia

La potestad reglamentaria se atribuye con carácter principal a las administraciones territoriales. El esquema de ley con desarrollo reglamentario y de reglamento independiente, fundamentalmente de carácter organizativo, se repite cuando nos referimos a la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas. En el ámbito de las administraciones locales la cuestión tiene algunos perfiles propios, a lo que debemos añadir que desde el punto de vista cuantitativo su producción normativa reglamentaria es la más importante, y en consecuencia la que con mayor frecuencia accede al control judicial.

Las entidades locales, como entes político-administrativos, gozan de una posición constitucional que, además de por los principios constitucionales de los artículos 137 y 140 de la Constitución, se legitima por la extracción democrática de sus protagonistas principales, alcaldes y concejales. Sin embargo, esa posición de liderazgo que mantiene la Administración local como Administración pública más próxima a la realidad que gestiona, y por esa conexión democrática con sus representados, se diluye desde el momento en que aquella posición queda encorsetada por la potestad legislativa que encauza y regula su autonomía, y que proviene de dos centros dotados de una expansiva capacidad política que limita la potencialidad de esos entes locales. En efecto, la única vía alternativa que le queda al municipio es la del ejercicio de su potestad reglamentaria, lógicamente supeditada a la jerarquía normativa de las leyes de superior rango.

Así por ejemplo, en el ámbito urbanístico la potestad de los entes locales para elaborar instrumentos de ordenación urbanística, artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, o la existencia de ordenanzas fiscales municipales, artículo 15 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a través del cual se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, que señala que las ordenanzas fiscales son el instrumento legal que las entidades locales tienen a su disposición para la regulación de sus tributos, siempre dentro de los márgenes establecidos en la propia Ley,

jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferen-

nos introducen en el mundo de una importantísima actividad administrativa, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, en el que el binomio disposición general/acto de aplicación, básicamente, licencias urbanísticas y actos de liquidación tributaria, pueden plantear numerosas cuestiones.

Similares conclusiones alcanzamos cuando nos referimos a las relaciones de puestos de trabajo que tanto el artículo 15 de la Ley 30/1984, como el 74 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto básico del empleado público, configuran como instrumentos básicos de diseño del modelo de empleo público en el seno de cada Administración pública y por supuesto no solamente en el ámbito local, y a cuyo amparo se dictan una multitud de actos administrativos que encuentran en ella su cobertura (nóminas, concursos de provisión, etc.), y que la propia jurisprudencia considera, al menos a efectos procesales, como disposiciones de carácter general. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001.

La competencia para realizar ese control de legalidad de las normas de carácter reglamentario le corresponde fundamentalmente a los órganos colegiados de la planta de este orden jurisdiccional –salas de los tribunales superiores de justicia de la Audiencia Nacional o Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo–, mientras que el conocimiento de los actos de aplicación está atribuido a los unipersonales –juzgados de lo contencioso-administrativo de ámbito provincial o central–. Como es sobradamente conocido, la impugnación de disposiciones de carácter general se puede realizar a través de su impugnación directa o indirecta, es decir, recurriendo un acto de aplicación. Así se recoge en los artículos 25 y 26, respectivamente, de la Ley jurisdiccional.

Hay que hacer hincapié en que esta doble vía de control puede provocar importantes disfunciones en orden a que en muchas ocasiones la disposición de carácter general es objeto de un recurso directo, tramitado ante la sala, cuya decisión, además, pese a la previsión del artículo 66 de la LJCA, suele retrasarse en el tiempo, mientras que el acto de aplicación, cuyo control de legalidad se realiza en el juzgado, se tramita mucho antes, cuando precisamente la legalidad de

cia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (artículos 83 de la Ley de la jurisdicción de 1956, y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (cfr. STS de 26 de febrero y 17 de mayo de 1999, 13 de noviembre, 29 de mayo y 9 de julio de 2001, entre otras)."

éste depende de aquella resolución que determina la conformidad o no a Derecho del reglamento, y ello además por el diferente ritmo de resolución que actualmente existe entre las salas y los juzgados. Es ésta una cuestión que se presenta con especial protagonismo en el ámbito de la acción administrativa local y ello no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también por el régimen competencial de los juzgados y de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, que hace a aquéllos órganos de control de la actividad administrativa municipal, y a las segundas de su actividad reglamentaria. Sería el caso de los instrumentos del planeamiento y las licencias otorgadas a su amparo.

Pudiere pensarse que la solución es suspender la tramitación del proceso ante el juzgado, que por razones obvias normalmente resolvería primero, hasta que la sala despeje la duda. Por supuesto siempre y cuando los motivos de impugnación en el recurso del que conoce el juzgado no pudieran ser vistos y examinados de forma autónoma. El trata-

miento procesal de este incidente será el previsto en el artículo 43 de la LEC, aplicable supletoriamente al proceso contencioso-administrativo según dispone la disposición final primera de la LJCA, que prevé que cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Esta doctrina no es aplicable a los supuestos en que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación de la legalidad o validez de una disposición de carácter legal de rango reglamentario, y así lo ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 2005,² dictada en un recurso de casación en interés de ley.

2. *Cuarto*. El contenido de la doctrina que se solicita y la argumentación fundamentadora de la misma que, en síntesis, ha quedado expuesta se corresponden con las exigencias establecidas por la doctrina de esta sala para la estimación del recurso de casación extraordinario de que se trata.

“En primer lugar, la doctrina de la sentencia de instancia es errónea, pues la supletoriedad procesal civil ha de jugar en su ámbito propio, esto es, en aquellos casos en que la Ley jurisdiccional no regula una cuestión, pero tácitamente tampoco se oponga a ella por resultar la regla de supletoriedad incompatible con el régimen diseñado por la Ley reguladora de la jurisdicción, lo que no ocurre en el presente caso, por lo que se expondrá.

“El artículo 43 de la Ley de enjuiciamiento civil se refiere a la prejudicialidad civil e integra una laguna legal existente en nuestro sistema, estableciendo ahora que ‘cuando para resolver sobre el objeto litigioso sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial’.

“El precepto, sin embargo, no puede aplicarse a las cuestiones administrativas, ante la regulación que al respecto establece la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

“Nos encontramos, por un lado, en efecto, con una concreta regulación sobre las cuestiones prejudiciales en el artículo 4 y, por otro, con otra que afecta al control jurisdiccional de los reglamentos.

“En relación con el primer aspecto, el citado artículo 4 de la Ley de 1998 establece ‘que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los tratados internacionales. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente’.

“Por tanto, la regla general en esta materia es que al orden jurisdiccional administrativo le es dado conocer y pronunciarse sobre cuestiones ajenas a su competencia, sin necesidad de suspender el curso del proceso y esperar a que los órganos competentes emitan su resolución sobre las mismas, cuando de ello dependa la correcta resolución del objeto procesal principal.

“La regla enunciada, sin embargo, sufre excepciones pues el conocimiento de las cuestiones prejudiciales no se extiende a las de carácter constitucional, penal y las reguladas en tratados internacionales. En estos casos, la normativa específica contempla la suspensión del curso de las actuaciones, mientras no sea resuelta por el órgano competente.

“La Ley, en cambio, no se refiere para nada a las cuestiones de naturaleza administrativa, que tienen lugar cuando, previamente a la decisión sobre el fondo del asunto se necesita una determinación judicial acerca de un extremo de índole administrativa que condiciona tal decisión, por lo que no pueden calificarse como prejudiciales, en tanto que su resolución corresponde originariamente a los jueces y tribunales administrativos, sin que se dilucide extremo alguno que sea competencia de otro distinto orden jurisdiccional, razón por la que se engloban más bien en la categoría de cuestiones incidentales.

“Por lo que respecta al segundo aspecto enunciado, control de los reglamentos, en el caso de la actividad normativa de la Administración pública, la Ley jurisdiccional establece diferentes mecanismos impugnatorios, como son el recurso directo y el recurso indirecto. La impugnación directa está regulada en el artículo 25 de la Ley jurisdiccional y las sentencias que anulen un precepto de un reglamento, según dispone el artículo 73, no afectarán por sí mismas a la eficacia de los actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales. Por su parte, la impugnación de los actos que se dicten en aplicación de disposiciones de carácter general fundada en que éstos no son conformes a Derecho (la llamada impugnación indirecta) viene contemplada en el artículo 26, y su funcionamiento en el artículo siguiente, que establece que cuando se produzca esta impugnación el juez o tribunal de lo contencioso-administrativo desarrollará todo el proceso como si de la impugnación de cual-

Es cierto que la cuestión de legalidad prevista en el artículo 123 de la LJCA trata de solucionar estos problemas, pero también es cierto que, con independencia de que resulta que un reglamento inconstitucional puede ser inaplicable por el juez, artículo 5 de la LOPJ, y un reglamento ilegal no lo puede ser sin el planteamiento de esta denominada cuestión de ilegalidad, el recurso indirecto contra un reglamento a través de un recurso contencioso-administrativo no suele plantearse de forma clara y evidente por el recurrente –a veces ni se insinúa–, dejando en manos del juez una función de depuración del ordenamiento infralegal, que o bien se le deja con todas las consecuencias para resolver a las partes las cuestiones que considere relevantes, o bien se traduce en que está imposibilitado para resolver el litigio al estar la cuestión pendiente de resolverse ante la sala del Tribunal Superior de Justicia.

Lo cierto es que los juzgados sólo entenderían de los recursos interpuestos frente a actos. También lo serían los recursos indirectos frente a los reglamentos en los que se fundamenta el acto impugnado, cuando el motivo impugnatorio se basare en la ilegalidad de la norma municipal de cobertura. En otro caso, habría que acudir, en recurso directo contra el reglamento, ante el órgano judicial competente según se trate de una norma emanada de la propia Administración local o autonómica, Sala de lo Contencioso-Administrativo del

quier acto administrativo se tratara y dictará sentencia. Si entiende que el acto administrativo es legal, porque así es la disposición de la que trae cuenta, se termina el proceso con una sentencia desestimatoria de la pretensión y con ello todo el proceso. En cambio si el juez entiende que el acto es ilegal por serlo el reglamento que éste aplica, si, a su vez, es competente para conocer también del reglamento, la sentencia deberá declarar la ilegalidad del acto y del reglamento, y si no lo fuera, dictada la sentencia sobre el acto, debe plantear la cuestión de ilegalidad, que se encuentra regulada en los artículos 27 y 123 a 126, quedando terminado el proceso al acto, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto al reglamento, cuya sentencia no afectará a la situación concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que planteó la cuestión de ilegalidad.

“En segundo término, el criterio de la sentencia de instancia puede considerarse también gravemente dañoso para el interés general, pues de generalizarse el mismo en los procesos encaminados al enjuiciamiento de cualquier acto tributario que pudiera tener cobertura en una norma reglamentaria previamente examinada, aunque no se hubiese decretado su suspensión y la misma no hubiese sido anulada, como ocurre en este caso, supondría una excesiva dilación en la eficacia de los actos administrativos, superando las posibilidades de la suspensión del acto.

“Debe garantizarse el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pero no puede perderse de vista que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, y que una dilación en la recaudación de tributos, fuera de los cauces legales y superando los límites establecidos a la potestad ejecutiva de la Administración tributaria, puede afectar a la recaudación, resintiéndose

Tribunal Superior de Justicia, o estatal, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

En esta línea quizás sea necesario un especial cuidado en el momento de diseñar la estrategia impugnatoria, en orden a entender que a través del recurso indirecto no podrá obtenerse un pronunciamiento de fondo en cuanto a la eventual ilegalidad y por consiguiente nulidad de la disposición de carácter general impugnada indirectamente en la instancia ante el juzgado provincial, lo que sí acontecería si el recurso se interpone ante un órgano judicial que también sea competente para conocer del recurso frente a la disposición general, si bien hemos de señalar que la Ley 29/1998 ha dado un importante paso hacia adelante en orden a expulsar de la vida jurídica aquellas normas jurídicas ilegales, ya que el órgano judicial que resolverá la cuestión de legalidad deberá declarar la nulidad, no sólo del acto administrativo dictado a su amparo, sino también del propio reglamento. No de otra manera ha de entenderse la previsión del artículo 126 de la Ley jurisdiccional, especialmente la remisión que éste realiza al artículo 73. Sin duda, el legislador pretende expulsar con rapidez y celeridad del ordenamiento jurídico las normas ilegales y nulas³ –así, se da preferente tramitación a los recursos en los que se impugnan indirectamente una disposición de carácter general, artículos 66 y 126.4 de la Ley jurisdiccional–. Con aplicación de estos principios enten-

dose la eficacia constitucional sobre la que se construye nuestro régimen administrativo en el Estado de derecho (artículo 103).

“Como ha tenido ocasión de declarar este tribunal, el requisito de grave daño es apreciable cuando, de reiterarse las hipótesis o casos semejantes al decidido por la sentencia impugnada, el mantenimiento de la errónea doctrina produciría lesión no sólo de índole patrimonial, sino también de carácter organizativo o de cualquier clase que redunde en afectación seria y grave de intereses públicos que la Administración en cuestión tiene encomendada.

“Por tanto, frente a lo que alega la parte demandada, constituyendo la suspensión de la ejecución de los actos tributarios el límite a la potestad ejecutiva de la Administración tributaria, hay que entender que una dilación fuera de los cauces legales resulta gravemente dañosa al interés general, sin que la eventual anulación de una disposición de carácter general sea óbice para justificar una mayor dilación, al existir otros remedios para paliar las consecuencias que puedan derivarse de la aplicación estricta del artículo 73.

“Tampoco la circunstancia de que la Administración perjudicada no sea la central sino la local puede ser base para negar la generalidad del perjuicio económico, pues el mismo sin duda se produciría, con independencia de la Administración, en el caso de reiteración de actuaciones iguales a las enjuiciadas por la sentencia impugnada.”

3. En este sentido, consideramos que las normas de rango reglamentarias que infringen lo dispuesto en otras normas de rango superior son nulas de pleno derecho por aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, del procedimiento administrativo común y régimen jurídico de las administraciones públicas, también aplicable en este supuestos y en otros a la nulidad y anulabilidad de los actos tributarios.

demos igualmente que, cuando el órgano competente para entender de la legalidad del reglamento no lo examine en virtud del planteamiento formal de una cuestión de legalidad, al haber sido recurrida en vía de apelación la sentencia que inaplicó el reglamento ilegal, tal y como prevé el artículo 27.1 al referirse a las sentencias firmes, también deberá pronunciarse sobre la legalidad de esa norma reglamentaria, y en

su caso declararla nula.⁴ Así se desprenden de los apartados segundo y tercero del artículo 27, que insiste en dar preferencia al control de legalidad de las normas reglamentarias eventualmente ilegales cuando entiende de un recurso indirecto y también es competente para el directo. Igual previsión existe para el Tribunal Supremo en relación con todo tipo de normas, al ser órgano judicial que culmina la plan-

4. Nos parece oportuno transcribir algunos párrafos de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2007, en relación con la cuestión de legalidad y los supuestos de su planteamiento en relación con el recurso de apelación:

“Antes de entrar a resolver el presente recurso de casación, conviene hacer referencia a la razón de ser y caracteres básicos de la cuestión de ilegalidad, tal como ha sido regulada en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

“Como es sabido, uno de los objetivos perseguidos por la Ley 29/1998, y así lo hace patente la exposición de motivos, fue evitar a toda costa las situaciones de desigualdad e inseguridad jurídica derivadas del carácter difuso del control indirecto de reglamentos, lo que trató de lograrse mediante ‘unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre esa decisión de efectos *erga omnes*. De ahí que cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que pueda conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad’.

“El pensamiento del legislador se plasmó en el artículo 27 de la Ley, básico en la materia, en el que se dispone:

“1. Cuando el juez o tribunal de lo contencioso hubiese dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad, ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados anteriores.

“2. Cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general, lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

“3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

“En efecto, el apartado 1 del precepto transcrito, ante el hecho de que un juez o tribunal de lo contencioso, en un recurso indirecto, dicte sentencia estimatoria, por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada que ampara el acto impugnado, y siempre que aquella sea firme, les impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad, ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra aquélla.

“En estos casos, el artículo 123.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa señala que ‘el juez o tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 de esta Ley, dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia’.

“Ahora bien, lo anteriormente indicado tiene aplicación en los casos de dualidad competencial, es decir, cuando el juez o tribunal de que habla el apartado 1 no sea competente para conocer del recurso directo, lo que se pone de relieve con la previsión ‘salvo lo

dispuesto en los dos apartados siguientes’, en los cuales se recoge la regla de que sí existe identidad competencial –apartado 2 del artículo 27– y, en todo caso, cuando intervenga el Tribunal Supremo –apartado 3–, el recurso indirecto es el procedimiento adecuado para hacer una declaración de carácter general sobre la legalidad de la norma reglamentaria.

“Por tanto, cuando el juez o tribunal competente en relación con el recurso indirecto no lo sea en relación con el recurso directo, ‘deberá’ plantear la cuestión de ilegalidad, una vez que la sentencia que dicte sea firme, limitando el pronunciamiento a la declaración sobre el acto administrativo, sin que, en relación con la disposición general, sus poderes puedan ir más allá de la no-aplicación de la misma, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6 de la Ley orgánica del Poder Judicial. En cambio, en el caso de identidad competencial, el órgano jurisdiccional ‘declarará la validez o nulidad de la disposición general’.

“Conviene precisar, en todo caso, que el apartado 2 del artículo 27 resulta igualmente aplicable en los casos en que el conocimiento del recurso indirecto llega a los tribunales superiores de justicia por medio del recurso de apelación, pues si bien es cierto que existen posiciones, cada vez más reducidas, que entienden lo contrario, se trata de posturas que, amén de contar en su contra inicialmente con el principio de economía procesal, no tienen en cuenta que el designio del legislador era justamente el que aquí se mantiene.

“En efecto, en el Proyecto de lo que después sería Ley 29/1998, aprobado por el Congreso de los Diputados, el apartado 3 del artículo 27 señalaba:

“Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo podrá anular cualquier disposición general, cuando, en cualquier grado, conozca de recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma. Igualmente, los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, en el ámbito de su competencia, podrán anular también las disposiciones generales emanadas de los órganos autonómicos y entidades locales con competencia para dictar normas reglamentarias, cuando conozcan de recursos contra actos administrativos que se funden en la ilicitud de dichas normas’.

“Este texto, posiblemente redundante, resultaba mucho más claro que el que resultó definitivamente aprobado, pues afirmaba expresamente que la competencia para anular disposiciones generales de órganos autonómicos y entidades locales podía ejercerse, cuando conocieran de la impugnación de actos administrativos, ‘en el ámbito de su competencia’ y, por tanto, resolviendo en única o segunda instancia (artículo 10.1 y 2 de la Ley jurisdiccional). En cualquier caso, durante la tramitación en el Senado, se procedió a la aceptación de la enmienda número 27, que suponía la supresión del segundo párrafo, relativo a los tribunales superiores de justicia con la siguiente justificación: ‘se suprime el último párrafo porque esta previsión está ya contenida en el apartado 2’.

“Debemos entender, por tanto, que el artículo 27.2 atribuye al tribunal que conoce en apelación de un recurso indirecto competencia para declarar la validez o nulidad de la disposición impugnada. Por ello, los autos de la Sección Primera de 25 de noviembre de 2002 y 20 de enero de 2003 señalaron ya que ‘del citado artículo 27.2 de

ta jurisdiccional en todos los órdenes, artículo 53 de la LOPJ.⁵

Consideramos necesario referirnos al problema que se plantea con los motivos impugnatorios que es posible plantear en vía de recurso indirecto contra un acto administrativo, en orden a recordar, como insiste reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por razones de estricta seguridad jurídica se impide que a través del recurso indirecto contra disposiciones de carácter general se puedan hacer valer defectos o irregularidades formales de esos reglamentos, que traieran causa en el procedimiento de elaboración de la norma, tal y como acontecería, por

la LRJCA se deduce la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia, en segunda instancia, se pronuncie directamente sobre la legalidad de la disposición general impugnada indirectamente ante el juzgado de lo contencioso administrativo’.

“Pero es que además, si, como veíamos antes, el apartado 1 del artículo 27 impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad, los apartados 2 y 3 de dicho precepto exigen igualmente a los respectivos tribunales la obligación de hacer pronunciamiento expreso acerca de la validez o disposición general, como se deduce claramente de las expresiones ‘declarará’ o ‘anulará’, utilizadas respectivamente en aquéllos.

“En este sentido, esta sala ha ido poniendo de relieve progresivamente la obligación de realizar este pronunciamiento expreso. Y así, la sentencia de la Sección Quinta de esta sala, de 5 de octubre de 2005, tras hacer referencia a los problemas surgidos del control difuso de los recursos indirectos, declaró:

“Quinto. [...] Pues bien, si esa era la entidad del problema que quiso atajar la Ley 29/1998 (problema que afectaba, según el propio legislador, a principios, como el de la seguridad jurídica, que la Constitución garantiza –artículo 9.3 de la misma– y a derechos, como el de la igualdad en la aplicación de la Ley, susceptibles de amparo constitucional –artículos 14 y 53.2 de la Constitución–), y si esa es la solución legalmente acogida para evitarlo, difícilmente podría sostenerse que esa solución no era la solución ya obligada desde el momento mismo en que entró en vigor la Ley 29/1998.

“Lo que en el caso de autos, en el que la sentencia aquí recurrida se dicta el 24 de mayo de 2002, se traducía en la obligada aplicación por la sala de instancia de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la repetida Ley 29/1998, a cuyo tenor: ‘Cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general’, por ser dicha sala la competente para conocer del recurso directo contra aquella aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de Camarles. Antieconómico e innecesario para preservar el principio de contradicción sería sostener que esa sala hubiera debido plantearse a sí misma una cuestión de ilegalidad tras un proceso en el que ya se planteaba la ilegalidad de la norma y en el que era parte la Administración autora de ella’.

“En el mismo sentido, la sentencia de 17 de mayo de 2006 (también de la Sección Quinta) ha dicho:

“Primero. Antes de entrar en el examen de los motivos de casación invocados por una y otra recurrente, debemos señalar que, después de la entrada en vigor de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en contra del parecer expresado por la sala de instancia en el fundamento jurídico tercero, ‘cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la inva-

ejemplo, con la falta de trámite de audiencia pública, artículo 17 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, o la falta de algunos de los documentos que motiven sus contenidos –callejeros, memoria económico-financiera, etc.–.⁶ Por el contrario, estos motivos sólo serían articulables cuando estuviéramos en presencia de un recurso directo frente a la disposición general, interpuesto en tiempo y forma –dos meses desde la publicación de la ordenanza impugnada, tal y como prevé el artículo 46.1 de la Ley jurisdiccional–,⁷ sentencias de 13 de enero de 2000 y 16 de diciembre de 1994, entre otras.

lidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general’ (artículo 27.2), de manera que ya no es aplicable la doctrina que la sala sentenciadora recoge en el indicado fundamento jurídico tercero acerca de que ‘en el caso de impugnación indirecta de disposiciones generales, únicamente resulta posible declarar la nulidad de los actos de aplicación impugnados, pero no de la disposición misma’, pues, como el citado precepto de la Ley 29/1998 establece, si el juez o tribunal fuese competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, en la sentencia que pronuncie deberá declarar la validez o nulidad de esa disposición general, debiendo, en el caso de que no fuere competente para hacer tal declaración, plantear la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, según establecen concordadamente los artículos 27.1 y 123 a 126 de la Ley de esta jurisdicción.

“De todo lo expuesto con anterioridad, se deduce por tanto, que en el recurso de apelación interpuesto contra sentencias dictadas en recursos indirectos, el tribunal *ad quem*, en el caso de tener competencia objetiva para anular la disposición general impugnada, deberá hacerlo así, sin que sea preciso el previo planteamiento de cuestión de ilegalidad.”

5. Así lo señala también la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2000, en su FJ 14.

6. Es muy clara en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000.

7. El cómputo del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es, a nuestro juicio, un plazo procesal y no procedimental, por lo que su regulación no depende de la Ley 4/1999, que modifica en este punto el artículo 48 de la Ley 30/1992, del procedimiento administrativo común y régimen jurídico de las administraciones públicas, plazo procesal que implica que se inicia su cómputo al día siguiente de la notificación del acto impugnado, finalizando el plazo de interposición a las 24 horas del último de esos dos meses que contados de fecha a fecha coinciden con el día del dígito del día de la notificación. Es decir, por ejemplo, notificada una resolución administrativa el día 24 de mayo, el último del plazo de interposición serán las 24 horas del día 24 de julio, salvo que ese día sea inhábil judicialmente. Así lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –sentencias 32/1989, de 13 de febrero, y 165/1996, de 28 de octubre–, y del Tribunal Supremo –sentencias de 26 de mayo de 1986 y 19 de abril de 1990–. En este aspecto, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de aplicación supletoria al proceso contencioso-administrativo, conforme a la disposición final primera de la Ley 29/1998, en relación con la recepción de documentos, tal y como establece el artículo 135.

Sin embargo, en no pocas ocasiones, como ya hemos señalado, sigue existiendo una evidente disfunción entre los ritmos de resolución de juzgados y salas cuando se trata de recursos indirectos y directos frente a disposiciones de carácter general. Quizás sería conveniente arbitrar algunas soluciones al problema, de lo que nos ocuparemos más adelante, sugiriendo algunas ideas.

3. Algunas novedades en materia de control judicial de reglamentos introducidas en la Ley jurisdiccional de 1998

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, supuso un importante revulsivo en una jurisdicción absolutamente determinante en la organización de un Estado de derecho, y en ese sentido trató de aportar soluciones y mecanismos que facilitaran una adecuada puesta en marcha del principio del artículo 106 de la Constitución, a saber, que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Sin embargo, tal objetivo no fue satisfecho en todas sus posibilidades.

Entendemos que la previsión del artículo 66⁸ de la Ley jurisdiccional es absolutamente insatisfactoria. La claridad del precepto podría ser mucho más evidente. Así, parece no ofrecer duda que en el orden de señalamientos que para votación y fallo se siga en una sala de lo contencioso-administrativo, los procesos que tengan por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general tendrán preferencia en el tiempo y por tanto también en su turno de espera, si es que esta espera existe, que será también lo más habitual. Sin embargo, no queda claro si en la tramitación también se dará esa preferencia. La dicción del precepto no lo deja claro, ya que sólo se refiere a su anteposición en el señalamiento para votación y fallo. Entendemos nosotros que la previsión inicial de que los recursos directos contra disposiciones generales gozarán de preferencia abona esa posición tendente a entender que esa preferencia también llega a la fase de tramitación. Téngase en cuenta que la conjunción “y” parece dar a entender que existe preferencia, a la que se añade la del señalamiento para votación y fallo. Es importante esta cuestión, ya que con salas absolutamente desbordadas en relación con el

número de asuntos que despachan, y desde luego desnaturalizadas de su función de ser órganos de unificación de criterio en relación con las resoluciones de los juzgados de lo contencioso-administrativo, esa preferencia en la tramitación permitiría mayor eficacia en este aspecto. Piénsese por ejemplo en la reclamación del expediente administrativo, trámite que normalmente demora de forma importante el procedimiento por la tardanza que la Administración demanda en su remisión. En este sentido, hemos de decir que ciertamente los expedientes administrativos de las disposiciones de carácter general son muy voluminosos, por ejemplo los de los instrumentos del planeamiento, y eso dificulta su remisión.⁹ No será infrecuente el caso en que existan varios recurrentes o codemandados y sea necesario dar sucesivos trámites de presentación de escritos de demanda y contestación a la demanda, con un solo ejemplar del expediente, alargando más todavía el trámite.

Ha de destacarse cómo la previsión del artículo 66 de la Ley jurisdiccional, en relación con la preferencia de los procesos en los que se impugna una disposición de carácter general, también es aplicable a las cuestiones de ilegalidad que se planteen ante las salas, ya que el artículo 126, apartado segundo, de la Ley jurisdiccional establece la aplicación a estos supuestos de determinados preceptos de esta ley, entre los que figura el ya citado artículo 66, que prevé la preferencia que aquí es objeto de comentario.

La Ley jurisdiccional de 1998 ha introducido algunos mecanismos tendentes a agilizar el proceso contencioso-administrativo que tenga por objeto disposiciones de carácter general. Así, junto con las previsiones de los artículos 66 y 126.2 ya examinados, el artículo 15.5 prevé un importante acortamiento de los trámites al permitir que el proceso se inicie directamente con el escrito de demanda, en el que, junto con la determinación y concreción de la disposición general que se somete a control de legalidad, se articulen los motivos impugnatorios que fundan la pretensión de nulidad del reglamento. Ha de recordarse que el vicio de legalidad en el que puede incurrir una disposición de carácter general es únicamente el de nulidad de pleno derecho, cuando vulneren la Constitución, leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, cuando regulen materias reservadas a la ley, o cuando establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables

8. Los recursos directos contra disposiciones generales gozarán de preferencia y, una vez conclusos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales.

9. Quizás fuera necesario agotar las posibilidades del uso de nuevas tecnologías, especialmente en este tipo de supuestos.

o restrictivas de derechos individuales, tal y como establece el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP. En consecuencia, sólo una pretensión de nulidad de pleno derecho de la disposición impugnada será viable en el seno del proceso contencioso-administrativo.

Esta posibilidad de inicio del proceso contencioso-administrativo directamente a través de demanda supondrá que los trámites subsiguientes continuarán con la reclamación del expediente con emplazamiento de los interesados y con la ulterior contestación a la demanda por parte de la Administración demandada. Ciertamente, si se hace uso de la alternativa prevista en este artículo, el escrito de demanda se articulará sin que se haya remitido al órgano judicial el expediente administrativo. Nada novedoso para la Ley jurisdiccional, que establece este sistema como regla general en la regulación de los trámites del procedimiento abreviado. Hay que decir que el expediente administrativo ha estado siempre a disposición de los interesados en la sede del órgano administrativo correspondiente. El propio artículo 35.1.a) de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP, prevé que los ciudadanos tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos. En el caso de los procedimientos administrativos en cuyo seno se ha elaborado la disposición general, además de lo anterior, normalmente se ha producido un trámite de información pública que cuando menos ha propiciado una mayor transparencia y conocimiento en el procedimiento. En todo caso y aparte motivos impugnatorios fundados en aspectos de carácter formal, si la pretensión se funda en motivos de legalidad material, en la mayoría de las ocasiones poco podrá aportar un examen detallado del expediente. Ciertamente, presentado el escrito de demanda, y remitido formalmente el expediente administrativo por la Administración demandada, sería admisible un escrito complementario derivado de los aspectos que con carácter novedoso se hayan desprendido de la remisión.

4. Diagnóstico y soluciones

Sostenemos en este trabajo que aun los mecanismos novedosos que ha introducido la Ley jurisdiccional de 1998, y que hemos considerado muy someramente más atrás, lo cierto es que el sistema de control de los reglamentos es todavía insatisfactorio. Es necesario abordar con mayor contundencia un sistema eficaz de control de esta actividad administrativa. Cuando una norma reglamentaria, que innova en

ordenamiento jurídico y sirve de cobertura legal a la actuación de las administraciones públicas, a cuyo amparo dictan actos administrativos, incurre en una patología de tipo legal que la hace merecedora de ser sancionada con una declaración de nulidad de pleno derecho, es urgente erradicarla de la vida jurídica, evitando que se dicten a su amparo actuaciones administrativas, que además se consolidarán, aun la ilegalidad de aquél, a tenor de lo previsto en el artículo 73, que establece que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente. De ahí la necesidad de articular un sistema eficaz, desde el punto de vista procedimental, para llevar a cabo ese control de legalidad de esta actividad impugnabile que es el ejercicio de la potestad reglamentaria, según establece el artículo 25 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es necesario que cuando se enjuicie el acto de aplicación, el recurso directo esté ya solventado. Esto no es posible si no existe un proceso ordinario, pero ágil y rápido. Ahora mismo estamos en las antípodas de esta situación. En las salas de lo contencioso-administrativo el único procedimiento ordinario es el de única o primera instancia. Un procedimiento, a nuestro juicio, obsoleto en nuestro sistema procesal. Sin duda es un proceso largo, escrito y que constituye un último vestigio de este modelo ya erradicado de nuestro Derecho procesal. Suprimidos el juicio de menor y mayor cuantía, en el resto de las jurisdicciones, la civil y la social por ejemplo, el modelo es distinto. Allí prima la oralidad y la intermediación. El procedimiento en única o primera instancia es absolutamente contrario a ese modelo. Además, un órgano colegiado no es el órgano judicial adecuado para su tramitación. Ciertamente tampoco lo es para ser órgano de instancia con la intensidad que recoge el sistema competencial previsto en la vigente Ley jurisdiccional. Actualmente el procedimiento abreviado es un proceso residual en las salas. Sólo la inactividad del artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional, cuando sea competencia de aquéllas, se tramitará por ese ágil cauce procesal, pero sin duda se trata de supuestos absolutamente escasos.

Es evidente que el sistema competencial y procedimental de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa requiere una revisión que lo clarifique y racionalice. Las salas deben ser órganos de unificación de doctrina y no de instancia, o al menos en la medida que lo son en este momento. Sólo algunas

cuestiones puntuales podrían ser conocidas en primera instancia, a semejanza de la atribución competencial que ahora tiene la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Ello permitiría diseñar procesos específicos para un órgano colegiado; sin duda, si disminuyera su carga en la instancia, también sería más eficaz el conjunto de su actuación.

Ahora mismo las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia tienen un perfil absolutamente desfigurado. Son órganos de instancia, en las comunidades autónomas uniprovinciales este perfil se intensifica, y lo son a través de un proceso obsoleto y con una configuración, la de órgano colegiado que obstaculiza un funcionamiento ágil propio de un órgano unipersonal de primera instancia. Además son órganos de segunda instancia, pues conocen de los recursos interpuestos frente a las resoluciones de los juzgados de lo contencioso-administrativo. Pero es que además son órganos de casación o unificación de doctrina en relación con la legislación autonómica, que precisamente no es poca. Es decir, cumplen con una triple función que crea importantes disfunciones.

Sin embargo, mientras esto llega habría que habilitar un proceso específico para conocer a través del mismo los recursos frente a disposiciones de carácter general. Un procedimiento que sirva además para introducir una conciencia de necesidad de agilidad, similar a la que existe en relación con el proceso especial de tutela jurisdiccional en materia de derechos fundamentales, que permita esa eficacia en materia de control de la potestad reglamentaria.

Ese procedimiento sin duda pudiera responder a varios modelos. Sin embargo, nos atrevemos a sugerir una alternativa. En efecto, podría diseñarse un procedimiento que principiando por demanda, y seguido de la reclamación del expediente y de la contestación a la demanda, continuase con una comparecencia ante la sala que conociera del litigio, en la que tras la eventual subsanación de los obstáculos procesales que pudieran concurrir se pudiera practicar la prueba previamente preparada por las partes, al igual que acontece en el procedimiento abreviado, de forma tal que sólo se abriera un periodo para practicar los medios de prueba admitidos en el extraordinario supuesto de que éstos no hubieran podido ser practicados en la comparecencia por causa no imputable a quien ha propuesto ese medio probatorio. Continuaría el procedimiento con plazo de cinco días para que las partes sucesivamente presentaran sus escritos de conclusiones, con un posterior e inmediato señalamiento para que el proceso sea votado y fallado.

5. La adopción de medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos que tienen por objeto disposiciones de carácter general

El problema de la justicia cautelar está siempre presente en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, precisamente, entre otros motivos, por la tardanza en la decisión final del proceso. No vamos a adentrarnos en este trabajo, que tiene otro objeto, en las cuestiones que con respecto a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo se pueden sugerir. Nos conformaremos con centrarnos en los procesos que versan sobre disposiciones de carácter general, y en concreto con la eventual existencia de un proceso ágil para su control.

Un modelo de proceso ordinario de este tipo permitiría, a su vez, que fuera más viable la adopción de medidas cautelares en el seno del mismo. Ciertamente la jurisprudencia en esta materia de medidas cautelares en los procesos que tiene por objeto el control de legalidad de disposiciones de carácter general es muy restrictiva en orden a acordar la medida cautelar de suspensión de la eficacia de ese reglamento impugnado. La preceptiva valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, artículo 130.1 de la Ley jurisdiccional, y la necesidad de no perturbar gravemente el interés general, apartado segundo de este mismo precepto, encauzan una doctrina jurisprudencial que entiende que no debe suspenderse la eficacia del contenido de una disposición general, como uno de los máximos exponentes de una decisión administrativa que tiende a tutelar el correspondiente interés público. La disposición debe desplegar sus efectos de forma inmediata, pues su vocación es la de hacer efectiva una determinada decisión administrativa. Sin duda en esta doctrina se encierra un influyente y claro factor, a saber, no se entiende conveniente que la eficacia de una disposición general esté suspendida durante los largos meses o años en que se retrasa la sentencia que decide el fondo. Piénsese en el clarificador ejemplo de un instrumento de planeamiento, por ejemplo un plan general de ordenación urbana, que, habiendo sido impugnado, no se suspenda por el hecho de que esa medida cautelar impidiera la urbanización, la ordenación territorial de una determinada zona, la puesta en marcha de infraestructuras urbanas, viviendas, etc., durante varios meses. Si la duración estimada de la tramitación, y por tanto el tiempo previsto para obtener una decisión de fondo fuera otro, ese factor podría influir para obtener una tutela cautelar si por ejemplo el tiempo estimado de duración del proceso fueran cinco o seis meses.

Sin embargo, se está abriendo camino una concepción distinta que partiendo del principio general de la

pérdida de la finalidad legítima del recurso interpuesto, como elemento o criterio de adopción de medidas cautelares, invita a acordar la suspensión de la eficacia. Véase el caso propuesto de un instrumento del planeamiento impugnado, para evitar precisamente la consolidación de situaciones irreversibles puestas en realidad al amparo de una norma cuya adecuación a la legalidad está siendo objeto de control en el litigio principal. Así, podemos fijarnos en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006.

Es evidente que una sentencia anulatoria del plan general, y unas obras realizadas al amparo de licencias otorgadas cuando su eficacia desplegaba sus efectos, estaría amparada por el ya citado artículo 73 de la Ley jurisdiccional, consolidando una situación de orden fáctico absolutamente contraria a Derecho, pero de muy dificultosa neutralización.

En esta materia de las medidas cautelares en los procesos que tienen como objeto el control de legalidad de una disposición de carácter general, es necesario referirse al momento procesal oportuno para instar y por tanto solicitar la adopción de esa medida. Ciertamente el derecho a la tutela judicial encierra el derecho a la tutela cautelar, como ha recordado desde muy antiguo el Tribunal Constitucional, por todas cabe citar al sentencia 66/1984, y por tanto también la regla general ha de ser la de que la solicitud puede hacerse en cualquier momento. Es evidente que si lo que se pretende es enervar los perjuicios derivados de la ejecución de la actuación administrativa correspondiente, lo razonable es que la solicitud se realice en el primer escrito que se dirija al órgano judicial competente. Sin embargo, en estos procesos contra disposiciones reglamentarias el legislador ha querido que la petición de medidas cautelares se realice en el escrito de interposición, o en el de demanda, si se hace uso de la posibilidad prevista en el artículo 45.5 y ya analizada más atrás de iniciar el proceso de esa manera. Eso es lo que se prevé en el artículo 129.2 de la Ley jurisdiccional, o al menos ésa es la interpretación que nosotros defendemos. No tiene sentido específicamente que se disponga el momento procesal para realizar la petición en los supuestos de impugnación de disposiciones de carácter general, que por el contrario el apartado primero de este artículo establece como posible de realizar en cualquier momento del proceso en otros supuestos como regla general. Y la razón de esta precisión no es otra que no despejar cuanto antes cualquier duda sobre la posible suspensión cautelar de la disposición de carácter general en el seno del proceso, de forma tal que si no se realiza la petición en ese primer escrito dirigido al órgano judicial competente, bien sea el escrito de interposición del recurso, o el de demanda, si se inicia el proceso de este modo, no

es viable la petición de medidas cautelares posteriormente, despejándose así la eventual suspensión de la eficacia del reglamento impugnado.

El auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, abunda en esta cuestión, sosteniendo la necesidad de que la medida cautelar se solicite en el escrito de interposición, existiendo un voto particular, que aduciendo el derecho a la tutela judicial efectiva, y el antiformalismo derivado del principio *pro actione*, entiende lo contrario. ■

El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales: las sesiones

Jesús Colás Tenas

Oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza

1. Introducción.
2. La formación de la voluntad de los órganos colegiados.
3. Regulación del régimen de funcionamiento.
4. La sesión: concepto y finalidad.
5. El lugar de celebración de la sesión.
6. El tiempo y el principio de unidad de acto en la celebración de la sesión.
 - 6.1. El tiempo de celebración de la sesión.
 - 6.2. El principio de unidad de acto y las sesiones de los órganos colegiados.
7. Clases de sesiones.
 - 7.1. Las sesiones ordinarias.
 - 7.2. Las sesiones extraordinarias.
 - 7.2.1. Sesiones extraordinarias convocadas a iniciativa del presidente.
 - 7.2.1.1. La motivación u oportunidad de la convocatoria de sesión extraordinaria a iniciativa del presidente.
 - 7.2.1.2. Los asuntos que pueden ser debatidos en una sesión extraordinaria convocada a iniciativa del presidente.
 - 7.2.2. Sesiones extraordinarias convocadas a instancia de un número de miembros de la corporación.
 - 7.2.2.1. El número de concejales necesario para solicitar y obtener la sesión extraordinaria: la minoría protegible y el principio de acreditación o significación cuantitativa.
 - 7.2.2.2. La limitación del número de sesiones extraordinarias que pueden solicitar los miembros de la corporación.
 - 7.2.2.3. El escrito de solicitud de sesión extraordinaria: su motivación.
 - 7.2.3. Otras sesiones extraordinarias.
 - 7.3. Las sesiones extraordinarias urgentes.
 - 7.4. Sesiones extraordinarias de carácter especial o sesiones especiales.
 - 7.5. Sesiones universales.

1. Introducción

El municipio, en esencia, es el espacio del compromiso público de la ciudadanía democrática. La ciudad, el municipio, han cobrado un relieve institucional y político cada vez mayor –afirma con claridad la exposición de motivos del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Valladolid–,¹ originando a su vez un grado de autonomía que exige nuevas formas de organización, de control y de ejercicio del poder, desde una perspectiva participativa, democrática y moderna.

Dentro de este nuevo aliento que impregna al municipio, el régimen de funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales tiene mucho que ver en esa nueva concepción de lo municipal.

Parece evidente, y ésta es una consideración de importancia, que la evolución del régimen de funcionamiento de las entidades locales camina en la vía del régimen parlamentario, lo que habrá de tenerse en cuenta a la hora de interpretar las normas que lo regulan. Esta afirmación se constata fácilmente en el examen de los preceptos que regulan la formación de grupos municipales, el sistema de votación, el desarrollo de la sesión, el control de los órganos de gobierno, etcétera.

La forma, el modo y el ser parlamentario han entrado a formar parte del régimen de las sesiones de las entidades locales. La nueva generación de reglamentos orgánicos de las entidades locales se hace eco de esta evolución.

La configuración del Pleno a modo de una asamblea legislativa es una realidad en muchos de nuestros ayuntamientos. El rito y la liturgia del debate parlamentario se imponen en la mayoría de las entidades locales. Se camina y evoluciona hacia nuevas formas de *gobierno local* y se abandona en el armario el viejo concepto de “corporación local”. El estudio de la adopción de acuerdos y del funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales es una buena muestra de cuanto se dice.

2. La formación de la voluntad de los órganos colegiados

Una de las preocupaciones más intensas del Derecho es la formación y formulación de la voluntad de las personas, pues la característica fundamental de la vida

es la libertad. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española define la voluntad como la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”, “libre albedrío o determinación”, y María Moliner, en su *Diccionario de uso del español*,² establece la siguiente definición de la voluntad: “facultad del alma con la que quiere o elige unas cosas y rechaza otras, y gobierna los actos del ser animado por ella”. Estas definiciones ponen de manifiesto el carácter esencial de la voluntad, el ser una cualidad que, en definitiva, supone la expresión o ejercicio de la libertad interna³ de toda persona que va inseparablemente unida a las nociones de acto, acción, decisión, deliberación, elección, etcétera.

En el Derecho, la voluntad se manifiesta como elemento integrante y calificativo de la personalidad, desde la persona individual hasta las más complejas personas colectivas, sean las que se circunscriben a la esfera privada, o las que pertenecen al ámbito del Estado.

Se comprende, pues, la importancia que para el Derecho adquiere la formación de la voluntad de las personas en general, de las personas jurídicas en particular y de las personas jurídicas públicas en especial.

La formación y manifestación de la voluntad de las entidades locales corresponde a sus órganos de gobierno, cuyos miembros, materialmente, son los que adoptan las decisiones y acuerdos en virtud a los cuales la entidad puede cumplir con sus fines. Los órganos de gobierno y administración de las entidades locales, en el proceso de formación de su voluntad, manifiestan su capacidad de elegir y realizar los fines que les atribuye el ordenamiento jurídico, en cuanto conformadores de la organización del Estado.

Este proceso de formación y expresión de la voluntad y toma de decisiones permite distinguir, con meridiana claridad, cuando quienes integran dichos órganos ejercen la función directiva que les corresponde, o cuando confunden su interés y su propia voluntad con la que realmente les atribuye el ordenamiento jurídico para los fines que tienen encomendados.

No debemos confundir la organización de la entidad local con la entidad en sí misma considerada. No debe confundirse municipio con ayuntamiento y viceversa, error en el que suele incurrirse en la vida cotidiana. El municipio es una entidad básica de la

1. Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Valladolid. *Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid* de 13 de diciembre de 2004.

2. MOLINER, María. *Diccionario de uso del español*, tomo II, Gredos, Madrid, 1998.

3. Libertad es la facultad natural del hacer cada uno lo que quiere, a no ser que sea prohibido por la fuerza o por el Derecho (*Libertas est*

naturales facultas eius quod cuique facere libet, nisi quid vi aut iure prohibetur) en la definición que diera el jurista romano, del siglo II, Florentino (D. 1. 5. Apr).

organización territorial del Estado y cauce inmediato de la participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades (artículo 137 de la CE, artículo 1 y 11 de la LBRL); y el ayuntamiento es el complejo orgánico del gobierno y administración del municipio (artículo 140 de la CE, artículo 19 de la LBRL y artículo 25 del ROF). Tampoco se debe identificar ayuntamiento con Ayuntamiento Pleno. La Ley establece con claridad (artículo 20 de la LBRL) que en todos los ayuntamientos existen el alcalde, los tenientes de alcalde y el Pleno. No es posible, en consecuencia, identificar ayuntamiento con Ayuntamiento Pleno. El Pleno del ayuntamiento es el órgano colegiado del ayuntamiento.

Cuando hablamos de la organización municipal nos referimos, pues, al conjunto de órganos que constituyen el ayuntamiento. La Ley atribuye plena capacidad jurídica al ayuntamiento en representación del municipio, y a la diputación en representación de la provincia, para el cumplimiento de sus fines. Quizá sea oportuno recordar con Gallego Anabitarte⁴ que la doctrina iuspublicista española no tiene excesivo interés por estas cuestiones, y la legislación y la jurisprudencia no son muy rigurosas.

La organización municipal –como la provincial, insular o comarcal– tiene que ver con la representación del municipio en cuanto persona jurídica; pero la configuración de la organización del municipio, y quizá sea lo más importante, obedece a la concepción que se tenga de esta entidad, de sus competencias y de sus funciones. En otras palabras, no es lo mismo hablar del municipio como el espacio natural del “gobierno local”, que del municipio como “Administración local”. Ni su organización y funcionamiento responden a los mismos criterios. Cuando se habla de “gobierno local”, se quiere significar que el municipio y la provincia son centros políticos de deliberación y toma de decisiones. Cuando se habla del municipio como “Administración local”, parece entenderse que estamos ante meras corporaciones que entienden y deciden sobre asuntos domésticos diferentes de los intereses generales y, en todo caso, sin contenido político alguno.

4. GALLEGO ANBITARTE, A. *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Señala el autor que no sorprende, por tanto, que en contra de unos consagrados principios jurídicos, se establezca en el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre) que el ayuntamiento es un órgano de gobierno y administración del municipio, esto es, que es un órgano de una organización personificada, como es el municipio, “entidad local” con “personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines” (artículo 11.1 de la LBRL); pero simultáneamente se afirma que dicho órgano de gobierno tiene el “carácter de

Las entidades locales son organizaciones personificadas que ejercen las competencias que la Ley les atribuye a través de distintos órganos. Los órganos vienen a ser los sujetos institucionales de las diferentes competencias que la Ley atribuye a la entidad local. Las decisiones de los órganos se imputan directamente a las entidades locales. Un acuerdo adoptado por un Pleno municipal no es, en puridad, una decisión del Pleno, sino del municipio, del que constituye una parte de su organización.

Las entidades locales se estructuran en diferentes tipos de órganos. Existen unos órganos básicos y necesarios que vienen previstos en la LBRL –legislación estatal básica– y otros complementarios que pueden establecer, bien la legislación autonómica de régimen local, bien las propias entidades locales en el ejercicio de su potestad de autoorganización.

Existen diferentes criterios para la clasificación de los órganos de las entidades locales. El criterio más extendido, sin embargo, es aquel que los diferencia en función del número de personas físicas que los conforman –o asumen la titularidad del órgano– entre órganos unipersonales o individuales y colegiados.

Puede afirmarse que el criterio básico sobre el que gira la configuración de una organización pública es el de la pluralidad o unicidad de sujetos que asumen la titularidad de la organización. La característica más importante de toda organización pública, que determina su régimen jurídico, es la que atiende a la colegialidad o monocratismo de su configuración personal.

En los órganos unipersonales, monocráticos, o individuales, las competencias que la Ley atribuye al órgano se ejercen por una persona física –que viene a ser el administrador o gestor del órgano, también se le denomina cargo–, en la que el órgano se encarna. Una persona física asume la titularidad del órgano. Son opciones organizativas distintas, que implican un régimen jurídico diferenciado.

Son órganos colegiados aquellos que se encuentran integrados por varias personas físicas –administradores, gestores o cargos– que, en régimen de igualdad, ejercen las competencias que la Ley atribuye al órgano. Varias personas físicas asumen la titulari-

corporación de Derecho público” (artículo 35.1 del Reglamento de 1986 antes citado), calificación que a su vez presupone personalidad jurídica. Esto no está de acuerdo con los principios del Derecho de organización. Si se quiere hablar de municipio entonces es éste el que es una corporación territorial de Derecho público, centro de imputación de derechos y deberes que tiene órganos (los cuales, naturalmente, carecen de capacidad y de personalidad jurídica) que ejercen las diversas competencias o atribuciones cuyo titular es el municipio. Atribuir a una *entidad* –organización personificada– un *órgano* con carácter de corporación de Derecho público (persona jurídica) supone una concepción jurídica confusa y contradictoria.

dad, compartiéndola, del órgano colegiado. La plurisubjetividad en la titularidad del órgano es la característica principal del órgano colegiado. Es tradición en nuestro Derecho la denominación de “miembro”⁵ para todos y cada uno de los sujetos titulares de un órgano colegiado.

En los órganos colegiados las personas que los integran se encuentran en una situación de igualdad –en la doctrina se habla en estos casos de colegialidad perfecta–, la manifestación colectiva de la voluntad o juicio de todos los miembros es atribuida al órgano. De ahí que el artículo 24 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, nos recuerde que:

“Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.”

La opción organizativa, por el carácter colegiado de una organización, no es una cuestión baladí, como pone de relieve Eloísa Carbonell Porrás:⁶

“esta opción está presidida por dos consideraciones que, por obvias, no pueden olvidarse; en primer lugar, la plurisubjetividad permite ponderar los distintos aspectos de un problema desde la singularidad de cada uno de los miembros; en segundo lugar, es necesario un determinado procedimiento para la formación de la voluntad colegiada que, por escasamente formal que sea, es más lento que cuando la decisión corresponde a un órgano unipersonal. El órgano colegiado ofrece la ventaja de permitir la participación de los particulares, la contraposición de intereses o el fortalecimiento del saber y la experiencia pues, con una composición racional, estos factores se aprecian mejor por varios sujetos, pero con el inconveniente de la lentitud en la decisión.”

La distinción fundamental entre órganos unipersonales y colegiados reside en el diferente cauce para la formación de la voluntad del órgano. La formación de la voluntad de los órganos unipersonales no revisita mayores dificultades, la voluntad de la persona física que ostenta su titularidad se equipara a la del órgano. En los órganos colegiados, sin embargo, al estar integrados por varias personas físicas se hace

necesaria la articulación de un procedimiento para la adopción de acuerdos y para la toma de cualquier decisión. Es necesario, siempre, seguir un procedimiento cuya omisión puede llegar a viciar de nulidad de pleno derecho el acuerdo, acto o decisión.

Las decisiones o resoluciones de los órganos colegiados reciben la denominación de “acuerdos”, y las de los órganos unipersonales, “resoluciones”. El término “acuerdo” deriva del verbo irregular “acordar”. El lingüista colombiano Rufino José Cuervo Urisarri⁷ nos enseña que todas las acepciones del verbo acordar proceden, en último término, de un sólo origen, unas se refieren inmediatamente a *acorde*, y otras al simple latino *cor*, corazón ánimo, en cuanto se consideraba este órgano como asiento y representante del entendimiento y la reflexión. En la base de “acordar” se halla la idea de conformidad, armonía, juicio o determinación. Acordar significa resolver después de examen, deliberación o consideración, alguna cosa antes de mandarla.

Resulta poco productiva la eterna discusión en el Derecho sobre si el fondo es más importante que la forma o viceversa. Dicen que, en política, la forma es el fondo; y también es conocida la predominancia de la forma sobre el fondo en el arte contemporáneo. En cualquier caso, en materia de formación de la voluntad de los órganos colegiados, la forma adquiere una especial importancia. Es más, seguramente, lo importante del fondo de un acuerdo es la forma en que ha sido adoptado.

En cualquier caso, el cumplimiento escrupuloso de las normas que determinan la formación de la voluntad de los órganos colegiados, a la hora de adoptar sus acuerdos, es una manifestación clara y precisa del respeto al pluralismo y a la diversidad de opiniones –valores esenciales de la cultura democrática y, aun, de toda verdadera cultura–, y una muestra de sensibilidad hacia la dignidad de la persona y su libertad.

3. Regulación del régimen de funcionamiento

La LBRL dedica el capítulo I del título V al régimen de funcionamiento –esto es, a la formación de la voluntad– de los órganos colegiados. En concreto los artículos 46 y 47 son, básicamente, los únicos que configuran el régimen de funcionamiento.

5. Son reiteradas, en el Derecho local, las referencias a los miembros de las corporaciones locales. Por ejemplo, el artículo 6.2 del ROF dispone:

“Los presidentes y miembros de las corporaciones locales gozan, una vez que hayan tomado posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se hallen establecidos en la ley del Estado o de las comunidades autónomas, y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquél.”

6. CARBONELL PORRAS, E. *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídicos de sus actos*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

7. CUERVO, R.J. *Diccionario de Construcción y régimen de la lengua castellana*, tomo I, Herder, Barcelona, 1998.

El artículo 46 de la LBRL⁸ establece que “Los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida y extraordinarias, que pueden ser, además, urgentes”, y dispone que el funcionamiento del Pleno se ajusta a las siguientes reglas:

a) El Pleno celebra sesión ordinaria, como mínimo, cada mes en los ayuntamientos de municipios de más de 20.000 habitantes y en las diputaciones provinciales; cada dos meses en los ayuntamientos de los municipios de una población entre 5.001 habitantes y 20.000 habitantes; y cada tres en los municipios de hasta 5.000 habitantes. Asimismo, el Pleno celebra sesión extraordinaria cuando así lo decida el presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario, o de otro extraordinario, con más asuntos si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.

Si el presidente no convocase el Pleno extraordinario solicitado por el número de concejales indicado dentro del plazo señalado, quedará automáticamente convocado para el décimo día hábil siguiente al de la finalización de dicho plazo, a las doce horas, lo que será notificado por el secretario de la corporación a todos los miembros de la misma, al día siguiente de la finalización del plazo citado anteriormente. En ausencia del presidente, o de quien legalmente haya de sustituirle, el Pleno quedará válidamente constituido siempre que concurra el quórum requerido en la letra c) de este precepto, en cuyo caso será presidido por el miembro de la corporación de mayor edad entre los presentes.

b) Las sesiones plenarias han de convocarse, al menos, con dos días hábiles de antelación, salvo las extraordinarias que lo hayan sido con carácter urgente, cuya convocatoria con este carácter deberá ser ratificada por el Pleno. La documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día, que deba servir de base al debate y, en su caso, votación, deberá figurar a disposición de los concejales o diputados, desde el mismo día de la convocatoria, en la Secretaría de la corporación.

c) El Pleno se constituye válidamente con la asistencia de un tercio del número legal de miembros del

mismo, que nunca podrá ser inferior a tres. Este quórum deberá mantenerse durante toda la sesión.

En todo caso, se requiere la asistencia del presidente y del secretario de la corporación, o de quienes legalmente les sustituyan.

d) La adopción de acuerdos se produce mediante votación ordinaria, salvo que el propio Pleno acuerde, para un caso concreto, la votación nominal. El voto puede emitirse en sentido afirmativo o negativo, pudiendo los miembros de las corporaciones abstenerse de votar.

La ausencia de uno o varios concejales o diputados, una vez iniciada la deliberación de un asunto, equivale, a efectos de la votación correspondiente, a la abstención.

En el caso de votaciones con resultado de empate, se efectuará una nueva votación, y si persistiera el empate, decidirá el voto de calidad del presidente.

e) En los plenos ordinarios la parte dedicada al control de los demás órganos de la corporación deberá presentar sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutive, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones.

El artículo 47 de la LBRL,⁹ en el que se regula el quórum necesario para la adopción de acuerdos, nos indica que los acuerdos de las corporaciones locales se adoptan, como regla general, por mayoría simple de los miembros presentes. Define cuándo existe mayoría simple –cuando los votos afirmativos son más que los negativos– y, cuándo es necesario, el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos.

Los preceptos reseñados son los únicos que contiene la LBRL sobre las reglas de formación de los órganos colegiados de las entidades locales. No debe sorprender la escasa extensión que la LBRL dedica a esta materia. De siempre, las normas de formación de la voluntad, en cuanto normas de procedimiento, han sido una materia reservada a la normativa reglamentaria.

De ahí que la disposición final primera de la LBRL autorizara al Gobierno de la nación para refundir, en un solo texto, las disposiciones legales que debían entenderse vigentes, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición derogatoria; es decir, aquellos preceptos con rango de ley contenidos en la legislación

8. En la redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local y otras medidas para el desarrollo del gobierno local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas.

9. La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, ha dado nueva redacción a este precepto, pero mantiene la misma redacción que tenía anteriormente.

sobre régimen local anterior a la LBRL que no se opongan, contradigan o resulten incompatibles con los de ésta. En uso de esta autorización, se promulgó el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Al mismo tiempo, la propia disposición final primera ordenaba al Gobierno (“procederá”) a actualizar y acomodar a lo dispuesto en la LBRL, entre otros, el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales de 17 de mayo de 1952, actualización y acomodación que se lleva a cabo en el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

La regulación del régimen de funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales merece, en general, una valoración poco satisfactoria por su escasez, imprecisión, oscuridad y falta de rigor. Como señala Vicente Blanquer Criado:¹⁰

“Las disposiciones de la Ley de bases de régimen local sobre el régimen de funcionamiento de los órganos colegiados son también escuetas, pero a diferencia de lo que ocurre con la Ley 30/1992 son claramente insuficientes. Pese a la extraordinaria importancia y trascendencia política y jurídica de esta materia, el contenido de la LBRL es sencillamente decepcionante. Por un lado, sus disposiciones se limitan a regular el funcionamiento del Pleno (con silencio total del régimen aplicable a los demás órganos colegiados), y por otro lado la exclusiva regulación del funcionamiento del Pleno es además claramente insatisfactoria. So pretexto de la más amplia autonomía local en la regulación del funcionamiento de los órganos colegiados, se ha creado más que una laguna del derecho un mar de dudas jurídicas.

“Hay unas pocas materias que están contempladas pormenorizadamente y con el debido detalle (convocatoria de sesiones ordinarias y extraordinarias, quórum de constitución o el quórum de votación), otras que tienen una regulación escasa pero suficiente (votaciones), y un tercer bloque (el más amplio), en el que más que escasas las normas son inexistentes (circunstancias de lugar y tiempo de celebración de las sesiones, lengua a utilizar, desarrollo del debate, actas...)”

En realidad, la escasa regulación de la LBRL obedecía a un principio fundamental: el reconocimiento de la potestad de autoorganización efectiva y coherente

con el principio de autonomía, reconocido en la Constitución. El reconocimiento constitucional del principio de autonomía local impone unas exigencias que el legislador (estatal o regional) debe respetar, en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Para la LBRL, las entidades locales podían establecer su autoorganización y fijar las normas de su funcionamiento, sin más límites que el respeto a la organización básica (artículos 20 y 32 de la LBRL) y a las normas de funcionamiento, establecidas con tal carácter en la misma.

El reglamento orgánico de cada entidad, como manifestación de la potestad normativa de las entidades locales, era fuente de Derecho que sólo debía ceder ante la legislación básica del Estado. Éste era el eje básico del planteamiento de la LBRL en materia de autoorganización y régimen de funcionamiento. Más allá de la legislación básica, cada entidad local podía y debía establecer su propio régimen jurídico, en el ejercicio de su potestad normativa.

Este planteamiento fue derrumbado por la sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989 (ponente José Luis de los Mozos y de los Mozos, EDJ 1989/11623),¹¹ de 21 de diciembre de 1989.

4. La sesión: concepto y finalidad

El Pleno, como todos los órganos colegiados, funciona en reuniones que reciben el nombre de “sesiones”. La sesión es, pues, la reunión formal de todos los integrantes que componen un órgano colegiado para manifestar la voluntad del mismo, a través de la adopción de acuerdos. Por ello se ha dicho, para expresarlo gráficamente, que la sesión es una “fábrica de producción de acuerdos”.

La sesión es, en consecuencia, el momento más relevante –también el elemento más importante– del procedimiento colegial, entendido éste como el procedimiento llamado a la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Procedimiento que es propio y específico de este tipo de órganos.

El *Diccionario* de la Real Academia Española de la Lengua, después de recordarnos que el término sesión procede del latín *sessio-sessionis*, lo define como “espacio de tiempo ocupado por una actividad” y como “cada una de las juntas de un concilio, congreso u otra corporación”, para concluir que sesión equivale a la “acción y efecto de sentarse”. Es

10. BLANQUER CRIADO, V. *El régimen de funcionamiento de los órganos colegiados*. Base de datos de la editorial Tirant lo Blanch.

11. La STC estudió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento y la Junta de Galicia, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña, en relación con determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases

del régimen local. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos de dicha ley. Respecto a la inconstitucionalidad de dos artículos declarada por el Tribunal Constitucional disintió el magistrado Eugenio Díaz-Eimil mediante un acertado voto particular.

así, pues, que la sesión tiene mucho que ver con juntar, y junta no es otra cosa que la reunión de varias personas para conferenciar o tratar de un asunto.

Destacaba Manuel Jesús Núñez Ruiz¹² que el término *sesión* “denota, por tanto, una situación posicional de los asistentes, la de estar sentados, como la más apropiada y comúnmente aconsejable por el uso para el examen, deliberación y resolución de los asuntos a tratar; y una pluralidad de personas, mas no inconexas, sino formando concilio, congregación u otra corporación”.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna definición de la sesión en términos legales pero, ya lo hemos advertido, sí que cabe deducir una serie de notas de las que extraer su concepto legal.

Hemos dicho que la sesión es el elemento más importante del procedimiento colegial, y esta afirmación se deriva del cuidado especial que tiene la ley a la hora de regular determinados aspectos de la misma.

El objetivo fundamental del procedimiento colegial, y de la sesión, es ordenar la discusión libre de las personas que integran el colegio corporativo, que permita a los participantes el acuerdo o la aprobación de propuestas adecuadas. En otras palabras, la sesión viene a ser un método que hace posible la libertad ordenada de la deliberación de los miembros de la corporación. Decía un profesor latinoamericano, Reece B. Bothwell González,¹³ que “la discusión ordenada es libre; la discusión sin reglas ni orden es anárquica”, y son perfectamente adecuadas al procedimiento colegial las consideraciones que realizaba sobre el procedimiento parlamentario para resaltar que:

“El procedimiento parlamentario, además de asegurarle a la mayoría el derecho de hacer valer su voluntad y a la minoría el derecho a expresarse libremente, protege también la asamblea como unidad. Es decir, con independencia de la mayoría y la minoría, la asamblea tiene ciertos derechos básicos, derechos que se hace valer y respetar mediante el uso adecuado del procedimiento parlamentario.”

De esto se trata, a través de la sesión, que es la manifestación más importante del procedimiento colegial, se hace visible y manifiesta la formación de la voluntad del órgano colegial, y por ello es el momento cumbre del funcionamiento de cualquier órgano colegiado.

Pese a no existir un concepto legal expreso de sesión, sí que encontramos normas específicas que regulan la preparación de la sesión, el desarrollo de la

misma, su terminación; es decir, la sesión forma parte de un procedimiento —el procedimiento colegial— que, como tal, conoce distintas fases: iniciación del procedimiento, ordenación, instrucción y finalización.

A la iniciación del procedimiento pertenecen todas las actuaciones que persiguen la preparación de la sesión, la convocatoria, la fijación del orden del día, la citación a los miembros de la corporación y la previa elaboración del expediente con los dictámenes, propuestas, antecedentes, informes y cuantos documentos que sean necesarios o preceptivos. A la ordenación e instrucción del procedimiento pertenecen todas las actuaciones que nacen de los miembros de la corporación, como consecuencia de la convocatoria, las mociones que formulen, los votos particulares o las enmiendas que presenten, las propuestas que sometan a la consideración del órgano colegiado y, también, los ruegos o preguntas que se presenten por escrito. A la finalización del procedimiento pertenece, fundamentalmente, la acreditación de lo sucedido y acordado en la sesión, es decir, básicamente, la confección del acta de la sesión con la que se procede a dar testimonio de la misma. De manera que el acta se convierte en el documento administrativo donde se recogen, de forma auténtica, las deliberaciones del órgano colegiado de la entidad local.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones podemos definir la sesión, en el mundo local, como la reunión de cualquier órgano colegiado de una entidad local, convocado por su presidente, que se constituye con las formalidades que determina la ley para la deliberación y resolución de los asuntos que figuren en el orden del día de la misma, y cuyo resultado se testimonia mediante el acta que levanta el secretario.

5. El lugar de celebración de la sesión

El Derecho atribuye consecuencias o efectos jurídicos a determinados espacios o lugares. El lugar o el espacio en que se desarrolla una actividad tiene, pues, trascendencia jurídica. Es conocido que la expresión “competencia territorial” se emplea por la legislación y la jurisprudencia para designar el ámbito espacial dentro del que puede ejercer un órgano sus atribuciones y facultades, y su violación conlleva la nulidad absoluta del acto, en cuanto que éste habría sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón del territorio según el artículo 62.1, letra b), de la LRJPA; algo parecido sucede con el lugar de celebración de las sesiones.

12. NÚÑEZ RUIZ, M.J. *Régimen de sesiones de las corporaciones locales*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1984.

13. BOTHWELL REECE, E. *Manual de procedimiento parlamentario*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, 1994.

El espacio o lugar de una actividad, según la semiótica jurídica, adquiere una especial significación. La comunicación entre los hombres no sólo tiene lugar mediante signos lingüísticos, sino también mediante otra serie muy variada de signos no lingüísticos, entre los que se encuentra el espacio.

El profesor Francisco González Navarro¹⁴ nos pone de manifiesto, aunque nos parezca sorprendente, que:

“es innegable que el espacio habla, es decir, que el espacio, como tal, y sin necesidad de que se empleen signos lingüísticos, es un signo capaz de emitir mensajes que pueden ser entendidos en un determinado grupo humano. Más: el poder público, desde siempre, se ha servido del espacio para afirmar su posición de supremacía sobre la colectividad humana sometida a su *potestas*, precisamente buscando, mediante el empleo de técnicas simbólicas, que esa potestad (que, como tal, sólo a duras penas disimula el perfil agresivo que tiene *per se* el poder desnudo) se transforme en *auctoritas* (con todo lo que ello implica de sublimación del poder).”

El espacio en el que el poder se ejerce, y el edificio que, construido sobre ese espacio, sirve de albergue al titular de ese poder, se convierte en una “cratofanía”, en una forma de manifestarse el poder público.

Ya Aristóteles, en el capítulo XI del libro IV de su *Política*, hizo unas interesantes referencias a los edificios públicos y a la política. Para el filósofo griego, los edificios que habían de albergar la celebración de los ritos de la ley debían poderse ver desde todos los cuarteles que lo rodeaban, y ser tal como lo exige la dignidad de los personajes que tiene que albergar. Al pie de la eminencia en que debía estar situado el edificio, era muy conveniente –decía Aristóteles– que estuviese “la plaza pública, construida como la que se llama en Tesalia plaza de la Libertad”.

También la arquitectura monumental tradicional, la llamada arquitectura “clásica”, tiene mucho que ver –según los historiadores– con la creación de la imagen pública o corporativa. En el *Tratado de arquitectura* de Marco Lucio Vitruvio Poliión¹⁵ se puede leer que “el erario, la cárcel y la curia deben quedar contiguos al foro, de manera que el conjunto de sus pro-

porciones esté en consonancia con el mismo foro, y que en primer lugar debe construirse la curia en sintonía con la categoría del municipio o de la ciudad”.

Parece, pues, que la dignidad institucional de las entidades locales requiere que sus sesiones se celebren en lugares adecuados. Dignidad que debe visualizarse en la sede institucional. Históricamente la sede institucional ha sido la casa consistorial, verdadero domicilio del ayuntamiento.

Las casas consistoriales, según Luis Marqués Carbó,¹⁶ son los edificios de los ayuntamientos consagrados a su servicio directo como colectividades oficiales. Indica, este mismo autor, que el siglo XII fue la época del nacimiento de las casas consistoriales:

“A medida que los pueblos se libraban del yugo señorial, surgían los palacios municipales que elevaban sus torres, como símbolo de fortaleza, para competir con los castillos abatidos en su poderío por el resurgimiento de las libertades populares. Italia, Alemania, Bélgica y los Países Bajos se distinguieron por la magnificencia de sus edificios consistoriales, algunos de los cuales llegan a nuestros días como modelos de suntuosidad y de belleza arquitectónica. Desde entonces todas las ciudades se desvelaron por ostentar palacios en los que concurrieran la grandeza y la fastuosidad con la eficacia de sus instalaciones, porque la casa consistorial no es solamente lugar de deliberación del concejo, centro burocrático administrativo local, agencia recaudatoria o archivo de papeles, sino que es también la sede de honor del municipio, palacio de recepciones, exponente de vida, categoría y rango de las poblaciones.”

En España fueron los Reyes Católicos quienes impulsaron la edificación de casas consistoriales en las ciudades y villas. Señala Elías Barros Martínez,¹⁷ en su *Derecho local en España*, que una ley, promulgada en Toledo por los Reyes Católicos¹⁸ en el año 1580, impulsó grandemente la construcción de casas consistoriales. Decía así esta norma real:

“Ennobléncense las ciudades y villas en tener casas grandes y bien fechas, en que fagan sus Ayuntamientos y Concejos, y en que se ayunten las Justicias y Regidores y Oficiales a entender en las cosas cumplidas de la República que han de gobernar; por

14. GONZÁLEZ NAVARRO, F. “Los hechos jurídicos: El espacio, la naturaleza, la vida”, en Portal del Derecho lustel.com.

15. VITRUVIO POLIÓN, L.M. *Los diez libros de arquitectura*, Alianza Editorial, tercera reimpresión, Madrid, 2002.

16. MARQUÉS CARBÓ, L. *Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales (17 de mayo de 1952)*, Sugrañes Hnos., Tarragona, 1953.

17. BARROS MARTÍNEZ, E. *Derecho local en España*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951. Obra citada por Luis Marqués Carbó y Manuel Jesús Nuñez Ruiz, de quienes, a su vez, tomo la cita de la ley que se transcribe.

18. LOMBA SERRANO, C. *La casa consistorial en Aragón. Siglos XVI y XVII*. Según Concepción Lomba, “esta orden de los Reyes Católicos por la que se instaba a la construcción de casas concejiles en aquellas poblaciones que no las poseyesen, sólo se promulgó para el reino castellano, e incluso en este reino hubo de ser nuevamente requerida por Felipe II”, afirmación que realiza tras haber consultado el ordenamiento político de los pueblos de España, de Satayana, publicado en Zaragoza en 1719.

ende, mandamos a todas las Justicias y Regidores de las ciudades y villas de nuestra Corona Real y a cada una dellas que no tienen casa pública de Cabildo o Ayuntamiento para se ayuntar, de aquí en adelante, cada una de dichas ciudades y villas fagan su casa de Ayuntamiento y Cabildo donde se ayunten; sopena que en la ciudad o villa donde no se hiciere, que dende en adelante, siendo por su culpa, los dichos oficiales hayan perdido y pierdan los oficios de Justicias y Regimientos que tuvieren.”

Lo cierto es que las casas consistoriales, como palacios públicos, representaban la conciencia ciudadana de su capacidad de autogobierno, de su libertad, con todas las precisiones que deban realizarse sobre el funcionamiento de los organismos concejiles; y, sobre todo, la voluntad de reivindicar tales convicciones.

Es, pues, fácil de entender la referencia legal al lugar de celebración, aunque, en la actualidad, tiene un significado muy diferente al que hacía referencia la ley de los Reyes Católicos. Hoy la referencia al lugar tiene más que ver con el principio de publicidad, transparencia y receptividad administrativa, que con la dignidad institucional.

El artículo 49 del TRRL, precepto que tiene carácter básico, conforme a la disposición final séptima del mismo texto legal, dispone que las sesiones se celebrarán en la casa consistorial o en el palacio provincial que constituya la sede de la respectiva corporación. En los casos de fuerza mayor, podrán celebrarse en edificio habilitado al efecto.

El artículo 85 del ROF también establece que:

“El Pleno celebrará sus sesiones en la casa consistorial, palacio provincial o sede de la corporación de que se trate, salvo en los supuestos de fuerza mayor en los que, a través de la convocatoria o de una resolución del alcalde o presidente dictada previamente y notificada a todos los miembros de la corporación, podrá habilitarse otro edificio o local a tal efecto. En todo caso, se hará constar en acta esta circunstancia.”

Cuando se trata de municipios que funcionen en régimen del concejo abierto, el artículo 11 del ROF señala que “Las asambleas vecinales se reunirán donde lo tengan por costumbre”.

Esta regulación coincide con la tradición de nuestro Derecho local. En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 295 de la LRL y los artículos 187, para los

municipios, y 234, para las provincias, del ROF aprobado por el Decreto de 17 de mayo de 1952. Incluso el artículo 188 de este reglamento se cuidaba de precisar que la casa consistorial debería radicar en la capitalidad del municipio.

También, en la legislación de régimen local de las comunidades autónomas, encontramos referencia a la necesidad de que las sesiones se celebren en la casa consistorial. En su artículo 114.3, la LAL insiste en que las sesiones deben celebrarse en la casa consistorial o sede de la entidad local, o, en caso de fuerza mayor, en edificio habilitado.

El artículo 125.3 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la administración local de La Rioja,¹⁹ igualmente hace referencia al lugar de celebración de las sesiones, así como el artículo 214 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia, cuando dispone que:

“Las sesiones de los órganos de las corporaciones locales se celebrarán en las sedes de las mismas, salvo en los casos en que, por fuerza mayor, el presidente crea conveniente celebrarlas en otro lugar del ámbito territorial de la corporación.”

La Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias, en su artículo 126.1 exige que se haga constar en el acta la aprobación, por mayoría simple, de la causa de fuerza mayor que obligue a celebrar la sesión municipal fuera de la casa consistorial.

La mayoría de los municipios recogen en sus reglamentos orgánicos previsiones sobre el lugar de las sesiones y, de modo especial, los supuestos en que pueden celebrarse sesiones fuera de la casa consistorial. Así, el Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Zaragoza establece, en su artículo 80, la posibilidad de que, en supuestos de relieve protocolario, las sesiones se celebren en lugar distinto. En el mismo sentido, el artículo 64 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Málaga²⁰ y el artículo 60 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Salamanca.²¹ También el artículo 53 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Madrid señala que el Pleno celebrará sus sesiones en la sede de la corporación, radicada en las casas consistoriales de la plaza de la Villa, de Madrid, si bien, en los casos de fuerza mayor, el presidente podrá disponer su celebración en otro edificio habilitado al efecto.

19. Dispone este precepto que:

“Las sesiones de los órganos de las corporaciones locales se celebrarán en la casa consistorial o sede de la entidad local, o en edificio habilitado en caso de fuerza mayor.”

20. Dispone este precepto que:

“El Pleno celebrará sus sesiones en la casa consistorial o, en casos de fuerza mayor, o excepcionales motivos protocolarios, en edificio

especialmente habilitado al efecto, circunstancia ésta que se hará constar en la convocatoria.”

21. Dispone este precepto que:

“El Ayuntamiento Pleno celebrará las sesiones en la casa consistorial, salvo casos de fuerza mayor y oída previamente la Junta de Portavoces, en las que lo hará en edificio especialmente habilitado al efecto, circunstancia esta que se hará constar en la convocatoria.”

Conviene destacar la importancia que tiene el lugar de celebración de la sesión, exigencia formal que puede afectar, como venimos indicando, a la validez de los acuerdos. Advuértase que el artículo 132 de la LAL, al regular el acta de la sesión, que debe extender el secretario, obliga a indicar lo primero el lugar de celebración. Debe entenderse que este requisito no es sino garantía determinante para la efectividad del principio de publicidad de las sesiones que se regula en el artículo 118 de este cuerpo legal; y recordar, además, que la Ley 4/1999 ha incorporado al ordenamiento jurídico administrativo los principios de transparencia y participación, principios generales que informan las relaciones de la Administración con los ciudadanos, y que se hallan engarzados con el principio de publicidad de los actos y acuerdos.

La Dirección General de Administración Local, en resolución de 25 de mayo de 1979,²² tuvo ocasión de aclarar, acerca del lugar de celebración de las sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales, la gravedad de la sanción del incumplimiento de este requisito: la nulidad de pleno derecho. Ahora bien, esta resolución se produce bajo la vigencia de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, que no establecía un *numerus clausus* de supuestos de nulidad de pleno derecho.

La sanción de nulidad de las sesiones no celebradas en la casa consistorial, en el sentido expuesto por la resolución de la Dirección General de Administración Local, no constituye ninguna novedad en nuestro Derecho; los artículos 97 de la Ley municipal de 2 de octubre de 1877, 124 del Estatuto municipal de Calvo Sotelo y 56 de la Ley municipal de 31 de octubre de 1935 marcaban esta sanción. Pero hubo voces discrepantes con una sanción de tanta gravedad, por distintas razones que ahora no corresponde examinar. Rafael A. Arnanz Delgado²³ ya apelaba, hace años, al buen sentido y al imperio de las realidades que frecuentemente escapan a las previsiones humanas. No entendía, este autor, una sanción de tanta gravedad, por el hecho de que una sesión se hubiese celebrado fuera de la casa consistorial.

En la edición del texto comentado de la Ley de bases de 17 de julio de 1945, realizada por la redacción de *El Consultor de los Ayuntamientos*, se argumentaba que la previsión legal sobre el lugar en que

deben celebrarse las sesiones tiene que ver con un principio de decoro, que afecta a las corporaciones, y una razón de publicidad, que atañe e interesa al vecindario, para a continuación plantearse qué ocurriría si no existía casa consistorial o edificio con ese destino. La respuesta era clara: en tales casos no podía hablarse de nulidad de pleno derecho, y así se razonaba:

“La consecuencia no es aceptable llevarla a extremos absurdos, porque la carencia de ese medio físico ni puede ser obstáculo para que tenga vida legal el ayuntamiento del término respectivo, ni para que sus propias funciones se cumplan y se desenvuelvan de modo distinto al de otras corporaciones [...]. El buen sentido y el imperio de realidades, que frecuentemente escapan a las previsiones humanas, imponen en estos excepcionales casos la necesidad de cumplir lo sustancial prescindiendo de lo accidental y no la dejación de lo primero por no poder materialmente cumplir lo segundo.”

Tampoco es fácil defender en la actualidad que la vulneración de las reglas, sobre el lugar de celebración de las sesiones, sea causa de nulidad de pleno derecho. La determinación de los vicios determinantes de la nulidad radical es una materia reservada a la ley, según el artículo 62.1.g) de la Ley 30/1992, y, como señala Eloísa Carbonell,²⁴ la vulneración de las reglas sobre el lugar de celebración de las sesiones no es una causa que tenga fácil encaje en las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de la Ley 30/1992.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, ponente Rafael Fernández Montalvo, EDJ 1998/4709) de 11 de mayo de 1998 tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la vulneración de las reglas sobre el lugar de celebración de las sesiones, en relación con los recursos de apelación, interpuestos por el Abogado del Estado y por el Ayuntamiento de Bilbao, contra la sentencia que anuló determinados artículos del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Bilbao.

El reglamento bilbaíno establecía la sanción de nulidad de pleno derecho para aquellos acuerdos que se adoptasen por el Ayuntamiento Pleno, fuera del salón de sesiones de las casas consistoriales, o finalizadas las veinticuatro horas del día de la convo-

22. La Resolución interpretativa de 25 de mayo de 1979 (BOE núm. 129, de 30 de mayo) clarificaba lo siguiente:

“Lo más que puede ocurrir es que por un caso de fuerza mayor, hundimiento, incendio, etcétera, se habilite un edificio, al efecto de ser casa consistorial o palacio provincial y que en el mismo se celebren válidamente las sesiones. Sin tal habilitación, que ha de ser previa, celebradas en distinto lugar de la casa consistorial o palacio provincial, las sesiones están viciadas de nulidad y, por tanto, serán

nulos los acuerdos que en ellas se adopten. No obstante, nada impide en cambio la instalación de sistemas megafónicos o de circuitos cerrados de televisión que permitan al máximo la ampliación y difusión auditiva o visual del desarrollo de la sesión.”

23. ARNAZ DELGADO, R.A. *Del acta municipal*, Bayer Hnos., Barcelona, 1971.

24. CARBONELL PORRAS, E. *Los órganos colegiados*, op. cit., p. 116.

catoria. La representación procesal del Ayuntamiento de Bilbao defendía la validez de dichas previsiones, argumentando que tenían habilitación en el artículo 187 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico (ROF) de 17 de mayo de 1952 y en el artículo 49 del Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL), aprobado por el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril; y, además, argumentaban que la enumeración de los supuestos de nulidad de pleno derecho, que establecía el artículo 47 de la anterior Ley de procedimiento administrativo, no era exhaustiva, sino que se admitían otros, con tal que vinieran establecidos, de manera expresa, en cualquier disposición normativa.

El tribunal, después de señalar la diferencia existente entre el artículo 187 del ROF de 1952 y el artículo 49 del TRRL, mantiene que la previsión de nulidad sólo se contemplaba en la citada norma reglamentaria respecto a las sesiones de los ayuntamientos celebradas en lugar distinto de la casa consistorial o edificio habilitado al efecto, en caso de fuerza mayor, que debía hacerse constar en acta, y añade:

“Pero en cualquier caso, la argumentación municipal no es asumible por dos razones. Es cierto que no se contemplaba una enumeración cerrada y exhaustiva de las causas de nulidad de los actos administrativos, pero el artículo 62.1.g) de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cierra el paso a la admisión de supuestos de nulidad distintos de los previstos en el propio precepto legal que se establezcan en normas reglamentarias, porque éstas deberían considerarse sin aplicación a partir de la entrada en vigor de dicha ley, conservando valor tan sólo aquellos supuestos de nulidad establecidos por disposición de rango legal. Pero sobre todo, las entidades municipales carecen de competencia para determinar o regular las causas de nulidad de los actos administrativos, ya que éstas forman parte del ámbito material del procedimiento administrativo común sobre el que se proyecta la competencia legislativa del Estado, según el artículo 149.1.18 de la CE, por lo que las normas locales que se examinan, artículos 43.3 y 47.2 del ROF, estaban viciadas de invalidez.”

Hay que tener en cuenta, no obstante, que los preceptos reguladores de las reglas sobre el lugar de celebración de las sesiones se refieren al edificio, pero no hacen referencia a una sala específica del edificio. Nada impide, en consecuencia, celebrar la sesión en una estancia diferente a la habitualmente destinada a esta finalidad. En definitiva, se trata de garantizar el principio de publicidad y, precisamente, para el artículo 88 del ROF, dispone que:

“para ampliar la difusión auditiva o visual del desarrollo de las sesiones podrán instalarse sistemas megafónicos o circuitos cerrados de televisión.”

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, ponente Mariano Baena del Alcázar)²⁵ de 21 de noviembre de 1996 precisó con toda claridad el alcance de la publicidad en las sesiones municipales. La falta de publicidad no se puede considerar una *irregularidad no invalidante*, sino que la publicidad de las sesiones del Pleno es un requisito esencial para la válida celebración del mismo. El Tribunal Supremo casó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que, después de declarar hechos probados que el público fue acomodado durante la celebración del Pleno en una estancia distante, o en cualquier caso, que presentaba características tales que no permitía a los vecinos ni ver ni oír a los miembros de la corporación mientras estos celebraban los debates y adoptaban los acuerdos, no apreció infracción del artículo 70.1 de la LBRL, pese a sus manifestaciones condenatorias de la conducta del alcalde.

El mandato del artículo 70.1 de la LBRL, por el que se establece la publicidad de las sesiones del Pleno de las corporaciones locales, publicidad que exige un lugar preciso de celebración, es una de las garantías de la actuación municipal de forma democrática y con participación de los vecinos. Esta es la finalidad de que la Ley establezca que las sesiones de las corporaciones locales han de ser públicas. La participación ciudadana en los asuntos públicos, indispensable para que pueda darse el control democrático de los mismos, tiene mucho que ver con la publicidad de las actuaciones de los poderes públicos.

La publicidad, transparencia y la interacción son elementos clave en las relaciones entre la Administración,

25. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de Casas de Don Antonio (Cáceres), declarando no conforme a derecho la falta de publicidad de la sesión del Pleno del Ayuntamiento de 3 de agosto de 1991, por lo que se declara nula la sesión del Pleno impugnada así como los acuerdos adoptados en la misma, porque acomodar a los vecinos que asistieron a la sesión en una estancia alejada —en la que no era posible ver ni escuchar las deliberaciones— es un quebrantamiento

de una de las garantías de actuación municipal de forma democrática y con participación de los vecinos. No se puede considerar una irregularidad no invalidante como declaró la sentencia impugnada, sino que la publicidad de las sesiones del Pleno ha de considerarse como un requisito esencial para la válida celebración del mismo.

26. GARCÍA-POGGIO, P. “Hacia una nueva Administración pública en la sociedad de la información”, *Actualidad Informática Aranzadi*, 33 (1999), p. 11 y ss.

cualquiera que sea ésta, y los ciudadanos. Como señala Paz García-Poggio:²⁶

“el cambio social en el que nos encontramos inmersos está generando un nuevo modelo social en el que la Administración pública, además de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, se sujetaría a nuevos principios complementarios, como son: la transparencia de la actividad administrativa y la interacción con los administrados. A caballo entre ambos, la Administración empieza a asumir un nuevo valor: la receptividad. La receptividad administrativa hace referencia a que, en relación con el público, la Administración se torne más comprensible en su funcionamiento y en su estructura; a que la Administración satisfaga las necesidades reales de aquél a partir de su presencia activa en la fase de adopción de necesidades que le afectan; a que la Administración sea más accesible en todos los sentidos; y a que fomente la participación activa de los ciudadanos.”

El principio de publicidad de las sesiones se recoge, asimismo, de forma expresa, y con una redacción literal muy similar, en varias disposiciones de la legislación de régimen local de las comunidades autónomas. Se encuentra regulado en los artículos 80.1 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra;²⁷ 126.3 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de reforma de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias;²⁸ 253.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia;²⁹ 118.1 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local de Aragón;³⁰ 129.1 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la

administración local de La Rioja,³¹ y 156.1 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.³²

El principio de transparencia en la actuación de los poderes públicos se encuentra, a su vez, recogido en el título VI de la Constitución europea –Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Bruselas, 13 de octubre de 2004–. El artículo I-50.1 dispone:

“A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.”

El principio de la publicidad de los actos de los poderes públicos se encuentra reconocido en todas las democracias. El derecho al libre acceso a la información producida por los poderes públicos es un desprendimiento lógico de este principio.

La publicidad es, en realidad, un mecanismo de control, por el cual el sistema democrático se asegura que la divulgación de la información dará lugar al ejercicio responsable del poder, en el sentido de rendir permanentemente cuenta frente a la ciudadanía por las decisiones que se toman. La democracia se distingue de otros sistemas políticos por construirse sobre la idea del autogobierno de los ciudadanos por medio de sus representantes. En este sentido, son los ciudadanos los que, en última instancia, tienen en sus manos la responsabilidad de tomar las decisiones públicas, a través del voto al elegir a sus representantes.

La determinación del lugar de las sesiones es una consecuencia más de este principio de publicidad, unido estrechamente al principio democrático.

27. El artículo 80.1 de la Ley 6/1990 de Navarra establece:

“Las sesiones del Pleno son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.”

28. El artículo 126.3 de la Ley 14/1990 de Canarias dispone:

“Las sesiones plenarias serán públicas. No obstante, si se produjeran alteraciones del orden público, el presidente podrá ordenar la expulsión de la sala del público asistente. Podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos al que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución cuando así se acuerde por mayoría absoluta.”

29. El artículo 253.1 de la Ley 5/1997 de Galicia dice:

“Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales serán públicas. Sin embargo, podrán ser secretos el debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así sea acordado por mayoría absoluta. No serán públicas, sin embargo, las sesiones de las comisiones de gobierno.”

30. El artículo 118.1 de la Ley 7/1999 de Aragón dispone:

“Las sesiones del Pleno son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.”

31. El artículo 129.1 de la Ley 1/2003 de La Rioja establece:

“Las sesiones del Pleno son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta.”

32. El artículo 156.1 del Decreto 2/2003 de Cataluña regula:

“Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, pueden ser secretos el debate y la votación de aquellos asuntos que pueden afectar el derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta. No son públicas las sesiones de las comisiones de gobierno.”

6. El tiempo y el principio de unidad de acto en la celebración de la sesión

6.1. El tiempo de celebración de la sesión

Es obvio que la sesión debe celebrarse en un tiempo determinado. Dos son, básicamente, las cuestiones que se han planteado en relación con el tiempo de celebración de la sesión: si pueden celebrarse en cualquier día, y si han de celebrarse bajo el llamado principio de unidad de acto.

Es sabido que en el procedimiento administrativo ciertos actos y actividades, tanto de los poderes públicos como de los particulares, tienen que realizarse en determinados días y horas, que se designan como “hábiles”. Es el artículo 48 de la LPAC el que excluye de los días hábiles, a efectos del cómputo de los plazos, los domingos y los declarados festivos.

La festividad del domingo fue establecida por los acuerdos del Estado español con la Santa Sede de 3 de enero de 1979,³³ ratificados por el Instrumento de 4 de diciembre de 1979, que incorporaron una norma que proviene del artículo 1 del Decreto de 23 de diciembre de 1957, que declaraba inhábil “a efectos administrativos, judiciales, académicos, mercantiles y laborales todos los domingos del mes”.

En ocasiones, se ha planteado si también los días festivos eran inhábiles para la celebración de sesiones por los órganos colegiados de las entidades locales. Esta cuestión no suele plantearse en relación con los órganos parlamentarios, pues, habitualmente, suelen fijar en sus normas reglamentarias días hábiles para la celebración de sus sesiones. Así, por ejemplo, el artículo 62 del Reglamento del Congreso de los Diputados³⁴ establece que “las sesiones, por regla general, se celebrarán en días comprendidos entre el martes y el viernes, ambos inclusive, de cada semana”, aunque puedan –bien por acuerdo tomado en pleno o en comisión, a iniciativa de sus respectivos presidentes, de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los diputados miembros de la cámara

o de la comisión, o bien por acuerdo de la Mesa del Congreso, aceptado por la Junta de Portavoces–, celebrarse en días diferentes de los señalados.

Está fuera de toda duda, desde siempre, que las sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales pueden celebrarse cualquier día de la semana, sea hábil o inhábil. No hay días inhábiles para celebrar sesiones. Es más, el artículo 111.2 del ROF impone que las asambleas vecinales, en los municipios que funcionan en régimen de concejo abierto, se celebren los días festivos, y así establece:

“Las asambleas vecinales se reunirán donde lo tengan por costumbre, celebrarán sesión ordinaria como mínimo una vez al trimestre en día festivo, y serán convocadas a toque de campana, por pregón, por anuncio o por cualquier otro medio de uso tradicional en el lugar.”

Ahora bien, pese a que no existe óbice legal para convocar una sesión el día festivo, no quiere decirse que no deba justificarse una convocatoria de tal naturaleza –casi con toda probabilidad se tratará de una sesión extraordinaria–. En cualquier caso debe tenerse en cuenta que la convocatoria para celebrar sesión en un día festivo debe valorar que no pueda ser calificada de *obstruccionista*; es decir, que tenga como propósito el que determinados miembros vean dificultada su asistencia a la sesión. Como acertadamente expone Eloísa Carbonell:³⁵

“si el día de la sesión debe o no ser hábil es una cuestión que no puede resolverse en un único sentido, pues depende de las características de cada órgano y de la disponibilidad de sus miembros para asistir, que es el criterio que debe valorar el presidente. En principio, sólo si el día elegido tiene como fin que los miembros no asistan podría considerarse vicio invalidante.”

No es posible, sin embargo, fijar la celebración de las sesiones ordinarias atendiendo únicamente al día de la semana, y luego suspender su celebración por tratarse de un día festivo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ponente Elvira Adoración Rodríguez Martí, EDJ 2004/164702)³⁶ de 7

33. El artículo III del Acuerdo de 3 de enero de 1979 dispone:

“El Estado reconoce como días festivos todos los domingos. De común acuerdo se determinará que otras festividades religiosas son reconocidas como días festivos.”

Las normas que contienen referencias concordantes con lo establecido en este artículo acerca de los días que tienen la consideración de festivos como consecuencia de conmemoraciones religiosas son los siguientes: el artículo 45 del Real decreto 2001/1983, de 28 de julio (BOE de 29 de julio de 1983, corrección de errores, BOE de 3 de agosto de 1983), modificado por el Real decreto 1346/1989, de 3 de noviembre (BOE de 7 de noviembre de 1989). Véanse también los artículos 182 a 185 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: artículos 32 y 37 del Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley

del Estatuto de los trabajadores, y la sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985.

34. El Reglamento del Congreso de los Diputados fue aprobado definitivamente por la Cámara en su sesión de 10 de febrero de 1982, entró en vigor el día 24 de febrero de 1982, fecha de publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, y con esa fecha se ordenó su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE de 5 de marzo de 1982).

35. CARBONELL PORRAS, E., *op. cit.*, p. 117.

36. La STSJ estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un concejal contra la resolución del Pleno municipal del Ayuntamiento de Alcobendas (Madrid) que suspendía la celebración de su sesión ordinaria mensual por coincidir con el día de Navidad. El tribunal considera que no es causa suficiente para la no-celebración.

de julio de 2004 anuló la resolución del alcalde por la que suspendía la sesión plenaria del mes de diciembre por coincidir con el día de Navidad. El ayuntamiento había fijado el siguiente régimen de sesiones ordinarias:

“Con periodicidad mensual a celebrar el último martes de cada mes a las doce o las diecinueve treinta horas indistintamente, comenzando en el mes de septiembre próximo. Si tal día fuese festivo se trasladará al siguiente día hábil. Quedando suspendidas las de los meses de agosto.”

El tribunal consideró que la sesión pudo y debió trasladarse al siguiente día hábil, que es lo que prevé el acuerdo, en lugar de ser suspendida; por lo que anuló la resolución, pero no entró a analizar, no podía hacerlo, si la suspensión de las sesiones ordinarias de los meses de agosto era conforme al artículo 46 de la LBRL, en su redacción dada por la Ley 11/1999, y que establece, en su apartado 1.a), que en los ayuntamientos de municipios de más de 20.000 habitantes el Pleno celebrará sesión ordinaria como mínimo cada mes.

La asistencia de los miembros de los órganos colegiados de las entidades locales a las sesiones que se celebren está garantizada, por otro lado, por las normas del Derecho laboral. Es así, pues, que ninguna hora puede entenderse inadecuada para celebrar sesión. Es esta una cuestión recurrente, con ocasión de la renovación del mandato corporativo después de cada proceso electoral.

La fijación de la periodicidad y horario de las sesiones, como venimos recalcando, es una de las competencias del Pleno municipal, que se ejerce dentro de las previsiones legales, y el acuerdo por el que se ejerce tal competencia no puede ser calificado de ilegítimo o de que ha sido adoptado en fraude de ley porque imposibilite, por motivos laborales, la participación de determinados miembros de la corporación.

Los alcaldes y concejales no son funcionarios, y de la misma forma que la Ley incluye en su estatuto jurídico el deber de asistencia a las sesiones, regula también las normas necesarias para facilitar el cumplimiento de ese deber. Debe advertirse que no existe una regulación expresa, en la LPAC, del deber de asistencia a los órganos colegiados administrativos con carácter general, ni tampoco normas que sancionen la no-asistencia a las sesiones que celebren esos órganos colegiados. A título de ejemplo, para que se aprecie lo que decimos, ¿qué norma obliga a un miembro del tribunal de selección de cualquier puesto de trabajo en la Administración pública a que asista a las sesiones que celebre? ¿Qué norma establece la sanción por la no-asistencia a ese tribunal? Ninguna. Sin embargo, el artículo 78 de la LBRL y el 72.1 del TRRL establecen, con toda claridad y preci-

sión, la obligación de asistir a las sesiones y los presidentes pueden imponer sanciones por la falta no justificada de asistencia.

Los miembros de las corporaciones tienen el derecho y la obligación de asistir, con voz y con voto, a las sesiones de los plenos de las mismas, y a las de aquellos otros órganos colegiados de que formen parte. Precisamente por ello, tienen derecho a ausentarse del trabajo, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de sus funciones y asistencia, porque es un deber inexcusable de carácter público y personal [artículo 37.3.d) del Estatuto de los trabajadores].

El artículo 75.6 de la LBRL –en la redacción dada a este precepto por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre–, por su parte, aclara el alcance y contenido que debe darse a la expresión “tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal” cuando establece:

“A efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los trabajadores y en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una corporación local el necesario para la asistencia a las sesiones del Pleno de la corporación o de las comisiones y atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado.”

Y para que no exista ninguna duda del derecho y obligación que tienen los miembros de las entidades locales de asistir a las sesiones, el artículo 74.3 de la LBRL dispone:

“Los miembros de las corporaciones locales que no tengan dedicación exclusiva en dicha condición tendrán garantizada, durante el período de su mandato, la permanencia en el centro o centros de trabajo públicos o privados en los que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, sin que puedan ser trasladados u obligados a concursar a otras plazas vacantes en distintos lugares.”

No es posible, en consecuencia –por incompatibilidades entre el horario de la celebración de las sesiones y el horario de las relaciones laborales– calificar el horario de las sesiones, acordado por el Pleno, como inadecuado o ilegítimo. Ni, tampoco, tienen derecho los miembros de las entidades locales a que el horario de las sesiones se fije atendiendo a sus circunstancias laborales.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente Pedro Hernández Cordobés, EDJ 2001/36983) de 25 de abril de 2001 discurrió con lucidez sobre cuanto acabamos de indicar. La portavoz de un grupo municipal impugnó el acuerdo del Pleno de un ayuntamiento, por el que se rechazó la moción que tenía por finalidad que el Pleno cambiase la hora de celebración de las sesiones ordinarias –fijadas los segun-

dos viernes de cada mes a las nueve de la mañana— a horario de tarde, con la finalidad de que dos de los concejales del grupo pudieran compatibilizar sus actividades profesionales con el ejercicio del cargo de concejal, dado que al ser abogados y coincidir las sesiones plenarias en horarios de mañana con actuaciones de índole procesal, a las que tienen que acudir en los juzgados, se veían obligados a abandonarlas, circunstancia que consideraban producía una “alteración artificial de la composición del Pleno”. Se alegaba que el acuerdo, por el que se denegaba el cambio de horario de las sesiones, conculcaba el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos que estatuye el artículo 23.1 de la CE, que aparece íntimamente ligado al derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. El tribunal razonó que:

“el acuerdo municipal no podía ser tachado de ilegítimo ni adoptado en fraude de ley en cuanto dirigido a imposibilitar la participación de los concejales afectados en los asuntos del Pleno, pues aun considerando su ‘derecho-deber’ de asistir a sus sesiones y la posible colisión —ocasional— con algún señalamiento judicial al que deban de acudir (cuestión discutible habida cuenta de la posibilidad de sustitución por otro compañero abogado o la posibilidad de interesar nuevo señalamiento al amparo del artículo 183.1 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil), es visto que la corporación en modo alguno resulta que haya fijado ese horario en concreto con la espuria finalidad que se refiere.”

El razonamiento del tribunal es impecable. No sólo desestimó el recurso interpuesto por no apreciar que el acuerdo municipal incurriese en infracción del ordenamiento jurídico —y como consecuencia de la misma vulnerase un derecho de los susceptibles de amparo constitucional—, sino que impuso las costas causadas a los concejales recurrentes, por apreciar su temeridad procesal. Siempre es necesario, no obstante, examinar si el acuerdo que establece la fijación del horario de las sesiones busca conseguir un fin espurio, es decir, si el propósito del acuerdo obedece realmente a un ánimo de perjudicar o hacer incompatible la asistencia de determinados miembros de la corporación. En la práctica esta intencionalidad, que entraría de lleno en la desviación de poder, es muy difícil de demostrar.

6.2. El principio de unidad de acto y las sesiones de los órganos colegiados

Otra cuestión recurrente, en relación con la celebración de las sesiones de los órganos colegiados de las

entidades locales, es la exigencia del principio de unidad de acto.

En el Derecho romano, bajo este principio y requisito, se comprendían tres clases de unidad: unidad de contexto, unidad de tiempo y unidad de lugar.

Este principio, tradicional en este ámbito, encuentra su razón de ser en la necesidad de garantizar la seriedad de la sesión, que sucesivas interrupciones pueden desvirtuar, y en la necesidad de asegurar la independencia y libertad de los miembros del órgano colegiado de la corporación, evitando ajenas influencias a la voluntad de los concejales.

¿En qué consiste el requisito de la unidad de acto? Unidad de acto equivale a que el acto se practique sin interrupción, sin solución de continuidad. La regulación de este principio, sin embargo, no siempre ha combinado adecuadamente las garantías que ese principio ampara con las exigencias propias del funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales.

El principio de unidad de acto es un principio típico del Derecho Civil, aunque ni el proyecto de Código Civil de 1836, ni el de 1851, recogieron este principio, que, sin embargo, aparece en el Código Civil en el artículo 699, cuando establece las formalidades del testamento abierto.

Al principio de unidad de acto aludía el artículo 190.2 del ROF de 17 de mayo de 1952, cuando disponía que “toda sesión, cualquiera que sea su clase, habrá de terminar dentro del mismo día en que comience”, precepto que supuso una novedad, y que llevó a Luis Marqués Carbó³⁷ a definir la sesión como el tiempo durante el cual se halla congregado y funcionando un cuerpo colectivo, sin quebrantar la unidad de acto.

Sin embargo —como recuerda, muy acertadamente, Manuel Jesús Núñez Ruiz—, la primera vez que aparece la exigencia del principio de unidad de acto, en sentido propio, en el mundo local fue en la resolución de la Dirección General de Administración Local, de 1 de abril de 1979, relativa a la constitución de las corporaciones locales con ocasión de las elecciones de 1979. Esta resolución preveía que la sesión de constitución de las corporaciones locales debía tener lugar “en un solo acto, sin interrupción alguna”.

El artículo 87 del vigente ROF establece:

“Toda sesión, sea ordinaria o extraordinaria, habrá de respetar el principio de unidad de acto y se procurará que termine en el mismo día de su comienzo. Si éste terminare sin que se hubiesen debatido y resuelto todos los asuntos incluidos en el orden del día, el presidente podrá levantar la sesión.

37. MARQUÉS CARBÓ, L., *op. cit.*, p. 153.

“En este caso los asuntos no debatidos habrán de incluirse en el orden del día de la siguiente sesión.”

Pero conviene advertir, como señala Eloísa Carbonell Porras, que el principio de unidad de acto, tiempo y lugar, que garantiza el desarrollo unitario de las sesiones de los órganos colegiados, es:

“Un principio que está estrechamente relacionado con la convocatoria, pues los miembros han sido citados para una concreta sesión con un orden del día predeterminado; si la sesión termina y quedaron asuntos sin debatir debe convocarse una nueva sesión. Pero este vínculo con la convocatoria debe considerarse un principio institucional de ordenación de las sesiones de los órganos colegiados, aunque no se consagre en la LAP.”

Efectivamente, el artículo 87 del ROF no incorpora un mandato, sino un criterio orientativo. Llegadas las doce de la noche, la sesión puede continuar, y los acuerdos que se adopten serán válidos, si así lo dispone el presidente del órgano colegiado.

Se ha discutido, pues, en ocasiones, si de verdad la vigente legislación de régimen local recoge la exigencia del principio de unidad de acto, en relación con la celebración de las sesiones. Entre otras razones, porque tal unidad de acto impediría que la sesión pudiese ser interrumpida y reanudada posteriormente, aunque sea en el mismo día. Efectivamente, el artículo 87.2 del ROF previene que “durante el transcurso de la sesión el presidente podrá acordar interrupciones a su prudente arbitrio, para permitir las deliberaciones de los grupos por separado sobre la cuestión debatida, o para descanso en los debates”.

No debe olvidarse que la suspensión de una sesión por el presidente no es un mero acto de trámite y, en ocasiones, puede violentar el derecho de participación política de los concejales. En los escasos supuestos que la jurisprudencia se ha referido al principio de unidad de acto, lo ha hecho en relación con la suspensión de sesiones.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ponente Francisco Javier Canabal Conejos, EDJ 2002/62945)³⁸ de 22 de julio de 2002 declaró la nulidad del acuerdo de suspensión del alcalde de un Pleno municipal y ordenó la reanudación de la votación interrumpida. El tribunal conside-

ró que el acuerdo del alcalde de suspender la sesión, interrumpiendo la votación ya iniciada, y sin señalamiento alguno para su reanudación en el mismo día, por una parte infringía el principio de unidad de acto, y, además, no propiciaba que se incluyera en el orden del día de la siguiente sesión, lo que hubiera garantizado el derecho de los recurrentes de participación política. Por tanto, el tribunal aprecia que se ha vulnerado el derecho que protege el núcleo esencial de las funciones de los representantes municipales, porque fueron impedidos de participar y votar en una sesión plenaria de la corporación municipal.

Es decir, el tribunal considera que, con independencia del principio de unidad de acto, si se suspende una sesión durante su celebración debe señalarse su reanudación o, en todo caso, incluir el asunto en el orden del día de la siguiente sesión. Se hace, pues, una interpretación flexible de la exigencia del principio de unidad de acto. No es tan importante el cumplimiento estricto de la norma que impide la interrupción de una votación como que la suspensión afecte a las funciones de los representantes municipales, y se les impida participar y votar en una sesión plenaria.

Pero la cuestión resurge, fundamentalmente, cuando la sesión se prolonga más allá de las doce de la noche. Si en el acta que se extienda de la sesión debe hacerse mención al día en que se celebra la misma, ¿qué día hay que señalar, el del día del comienzo de la sesión o el día en que finaliza? Parece claro que la unidad de acto exige unidad de tiempo y también unidad de documento, aunque sean cosas distintas. Pero tampoco existen grandes dificultades para que se extiendan actas independientes que refieran lo acordado en cada día.

Esta cuestión ha sido estudiada y regulada en los reglamentos orgánicos de muchos de nuestros municipios. Así, en el Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Móstoles, en su artículo 87, se establece:

“1. Toda sesión habrá de respetar el principio de unidad de acto procurando terminar el mismo día de su comienzo.

“2. Durante el transcurso de la sesión el Alcalde podrá decidir interrupciones a su prudente arbitrio para permitir deliberaciones de los grupos políticos sobre la cuestión debatida o para descanso de los debates.

38. La STSJ declaró la nulidad del el acuerdo del alcalde del Ayuntamiento de Móstoles de suspender el desarrollo del Pleno del día 2 de julio de 1998, mientras se procedía a votar una enmienda por el Grupo Municipal Popular, así como contra la reanudación del Pleno, hallándose ausente del salón de sesiones los concejales recurrentes, reabriendo una nueva discusión de la enmienda y procediendo a una nueva votación, lo que se estima que vulnera el artículo 23 de la CE al impedir a los recurrentes el ejercicio y de-

sarrollo de sus derechos constitucionales de participación política, así como vulneración del artículo 98 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. El Ayuntamiento entendía que el acto impugnado era un acto de trámite, y además, que no existían razones de ilegalidad en la actuación del alcalde al suspender la votación y proceder, posteriormente, a una nueva votación sin la presencia de los recurrentes que abandonaron el Pleno.

“3. Llegadas las doce de la noche sin que hubiera concluido el orden del día de las sesiones de Pleno o antes, si lo considera conveniente el Alcalde, una vez oídos los portavoces de los grupos políticos, podrá suspenderla para su continuación en otra fecha. En este caso, que deberá contar con el beneplácito de los portavoces, se señalará por el Alcalde, día y hora para su continuación, debiendo mediar, al menos, doce horas de intervalo y no exceder de veinticuatro, descontando los días inhábiles.

“4. La terminación o suspensión no podrán interrumpir la deliberación y votación de un asunto.

“5. En el supuesto de suspensión se redactarán actas separadas de cada sesión, expresándose las circunstancias a que se refiere este artículo.”

Como se puede apreciar, la norma reglamentaria plantea abiertamente la posibilidad de que la sesión pueda ser suspendida, sólo se precisa el beneplácito de los portavoces si se ha de continuar en otra fecha. Es claro que, en tales supuestos, el principio de unidad de acto no se respeta, y el propio reglamento es consciente de ello cuando precisa que “en el supuesto de suspensión se redactarán actas separadas de cada sesión, expresándose las circunstancias a que se refiere este artículo”. Es decir, admite que son dos sesiones distintas que requieren actas separadas. En realidad son actas distintas, no separadas, de una única sesión que se ha celebrado en dos momentos distintos. En idénticos términos se encuentra redactado el artículo 70 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Valladolid.

En el Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Zaragoza, en su artículo 78, se establece que toda sesión, sea ordinaria o extraordinaria, habrá de respetar el principio de unidad de acto, y se procurará que termine en el mismo día de su comienzo. Ahora bien, si el día termina sin que se hayan debatido y resuelto todos los asuntos incluidos en el orden del día, se deja al arbitrio del Alcalde levantar, o no, la sesión.

En la normativa reglamentaria de otros municipios, sin embargo, el principio de unidad de acto en la celebración de las sesiones se lleva hasta sus últimas consecuencias, y se considera automáticamente finalizada la sesión a las veinticuatro horas del día de la convocatoria. El artículo 48 del Reglamento orgánico

del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao³⁹ es muy claro a este respecto, y establece que la sesión sólo puede ser suspendida y reanudada dentro del mismo día. En otro caso, los asuntos pendientes deben incluirse en otra sesión plenaria. También el Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Murcia exige que toda sesión termine en el mismo día en que comienza, en su artículo 13.

7. Clases de sesiones

Distingue el artículo 46 de la LBRL tres clases de sesiones, en atención a la periodicidad con que se celebran: a) sesiones ordinarias, b) sesiones extraordinarias y c) sesiones extraordinarias de carácter urgente. Es posible, sin embargo, encontrar algunas sesiones, tanto en la normativa del régimen local como en las normas fruto del ejercicio de la potestad reglamentaria de las entidades locales, que tienen una calificación distinta, o que obedecen a otro criterio de clasificación. Así, es posible hablar de sesiones universales, de sesión de constitución e, incluso, como veremos, empieza a ser frecuente encontrarse en muchos reglamentos orgánicos de entidades locales la regulación de unas sesiones, que suelen denominarse “sesiones extraordinarias anuales”, para diferenciarlas de las sesiones extraordinarias normales, que pueden tener distinta finalidad, entre ellas el debate sobre la acción política del municipio o la aprobación anual de los presupuestos de la corporación. Se trata de sesiones con un objeto específico, en las que se pretende el debate de un asunto de forma monográfica y exclusiva.

7.1. Las sesiones ordinarias

Las sesiones ordinarias son aquellas que el Pleno del órgano colegiado fija y determina respetando el mínimo que establece el artículo 46.e) de la LBRL, en su redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, y que el presidente está obligado a convocarlas. La exposición de motivos de la Ley señalaba que se pretendía, con la nueva redacción del precepto, reforzar “las funciones de control por parte de éste mediante una mayor frecuencia de sus sesiones ordinarias y se establece el carácter preceptivo de los órganos de

39. Este precepto dispone:

“1. Todas las sesiones respetarán el principio de unidad de acto y se considerarán automáticamente finalizadas a las veinticuatro horas del día de la convocatoria.

“Si llegada esa hora, no se hubieran debatido y votado todos los asuntos del orden del día, los asuntos pendientes se incluirán en el Pleno siguiente.

“2. Durante el transcurso de la sesión, el presidente o presidenta podrá acordar las interrupciones que estime convenientes para per-

mitir las deliberaciones de los grupos o por otros motivos. También podrá dar un período de descanso, cuando la duración de la sesión así lo aconseje.

“3. En caso de que se den circunstancias que impidan o dificulten seriamente la continuación de la sesión, el presidente o presidenta podrá interrumpirla y decidir, previa consulta con portavoces de los grupos, cuándo se reanuda la sesión interrumpida dentro del mismo día de su celebración, o si los asuntos pendientes se incluyen en el Pleno.”

estudio, informe y seguimiento de la gestión del alcalde o del presidente y de sus órganos delegados en los ayuntamientos de los municipios con más de 5.000 habitantes y en las diputaciones provinciales”.

Las sesiones ordinarias deben respetar, al menos, la siguiente periodicidad:

–Una al mes en los ayuntamientos de municipios de más de 20.000 habitantes.

–Una al mes en las diputaciones provinciales.

–Cada dos meses en los ayuntamientos de los municipios de población entre 5.001 y 20.000 habitantes.

–Cada tres meses en los municipios de hasta 5.000 habitantes.

Parece claro que la Ley desea que se celebren sesiones. Carecería de sentido la atribución de competencias a un órgano colegiado si la convocatoria de las sesiones del mismo quedara al arbitrio del presidente del colegio. Para evitar, precisamente, el que puedan tener lugar prácticas poco acomodadas al principio democrático –o principio de legitimidad política– que rige la constitución de los órganos colegiados de las entidades locales, la norma establece, de forma imperativa, un mínimo que el presidente del órgano colegiado, en este caso el Pleno municipal, siempre deberá garantizar.

No es fácil, sin embargo, argumentar el diferente régimen de sesiones ordinarias que la Ley establece, en función del número de habitantes del municipio. No existen razones objetivas que justifiquen, desde el punto de vista de la garantía del derecho constitucional de participación política. Además, el precepto no está exento de importantes dudas interpretativas, en cuanto a qué cifra de número de habitantes hay que tener en cuenta en cada momento para la aplicación del régimen de sesiones.

Es posible interpretar que es necesario atender a la cifra de población que existía en el momento del inicio del mandato corporativo que sirvió para la aplicación de la escala establecida en el artículo 179.1 de la LOREG. En este sentido, hay que recordar que el artículo 14 del Real decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, dispone que “para la aplicación de la escala establecida en el artículo 179.1 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, en la elección de concejales en cada término municipal, se tendrá en cuenta la última cifra de población de cada municipio, oficialmente aprobada por el Gobierno”.

Pero también es posible interpretar que nada tiene que ver el número de sesiones ordinarias con el número de concejales que se elige en cada municipio, sino con el número de habitantes del municipio. Si la cifra de población es un parámetro variable, en la misma medida debería variar el régimen de sesiones ordinarias, si afecta a la escala de la LBRL.

En realidad, carece de sentido fijar el número de sesiones en función del número de habitantes. Debería establecerse un régimen de sesiones ordinarias mínimo, con carácter general, pero para todas las entidades locales.

El carácter imperativo del mandato, que establece la obligación de celebrar sesiones ordinarias, es una nota esencial del régimen jurídico del órgano colegiado representativo, es también una garantía de la igualdad y de la simetría que deben existir en la participación activa de los miembros que lo componen.

Todos los miembros que constituyen un órgano colegiado –concejales, diputados provinciales, consejeros comarcales, etc., que se integran en los diferentes órganos de las entidades locales– deben poder participar en el órgano del que forman parte (es un derecho) y tienen, a la vez, la obligación de participar en él (es un deber) en todo aquello que afecta al órgano colegiado. Si se les impide la participación, o si no es simétrica, es una negación del principio democrático y aun de la misma democracia –objetivamente, como derecho–, y no sentirse obligado, y hasta exigido, a participar en el ejercicio de las atribuciones que la Ley atribuye a ese órgano colegiado, es igualmente falta de adhesión a la democracia –subjektivamente, como un deber.

Es posible así deducir, con meridiana claridad, que la obligatoriedad de las sesiones ordinarias, y también la diferencia entre sesión ordinaria y extraordinaria, no atiende tanto a la periodicidad de las mismas, sino al hecho de que su celebración venga predeterminada directamente por la Ley, por el reglamento de funcionamiento del órgano, o incluso, por un acuerdo del propio órgano.

La legislación de régimen local quiere que sea el propio órgano colegiado quien determine el régimen de sesiones. El artículo 47 del TRRL establece a este respecto:

“Las corporaciones locales podrán establecer ellas mismas su régimen de sesiones. Los días de las reuniones ordinarias serán fijados previamente por acuerdo de la corporación.”

Ninguna duda puede plantear este precepto, corresponde al Pleno del Ayuntamiento adoptar el acuerdo por el que se fijan los días de las sesiones ordinarias; y así se establece en el artículo 38 del ROF, que dispone:

“Dentro de los treinta días siguientes al de la sesión constitutiva, el Alcalde convocará la sesión o sesiones extraordinarias del Pleno de la corporación que sean precisas, a fin de resolver sobre los siguientes puntos:

“a) Periodicidad de sesiones del Pleno.”

Y, finalmente, el artículo 87.1 del ROF define, con toda claridad, en qué consiste la sesión ordinaria y a quien corresponde fijar su periodicidad:

“Son sesiones ordinarias aquellas cuya periodicidad esta preestablecida. Dicha periodicidad será fijada por acuerdo del propio Pleno adoptado en sesión extraordinaria, que habrá de convocar el alcalde o presidente dentro de los treinta días siguientes al de la sesión constitutiva de la corporación y no podrá exceder del límite trimestral a que se refiere el artículo 46.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril.”

Como puede notarse, es el Pleno de la corporación el que fija, mediante acuerdo adoptado en una sesión extraordinaria –obviamente, antes de esa primera sesión después de la constitución del Pleno del ayuntamiento no pueden celebrarse sesiones ordinarias porque no se ha determinado su número y día de celebración–, la periodicidad de sesiones del Pleno. La aclaración, o insistencia, del ROF en afirmar que la sesión en la que se establece la periodicidad de las reuniones del mismo es una sesión extraordinaria, confirma cuanto se ha dicho acerca de que la diferencia entre sesión ordinaria y extraordinaria no atiende al hecho de que su celebración venga predeeterminada directamente por la Ley.

La fijación de la periodicidad de las sesiones ordinarias, como hemos indicado, puede hacerse a través del Reglamento orgánico de la corporación, o bien mediante la adopción del acuerdo en la forma que establecen los artículos 38 y 87.1 del ROF. Es evidente que si el Reglamento orgánico prevé la regulación de la periodicidad de las sesiones ordinarias, no será necesario adoptar el acuerdo que se exige en los artículos 38 y 87.1 del ROF, en los treinta días siguientes al de la sesión constitutiva del Pleno municipal. Es más, no será posible modificar el régimen reglamentario si no es por la vía de modificar el propio Reglamento.

La derogación singular del régimen de sesiones establecido reglamentariamente no puede realizarse por un simple acuerdo, porque el artículo 52.2 de la Ley 30/1992 establece que “las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas”.

La manera de fijar o determinar la periodicidad de las sesiones ordinarias conoce, en la vida municipal, muy variadas fórmulas. Existe un extenso muestrario que va desde corporaciones que adoptan criterios que pueden resultar excesivamente rígidos –algunas corpora-

ciones fijan el día, con referencia al numeral del mismo en el calendario del mes, y hora de la sesión–, lo que siempre plantea dificultades de cumplimiento que obligan o bien a tener que arbitrar excepciones singulares para casos concretos, o bien a convocar un sinnúmero de sesiones extraordinarias, a las corporaciones que adoptan criterios en los que el presidente goza de un amplio margen.

Es evidente que si el órgano colegiado fija la periodicidad de las sesiones ordinarias señalando el día del mes y la hora –es habitual, por ejemplo, encontrar acuerdos que fijan el primer viernes de cada mes, el día 1 de cada mes, a las 13 horas–,⁴⁰ no es preciso realizar convocatoria, pero sí será necesario fijar el orden del día.

El artículo 48 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Madrid contiene una interesante regulación –muy similar a la contemplada en el artículo 42 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento del Bilbao– de la forma de establecer la periodicidad de las sesiones ordinarias, en la que destaca el amplio margen que se atribuye al presidente. El precepto establece:

“1. Son sesiones ordinarias las que se celebran con arreglo a una periodicidad preestablecida.

“2. Al comienzo del mandato, el Pleno fijará, a propuesta del presidente, la periodicidad de las sesiones ordinarias, respetando, en todo caso, la periodicidad mínima mensual establecida por la legislación básica de régimen local.

“3. Determinada la periodicidad de las sesiones ordinarias, corresponderá al presidente fijar el día y la hora de cada sesión.

La fijación de la sesión se acordará en los diez primeros días de cada mes, si bien se podrá modificar posteriormente.”

Según este precepto, el único acuerdo que cabe adoptar por el Pleno –además, a propuesta del presidente–, en relación con el régimen de periodicidad de las sesiones ordinarias, es el de establecer un mayor número de sesiones ordinarias que el establecido por la legislación básica de régimen local. Es decir, el Pleno podrá acordar que se celebren, por ejemplo, dos sesiones ordinarias mensuales. Ahora bien, una vez adoptado tal acuerdo, es el presidente quien determina el día y la hora con la posibilidad, incluso, de modificar tales determinaciones.

Esta regulación residencial, en definitiva, en el presidente la fijación de la periodicidad. Aunque no se discuta la legalidad de una regulación de tal naturale-

40. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Azuqueca de Henares (Guadalajara) tiene acordado celebrar sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento el primer martes de cada mes, trasladándose si fuera inhábil al día siguiente hábil, a las 18.30 horas, del 31 de octu-

bre al 31 de marzo, y a las 19.30 horas, del 1 de abril al 30 de octubre, sin perjuicio de que por causa justificada y previo acuerdo de la Junta de Portavoces se pueda cambiar el día y la hora.

za, sí que parece conveniente apuntar que solamente puede garantizar la finalidad del propio concepto de sesión ordinaria en aquella corporación en la que todos los miembros que la integren gocen de un régimen de dedicación exclusiva. Cuando no sea así, pueden producirse situaciones que dificulten la participación de todos los miembros en la sesión; sencillamente porque si no se sabe con certeza en qué días del mes se celebrarán las sesiones ordinarias, no se facilita la asistencia, no sólo a la sesión, sino a la preparación de la sesión para asistir con responsabilidad y conocimiento a la deliberación y votación de los asuntos.

El Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Barcelona, en su artículo 67, se pronuncia en términos muy parecidos al del Ayuntamiento de Madrid, pero con una importante matización, una vez fijado por el presidente el día y la hora de cada sesión –después de haber determinado el Pleno el número de sesiones ordinarias–, el aplazamiento de la sesión mensual corresponde a la Junta de Portavoces, y además el acuerdo sobre el aplazamiento debe ser adoptado por unanimidad de los portavoces.

Más atemperada a la finalidad de la existencia de sesiones ordinarias es la regulación que se contiene en el artículo 13 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Murcia:

“El Ayuntamiento Pleno celebrará sesión ordinaria una vez al mes, en el día y hora que, en aplicación de este Reglamento la corporación acuerde, en su sesión constitutiva. El Pleno de la corporación podrá modificar el régimen de sesiones establecido, mediante acuerdo que surtirá efecto a partir de la sesión.”

En esta norma reglamentaria llama la atención el reenvío de la fijación de la periodicidad de las sesiones ordinarias a la sesión constitutiva del Ayuntamiento Pleno, previsión muy acertada que significa, de manera muy precisa, la naturaleza y finalidad de las sesiones ordinarias. Su régimen corresponde al propio colegio –en este caso al Pleno del ayuntamiento– y este régimen comprende el número de sesiones ordinarias a celebrar en el mes, el día del mes y la hora del día. Todos los concejales conocerán, pues, desde la sesión constitutiva del Pleno del ayuntamiento, el régimen de las sesiones ordinarias. No es necesario señalar que una regulación de este tenor literal es absolutamente respetuosa con la normativa básica de régimen local.

La virtud consiste en saber dar con el término medio entre dos extremos, extremos que por ser tales son vicios, según la máxima de Aristóteles; pues bien, aunque la redacción literaria del artículo es manifiestamente mejorable, el artículo 81 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Móstoles adopta un criterio intermedio, que parece seguir la máxima del

filósofo griego, y también el artículo 64 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Valladolid, cuando disponen:

“El Pleno determinará la fecha y horario de celebración de las sesiones ordinarias, pudiendo facultar a la Alcaldía para que en casos excepcionales y oída la Junta de Portavoces pueda, dentro del margen que se establezca, modificar la fecha y horarios determinados. El alcalde deberá dar cuenta al Pleno de las razones de la modificación.”

Se pretende compaginar la competencia que corresponde al Pleno para fijar la fecha y horario de las sesiones ordinarias con las exigencias propias del devenir de la vida municipal que siempre conoce ocasiones que hacen necesario establecer excepciones –vacaciones, fiestas patronales, visitas oficiales– y cuya valoración y justificación debe corresponder al alcalde, o presidente del colegio, en cada caso.

Hay corporaciones que, reglamentariamente, prevén estos supuestos que precisan aplicar con flexibilidad el régimen de sesiones ordinarias acordado inicialmente. El artículo 35 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Logroño, después de prever que al comienzo del mandato el Pleno fijará, a propuesta del presidente y oída la Junta de Portavoces, la periodicidad de las sesiones ordinarias, determinando día y hora habitual respetando en todo caso la periodicidad mínima establecida por la legislación básica de régimen local; prevé que en casos especiales, con motivo de Semana Santa, Navidad, vacaciones de verano y otros similares, el presidente pueda convocar las sesiones en día y hora distintos, previa comunicación a la Junta de Portavoces.

En otros municipios, aunque se recoge la posibilidad de que el alcalde modifique el régimen de las sesiones ordinarias, se prevé la ratificación plenaria de tal modificación. Es el caso del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Granada, que, en su artículo 97, fija la periodicidad mensual de las sesiones ordinarias en el día y hora en que se determine por la corporación, y exige que cualquier variación de las fechas preestablecidas se realice por acuerdo plenario, aunque pueda también adoptarse por resolución de la Alcaldía, por razones de urgencia debidamente motivada, pero en este caso la resolución debe ser sometida a ratificación plenaria en la primera sesión posterior.

7.2. Las sesiones extraordinarias

7.2.1. Sesiones extraordinarias convocadas a iniciativa del presidente

La legislación del régimen local conoce dos tipos de sesiones extraordinarias, las convocadas a iniciativa

del presidente y las convocadas a iniciativa de un grupo de concejales.

Son sesiones extraordinarias aquellas que convoca el presidente, por su propia iniciativa, fuera del régimen de periodicidad establecido por el órgano colegiado. Es decir, al margen de las sesiones ordinarias. No existe ninguna diferencia de régimen jurídico entre la sesión ordinaria y la sesión extraordinaria, salvo la que concierne a la periodicidad, que en las ordinarias se encuentra establecida y en las extraordinarias no.

El presidente del Pleno de cualquier entidad local puede, en cualquier momento y por cualquier razón, convocar la celebración de una sesión extraordinaria del mismo.

La celebración de sesiones extraordinarias en el mundo local no es nunca una cuestión pacífica y plantea, siempre, numerosos matices no siempre fáciles de resolver. Dos son, sin embargo, las cuestiones más debatidas en torno a la celebración de las sesiones extraordinarias: la motivación u oportunidad de la convocatoria, y el objeto de los asuntos que pueden tratarse en una sesión extraordinaria.

7.2.1.1. La motivación u oportunidad de la convocatoria de sesión extraordinaria a iniciativa del presidente

En principio parece meridianamente claro que el presidente de un órgano colegiado tiene la potestad de convocarlo, siempre que lo considere necesario y para lo que entienda oportuno o conveniente. Si esto es así, y no hay razón para entender lo contrario, no se entiende bien qué quiere decir el artículo 80.1 del ROF cuando precisa que en el caso de las sesiones extraordinarias el presidente debe motivar la convocatoria. En concreto, este precepto dispone:

“Corresponde al alcalde o presidente convocar todas las sesiones del Pleno. La convocatoria de las sesiones extraordinarias habrá de ser motivada.”

Este precepto reglamentario suscita en la vida local no pocas dudas y conviene hacer alguna reflexión sobre la necesidad o no de motivación –más bien se trata de saber qué significado tiene aquí la motivación– y el alcance de la misma, en función del posible control que pueda realizarse de su ausencia en sede jurisdiccional.

El artículo 54 de la LPAC cuando regula la motivación del acto administrativo requiere que se realice una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. Si se lee con detenimiento el precepto, se advierte de seguido la dificultad de comprender cómo se puede motivar, conforme al precepto, la convocatoria de una sesión extraordinaria. El precepto establece:

“1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

“a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

“b) Los que resuelvan procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.

“c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

“d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.

“e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.

“f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.”

“2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.”

Es cierto que hay un estrecho vínculo entre la exigencia de motivación y los artículos 103 y 106 de la CE, que la jurisprudencia cada vez más exigente vincula de hecho –aunque sin mención expresa– al artículo 24 de tutela judicial efectiva por la vía de la interdicción de la indefensión, y no sólo en sede de procedimiento judicial, sino también administrativo. No es menos cierto que la motivación de un acto administrativo obedece a varios fines; facilita la impugnación de las resoluciones administrativas, así como su revisión por los órganos jurisdiccionales; facilita la labor de interpretación de la extensión y sentido de las resoluciones de significado dudoso, permitiendo conocer su verdadero significado jurídico, etc.; mas nada de esto tiene sentido en la convocatoria de una sesión extraordinaria por un alcalde.

La motivación supone resumir, en un solo documento, la razón a que obedece un procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo es el cauce que permite a la Administración recabar las pruebas, informes y opiniones que permiten adoptar la decisión más adecuada desde el punto de vista del respeto de la ley y el Derecho, y que más eficazmente sirve a los intereses generales, de modo que el procedimiento garantiza el cumplimiento del artículo 103.1 de la CE, reiterado por el 3.1 de LPAC, que “La Administración sirve con objetividad los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración, descentralización y coordinación, con sometimiento Pleno a la ley y el Derecho”.

En la convocatoria de una sesión extraordinaria, sin embargo, no estamos en un procedimiento administrativo ordinario. Es un procedimiento administrativo de orden interno, que no requiere más justificación que cumplir el régimen jurídico de toda sesión: plazo, orden del día y lugar de celebración; que son los únicos elementos reglados del acto, obviamente sometidos al ejercicio de las facultades revisoras de la instancia jurisdiccional. No tiene ningún sentido exigir motivación alguna a la convocatoria de una sesión extraordinaria, como tampoco tiene exigir motivación al acuerdo de un Pleno que acuerda fijar los plenos ordinarios los viernes, lunes, martes o jueves de la primera o última semana de cada mes. Son cuestiones de oportunidad y la oportunidad ni se puede ni se debe motivar jurídicamente. Desafortunadamente hay quien lo hace.

El principio de oportunidad es un principio jurídico que también rige en el ordenamiento local. De la misma forma que en el Derecho procesal penal, junto al principio de obligatoriedad, existe el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal –y en ambos casos se ajusta la actuación al principio de legalidad–, en el régimen de sesiones, junto al principio de obligatoriedad de las sesiones ordinarias se encuentra el principio de oportunidad en el régimen de las sesiones extraordinarias, y éste descansa en la iniciativa del presidente.

En la legislación básica del régimen local, no existe ninguna disposición que requiera la motivación de la convocatoria de una sesión extraordinaria por parte del presidente. Tampoco en la LPAC existe norma alguna que exija esta motivación. En realidad el artículo 23.1.b) de la LPAC se limita a señalar que corresponde al presidente de todo órgano colegiado:

“Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.”

Es cierto, sin embargo, que algunas normas de desarrollo del régimen local de las comunidades autónomas requieren la motivación de toda sesión extraordinaria. Tal es el caso del artículo 122 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de reforma de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias, que establece:

“La convocatoria de las sesiones extraordinarias habrá de ser motivada, expresando los asuntos a que se han de circunscribir las deliberaciones y los acuerdos, sin que puedan tratarse otras cuestiones.”

No es esta la pauta, sin embargo, que ha seguido la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas.

La Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local de Aragón, en su artículo 115.2.b) dispone que el

Pleno celebrará sesión extraordinaria “cuando el presidente lo decida”, sin que se precise, al parecer, motivación alguna. En el mismo sentido el artículo 77.2.a) de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra, que no hace alusión a la exigencia de motivación. El artículo 210.2.a) de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia, con claridad afirma que “El Pleno celebrará sesión extraordinaria cuando así lo decida el presidente”; sin que tampoco se advierta necesidad de motivación alguna. El artículo 126.2.a) de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la administración local de La Rioja, no exige, en su literalidad, ninguna exigencia de motivación. Finalmente, el artículo 98.a) del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, de forma no menos expresiva nos advierte que “el Pleno tiene sesión extraordinaria cuando el presidente lo decide”.

No es necesaria, en consecuencia, motivación de las sesiones extraordinarias que convoca el presidente salvo que así lo disponga la legislación autonómica de desarrollo –la legislación canaria, como hemos indicado, lo hace–, y el artículo 80.1 del ROF debe entenderse desplazado por la normativa de las comunidades autónomas.

7.2.1.2. Los asuntos que pueden ser debatidos en una sesión extraordinaria convocada a iniciativa del presidente

Se ha planteado, en numerosas ocasiones, si es posible incluir en el orden del día de una sesión extraordinaria cualquier asunto, si es posible abordar en una sesión extraordinaria el debate y votación de cualquier asunto, si puede o no puede incluirse el epígrafe de ruegos y preguntas en una sesión extraordinaria.

Todas estas cuestiones, como bien puede comprenderse, se encuentran muy vinculadas a la discusión sobre la necesidad de motivación o no de la sesión extraordinaria a que hemos hecho referencia.

En principio, en una sesión extraordinaria puede tratarse cualquier asunto. No existe ninguna norma que establezca una limitación al objeto de los asuntos de las sesiones extraordinarias. Cuestión más problemática es la que concierne a la posibilidad de tratar asuntos no incluidos en el orden del día.

Las opiniones y criterios sobre la posibilidad o no de las cuestiones enunciadas, tanto en la práctica local como en la doctrina administrativa, son muy dispares y, en ocasiones, poco fundamentadas. Hay quienes niegan rotundamente la posibilidad de tratar asuntos, en una sesión extraordinaria, que no vengán incluidos en el orden del día de la misma. Hay quienes admiten, sin dificultad alguna, la deliberación y votación de asuntos no incluidos. Hay quienes no

consideran legal la inclusión en el orden del día del apartado referido a ruegos y preguntas, otros consideran que no existe impedimento alguno para ello. Incluso existen opiniones contrarias a que la sesión extraordinaria se inicie con la aprobación del acta de la sesión anterior.

El origen de todas estas diferentes interpretaciones acerca de lo que se puede o cabe hacer en una sesión extraordinaria, que tantos dilemas causan en la vida local, se encuentra en los artículos 294.3 y 297 de la LRL de 1955.⁴¹ Estos preceptos, que también exigían la motivación de la convocatoria de la sesión extraordinaria, declaraban la nulidad de los acuerdos adoptados en las sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en la convocatoria; y, dentro de esa misma lógica, el artículo 209 del ROF de 1952 prescribía que sólo podían formularse preguntas o interpelaciones en las sesiones ordinarias. Con fundamento en estas disposiciones legales, la mayoría de los autores especializados en régimen local –entre ellos Luis Marqués Carbó, Manuel Jesús Núñez Ruiz y Lliset Borrel– consideraban que no era posible ni la adopción de acuerdos sobre asuntos no incluidos en el orden del día ni, tampoco, la formulación de ruegos y preguntas.

En realidad, los preceptos del anterior régimen local no eran tan claros, al menos en su redacción literal, como para afirmar, sin ningún lugar a dudas, la imposibilidad de tratar en sesiones extraordinarias asuntos no incluidos en el orden del día. El artículo 297.1 de la LRL de 1955 disponía que:

“Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en la convocatoria, así como los que se adopten en sesión ordinaria sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por la corporación con el voto favorable de la mayoría de los miembros que la formen.”

Por su parte, el artículo 222 del ROF de 1952, con una redacción que añadía mayor confusión a la interpretación del artículo 297.1 de la LRL, establecía:

“No podrá adoptarse acuerdo sobre asunto que no figure en el orden del día, a menos que fuere declarado de urgencia por el voto favorable de la mayoría de los miembros que formen la corporación.”

41. BOE de 10 de julio de 1955, núm. 191, [p. 4146]; rectificación BOE de 16 enero de 1956, núm. 16.

42. La STS conoció el recurso interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Vilaseca (Tarragona) de 23 de diciembre de 1976, que inició el expediente de expropiación de urgencia de terrenos necesarios para ejecución de proyectos de urbanización. El acuerdo se había adoptado en una sesión extraordinaria sin que figurase en el orden del día, pero se adoptó previa declaración de urgencia.

La jurisprudencia no fue unánime a la hora de interpretar estos preceptos, y hubo sentencias en las que no se apreciaba inconveniente en la adopción de acuerdos no incluidos en el orden del día de la convocatoria de sesión extraordinaria, siempre que se hubiere declarado el asunto de urgencia.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente Ángel Falcón García, RJ 1980/184)⁴² de 24 de enero de 1980 no tuvo duda alguna para proclamar la validez de un acuerdo adoptado en sesión extraordinaria sin que figurase tal cuestión en el orden del día, y argumentó en este sentido:

“Que la fundamentación de la nulidad de pleno derecho en el apartado 1, letra c), del artículo 47 de la LPA ya que el haber tomado el acuerdo recurrido en sesión extraordinaria sin que figurase tal cuestión en el orden del día, implica prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, carece de la eficacia pretendida por el recurrente, ya que el artículo 297 de la Ley de régimen local da validez a esos acuerdos cuando haya ‘especial y previa declaración de urgencia hecha por la corporación con el voto favorable de la mayoría de los miembros que la formen’, declaración de urgencia que puede hacerse en la misma sesión, dada la redacción del precepto, y la finalidad de tal declaración, que es precisamente examinar y acordar sobre asuntos no incluidos en la orden del día de la sesión, que se está celebrando; como el núm. 15 del acuerdo, titulado asuntos urgentes, determina que ‘previa su declaración de urgencia, conforme a lo establecido en la Ley de régimen local y el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales), el Ayuntamiento Pleno, acuerda, por unanimidad’, y entre los asuntos que abarca se encuentra la expropiación de los terrenos necesarios para la urbanización de los accesos a [...] el requisito formal de aprobación por el Pleno municipal se ha cumplido siguiendo las normas establecidas, por lo que el acuerdo combatido no ha incurrido en esta nulidad alegada.”

En otras ocasiones, es cierto, la jurisprudencia anuló acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias no incluidos en el orden del día, pero, básicamente, porque no habían sido declarados de urgencia con carácter previo.

El Tribunal Supremo entendió que los actos consecuencia o ejecución de lo acordado por el Ayuntamiento tenían su apoyo jurídico en la adecuación a derecho de éste, y la petición de condena al alcalde y concejales y secretario de la corporación demandada, y subsidiariamente a ésta, de los daños y perjuicios que se decían ocasionados al actor, tampoco procedían puesto que el acuerdo, no sólo no infringía manifiestamente las leyes, sino que era conforme a Derecho.

En la actualidad, y pese a lo dispuesto en el artículo 83 del ROF, que condiciona la declaración de urgencia de asuntos no incluidos en el orden del día con la celebración de sesiones ordinarias, no existe precepto básico alguno del que se derive tal consecuencia.

Es cierto, sin embargo, que algunas normas de desarrollo del régimen local de las comunidades autónomas reservan la posibilidad de realizar declaración de urgencia de un asunto sólo en las sesiones ordinarias. Tal es el caso del artículo 122 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de reforma de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias, que ya hemos visto. El artículo 103.4 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, es, también, tajante cuando establece:

“En el caso de las sesiones extraordinarias, no pueden tratarse asuntos que no se han incluido en el orden del día.”

El artículo 117 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local de Aragón, establece que en las sesiones extraordinarias no se tratarán otros asuntos que los incluidos en el orden del día, “a no ser que sean de carácter urgente, estén presentes todos los miembros de la corporación y así se acuerde por unanimidad”. Idéntica redacción tiene el artículo 128 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la administración local de La Rioja. En el mismo sentido, también, el artículo 81.1 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra.

El artículo 213 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia, que recuerda con bastante exactitud el texto del artículo 297.1 de la LRL de 1955, declara que:

“Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en las sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por el órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.”

Es decir, parece posible tratar asuntos no incluidos en el orden del día de las sesiones extraordinarias, siempre que sean previamente declarados de urgencia con el quórum de la mayoría absoluta legal; aunque, al igual que ocurría con la interpretación del artículo 297 de la LRL, y a la vista de la redacción del artículo 83 del ROF, no es imposible sostener la posición contraria.

Otras normas autonómicas guardan silencio sobre esta cuestión. Así, la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de administración local de la Comunidad de Madrid, nada dice al respecto, y se remite a lo que acuerden las entidades locales a través de la aprobación del correspondiente reglamento orgánico. En este sentido es, pues, la potestad de autoorganización y funcionamiento de cada entidad la que decide, bien en un sentido o en otro. Por ejemplo, el artículo 98 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Móstoles prohíbe, con claridad, la adopción de acuerdos sobre asuntos no incluidos en el orden del día de las sesiones extraordinarias; por el contrario, el Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Madrid no contiene ninguna prohibición en tal sentido.

A la vista de la legislación autonómica que acabamos de reseñar, se puede significar que una de las peculiaridades del régimen local español es, en función de la comunidad autónoma a la que pertenezca la entidad local, la posibilidad de tratar asuntos no incluidos en el orden del día, o la imposibilidad de hacerlo, en las sesiones extraordinarias. En las comunidades canaria y catalana no es posible hacerlo; sí es posible en las comunidades aragonesa, gallega, navarra y riojana –aunque se exige distinto quórum para la adopción del acuerdo de la declaración previa de urgencia, en unos casos basta la mayoría absoluta y en otros es necesario que se encuentren todos los miembros que componen la corporación y lo acuerden por unanimidad–, y en los municipios pertenecientes a comunidades autónomas que no hayan legislado en materia de régimen local hay que entender que también es posible, pese a la redacción del artículo 83 del ROF.

Ahora bien, ¿qué razón existe para que no puedan tratarse ni adoptarse acuerdos, no incluidos en el orden de día, en una sesión extraordinaria convocada a instancia del presidente del órgano colegiado? Realmente es difícil encontrar alguna argumentación, salvo la mera apelación al mandato legal de la prohibición.

Pero estas disposiciones que hemos reseñado no son conformes a la verdadera naturaleza y función de la sesión extraordinaria. Señala Eloísa Carbonell Porras,⁴³ en opinión muy razonada y comprensible, que:

“La sesión extraordinaria se convoca con todos los requisitos legalmente exigidos, pero al margen de las ordinarias, y en eso se diferencia de la sesión urgente –que no se convoca con la necesaria anticipación entre citación y celebración–, en la que sí tiene pleno sentido prohibir la declaración de urgencia. Precisamente

43. CARBONELL PORRAS, E., *op. cit.*, p. 128.

en algunos órganos colegiados se limita el desarrollo de las sesiones extraordinarias porque siempre se consideran urgentes. Por lo anterior, no sólo existe relación entre el carácter ordinario o extraordinario de una sesión y su objeto, sino que las interpretaciones restrictivas impiden un regular y eficaz funcionamiento del órgano colegiado. Si un órgano colegiado celebra una sesión, sea ordinaria o extraordinaria, debe incluir en el orden del día todos los asuntos de su competencia que estén pendientes y, si concurren las circunstancias, debe declarar la urgencia de los no incluidos. El deber de resolver, los principios de eficacia y celeridad de la actuación administrativa sufrirán si quedan demorados, como en ocasiones ocurre, hasta que se celebre una sesión ordinaria. Por ello, no está justificado limitar las sesiones extraordinarias no urgentes en el ámbito local o en cualquier otro órgano colegiado.”

Es cierto que existen sesiones extraordinarias que sólo deben tratar asuntos de una forma monográfica (aunque toda monografía es una parte que se integra en un todo más general), que escapan al régimen preestablecido de una sesión ordinaria, en unas ocasiones porque así viene ya determinado en la ley –sesión de constitución de la corporación, moción de censura del presidente, sesión de organización y funcionamiento posterior a la de constitución– o en los propios reglamentos orgánicos de las entidades locales como veremos –debate sobre el estado de la ciudad, aprobación del presupuesto, sesiones de comparencias, etc.–, pero esta circunstancia no puede llevarnos a concluir que el objeto de las sesiones extraordinarias se encuentra limitado, y que no pueden ser debatidos más asuntos que los incluidos en el orden del día.

La misma argumentación puede hacerse sobre la inclusión del epígrafe de ruegos y preguntas en el orden del día de las sesiones extraordinarias no urgentes, o sobre la posibilidad de formulación de ruegos y preguntas, con independencia de la inclusión de tal epígrafe en el orden del día.

La finalidad de los ruegos y preguntas es exponer un asunto para que se adopten las medidas oportunas para su resolución, o solicitar información sobre las medidas adoptadas, o tomar conocimiento respecto a algún asunto. Ésta es la configuración que tienen los ruegos y las preguntas en la actualidad, que responden al principio de colaboración (ruego) o al de conocimiento e información (pregunta), dirigidos por parte de cualquier concejal. Si bien en la regulación anterior al ROF los ruegos y preguntas sólo podían formularse en las sesiones ordinarias, en la actualidad nada impide que puedan hacerse en las extraordinarias, incluso admitiéndose que su única materia sean precisamente los ruegos y preguntas.

Ahora bien, ha de justificarse su celebración por la importancia de las cuestiones a tratar o, en su caso, por la urgencia para conocer de ellas.

No existe, tampoco, ningún problema o inconveniente para la aprobación del acta de la sesión o sesiones anteriores en una sesión extraordinaria no urgente. La única imposibilidad de tal acuerdo de aprobación es exclusivamente material, que el borrador del acta no se encuentre redactado.

7.2.2. Sesiones extraordinarias convocadas a instancia de un número de miembros de la corporación

La política es el proceso y la conducta de toma de decisión de un grupo, en el que todos los integrantes del mismo tienen derecho a participar. El voto de un ciudadano constituye una forma de poder político, en la medida que exista una institución que lo sustente y le dé sentido. En el municipio, la institución republicana –en el verdadero sentido del término– por excelencia, donde la política se hace carne, precisa que la organización institucional garantice esa actuación del poder político ciudadano.

El principio democrático que informa la actuación de todo órgano colegiado de carácter representativo exige y garantiza la participación de los miembros que lo componen en su funcionamiento. Precisamente por ello, el artículo 46.2 de la LBRL establece que:

“el Pleno celebra sesión extraordinaria cuando lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos si ni lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.

“Si el presidente no convocase el Pleno extraordinario solicitado por el número de concejales indicado dentro del plazo señalado, quedará automáticamente convocado para el décimo día hábil siguiente al de la finalización de dicho plazo, a las doce horas, lo que será notificado por el Secretario de la corporación a todos los miembros de la misma al día siguiente de la finalización del plazo citado anteriormente. En ausencia del presidente o de quien legalmente haya de sustituirle, el Pleno quedará válidamente constituido siempre que concurra el quórum requerido en la letra c) de este precepto, en cuyo caso será presidido por el miembro de la corporación de mayor edad entre los presentes.”

En similares términos regulan la celebración de una sesión extraordinaria a petición de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la corporación los artículos 77 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra; 128 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de reforma de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias; 210 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia; 115 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local de Aragón; 126 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la administración local de La Rioja, y 97 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

La celebración de sesiones extraordinarias convocadas a iniciativa de un número responde, pues, a la finalidad de garantizar el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la importancia de este precepto y el alcance del mismo.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, RJ 1991/9887)⁴⁴ de 10 de diciembre explica con precisión el alcance del derecho de convocatoria que la LBRL atribuye a los concejales:

“El derecho de convocatoria que la Ley atribuye a una fracción minoritaria de los concejales de un ayuntamiento sirve a la doble finalidad de asegurar el ejercicio del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos (artículo 23 de la CE) y, al mismo tiempo, garantiza el funcionamiento democrático de los ayuntamientos (artículo 140 de la CE), al asegurar la protección de concejales que merecen, como minoría, protección legal.”

44. La STS conoció el recurso interpuesto por varios concejales del Ayuntamiento de Benavente (Zamora) contra la denegación de la solicitud de convocatoria de un Pleno extraordinario para pedir al alcalde explicación sobre ciertas manifestaciones, a ellos referidas, efectuadas a un programa de radio y solicitar su rectificación. El alcalde motivaba la no-convocatoria, junto a otras razones de tipo procesal, en que era ocioso debatir una cuestión banal ya discutida en otros plenos y que no afectaba a los intereses generales de los vecinos sino sólo a los particulares de los concejales. El Tribunal Supremo declaró contraria a Derecho la denegación presunta de convocatoria de Pleno extraordinario del alcalde del Ayuntamiento de Benavente y declaró la obligación del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Benavente de ordenar, en forma inmediata, sin excusa ni pretexto, la convocatoria del Pleno extraordinario de la referida corporación.

45. La STS conoció el recurso interpuesto por varios concejales contra la resolución del alcalde del Ayuntamiento de Elche (Alicante) que denegaba la convocatoria de una sesión extraordina-

7.2.2.1. El número de concejales necesario para solicitar y obtener la sesión extraordinaria: la minoría protegible y el principio de acreditación o significación cuantitativa

La LBRL establece expresamente que el derecho a solicitar y obtener una sesión extraordinaria corresponde, única y exclusivamente, a la cuarta parte del número legal de miembros que componen la corporación.

El derecho para solicitar la convocatoria de una sesión extraordinaria corresponde a los concejales y no a los grupos políticos. Así lo tiene manifestado la jurisprudencia, en particular la sentencia de Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, ponente Gustavo Lescure Martín, EDL 1996/3110)⁴⁵ de 19 de febrero de 1996, que proclama que:

“todos y cada uno de los concejales son titulares del derecho que reconoce el artículo 23 de la Constitución, derecho que se extiende, obviamente, a obtener la convocatoria del Pleno, si se da el quórum de solicitantes legalmente exigido, por lo que la denegación de la convocatoria, si carece de apoyo legal, lesiona aquel derecho y su reparación puede perseguirse en vía jurisdiccional, como aquí se ha hecho.”

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, ponente Ramón Trillo Torres, RJ 1998/2251)⁴⁶ de 19 de febrero de 1998, sentencia en la que se insiste en la diferencia que existe entre el derecho a participar en un Pleno y polemizar sobre una cuestión de competencia municipal, con la legalidad o ilegalidad de los acuerdos que puedan adoptarse.

El que la LBRL establezca una autolimitación consistente en la necesidad de que sea la cuarta parte, al menos, de los concejales quienes tienen el derecho

ria argumentando que los acuerdos que se proponía debatir eran ilegales. El Tribunal Supremo entendió que participar en un Pleno y polemizar sobre una cuestión de competencia municipal “es algo distinto de la legalidad o ilegalidad de los acuerdos que, en su caso, pudieran tomarse”.

46. La STS falla el recurso de casación del Ayuntamiento de Elche contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que estimó el recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales formulado por un concejal contra un decreto de la Alcaldía, denegatorio de la solicitud de convocatoria de Pleno formulada por el demandante y siete concejales más, para proceder al estudio, debate y votación sobre la extinción de la entidad PIMESA (“Promociones e Iniciativas Municipales de Elche”), sociedad privada anónima constituida por el Ayuntamiento, habiendo entendido la sala de instancia que el decreto había vulnerado el artículo 23.1 de la Constitución.

a solicitar y obtener una sesión extraordinaria, no significa otra cosa que delimitar el concepto de “minoría protegible”, fijándolo en términos razonables, siguiendo lo que se denomina tradición normativa en materia de regulación de iniciativas minoritarias, en las que se impone el “principio de acreditación o significación cuantitativa”, así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente Paulino Martín Martín, RJ 1986/2626)⁴⁷ de 1 de abril de 1986.

La primera conclusión que debemos obtener de esta previsión legal es que no se atribuye este derecho a la minoría política. La minoría política de un Pleno municipal carece del derecho a solicitar y obtener una sesión extraordinaria.

En realidad, la “minoría política” sólo existe en la realidad electoral. No existe en nuestro régimen local un concepto jurídico, ni tampoco político, de minoría política. La minoría protegible se refiere, siempre, a un número de miembros de la corporación, con independencia de la mayoría o minoría a la que pertenezcan. Y es así porque la democracia liberal se apoya en la prevalencia del individuo.

El único avance real que se puede observar en todo el siglo xx es el reconocimiento universal de los derechos humanos; es decir, de los derechos del individuo, no como parte de esta o aquella sociedad, o ciudadano de aquel u otro Estado, o militante de aquel u otro partido; y, en nuestro caso, de aquel u otro grupo político.

El concepto de minoría protegible parte, en cierto modo, de una consideración previa: en un régimen democrático nadie está en posesión de la verdad, porque la verdad no es objeto de posesión. Se puede estar más o menos cerca de la verdad, incluso es posible estar en la verdad, pero nadie puede afirmar que la posee plenamente. Precisamente porque esto es así, la democracia se articula sobre el juego de mayorías y minorías. Las minorías tienen los mismos derechos democráticos que las mayorías. No resulta, además, cierto que la minoría política se corresponda con una minoría ciudadana. Hoy no existe correspondencia entre minoría política y minoría social.

Tampoco sería fácil en la actualidad diferenciar las mayorías y las minorías en función de cuestiones ideológicas. En la actualidad es pacífico admitir que el concepto de “ideología política” es uno de los más debatidos, complejos y relativos a las ciencias sociales, de difícil aplicación teórico-analítica. El filósofo

italiano Norberto Bobbio,⁴⁸ uno de los grandes pensadores del siglo xx y defensor del individuo frente al Estado, ya distinguía la *ideología* como un conjunto de ideas y valores concernientes al orden político, cuya función es guiar los comportamientos políticos colectivos, de la *ideología* como falsa conciencia determinada por las relaciones de dominación existentes entre las clases sociales. Es pues difícil, aunque en ocasiones se reclame, articular el ejercicio de este derecho a solicitar y obtener una sesión extraordinaria sobre el concepto de mayoría política.

De aquí surge, pues, el concepto de minoría protegible, distinto al de minoría política. Su finalidad es lograr el equilibrio entre el respeto a los derechos democráticos que a todos los miembros les asisten, y la necesidad de evitar el uso de forma individual de tales derechos, con ánimo o intención paralizadora del funcionamiento del órgano colegiado, que supondría un atentado grave a los derechos de la mayoría.

La legitimación de la cuarta parte del número de concejales para solicitar y obtener la celebración de una sesión extraordinaria, esto es, de la minoría protegida, no es pacífica y es criticada a menudo, tanto en la política local como entre los profesionales de la Administración local. Es posible, incluso, que muchos desearan su desaparición en aras del buen funcionamiento del gobierno y de la administración local, de la misma forma que algunos predicán la desaparición de la legitimación de cincuenta parlamentarios, esto es, de la minoría político-parlamentaria, para iniciar el procedimiento de control de constitucionalidad de una ley estatal o autonómica.⁴⁹

Nuestro sistema político, sin duda alguna, propicia la hegemonía de los partidos, algo que bien puede convertirse en un sistema de “partitocracia”, con ausencia de métodos de participación directa, que son no sólo necesarios, sino imprescindibles. La crisis del Parlamento, como lugar en que se define la verdad política, se extiende, como sombra alargada, a los órganos de deliberación de las entidades locales. Sin embargo, el propio sistema introduce medidas correctoras del ejercicio constante del poder político por la mayoría. El artículo 46.2 de la LBRL vendría a ser una buena muestra de esas medidas correctoras que se indican.

No se requiere, sin embargo, una especial acreditación para la solicitud de la convocatoria de una sesión extraordinaria por parte de la cuarta parte de concejales que formen parte de la corporación.

47. La STS conoció el recurso interpuesto contra el Real decreto 2090/1982, de fecha 24 de julio, por el que se aprobaba el Estatuto general de la abogacía.

48. BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. *Diccionario de la política*, Editorial Siglo XXI, México, 1982.

49. MONTILLA MARCOS, J.A. *Minoría política y Tribunal Constitucional*. Editorial Trotta, Madrid, 2002.

No se exige que el documento en el que se recoja la solicitud deba incorporar una autenticación de las firmas de los suscriptores de la solicitud –efectuado por un notario o por el secretario general de la corporación–, como se requiere para los supuestos de la moción de censura al alcalde, según establece el artículo 197.1.a) de la LOREG.

Sin embargo, aunque no lo exija expresamente la Ley, debe tenerse especial cuidado en el examen y admisión a trámite de esta solicitud, que, además, debe ser adecuadamente calificada y comprobada por el secretario de la corporación. No sólo en lo que corresponde a la autenticidad de las firmas sino, sobre todo, porque la Ley establece, como más adelante estudiaremos, un límite a la presentación de este tipo de solicitudes que nos advierte de la necesidad de llevar un registro de las mismas.

La petición de convocatoria de un Pleno extraordinario –que no es una mera solicitud– estará debidamente admitida, y surtirá los efectos y consecuencias que la Ley le otorga, en la medida que quede debidamente acreditado que quien lo solicita es quien realmente representa y parece y, además, tiene el derecho a realizar tal petición porque no lo ha extinguido con anterioridad.

Debería ser necesario, siempre, dar testimonio –en documento fehaciente, en la terminología que habitualmente se usa– acerca de que quienes piden la convocatoria de un Pleno extraordinario tienen facultades para ejercer tal derecho. Esta afirmación viene al paso de las zarabandas, bullas y alborotos, que suelen formarse en muchas entidades acerca de los problemas que surgen sobre la autenticidad de las firmas de algunas peticiones de sesiones extraordinarias, cuya solución pasa por resolver cuestiones de mayor calado que los meros problemas de forma.

Sin querer caer en la anécdota, por puro relato ilustrativo, sí que conviene indicar –y no son sucesos curiosos ni poco conocidos en el mundo local–, que no es posible la representación por parte del portavoz de un grupo político –de los miembros que conforman ese grupo– para pedir la celebración de una sesión extraordinaria en su nombre. Tampoco es admisible, por supuesto, la firma de la petición de convocatoria de un Pleno extraordinario por apoderados ni mandatarios verbales –el apoderamiento nunca puede existir en el desempeño de cargos públicos, ni mucho menos el mandato verbal–, ni la firma de la petición en función de órdenes o fórmulas similares. El ejercicio de un cargo público es, siempre, indelegable.

No es aquí de aplicación lo dispuesto en el artículo 32.3 de la LPAC, según el cual la representación deberá acreditarse “por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante

declaración en comparecencia personal del interesado”, sencillamente porque no estamos en una materia de procedimiento administrativo común, sino en el ámbito del procedimiento administrativo colegial destinado, única y exclusivamente, a la formación de la voluntad colegiada de un órgano representativo democráticamente. El concejal, el diputado, el consejero, no es un administrado que tenga interés en un procedimiento, ni siquiera un ciudadano; es un miembro del órgano colegiado de una entidad territorial del Estado que selecciona a los mismos, en virtud del procedimiento de elección democrática. El mandato representativo, legitimado en las elecciones, es indelegable.

La exigencia de una cuarta parte de los miembros de la corporación, con independencia del número de concejales y de residentes del municipio, tampoco es una cuestión fácil de resolver. No es lo mismo, ciertamente, la cuarta parte de un ayuntamiento de nueve concejales (la cuarta parte en este caso coincide con un tercio del número de miembros de la corporación), que en un ayuntamiento de veintisiete concejales (en el que la cuarta parte en modo alguno coincide con el tercio de la corporación). Las matemáticas son exactas en la medida en que lo sean las magnitudes a las que se aplican. Es evidente que aquí no existe una adecuada proporción. Sería más adecuado exigir, al menos, un tercio de los miembros de la corporación.

7.2.2.2. La limitación del número de sesiones extraordinarias que pueden solicitar los miembros de la corporación

El artículo 46.2.a) de la LBRL establece que los concejales no pueden solicitar más de tres sesiones extraordinarias “anualmente”. En similares términos se regula esta limitación para la celebración de sesión extraordinaria a petición de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la corporación en los artículos 77 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra; 128 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de reforma de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias; 210 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de administración local de Galicia; 115 de Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local de Aragón; 126 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la administración local de La Rioja, y 97 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

La verdad es que “anualmente” significa, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “cada año” y por año entiende el mismo diccionario el “período de doce meses, a contar

desde el día 1 de enero hasta el 31 de diciembre, ambos inclusive” pero, también, el “período de doce meses, a contar desde un día cualquiera”. De manera que ambas interpretaciones son adecuadas a la literalidad de la norma.

La opinión más generalizada, sin embargo, es que “Hay que entender que el cómputo de ese plazo no se refiere al año natural (hasta el 31 de diciembre), sino a cada uno de los cuatro años de mandato, que empiezan a contarse desde la válida constitución de la corporación local”, así lo afirma David Vicente Blanquer Criado.⁵⁰

Es necesario advertir, no obstante, que en algunos municipios se han aprobado reglamentos orgánicos en los que expresamente se establece que no se podrán solicitar más de tres sesiones extraordinarias “al año”, lo que puede producir dudas acerca de la interpretación que deba darse a la forma de computar el número de solicitudes presentadas en el tiempo. En el artículo 44.1 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao se establece que “Ningún concejal ni concejala podrá solicitar más de tres sesiones extraordinarias del Pleno al año”; y en el mismo sentido el artículo 50.1 del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Madrid. Parece intuirse que tanto el Ayuntamiento de Bilbao como el de Madrid han interpretado, en su desarrollo reglamentario, que el artículo 46.2.a) de la LBRL, cuando establece que los concejales no pueden solicitar más de tres sesiones extraordinarias “anualmente”, está haciendo referencia a año natural; es decir, al período de doce meses contado desde el día 1 de enero hasta el 31 de diciembre, ambos inclusive.

La justificación de esta limitación parece fundamentarse, y así se hacía en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente José María Ruiz-Jarabo Ferrán, RJ 1983/3915)⁵¹ de 7 de julio de 1983 en la necesidad de evitar actuaciones de grupos minoritarios que pudieran entorpecer la normal marcha del órgano colegiado.

7.2.2.3. El escrito de solicitud de sesión extraordinaria: su motivación

La solicitud de sesión extraordinaria debe presentarse por escrito. No hay ninguna duda y así lo requiere y exige el ROF en su artículo 78.

Un tema muy debatido en la práctica local es el que hace referencia a si el escrito de solicitud de la sesión

extraordinaria debe contener alguna justificación de la petición o si, sencillamente, es suficiente que el escrito contenga la enumeración de los asuntos que deben integrarse en el orden del día de la convocatoria de la sesión. En realidad, se trata de saber si el Alcalde puede negar la convocatoria de un Pleno extraordinario en atención a su falta de justificación o motivación.

El artículo 78.2 del ROF expresamente establece que debe razonarse el asunto o asuntos que motiven la solicitud. En concreto dispone:

“Tal solicitud habrá de hacerse por escrito en el que se razone el asunto o asuntos que la motiven, firmado personalmente por todos los que la suscriben.”

A la vista de este precepto reglamentario, ha sido una opinión generalizada entender que no basta con que el escrito de solicitud realice una enumeración o relación de los asuntos a tratar, sino que debe justificar o razonar el porqué de cada uno de ellos.

En cualquier caso, conviene saber que la mayoría de los reglamentos orgánicos municipales hacen referencia, en unos u otros términos, a la necesidad de razonar el asunto o asuntos que motiven la solicitud de sesión extraordinaria.

Pero también existen otras normas reglamentarias municipales que no requieren ese tipo de razonamientos y quizá sean más respetuosas con el mandato y finalidad del artículo 46.2 de la LBRL.

El artículo 44.2 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, por ejemplo, establece que basta con especificar el asunto que motive la solicitud de convocatoria sin que requiera razonamiento o justificación alguna. Se exige, eso sí, que en el caso de que se pretenda adoptar un acuerdo, se incluya el texto que se quiere someter a votación. Dice este precepto:

“La convocatoria se solicitará por escrito, en el que se especificará el asunto que la motiva y, en caso de que se pretenda adoptar un acuerdo, se incluirá el texto que se quiera someter a debate y votación.”

7.2.3. Otras sesiones extraordinarias

Existen sesiones cuyo carácter extraordinario viene expresamente determinado por la legislación de régimen local o bien por la reglamentación de la propia entidad local. Todas ellas se caracterizan porque el objeto de las mismas se halla limitado a determinados asuntos:

50. BLANQUER CRIADO, V. *El régimen de funcionamiento de los órganos colegiados*. Base de datos de la editorial Tirant lo Blanch.

51. La STS conoció un recurso interpuesto contra el Real decreto de 24 de julio de 1982, por el que se aprueba el Estatuto general de la abogacía, y contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de

noviembre de 1982, declarando inadmisibles la reposición deducida por el defecto por falta de legitimación, recurso interpuesto al amparo de la Ley 62/1978. El Tribunal Supremo lo desestimó, pues la disposición impugnada no afectaba a los derechos constitucionales cuya vulneración se alegaba.

–Sesión constitutiva y de elección del alcalde o presidente.

–Sesión para la elección de alcalde en los supuestos de vacante de la Alcaldía.

–Sesiones para aprobar el acta de la última sesión celebrada por los órganos colegiados, con ocasión de la celebración de elecciones locales.

En realidad, y con carácter general, el sistema establecido por nuestro ordenamiento jurídico en orden a la aprobación de las actas de las sesiones no se encuentra regulado de una forma adecuada. Por una parte, no es respetuoso con el principio de reserva de la función de la fe pública. Si la fe pública de los acuerdos adoptados en una sesión es una función reservada al secretario, entre cuyas obligaciones se encuentra la extensión y redacción de acta, no se comprende que deba ser sometido a votación, para su aprobación por el órgano colegiado, el documento en que se formalizan los acuerdos; es decir, el acta. Por otra parte, la aprobación de las actas en las sesiones posteriores siempre plantea dificultades.

En ocasiones asisten a la sesión miembros que no estuvieron presentes en la sesión a la que corresponde el acta, en otras ocasiones los miembros que asistieron no lo hicieron durante la totalidad de la sesión. El acta, sin embargo, se somete a votación en su totalidad e integridad, y parece un criterio lógico –aunque no jurídico– que no se puede votar favorablemente si no se asiste a la sesión, ni tampoco es posible votar fraccionalmente (favorablemente a la parte del acta que contiene los acuerdos en los que se estuvo presente y absteniéndose en aquellos en que los miembros se hallaron ausentes). De manera que, con alguna frecuencia, las actas son aprobadas por quienes no asistieron a la sesión a la que corresponden.

Todo buen conocedor del mundo local sonríe cuando observa la aprobación del acta de la sesión anterior, y “por unanimidad”, a pesar de la presencia de miembros que no asistieron a la sesión, y se sonroja cuando observa la oposición a la aprobación del acta de miembros que no asistieron a la sesión. Pero legalmente nada puede reprocharse. Desde el punto de vista jurídico, estamos ante una conducta corporativa adecuada y sin ninguna objeción posible.

En el régimen parlamentario, en general, el sistema de aprobación de las actas no funciona así. Las actas de las asambleas parlamentarias se entienden aprobadas por el mero transcurso del plazo establecido para ello sin que se produzcan reclamaciones. El artículo 65 del Reglamento del Congreso de los Diputados,⁵² por ejemplo, dispone:

“1. De las sesiones del Pleno y de las comisiones se levantará acta, que contendrá una relación sucinta de las materias debatidas, personas intervinientes, incidencias producidas y acuerdos adoptados.

“2. Las actas serán firmadas por uno de los secretarios, con el visto bueno del presidente, y quedarán a disposición de los diputados en la Secretaría General del Congreso. En el caso de que no se produzca reclamación sobre su contenido, dentro de los diez días siguientes a la celebración de la sesión, se entenderá aprobada; en caso contrario, se someterá a la decisión del órgano correspondiente en su siguiente sesión.”

El mismo sistema se regula en el Reglamento del Parlamento de Cataluña, aprobado por el Pleno en sesión de 22 de diciembre de 2005, en su artículo 71, al establecer que:

“1. Debe levantarse acta de las sesiones del Pleno y de las comisiones, la cual debe contener una relación sucinta de las personas que han intervenido y de los acuerdos adoptados.

“2. Las actas deben estar firmadas por uno o una de los secretarios, tener el visto bueno del respectivo presidente o presidenta y estar a disposición de los diputados en la Secretaría General del Parlamento. Si no existe ninguna reclamación sobre el contenido, se entiende que quedan aprobadas; de otro modo, han de someterse a la decisión del correspondiente órgano en la siguiente sesión.”

Esta regulación parece más adecuada y conforme a los principios de racionalidad, eficacia y eficiencia que debe inspirar toda actuación de los poderes públicos. ¿Qué dificultad existe para extender este sistema a las entidades locales? Las ventajas, sin embargo, saltan a la vista. De extenderse esta fórmula al régimen local desaparecería, entre otras cosas, la necesidad de convocar sesiones para la aprobación exclusiva del acta de la última sesión.

–Sesión posterior a la sesión constitutiva para la creación y composición de las comisiones informativas permanentes y otros asuntos.

–Sesión extraordinaria para la fiscalización de la Junta de Gobierno.

–Sesión extraordinaria para deliberar y votar la moción de censura contra el alcalde o presidente.

7.3. Las sesiones extraordinarias urgentes

El artículo 46.2.b) de la LBRL establece un especial régimen jurídico para las sesiones plenarias extraordinarias con carácter urgente, la convocatoria con

52. Resolución de 24 de febrero de 1982, por la que se ordena la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982.

este carácter deberá ser ratificada por el Pleno. El artículo 79.1 del ROF la define de la siguiente forma:

“Son sesiones extraordinarias urgentes las convocadas por el alcalde o presidente cuando la urgencia del asunto a tratar no permite convocar la sesión extraordinaria con la antelación mínima de dos días hábiles exigida por la Ley 7/1985, de 2 de abril.

“En este caso debe incluirse como primer punto del orden del día el pronunciamiento del Pleno sobre la urgencia. Si ésta no resulta apreciada por el Pleno, se levantará acto seguido la sesión.”

La distinción entre las sesiones urgentes y las que tienen carácter extraordinario no es, ni mucho menos, pacífica en la jurisprudencia, ni en el discurrir diario de las entidades locales. La interpretación del concepto “urgencia”, que es un concepto jurídico indeterminado por antonomasia, nada tiene que ver con la discrecionalidad administrativa. En cuanto concepto jurídico indeterminado, sometido a fiscalización jurisdiccional, no admite más que una alternativa, o el asunto es urgente o no lo es, sin que sea admisible la discrecionalidad, ni, en absoluto, la arbitrariedad de los poderes públicos, cuya interdicción está garantizada por la Constitución en su artículo 9.3.

Como afirma la sentencia de Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, ponente Rodolfo Soto Vázquez, La Ley 2000, 6968)⁵³ de 1 de marzo de 2000, es necesario distinguir:

“entre aquellos actos que se realizan al amparo de un concepto jurídico indeterminado, como lo es el de “urgencia” en la convocatoria de una sesión plenaria municipal, y aquellos otros que se ejecutan en el ámbito de la discrecionalidad administrativa; ya que sin dejar de estar ambos sometidos a la facultad revisora de la autoridad judicial, los segundos permiten a la Administración optar libremente entre un posible abanico de soluciones justas y ponderadas, mientras que los primeros suponen la necesidad de conformarse con una normativa reglada, siquiera la acertada inclusión o exclusión del acto dentro del ámbito del concepto jurídico indeterminado de que se trate, haya de ponderarse en atención a las circunstancias concretas y peculiares que concurran en el mismo.”

53. La Sala Tercera del Tribunal Supremo conoció el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Villarobledo, contra la sentencia dictada con fecha 2 de abril de 1994 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sobre anulación de la convocatoria de sesión plenaria extraordinaria. Pese a no considerar justificada objetivamente la declaración de la urgencia en la convocatoria de la sesión plenaria, la sala entendió que el conjunto de circunstancias concurrentes en la celebración y temas abordados y resueltos en la misma, permitían considerar como meramente irregular su convocatoria, sin otorgar a esa irregularidad

La primera consideración que ha de realizarse, en orden a las sesiones extraordinarias urgentes, tiene, necesariamente, que hacer referencia a su motivación. Toda convocatoria de sesión extraordinaria urgente tiene que estar motivada. La motivación corresponde siempre al presidente del órgano colegiado, con independencia de que, posteriormente, deba ser ratificada por el órgano colegiado.

Si la convocatoria de la sesión carece de motivación, los miembros que deben asistir a la sesión desconocerán las razones de urgencia que tenía el Presidente para convocarla con tal carácter, impidiéndose, de esta forma, que puedan formarse criterio con la mínima antelación para su intervención en el debate del primer punto del orden del día, que es, precisamente, decidir sobre la urgencia.

Esta es la razón fundamental que justifica que el concepto de la urgencia –en cuanto concepto jurídico indeterminado– se encuentre sometido a fiscalización jurisdiccional, y que no admita más que una alternativa, o el asunto es urgente o no lo es, sin que sea admisible la discrecionalidad, ni del presidente ni del órgano colegiado. De no motivarse adecuadamente la convocatoria de la sesión extraordinaria urgente, se incurre en la arbitrariedad, cuya interdicción está garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución, como ya hemos recordado.

En principio, la motivación de la convocatoria de la sesión extraordinaria urgente debe incluirse en el decreto de su convocatoria. En todo caso, debe quedar constancia, en el debate de ese primer punto del orden del día de la sesión extraordinaria urgente, de la justificación sobre la urgencia de todos y cada uno de los puntos del orden del día que figuren en la convocatoria. La falta de justificación de la urgencia priva del más mínimo fundamento a la ratificación de la misma por el órgano colegiado, y puede llegar a legitimar la inasistencia de miembros del colegio a la sesión.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente María del Rosario Cardenal Gómez, EDJ 2003/148457)⁵⁴ de 17 de octubre de 2003 anula los acuerdos adoptados en la sesión extraordinaria y urgente de un Pleno municipal porque la convocato-

trascendencia anulatoria de la misma. En efecto: ni se ha privado al Pleno de la presencia, alegaciones y posibilidad de deliberación por parte de todos los representantes de los distintos partidos políticos integrados en el mismo, ni –y esto es decisivo– la urgencia de la convocatoria ha alterado en definitiva la decisión a adoptar, que ni siquiera ha sido contrarrestada por un solo voto adverso del grupo oponente que asistió al acto.

54. La Sala del Tribunal Superior de Justicia conoció el recurso de varios concejales del Ayuntamiento de Marbella (Málaga) contra el decreto de la convocatoria de una sesión extraordinaria urgente sin motivación alguna que la justificara. La sala anuló los acuerdos.

ria no contemplaba motivación alguna que justificara la urgencia de la sesión.

Esta es la razón, entre otras, por la que el legislador distingue este tipo de sesiones del resto de las sesiones extraordinarias, y exige y requiere que se convoquen con tal carácter. Es decir, la convocatoria debe indicar con claridad que se trata de una sesión extraordinaria de carácter urgente.

Mas no sólo es necesaria la convocatoria con el carácter de urgente de la sesión y la motivación correspondiente. Se requiere, asimismo, que la justificación de la urgencia sea fundada. La convocatoria de una sesión extraordinaria de carácter urgente conlleva, casi siempre, una restricción del derecho de participación de los miembros del colegio. En atención a esta restricción, se exige que en la justificación de la urgencia concurren razones objetivas para apreciar la misma.

Cuando se habla de razones objetivas para calificar un asunto de urgente, se quiere decir, en primer lugar, que las razones deben ser veraces. Tampoco debe olvidarse que el ideal de la objetividad consiste en someter las opiniones propias al test de criterios independientes e imparciales. La objetividad implica lucidez, racionalidad, sentido de la realidad, mesura, equilibrio en la decisión, y consideración de todas las personas y derechos afectados con la declaración de la urgencia.

Es verdad, por las propias características del mundo local, que casi todos los asuntos se consideran urgentes. Nunca ha sido fácil distinguir entre la importancia y la urgencia de las cosas. Casi siempre es un asunto de buena organización. Es un lugar común decir que lo importante nunca es urgente y viceversa. Siempre la apreciación de la urgencia de una cuestión tiene un importante fondo subjetivo. No existen fórmulas ni reglas precisas para justificar la urgencia de la resolución de un asunto. Hay quien utiliza algunas reglas⁵⁵ para justificar la declaración de urgencia, pero nunca es posible su generalización. La declaración de urgencia de un asunto siempre debe hacerse caso por caso.

55. Hace ya algunos años un secretario de ayuntamiento experimentado me explicó la fórmula que él utilizaba para determinar la urgencia de los asuntos. Sostenía que la urgencia de un asunto dependía de si el tiempo necesario para su resolución era mayor que el tiempo disponible. La expresaba, además, en los siguientes términos: urgencia = (tiempo necesario) / (tiempo disponible). Si la primera magnitud es superior a la segunda el asunto es urgente. No estoy muy seguro de la bondad de la fórmula pero acredita el interés de un empleado municipal en justificar objetivamente un acuerdo municipal.

56. Se trataba de un recurso interpuesto contra el decreto de convocatoria de sesión extraordinaria y urgente del alcalde de Vinaròs (Castellón). El decreto de la convocatoria tenía el siguiente tenor:

"Primero: Convocar sesión extraordinaria y urgente del Pleno, el cual se celebrará el día 31 de marzo de 2005, a las 21 horas, en la

La sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, ponente Josefina Selma Calpe)⁵⁶ de 30 de septiembre de 2005 nos ilustra en cierta forma sobre lo que debe entenderse por razones objetivas y adecuadas para acreditar la urgencia de un asunto. El recurrente consideraba que:

"los actos impugnados vulneran el derecho fundamental contemplado en el artículo 23 de la Constitución, en tanto suponen una merma de las funciones y facultades propias de su cargo, pues la posibilidad legal de convocatoria urgente del Pleno, al ser limitativa del derecho de los concejales a participar en los asuntos públicos de competencia del Pleno, tanto en cuanto que puede imposibilitar que alguno de ellos pueda acudir al mismo y limita la preparación y la información de los concejales acerca de los asuntos que van a debatirse en dicho Pleno, obliga a que esa urgencia esté perfectamente justificada, sin que ninguno de los puntos del orden del día de la convocatoria recurrida fuese urgente, pudiendo haberse celebrado la sesión muchos días después, sin ningún perjuicio para el interés público.

"También considera el actor que se ha vulnerado el artículo 23 de la Constitución en cuanto la convocatoria impugnada carece de la preceptiva motivación que justifique la convocatoria extraordinaria y urgente de dicha sesión, impidiendo ello formar un criterio con la máxima antelación respecto del primer punto del orden del día que era precisamente decidir sobre la urgencia, y en cuanto no tuvo tiempo bastante para preparar los complejos temas incluidos en el orden del día."

7.4. Sesiones extraordinarias de carácter especial o sesiones especiales

En algunos reglamentos orgánicos de las entidades locales se regula de forma específica la celebración de determinadas sesiones extraordinarias, a las que

casa consistorial, y cuyo orden del día está integrado por los siguientes puntos:

"1º. Pronunciamiento sobre la urgencia.

"2º. Dictamen sobre propuesta de adquisición del excedente de aprovechamiento del SUR 18.

"3º. Dictamen sobre sometimiento a información pública de la modificación puntual núm. 5 del Plan general de ordenación urbana.

"4º. Dictamen sobre convenio de cesión con reserva de aprovechamiento de los terrenos destinados al dotacional deportivo objeto de la modificación puntual núm. 5 del Plan general de ordenación urbana.

"Segundo: Notificar el presente decreto a los señores concejales.

"Tercero: Que por Secretaría se ponga a disposición de los señores concejales, desde el mismo día de la convocatoria, toda la documentación del asunto incluido en el orden del día."

se califica de “sesiones extraordinarias especiales”, o bien de “sesiones especiales”. Se reservan estas sesiones para determinados asuntos de importancia, como el debate sobre la acción política general del gobierno local, el estado de la ciudad, la aprobación anual de los presupuestos de la corporación y asuntos de similar corte y relieve para la vida local.

No existe ninguna diferenciación de carácter estrictamente jurídico en relación con el resto de las sesiones extraordinarias. Se trata, en definitiva, de una manifestación peculiar de la potestad de autoorganización de las entidades locales para dar realce a determinadas sesiones, con un claro deseo de trasladar la importancia de esas sesiones a la ciudadanía.

Varias son las cuestiones, desde el punto de vista de la práctica local, que plantean algunas de estas sesiones. ¿Es posible adoptar acuerdos en este tipo de sesiones? ¿Qué tipo de acuerdos? ¿Se trata de meras declaraciones institucionales? No es fácil una reflexión con carácter general de estas cuestiones. En el ejercicio de la potestad de autoorganización, cada entidad local debe resolver adecuadamente estos interrogantes.

En principio, en aquellas sesiones de marcado carácter político institucional, no parece que deba adoptarse acuerdo alguno. El Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, en su artículo 99, prohíbe expresamente la adopción de acuerdos en la sesión para el debate sobre el estado de la ciudad de Madrid. En particular, dispone este precepto reglamentario:

“1. Con carácter anual y durante el primer semestre se celebrará una sesión extraordinaria del Pleno dedicada al debate del estado de la ciudad.

“No habrá lugar a realizar dicho debate durante el año en que se hubiesen celebrado las elecciones municipales.

“2. Corresponderá al alcalde la primera exposición sobre la situación general de la ciudad y las líneas maestras de su acción de gobierno. A continuación se someterá a debate la intervención del alcalde y podrán hacer uso de la palabra los portavoces de los grupos políticos por tiempo no superior a quince minutos cada uno.

“3. Finalizada la intervención de los portavoces se iniciará un turno de réplica a cargo del alcalde o del miembro de la Junta de Gobierno que libremente determine. Finalizada la réplica se levantará la sesión.

“4. En este Pleno extraordinario no se adoptarán acuerdos.”

La imposibilidad de adoptar acuerdos en esta sesión advierte, con cierta claridad, de la naturaleza y alcance de la misma. La actividad preparatoria de esta sesión tampoco tendrá nada que ver con la actividad preparatoria del resto de sesiones de la corporación. No exis-

ten expedientes ni dictámenes. La sesión es esencialmente política y nada más. Es, pues, acertado que no se adopten acuerdos. En estas sesiones el acta que deba levantar el secretario se asemeja más a un diario de sesiones que a un documento administrativo.

El artículo 109 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza regula también la sesión concerniente al estado de la ciudad. En esta normativa sí que se admite la existencia de resoluciones que se votan al final de la sesión.

“1. El Alcalde de Zaragoza convocará, al menos una vez por año desde que se constituyera la corporación, una sesión extraordinaria del Pleno destinada a debatir el estado de la ciudad.

“2. El debate se iniciará con una intervención del Alcalde sobre la situación general de la ciudad y de las líneas maestras de su acción de gobierno. A continuación, se suspenderá la sesión durante un plazo mínimo de tres horas.

“3. Reanudada la sesión, intervendrá durante un tiempo máximo de treinta minutos el portavoz de cada grupo político, de mayor a menor, excepto del grupo o grupos que apoyen al gobierno municipal, que lo harán al final.

“El Alcalde podrá contestar a las cuestiones planteadas por los portavoces de los grupos de forma individual o conjunta, concediéndose posteriormente sendos turnos de réplica y dúplica durante un plazo máximo de diez minutos cada uno.

“4. Finalizado el debate, el presidente del Pleno suspenderá la sesión hasta el día siguiente y se abrirá un plazo para que los grupos políticos puedan presentar en la Secretaría General del Pleno, hasta dos horas antes a la reanudación de la sesión, propuestas de resolución que deberán ser congruentes con la materia objeto del debate y referirse a cuestiones de política general suscitadas durante el mismo.

“5. Admitidas a trámite por el presidente del Pleno las propuestas de resolución que reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior, oída en su caso la Junta de Portavoces, se reanudará la sesión y cada grupo político podrá defender sus propuestas de resolución de forma conjunta y durante el tiempo máximo de veinte minutos.

“Tras la intervención de cada grupo municipal en defensa de sus propuestas, el presidente podrá conceder un turno en contra por el mismo tiempo.

“6. Las propuestas de resolución serán votadas según el orden de presentación.”

De las regulaciones que acabamos de examinar, destaca la detallada regulación del debate y deliberación en este tipo de sesiones. En realidad, regulaciones tan exhaustivas no son necesarias, pero sí muy convenientes cuando una entidad decide la existencia de sesiones de esta naturaleza. Es evidente que existe, en estas

regulaciones, una enorme influencia del debate parlamentario sobre el estado de la nación.

En algunas ocasiones, la regulación, el desarrollo y el contenido de la celebración de este tipo de sesiones se encomienda a la Junta de Portavoces de los distintos grupos políticos. Esta previsión parece acertada y conforme al carácter y naturaleza de este órgano corporativo. En este sentido, se regula en el artículo 62 del Reglamento orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Málaga, que establece:

“Con carácter anual, se celebrará una sesión extraordinaria dedicada al análisis del estado de la ciudad, cuyo desarrollo será determinado por la Junta de Portavoces.”

En el marco de la regulación de este tipo de sesiones, que se caracterizan por una regulación especialmente detenida del procedimiento de las mismas, se encuentra también la “sesión correspondiente a la aprobación de los presupuestos generales de la corporación”. Son varios los reglamentos orgánicos de entidades que se detienen, con especial minuciosidad, en la regulación de esta sesión. El Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Derio dedica, incluso, un capítulo específico a la aprobación de los presupuestos –artículos 80 a 87 del capítulo VIII del Reglamento–, que, además, hace extensivo en su aplicación a la aprobación de los reglamentos y ordenanzas generales al planeamiento general urbanístico y a la modificación del propio Reglamento orgánico. Es decir, a todos aquellos acuerdos de especial relevancia y complejidad en la vida local.

Si se examina detenidamente la regulación del reglamento de este municipio de Derio, se aprecia sin dificultad que, en realidad, a través de este tipo de regulaciones se está estableciendo una auténtica regulación de un procedimiento especial para la aprobación de normas municipales.

7.5. Sesiones universales

Se denominan “sesiones universales” aquellas sesiones que celebra un órgano colegiado por decisión

unánime de todos sus miembros y sin convocatoria o citación previa. La Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, en su artículo 10, establecía:

“No obstante quedará válidamente constituido un órgano colegiado, aun cuando no se hubiesen cumplido los requisitos de la convocatoria, cuando se hallen reunidos todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad.”

Este artículo se consideraba de aplicación supletoria a las entidades locales y así se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, ponente Rodolfo Soto Vázquez, RJ 1999/8683)⁵⁷ de 2 de noviembre de 1999. Se discutía la nulidad del acuerdo de efectuar un corte en el suministro domiciliario de agua porque no figuraba el tema como cuestión a debatir en el orden del día, y también porque, siendo la sesión de carácter ordinario, la discusión y resolución adoptada se verificaron sin tomar el previo acuerdo de incluirlo, por razones de urgencia, entre los puntos a debatir en la misma, desoyendo además la expresa advertencia de ilegalidad apuntada por el secretario de la corporación. La corporación municipal hacía especial hincapié en la circunstancia de que el acuerdo anulado fue adoptado por unanimidad, lo que dispensaría de la necesidad de declaración de la previa urgencia de su discusión, como trámite necesario para la inclusión del mismo en el orden del día. El Tribunal Supremo manifiesta que:

“No le asiste la razón al sostenerlo así. Ciertamente es que por aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (hoy, todavía con mayor precisión, por el artículo 26.3 de la Ley 30/1992) se estima que quedará válidamente constituido un órgano colegiado, aun cuando no se hubiesen cumplido los requisitos de la convocatoria, cuando se hallaren reunidos todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad.”

Esta disposición no se ha mantenido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento

57. El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Riofrío (Ávila) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que había anulado el acuerdo adoptado en una sesión ordinaria del Pleno municipal, sin figurar en el orden del día, por no ser conforme a derecho. El Ayuntamiento alega que cuando se adopta un acuerdo por unanimidad no es necesario declarar la urgencia, pues estamos ante un supuesto de sesión universal. El Tribunal Supremo así lo entiende, pero considera que semejante modo extraordinario de subsanar los defectos de convocatoria, o de inclusión de materias a tratar en el orden del día, ha de quedar perfectamente acreditado y no puede ser sustituido por meras conjeturas. En la certificación expedida con relación a la sesión de 24 de febrero de 1992 no consta que el acuerdo de

los miembros de la corporación municipal de Riofrío sobre la posibilidad de incluir en el temario a decidir y subsiguiente deliberación, por razones de urgencia, del acuerdo impugnado en este procedimiento, hubiese sido adoptado estando presentes la totalidad de los miembros de dicha corporación. Es más: en la certificación correspondiente a la posterior sesión extraordinaria en la que se ratificó el acuerdo primitivo, únicamente se consigna que asiste el número de concejales necesario para obtener un quórum y adoptar válidamente resoluciones con las mayorías a que se refiere el artículo 47 de la Ley de bases del régimen local, circunstancia esta que, por sí sola, no permite entender subsanada por la vía del artículo 10.3 de la Ley de 1958 la falta de la previa y especial declaración de urgencia a la que se refiere el artículo 83 del Reglamento aprobado por el Real decreto 2568/1986.

administrativo común. Existe una referencia a esta posibilidad en el artículo 26.1 de la LRJPAC, pero, como quiera que la disposición adicional primera de la misma ley declara inaplicable al Pleno y a la Junta de Gobierno de las entidades locales el capítulo II del título II de la LRJPAC –en el que se ubica el artículo 26.1–, existe un criterio, en alguna manera generalizado, sobre la imposibilidad de celebrar sesiones universales en las entidades locales.

Esta opinión que defiende la imposibilidad de sesiones universales en las entidades locales es discutible y difícil de generalizar.

Algunas leyes del régimen local de las comunidades autónomas recogen, abiertamente, la posibilidad de que las entidades locales celebren sesiones universales. Así, el artículo 117.3 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local de Aragón. Este precepto establece:

“En las sesiones extraordinarias no se tratarán otros asuntos que los incluidos en el orden del día, a no ser que sean de carácter urgente, estén presentes todos los miembros de la corporación y así se acuerde por unanimidad.”

En el mismo sentido, el artículo 81 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la administración local de Navarra.

También es habitual encontrar disposiciones de este tipo en los reglamentos orgánicos de las entidades locales, aunque siempre referidos a la Junta de Gobierno Local. Este es el caso del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Alcorcón, en su artículo 114.1.3; del Reglamento orgánico del Ayuntamiento de Móstoles, en su artículo 140.3, que dispone:

“No obstante, quedará válidamente constituida la Junta de Gobierno Local aún cuando no se hubieran cumplido los requisitos de la convocatoria, cuando se hallen reunidos todos los miembros y así lo acuerden por unanimidad.”

El artículo 20.5 del Reglamento orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, en su artículo 20.5 –cuando regula las sesiones y convocatoria de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid–, introduce un importante matiz, al atribuir la decisión de la constitución de la Junta en sesión universal al alcalde:

“Las sesiones extraordinarias de carácter urgente quedarán válidamente constituidas, sin convocatoria previa, cuando así lo decida el alcalde y estén presentes todos los miembros.”

Si examinamos las disposiciones reseñadas se advierte que la sesión universal, en nuestro ordenamiento jurídico local, se halla vinculada a la urgencia de los asuntos. Es decir, en principio no cabe la posibilidad de celebrar sesiones universales por los órganos colegiados de las entidades locales, salvo que se

trate de asuntos de carácter urgente. Incluso puede afirmarse la dificultad de imaginar que pueda justificarse, desde el punto de vista jurídico, la celebración de una sesión universal en la que se delibere, vote y acuerde más de un asunto.

La inexistencia, en este tipo de sesiones, de actividad preparatoria de la sesión –falta de convocatoria y, lo que es más importante, ausencia del orden del día– evidencia la excepcionalidad de las sesiones universales. En las sesiones universales es difícil acreditar que los miembros del órgano colegiado tienen conocimiento del asunto sobre el que deliberan. Si los miembros del colegio carecen de la información necesaria, puede verse afectada la formación de la voluntad del mismo. Precisamente por estas circunstancias, su celebración debe administrarse con rigor y prudencia. Siempre será preferible, desde el punto de vista jurídico, una sesión extraordinaria de carácter urgente que una sesión universal.

No debe confundirse la sesión universal, que carece de convocatoria, con el hecho de que en una sesión se acuerde, por unanimidad de todos los miembros del órgano colegiado, proseguir los debates y deliberaciones de los asuntos pendientes –por las razones que fueren–, en otro momento distinto. En este supuesto existe, por expresarlo de alguna manera, una “autoconvocatoria” del órgano colegiado, existe orden del día y, obviamente, los miembros tienen conocimiento de los asuntos que van a debatirse. ■

La participación en el IVA como recurso de la hacienda municipal en Alemania

1. Introducción.
2. La finalidad de la participación municipal en el IVA.
3. El porcentaje de la participación municipal en el IVA.
 - 3.1. La regulación del porcentaje nominal de participación.
 - 3.2. Los descuentos previos a favor del *Bund* y el porcentaje real de la participación municipal en la recaudación total del IVA.
4. La determinación del importe de la participación municipal del IVA que corresponde a cada municipio.
 - 4.1. El reparto del importe de la participación municipal del IVA entre los distintos *Länder*.
 - 4.1.1. La constitución de dos masas financieras a repartir entre los antiguos y los nuevos *Bundesländer*, respectivamente.
 - 4.1.2. La determinación del coeficiente de reparto que corresponde a cada *Land*.
 - 4.1.2.1. La determinación del coeficiente de reparto para los antiguos *Bundesländer*.
 - 4.1.2.2. La determinación del coeficiente de reparto en los nuevos *Bundesländer*.
5. El reparto de la participación municipal en el IVA entre los municipios del respectivo *Land*.
 - 5.1. La determinación del correspondiente coeficiente de reparto para cada municipio.
 - 5.2. La posibilidad de constituir un fondo de garantía para cubrir las necesidades financieras de los municipios más desfavorecidos.
6. La determinación de un criterio de reparto de la participación municipal en el IVA definitivo y unitario para todos los *Länder*.
 - 6.1. La exigencia legal de adoptar un criterio definitivo de reparto a partir de 2009.
 - 6.2. La adopción del nuevo y definitivo criterio de reparto.
 - 6.3. El establecimiento de un período transitorio en el que se aplicarán combinadamente el antiguo y el nuevo criterio de reparto.
7. Importancia para la hacienda local de la participación municipal en el IVA.
8. Valoración de la participación municipal en el IVA para la hacienda local.

Andrés García Martínez
*Profesor titular de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad Autónoma
de Madrid*

1. Introducción

Desde el 1 de enero de 1998 los municipios alemanes cuentan entre los recursos de su hacienda con una participación directa en el rendimiento del IVA (*Umsatzsteuer*). Este impuesto se cuenta, junto al impuesto sobre la renta y el impuesto sobre sociedades, entre los impuestos comunes o compartidos (*Gemeinschaftsteuern*), que son así calificados atendiendo a que la competencia sobre el rendimiento es compartida por dos o más entes político-territoriales.¹

En el caso del IVA, al igual que sucede con el impuesto sobre la renta, la competencia sobre el rendimiento, según lo establecido en la Constitución alemana, es compartida entre el Estado federal (*Bund*), los estados federados (*Länder*) y los municipios (*Gemeinden*), mientras que en el caso del impuesto sobre sociedades dicha competencia está compartida sólo entre el *Bund* y los *Länder*, sin que los municipios tengan, por tanto, una participación directa sobre su rendimiento.²

El criterio de reparto del importe de la participación municipal en el IVA está de plena actualidad en estos momentos en Alemania, pues, como analizaremos en este trabajo, el Gobierno federal ha remitido al Parlamento un proyecto de ley en el que se establece un nuevo y definitivo criterio para el reparto de este recurso entre los distintos municipios. No obstante –lo adelantamos ya–, dicho proyecto refleja el compromiso alcanzado por la Federación, los estados federados y los municipios, según sus respectivos intereses, por lo que se ha establecido un período transitorio, de 2009 a 2017, en el que el reparto de la participación municipal se efectuará atendiendo a una determinada combinación del criterio actualmente vigente y del nuevo criterio que se propone, por lo que el estudio de este recurso de la hacienda local, que abordamos en este trabajo, adquiere, si cabe, mayor interés.

Asimismo, desde el punto de vista de nuestro propio país, esto es, de la hacienda local española, el

estudio de este recurso de la hacienda municipal alemana presenta un evidente interés por cuanto constituye una solución financiera, cual es la participación en un impuesto igualmente existente en España como es el IVA, que podría tener una traducción en nuestro país y, sobre todo, por cuanto Alemania, como analizaremos, respondió a solucionar el problema financiero ocasionado a los municipios por la derogación de una parte importante del impuesto sobre actividades económicas alemán, situación que, como es bien sabido, no es ajena a nuestra hacienda local, pues la Ley 51/2002, de modificación de la Ley reguladora de las haciendas locales, introdujo importantes exenciones en el IAE que han supuesto una considerable pérdida recaudatoria para los municipios españoles, sin que la compensación por ello se haya solucionado por parte del Estado español de una forma satisfactoria. Por ello, tiene interés volver la vista a lo que ha acontecido en países de nuestro entorno ante situaciones equiparables, pues ello, sin duda, permitirá valorar y afrontar más adecuadamente la situación de nuestra propia hacienda local.

2. La finalidad de la participación municipal en el IVA

La participación de los municipios en el IVA tiene una clara finalidad fiscal, pues responde a la necesidad de compensar financieramente a los municipios por la disminución de ingresos que ha supuesto para los mismos la derogación del impuesto sobre actividades económicas, que incidía sobre el capital o patrimonio empresarial (*Gewerbekapitalsteuer*) y por la bajada del impuesto sobre actividades económicas, que incide sobre el beneficio empresarial.³ El impuesto sobre actividades económicas (*Gewerbesteuer*) es un impuesto municipal que, originariamente, contaba con tres bases imponibles o, dicho en otros términos, incidía sobre tres elementos de la estructura empresarial o industrial, la suma total de salarios pagados por la empresa (*Lohnsummensteuer*), el patrimonio o capital de la empresa (*Gewerbekapi-*

1. Como explica SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale Steuern*, 2ª edición, Erich Schmidt, Berlín, 2007, p. 29, una clasificación típica de los impuestos en Alemania atiende a la competencia sobre el rendimiento, esto es, a qué plano, el federal, el estatal o el local, corresponde el rendimiento del impuesto. El fundamento de esta clasificación se encuentra en las normas que al respecto establece la Constitución alemana. En este sentido, pueden diferenciarse cuatro categorías de impuestos: los impuestos federales (*Bundssteuern*), en los que el rendimiento corresponde íntegramente al Estado federal, los impuestos estatales (*Landssteuern*), en los que el rendimiento corresponde íntegramente a los estados federados, los impuestos municipales (*Gemeindesteuern*), en los que el rendimiento corresponde íntegramente a los municipios o agrupaciones de municipios, y los impuestos

comunes o compartidos (*Gemeinschaftsteuern*), en los que el rendimiento es compartido por dos o más niveles de hacienda.

2. Como explica SCHWARZ, Kyrill-Alexander, "Die Beteiligung der Kommunen an der Einkommen- und Umsatzsteuer", en Henneke; Pender; Waldhoff (Hrsg.), *Recht der Kommunalfinzen*, C. H. Beck, München, 2006, p. 211, el derecho a la participación en el IVA se lo reconoce la Constitución alemana sólo a los municipios y no, por tanto, a las agrupaciones de municipios. Aunque en el proceso legislativo se postuló también una participación a favor de las agrupaciones de municipios (*Landkreis*), tal opción fue rechazada atendiendo fundamentalmente a la finalidad perseguida con la introducción de la participación municipal en el IVA.

3. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 83.

talsteuer) y el beneficio empresarial (*Gewerbeertragsteuer*).⁴ La derogación del impuesto sobre actividades económicas que recaía sobre los salarios se produjo a partir del 1 de enero de 1980 y supuso, como compensación a los municipios, el aumento del porcentaje de participación de éstos en el rendimiento del impuesto sobre la renta, que pasó del 14 al 15%.⁵ La derogación del impuesto sobre actividades económicas que recae sobre el capital (*Gewerbekapitalsteuer*) se ha producido a partir del 1 de enero de 1998 y ha supuesto, como compensación, el otorgamiento a los municipios de una participación en el IVA. Por tanto, actualmente, el impuesto sobre actividades económicas recae únicamente sobre el beneficio empresarial.

Esa finalidad de compensación a los municipios por la pérdida recaudatoria en el impuesto sobre actividades económicas, que anima la participación municipal en el IVA, va a determinar el criterio de reparto de dicha participación entre los distintos municipios que, en consecuencia, va a estar orientado, en los antiguos *Länder*, a la pérdida recaudatoria experimentada por los municipios respecto a la recaudación obtenida en el pasado por este impuesto y, en los nuevos *Länder*, a una compensación por la no-existencia de este impuesto, lo cual atiende a un concepto de recaudación potencial, esto es, a lo que los municipios pudieron haber recaudado por tal impuesto en caso de haber existido este recurso.⁶ Por ello, mientras que para atribuir a los distintos *Länder* la participación que les corresponde en el rendimiento del IVA el criterio consagrado constitucionalmente está marcadamente orientado al número de habitantes del respectivo *Land*, en el caso del reparto de la participación municipal en el IVA, el artículo 106.5.a) de la Constitución alemana establece que dicho reparto se efectuará atendiendo a las circunstancias económicas locales.⁷

4. Cfr. WERNER, Jan, "Local Government Organization and Finance: Germany", en Shah, Anwar (editor), *Local Governance in Industrial Countries*, The World Bank, Washington D.C., 2006, p. 125.

5. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 141 y ss.

6. En este sentido, HENNEKE, Hans Günter, *Die Kommunen in der Finanzverfassung des Bundes und der Länder*, 3ª edición, Kommunal und Schul, Wiesbaden, 1998, p. 117.

7. En este sentido, HENNEKE, Hans-Günar, *Die Kommunen...*, op. cit., p. 117, que señala que el reparto de la participación de los *Länder* en el IVA se efectúa en un 75% en función del número de habitantes y en un 25% en función de las debilidades impositivas de los mismos en términos recaudatorios, mientras que el reparto de la participación municipal en el IVA se efectúa atendiendo a las circunstancias económicas locales.

8. Se trata de la *Gesetz zur Neuordnung der Gemeindefinanzen (Gemeindefinanzreformgesetz)*, de 8 de septiembre de 1969, que ha sufrido numerosas reformas desde su aprobación. Actualmente se

3. El porcentaje de la participación municipal en el IVA

3.1. La regulación del porcentaje nominal de participación

El artículo 106.5.a) de la Constitución alemana remite a una ley federal que requiere de la aprobación del Senado federal (*Bundesrat*) la regulación de la participación municipal en el IVA. Dicha regulación se encuentra básicamente contenida en la Ley de reforma financiera municipal (*Gemeindefinanzreformgesetz*).⁸ Si bien, a estos efectos, hay que tener también en cuenta la Ley federal de compensación financiera entre el *Bund* y los *Länder* (*Finanzausgleichgesetz*).⁹

El artículo 1 de la *Finanzausgleichgesetz* establece el porcentaje de la participación municipal en el IVA en el 2,2% del rendimiento o recaudación total de dicho impuesto.

3.2. Los descuentos previos a favor del *Bund* y el porcentaje real de la participación municipal en la recaudación total del IVA

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el Estado federal percibe a partir del año 1999 con carácter prioritario un porcentaje sobre la recaudación total del impuesto, que en el año 2006 fue del 5,63%.¹⁰ Dicho descuento sobre la recaudación total del IVA a favor del *Bund* se produce como compensación por los gastos del *Bund* motivados por la subvención adicional dirigida al sistema de seguridad social respecto a la cobertura de las pensiones de los trabajadores y empleados, como consecuencia de la bajada de la cotización de éstos al respectivo sistema de seguridad social.¹¹ Ese porcentaje que percibe el *Bund* sobre la recaudación total del IVA es objeto de un descuento previo, de forma que los municipios sólo participan en el 2,2% de la recaudación restante del

cita atendiendo a la redacción de la publicación de 4 de abril de 2001 (BGBl. I, p. 482), cuya última modificación se ha producido a través del artículo 11 de la Ley de 14 de agosto de 2007 (BGBl. I, p. 1912). En este trabajo la identificaremos con sus siglas en alemán, GFRG.

9. Se trata de la *Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Bund und Länder (Finanzausgleichgesetz-FAG)* de 20 de diciembre de 2001 (BGBl. I, páginas 3955, 3956), cuya última modificación se ha producido a través del artículo 2 de la Ley de 22 de diciembre de 2006 (BGBl. I, página 3376). En este trabajo la identificaremos con sus siglas en alemán, FAG.

10. De acuerdo con lo señalado en el artículo 1 de la FAG ese porcentaje ha sido del 5,63% para los años 1999-2006, inclusive, pero se reduce en 2007 al 5,15% y a partir del año 2008 queda fijado en el 5,05%.

11. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 158.

impuesto. Con lo cual, si se atiende a la participación municipal sobre la recaudación total del impuesto, resulta que el porcentaje de la misma se situó realmente en el año 2006 sólo en el 2,07%.¹²

La razón por la cual se produce este descuento sobre la recaudación total del IVA a favor del *Bund*, con carácter previo y prioritario a cualquier reparto entre los distintos niveles de hacienda, parece encontrarse en la subida en un punto porcentual del tipo de gravamen del IVA, que se aprobó el 1 de abril de 1998, con la finalidad de compensar la bajada de las cotizaciones sociales de los trabajadores y empleados, a fin de mantener la solvencia financiera del sistema de pensiones. Lógicamente, en el incremento de la recaudación del IVA originado por esa subida del tipo de gravamen del impuesto no participan los municipios, habida cuenta de su finalidad, lo que justificaría el descuento previo a favor del *Bund*.¹³ Además, hay que tener en cuenta que el gasto que ello ha supuesto ha sido soportado por el *Bund*, de ahí la necesidad de la compensación financiera.

A partir del año 2007, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1 de la FAG, el *Bund* va a percibir una cantidad adicional de la recaudación total del IVA, también con carácter prioritario y previo al reparto de la misma entre los distintos entes político-territoriales que participan en el rendimiento del impuesto. En 2007 esta cantidad se corresponde con el 3,89% de dicha recaudación total, en 2008 ese porcentaje se eleva al 4,42% y a partir del año 2009 será del 4,45%. La razón por la que se otorga prioritariamente al *Bund* esta cantidad en forma de descuento sobre la recaudación total del IVA es la de compensar las cargas financieras motivadas por la bajada de los tipos de cotización al seguro de desempleo (*Arbeitslosenversicherung*).

Con lo cual, en principio, el *Bund* percibiría en 2007 en forma de descuento previo sobre la recaudación total del IVA, en primer lugar, un porcentaje del 3,89%, que se correspondería con la compensación por las cargas financieras relativas a la cobertura de las prestaciones por desempleo y un porcentaje del 5,15% de la recaudación restante tras practicar el anterior descuento, como compensación por las cargas financieras relativas al sistema de pensiones. En 2008 ambos porcentajes serían del 4,42% y del 5,05%, respectivamente, y a partir del año 2009 ambos porcentajes quedan fijados en el 4,45% y en el 5,05%, res-

pectivamente. En otras palabras, a partir del año 2007 son dos los descuentos sobre la recaudación del IVA a favor del *Bund*, aplicándose en primer lugar y, por tanto, sobre la recaudación total del IVA, el relativo a la compensación por los gastos motivados por la bajada de los tipos de cotización al desempleo y, en segundo lugar, el descuento relativo a la compensación por los gastos originados por la bajada de las cotizaciones de los trabajadores y empleados al sistema de pensiones, practicándose éste sobre la recaudación del IVA restante tras la práctica del primer descuento señalado.

Tras practicar estos dos descuentos previos a favor del *Bund*, sobre la recaudación del IVA restante se aplica el porcentaje del 2,2% que, como hemos señalado, constituye la participación municipal en el impuesto y, sobre la recaudación restante, se aplican los porcentajes de participación del *Bund* y de los *Länder* en la recaudación del impuesto. Lo que queremos destacar es que a partir del año 2007 el porcentaje real de participación de los municipios en la recaudación total del IVA, habida cuenta del nuevo descuento a favor del *Bund*, se ha situado todavía en unos niveles más bajos. En concreto, para el año 2008 el porcentaje de participación municipal en la recaudación total del IVA se ha situado en el 1,99%.¹⁴

Otro efecto que hace bajar en términos reales la participación municipal en la recaudación total del IVA, motivado, nuevamente, por los descuentos previos a favor del *Bund*, estaría constituido por la subida en los tipos de gravamen del impuesto o, en general, por el aumento de la recaudación obtenida del mismo, pues ello equivaldría, lógicamente, a que el importe de los descuentos previos a favor del *Bund* sea más cuantioso, lo que excedería los márgenes de la función compensatoria que tales descuentos cumplen y, por ello, implicaría un descenso en el porcentaje real de la participación en el IVA que debería corresponder a los municipios. Por ello, entiende Schwarting que a partir del año 2007 el importe que ha percibido el *Bund* como compensación por los gastos relativos a las pensiones de la Seguridad Social se ha visto incrementado como consecuencia de la subida del IVA aprobada por el Gobierno federal, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2007.¹⁵ La consecuencia de ello es que la participación municipal en la recaudación total del

12. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 158.

13. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 83.

14. Así se señala en la motivación que acompaña al primer Reglamento del Ministerio Federal de Hacienda sobre la aplicación de la Ley de compensación financiera entre el *Bund* y los *Länder* para el año 2008 (*Erste Verordnung zur Durchführung des Finanzaus-*

gleichgesetzes im Ausgleichsjahr 2008), remitida al Senado federal para su aceptación o consentimiento, Bundesrat, *Drucksache 131/08*, de 22 de febrero de 2008, p. 4.

15. En Alemania el tipo normal del IVA se ha incrementado a partir del 1 de enero de 2007, pasando del 16% al 19%. El tipo reducido se ha mantenido inalterado en el 7%.

impuesto ha bajado en el año 2007 realmente a sólo el 2% de la misma, habida cuenta del aumento de dicha recaudación total experimentado con la subida del impuesto.¹⁶

Sin embargo, hay que tener en cuenta, como hemos indicado, que para el 2007 el porcentaje del descuento a favor del *Bund* por la compensación de los gastos en el sistema de pensiones se ha reducido del 5,63 al 5,15%, quedando fijado a partir del 2008 en el 5,05%, y que el mayor efecto sobre la bajada real del porcentaje de participación de los municipios en la recaudación total del impuesto lo ha tenido la introducción de un nuevo descuento a partir de ese año a favor del *Bund* como compensación por los gastos originados por la bajada de las cotizaciones al seguro de desempleo. Además, para evitar justamente ese efecto denunciado por Schwarting, esto es, que el aumento o, en su caso, la bajada de los tipos de gravamen en el IVA, con la consiguiente repercusión sobre la recaudación total del impuesto, impliquen un importe en términos cuantitativos mayor o menor de los descuentos compensatorios a favor del *Bund* que tenga, lógicamente, también su repercusión en el importe total que va a constituir la participación municipal en el IVA, el artículo 1 de la FAG establece, a fin de amortiguar ese efecto, la regla de que en caso de un aumento o una bajada de los tipos de gravamen del impuesto los porcentajes de descuento a favor del *Bund* se elevarán o se bajarán en proporción al aumento o a la bajada del rendimiento del impuesto que se produzca como consecuencia de la respectiva modificación de los tipos de gravamen.

Sobre el importe de la recaudación del IVA que es objeto de reparto, esto es, la recaudación total del impuesto minorada por los referidos descuentos a favor del *Bund*, se determina en primer lugar el importe global de la participación municipal en el impuesto. Es decir, sobre la recaudación del IVA que es objeto de reparto se detrae en primer lugar el importe de la participación municipal, que corresponde al 2,2% de la misma. El importe de la recaudación restante se reparte entre el *Bund* y los *Länder*, de acuerdo con el procedimiento constitucional y legalmente previsto para ello. Con lo cual, la participación municipal en el IVA no se ve afectada o sujeta a las medidas de compensación entre los distintos *Länder* previstas respecto a su participación en el IVA.¹⁷

4. La determinación del importe de la participación municipal del IVA que corresponde a cada municipio

Determinado, pues, el volumen de recursos que integra la participación municipal en el IVA, hay que proceder a la determinación de la cuota o importe de ese volumen de recursos que corresponde a cada concreto municipio. Para ello es necesario proceder en primer lugar a un reparto del importe de la participación municipal en el IVA entre los distintos *Länder* y, posteriormente, a un reparto del importe de la participación municipal asignado a cada *Land* entre los municipios del respectivo *Land*.

En ambos casos el reparto de la participación municipal en el IVA se va a realizar a través de un coeficiente (*Schlüssel*), que se determinará para cada *Land*, en el nivel de reparto interestatal, y para cada municipio, en el nivel de reparto intermunicipal, de acuerdo con las prescripciones establecidas en los artículos 5.a) y 5.b) de la Ley de reforma financiera municipal (*Gemeindefinanzreformgesetz*), respectivamente.

4.1. El reparto del importe de la participación municipal del IVA entre los distintos *Länder*

4.1.1. La constitución de dos masas financieras a repartir entre los antiguos y los nuevos *Bundesländer*, respectivamente

A efectos del reparto de la participación municipal en el IVA entre los distintos estados federados, hay una primera determinación, que distribuye el importe total de esa participación en dos masas financieras, la que corresponde a los antiguos *Bundesländer* y la que se atribuye a los nuevos *Bundesländer*, esto es, a los *Länder* que pertenecían a la extinguida República Democrática de Alemania antes de la reunificación. De conformidad con lo señalado en el artículo 5.a).1 de la GFRG, a los municipios de los antiguos *Bundesländer* (incluido Berlín oeste) corresponde en conjunto el 85% del importe de la participación municipal en el IVA, mientras que a los municipios de los nuevos *Bundesländer* (incluido Berlín este) corresponde en conjunto el 15% del importe de la participación municipal en el IVA.¹⁸ Esta proporción de reparto entre los antiguos y los nuevos *Länder* no se ha basado en datos reales, sino que se ha determinado de forma convencional o, más exactamente, constituye una ficción, porque en los nuevos *Länder*

guos *Länder* y los de los nuevos *Länder* se lleva a cabo por la Ley federal de compensación financiera entre el *Bund* y los *Länder* (artículo 1.3 de la misma).

19. En este sentido, SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 158.

16. Así lo destaca SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 158.

17. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 158.

18. La determinación del porcentaje de reparto del importe de la participación municipal en el IVA entre los municipios de los anti-

no se recaudaba el impuesto sobre actividades económicas que recae sobre el capital de las empresas, cuya derogación, como hemos explicado, es la que justifica la participación municipal en el IVA como mecanismo de compensación a los municipios.¹⁹

4.1.2. La determinación del coeficiente de reparto que corresponde a cada *Land*

El importe de las referidas masas financieras, que constituye la participación municipal en el IVA, ha de distribuirse entre los distintos *Länder* según se integren en uno u otro grupo. A tal fin ha de determinarse para cada *Land* un coeficiente de reparto interestatal. El artículo 5.a).2 de la GFRG habilita al Ministerio Federal de Hacienda para que establezca mediante un reglamento, que requiere de la aprobación del Senado federal (*Bundesrat*), estos coeficientes de reparto interestatal de la participación municipal en el IVA. Para ello el citado precepto legal establece la obligación a cargo de los *Länder* de poner a disposición del Ministerio Federal de Hacienda todos los datos necesarios para la determinación del correspondiente coeficiente de reparto.

A tal efecto, la GFRG distingue para el cálculo o determinación del coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA entre los antiguos y los nuevos *Bundesländer*.

4.1.2.1. La determinación del coeficiente de reparto para los antiguos *Bundesländer*

En el caso de los antiguos *Bundesländer*, como hemos señalado, les corresponde el 85% del importe total de la participación municipal en el IVA. Para el reparto de esa masa financiera entre cada uno de los *Länder* de este grupo se determina el correspondiente coeficiente de reparto (*Schlüsselzahl*). Este coeficiente de reparto se calcula en función de dos componentes, representando el primer componente el 60% de dicho coeficiente y el segundo componente el 40% del mismo.²⁰

El primer componente del coeficiente de reparto, que representa el 60% de éste, se determina atendiendo a dos elementos:

a) La recaudación del impuesto sobre actividades económicas de los años 1990-1997 producida en cada uno de los municipios del respectivo *Land*. A tal efecto,

se toman como fundamento los datos estadísticos oficiales sobre tal recaudación. Este elemento se pondera en un 70%, esto es, se tiene en cuenta el 70% de la referida recaudación.

b) El número de personas activas empleadas afiliadas al régimen de seguridad social, esto es, las personas que perciben una retribución por un trabajo dependiente y que vienen obligadas al pago de las correspondientes cotizaciones a los seguros sociales (*sozialversicherungspflichtig Beschäftigten*).²¹ A tal efecto, se toma en cuenta la media de los años 1990-1998. Este elemento se pondera en un 30%, esto es, se tiene en cuenta el 30% de la media de personas empleadas sujetas al pago de los seguros sociales en los años 1990-1998. Sin embargo, no se computan los empleados de los entes públicos, de la Seguridad Social y de sus respectivos organismos o instituciones, esto es, no se computan los empleados de los entes públicos en sentido estricto. La razón de esta exclusión parece estribar en que los entes públicos estaban exentos o, en su caso, no sujetos al impuesto de actividades económicas, por lo que los empleados de los mismos no constituyen un dato relevante a efectos de establecer un criterio de reparto de la participación municipal en el IVA que atienda, en términos generales, a la compensación de la pérdida de recaudación experimentada por la derogación del impuesto sobre actividades económicas que recaía sobre el patrimonio empresarial.

El segundo componente del coeficiente de reparto, que representa el 40% de éste, se introdujo a partir del año 2000 y va referido a la recaudación que los municipios del respectivo *Land* obtuvieron por el impuesto sobre actividades económicas que recaía sobre el capital de las empresas.²² A tal efecto, se van a tomar como base los datos estadísticos del impuesto sobre actividades económicas correspondientes al año 1995. Hay que tener en cuenta que para la determinación de la recaudación del impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el capital de las empresas en esos años se va a aplicar la media de los tipos de gravamen municipales en el impuesto (*Hebesätze*) correspondiente a los años 1995-1998, esto es, se van a tener en cuenta los tipos aprobados por cada municipio del respectivo *Land* (*Hebesätze*) en el impuesto sobre actividades económicas en

20. Cfr. Arbeitsgruppe Kommunalpolitik de la Friedrich Ebert Stiftung, "Der Gemeindeanteil an der Umsatzsteuer", *Wegbeschreibung für die kommunale Praxis*, Fi-31, Bonn, 2003.

21. Los empleados sujetos al pago de las cotizaciones de los seguros sociales (*sozialversicherungspflichtig Beschäftigte*) son aquellos trabajadores u obreros dependientes (*Arbeiter*) y empleados (*Angestellten*) que por ceder su fuerza profesional o de trabajo a un tercero a cambio de una remuneración han de satisfacer la

correspondiente cotización a los seguros sociales de enfermedad (*Krankenversicherung*), jubilación (*Rentenversicherung*), de asistencia (*Pflegeversicherung*) y también por el trabajo están obligados al pago de la cotización al seguro por desempleo (*Arbeitslosenversicherung*). No se incluirían entre los mismos, fundamentalmente, a los autónomos (*Selbständige*) y a los funcionarios de la Administración.

22. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 158.

esos años. Esto es de gran importancia para los municipios, pues la aprobación de esos tipos (*Hebesätze*), que se aplican sobre la cuota liquidada del impuesto para determinar la deuda tributaria final, constituye expresión de la autonomía impositiva de los municipios y en el ámbito del impuesto sobre actividades económicas la fijación y aplicación de estos tipos municipales tiene una gran importancia desde el punto de vista cuantitativo, pues en muchos casos triplican el volumen de ingresos que percibe el respectivo municipio procedentes del impuesto. De ahí el especial interés que desde el punto de vista de la compensación por la pérdida recaudatoria experimentada por los municipios a raíz de la derogación del impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el patrimonio empresarial, tiene el que se atiende en la fijación del coeficiente de reparto a este elemento y, además, que el mismo sea de alguna forma producto también de la aplicación de la media de los tipos (*Hebesätze*) aprobados por los propios municipios en los años inmediatos anteriores a la derogación impositiva mencionada.

La suma de ambos componentes proporciona el coeficiente de reparto que corresponde a cada *Land*. Por lo tanto, la incidencia de los distintos elementos tomados en cuenta para la determinación del coeficiente de reparto corresponde, por orden de importancia, en primer lugar a la recaudación del impuesto sobre actividades económicas correspondiente a los años 1990-1997, con un 42% de dicho coeficiente (0,7 de 60%, según la ponderación del primer componente de la determinación del coeficiente). En segundo lugar, a la recaudación del impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el capital o patrimonio empresarial, atendiendo a las estadísticas del impuesto correspondientes a 1995, con un 40% (segundo componente de la determinación del coeficiente). Finalmente, a la media de los empleados sujetos a los seguros sociales correspondiente a los años 1990-1998, con un 18% en el coeficiente (0,3 de 60%, según la ponderación

del primer componente de determinación del coeficiente).²³

Atendiendo, por lo tanto, a esos elementos y a su proporción se determina el coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA que corresponde al conjunto de municipios de cada *Land*. Dicha misión corresponde realizarla al Ministerio Federal de Hacienda, que plasmará la fijación de los distintos coeficientes de reparto en un reglamento, necesidad de la aprobación o consentimiento del Senado federal. Dicho coeficiente de reparto se fijará extrayendo los ocho decimales situados tras la coma y el séptimo decimal se redondea, quedando finalmente expresado el coeficiente de reparto con siete números decimales situados tras la coma. La suma de los coeficientes de reparto correspondientes a cada uno de los *Länder* es igual a la unidad.²⁴

Los coeficientes de reparto de la participación municipal en el IVA correspondientes a los *Länder*, aplicables a partir del 1 de enero del año 2000, han sido establecidos por un reglamento del Ministerio Federal de Hacienda de 24 de febrero de 2000 y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de esta norma, para los antiguos *Bundesländer* son los que a continuación se señalan.²⁵

Tabla 1
Coefficientes de reparto de la participación municipal en el IVA correspondientes a los antiguos *Bundesländer*

<i>Land</i>	Coefficiente de reparto ²⁶
Baden-Württemberg	0,1598209
Bayern	0,1742299
Berlín (oeste)	0,0359757
Bremen	0,123147
Hamburgo	0,0444119
Hessen	0,1133334
Niedersachsen	0,0911985
Nordrhein-Westfalen	0,2796884
Rheinland-Pfalz	0,0471734
Saarland	0,0125294
Schleswig-Holstein	0,0293238

23. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 159.

24. Así se establece en el artículo 3 del Reglamento del Ministerio Federal de Hacienda sobre el establecimiento de los coeficientes de reparto de los *Länder* y sobre la determinación de dichos coeficientes para el reparto de la participación municipal en el IVA según lo dispuesto en los artículos 5.a) y 5.b) de la Ley de reforma financiera de los municipios, de 24 de febrero de 2000 (BGBl. I, p. 163). (*Verordnung über die Festsetzung der Länderschlüsselzahlen und die Ermittlung der Schlüsselzahlen für die Aufteilung des Gemeindeanteils am Aufkommen der Umsatzsteuer nach §§ 5a und 5b des Gemeindefinanzreformgesetzes*).

25. Se trata del Reglamento del Ministerio Federal de Hacienda citado en la nota anterior.

26. Hay que destacar que estos coeficientes de reparto se han mantenido inalterados desde el año 2000, como pone de manifiesto la motivación o memoria justificativa remitida al Senado federal junto con el primer Reglamento del Ministerio Federal de Hacienda para la aplicación de la Ley de compensación financiera entre el *Bund* y los *Länder* en el año 2008, en cuya página 11 se recogen los coeficientes de reparto entre los *Länder* de la participación municipal del IVA aplicables en el año 2008, que coinciden con los aprobados en el año 2000 por el Ministerio Federal de Hacienda, que aquí recogemos (Bundesrat, *Drucksache131/2008*, de 22 de febrero de 2008, p. 11).

De acuerdo con esos coeficientes de reparto, se puede establecer fácilmente el porcentaje que corresponde a cada *Land* en la masa financiera correspondiente a la participación municipal en el IVA que es objeto de reparto entre los antiguos *Bundesländer* (85% del importe de la participación municipal en el IVA) y el porcentaje que le corresponde a cada *Land* sobre el importe total de la participación municipal en el IVA.

Tabla 2
Porcentajes de reparto de la participación municipal en el IVA en los antiguos *Bundesländer*

<i>Land</i>	Porcentaje sobre la masa financiera que corresponde a los antiguos <i>Länder</i>	Porcentaje sobre el importe total de la participación municipal en el IVA
Baden-Württemberg	15,98%	13,58%
Bayern	17,42%	14,81%
Berlín (oeste)	3,59%	3,06%
Bremen	1,23%	1,05%
Hamburgo	4,44%	3,77%
Hessen	11,33%	9,63%
Niedersachsen	9,11%	7,74%
Nordrhein-Westfalen	27,96%	23,77%
Rheinland-Pfalz	4,71%	4,01%
Saarland	1,25%	1,06%
Schleswig-Holstein	2,93%	2,49%
Suma	100%	85%

4.1.2.2. La determinación del coeficiente de reparto en los nuevos *Bundesländer*

En el caso de los nuevos *Bundesländer*, que como hemos señalado perciben el 15% del importe total de la participación municipal en el IVA, también se establece un coeficiente de reparto (*Schlüsselzahl*) para cada uno de ellos a fin de atribuirle la cantidad correspondiente de esa masa financiera. El coeficiente de reparto está integrado por dos componentes, de los cuales el primero representa el

70% del coeficiente y el segundo el 30% del mismo.²⁷

El primer componente, que representa el 70% del coeficiente de reparto, está integrado por la recaudación del impuesto sobre actividades económicas de cada uno de los municipios del respectivo *Land* correspondiente a los años 1992-1997. A tal efecto, se toman como fundamento los datos estadísticos oficiales sobre tal recaudación.

El segundo componente, que representa el 30% del coeficiente de reparto, está constituido por la media de personas activas empleadas que están sujetas al pago de las cotizaciones de los seguros sociales (*sozialversicherungspflichtig Beschäftigten*) durante los años 1996-1998 en cada uno de los municipios del respectivo *Land*. A tal efecto, no se computan los empleados de los entes públicos, de la Seguridad Social, ni de sus organismos o instituciones.

De acuerdo con ello, a cada uno de los nuevos *Bundesländer* le corresponde el siguiente coeficiente de reparto de la masa financiera de la participación municipal en el IVA que es objeto de reparto, vigente desde el 1 de enero de 2000 hasta el actual año 2008.²⁸

Tabla 3
Coefficientes de reparto de la participación municipal en el IVA correspondientes a los nuevos *Bundesländer*

<i>Land</i>	Coefficiente de reparto
Berlín (este)	0,0877011
Brandenburg	0,1656702
Mecklenburg-Vorpommern	0,1031544
Sachsen	0,3322951
Sachsen-Anhalt	0,1650445
Thüringen	0,1461347

Atendiendo a esos coeficientes de reparto se puede establecer el porcentaje que corresponde a cada uno de los nuevos *Länder* en la masa financiera de la participación municipal en el IVA que les corresponde (15% del importe total de la participación municipal en el IVA), así como el porcentaje que corresponde a cada uno de ellos en el importe total de la participación municipal en el IVA.

27. Cfr. Arbeitsgruppe Kommunalpolitik de la Friedrich Ebert Stiftung, "Der Gemeindeanteil...", *op. cit.*, p. 2.

28. Estos coeficientes de reparto han sido fijados en el artículo 1, párrafo 2, del Reglamento del Ministerio Federal de Hacienda sobre el establecimiento de los coeficientes de reparto de los *Länder* y

sobre la determinación de dichos coeficientes para el reparto de la participación municipal en el IVA según lo dispuesto en los artículos 5.a) y 5.b) de la Ley de reforma financiera de los municipios, de 24 de febrero de 2000 (BGBl. I, p. 163).

Tabla 4
Porcentajes de reparto de la participación municipal en el IVA en los nuevos *Bundesländer*

<i>Land</i>	Porcentaje sobre la masa financiera que corresponde a los antiguos <i>Länder</i>	Porcentaje sobre el importe total de la participación municipal en el IVA
Berlín (este)	8,77%	1,32%
Brandenburg	16,57%	2,49%
Mecklenburg-Vorpommern	10,32%	1,55%
Sachsen	33,22%	4,98%
Sachsen-Anhalt	16,50%	2,48%
Thüringen	14,61%	2,19%
Suma	100%	15%

5. El reparto de la participación municipal en el IVA entre los municipios del respectivo *Land*

5.1. La determinación del correspondiente coeficiente de reparto para cada municipio

A efectos del reparto entre los municipios del respectivo *Land* de los recursos correspondientes a la participación municipal en el IVA ha de determinarse para cada uno de ellos un coeficiente de reparto (*Schlüsselzahl*). Para el cálculo o determinación de estos coeficientes de reparto se utilizan exactamente los mismos criterios que hemos visto que regían la determinación del coeficiente de reparto para cada *Land*, referidos lógicamente al ámbito de cada municipio.

Por lo tanto, para los municipios integrados en cualquiera de los antiguos *Bundesländer*, el coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA se determinará atendiendo a dos componentes cuya proporción será de 60% para el primero y de 40% para el segundo. Los elementos a tomar en cuenta en el primer componente, según lo que hemos explicado más atrás, son la recaudación obtenida en el respectivo municipio por el impuesto sobre actividades económicas en los años 1990-1997 y la media de personas activas empleadas que están sujetas al pago de las cotizaciones de los seguros sociales (están dadas de alta y cotizan a la Seguridad Social) correspondiente a los años 1990-1998, excluidos en este caso los empleados de los entes públicos, de la Seguridad Social y de sus organismos. En el segundo componente, lo que se tiene en cuenta es específicamente la recaudación obtenida en el respectivo municipio por el impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el capital de las empre-

sas, tomando como año de referencia para la determinación del líquido imponible el año 1995 y como años de referencia para el cálculo de la media de los tipos de gravamen municipales (*Hebesätze*) aplicables sobre el impuesto, los años 1995-1998.

Para los municipios integrados en cualquiera de los nuevos *Bundesländer*, el coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA se determinará también atendiendo a dos componentes, cuya proporción, en este caso, es del 70% para el primero y del 30% para el segundo. El primer componente está integrado por la parte que a cada municipio le corresponde en la recaudación del impuesto sobre actividades económicas producida en el respectivo *Land*, determinada por la suma correspondiente a los años 1992-1997. El segundo componente está integrado por la parte que corresponde al municipio de la media de las personas activas empleadas sujetas al pago de los seguros sociales en el respectivo *Land* durante los años 1996-1998.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 5.b) de la GFRG, el establecimiento de los coeficientes de reparto de cada uno de los municipios corresponde al respectivo *Land*, que los aprobará mediante una norma de rango reglamentario del respectivo gobierno estatal. Asimismo, la obligación de proceder al reparto de los recursos procedentes de la participación municipal en el IVA corresponde al respectivo *Land*.

5.2. La posibilidad de constituir un fondo de garantía para cubrir las necesidades financieras de los municipios más desfavorecidos

El artículo 5.b).2 *in fine* de la GFRG habilita a los antiguos *Länder* para que, si lo estiman oportuno, puedan distribuir hasta un 20% del importe de la participación municipal en el IVA que corresponde a sus municipios mediante la constitución de un fondo de garantía para cubrir situaciones de necesidad (*Härtefonds*). La distribución de este fondo se realizará a aquellos municipios que hayan experimentado una especial desventaja financiera como consecuencia de la derogación del impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el capital de las empresas. Esto es, aquellos municipios especialmente perjudicados por la medida pueden obtener una compensación adicional mediante la constitución de ese fondo de garantía. Esto supone que el 80% del importe de la participación municipal en el IVA se repartiría atendiendo a los coeficientes de reparto establecidos para cada municipio y que el 20% de dicho importe se repartiría a través de un fondo de garantía, atendiendo a las especiales necesidades financieras que para determinados municipios ha generado la derogación del impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el capital de las

empresas. Esta posibilidad constituye una opción para los *Länder*, que, por tanto, son libres de constituir el fondo de garantía o de no constituirlo. Si un *Land* decide no constituir este fondo, el cien por cien del importe de la participación municipal en el IVA que corresponde a sus municipios se repartirá entre ellos de acuerdo con los coeficientes de reparto determinados según los criterios y elementos que hemos analizado anteriormente. En la práctica sólo dos *Länder*, *Hessen* y *Bayern*, constituyeron ese fondo de garantía, al que se destinó el 20% del importe de la participación municipal en el IVA que correspondía a sus municipios a fin de destinarlo a satisfacer las necesidades financieras de aquellos municipios que habían quedado en peor situación tras la derogación del *Gewerbekapitalsteuer*.²⁹

El Estado de *Hessen* aprobó, al respecto, la Ley sobre el reparto de la participación municipal en el IVA, de 18 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1 de enero de 1998, en cuyo artículo 1.2) se establece que el 20% de la participación municipal en el IVA se repartiría entre los municipios que hubiesen experimentado una especial desventaja financiera con la derogación del *Geberwekapitalsteuer*.³⁰ En uso de la habilitación contenida en esta ley, el Gobierno de *Hessen* aprobó un Reglamento sobre el reparto de los recursos del fondo de garantía (*Härtefonds*) según lo dispuesto en la Ley sobre el reparto de la participación municipal en el IVA, de 5 de octubre de 1999.³¹ En este reglamento se estableció que los municipios con especiales desventajas financieras a los que resultaría aplicable el fondo de garantía son aquellos cuya pérdida recaudatoria directa por la derogación del *Gewerbekapitalsteuer* sólo es compensada por debajo de la media de los municipios del *Land* a través del reparto de la participación municipal en el IVA. A efectos de determinar la pérdida recaudatoria producida por la derogación del *Gewerbekapitalsteuer*, se toman en cuenta los datos estadísticos del impuesto correspondientes al año 1995, tomando en consideración el importe liquidado correspondiente al *Gewerbekapitalsteuer* y la media de los tipos de gravamen municipales (*Hebesätze*) de los años 1995 a 1998.³²

La constitución de este fondo de garantía entraña un cierto efecto redistributivo entre los distintos municipios a los que se reparte el importe de la participación municipal en el IVA y, sobre todo, tiene especialmente en consideración la finalidad compensatoria por la pérdida de ingresos debida a la derogación del *Gewerbekapitalsteuer* que cumple la participación municipal en el IVA.³³

El Estado de *Hessen* ha promulgado, no obstante, la Ley de derogación de la Ley sobre el reparto de la participación municipal en el IVA, de 14 de junio de 2000, que, como su propio nombre indica, ha derogado, con efectos desde el 1 de enero de 2000, la ley que creaba el fondo de garantía referido anteriormente.³⁴ Con lo cual, a partir del 1 de enero de 2000 el importe de la participación municipal en el IVA que corresponde al conjunto de los municipios del Estado de *Hessen* se reparte en su totalidad en función de los coeficientes de reparto fijados para cada municipio siguiendo los criterios establecidos en la GFRF, que ya hemos analizado. La razón por la cual *Hessen* ha derogado el fondo de garantía para el reparto del 20% del importe de dicha participación municipal en el IVA a aquellos municipios especialmente perjudicados por la derogación del *Geberwekapitalsteuer* estriba en que, justamente, a partir del 1 de enero de 2000 se introduce en la GFRG, como nuevo elemento para el reparto de la participación municipal en el IVA en los antiguos *Bundesländer*, el de la recaudación procedente del *Geberwekapitalsteuer*, de acuerdo con las estadísticas del impuesto correspondientes al año 1995, aplicando a tal efecto la media de los tipos municipales (*Hebesätze*) aplicables en los años 1995-1998. Esto es, a partir del 1 de enero de 2000 se introduce para la determinación del coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA aplicable en los antiguos *Bundesländer* el segundo componente que, valorado en un 40% de dicho coeficiente, atiende, justamente, a la recaudación obtenida en los años inmediatamente anteriores a su derogación por el *Geberwekapitalsteuer*.³⁵

29. Así lo indica HENNEKE, Hans-Günter, *Die Kommunen...*, op. cit., p. 117.

30. Se trata de la *Gesetz über die Verteilung des Gemeindeanteils an der Umsatzsteuer*, de 18 de diciembre de 1997 (GVBl, I, página 441).

31. Es el *Verordnung über die Verteilung der Mittel aus dem Härtefonds nach dem Gesetz über die Verteilung des Gemeindeanteils an der Umsatzsteuer (Härtefonds-VO)*, de 5 de octubre de 1999 (GVBl, I, página 414).

32. De acuerdo con ello, en este Reglamento se señalan los municipios beneficiarios del fondo de garantía y se establece el coeficiente de reparto que corresponde a cada uno de ellos.

33. TRÖGER, Michael, *Reform der Gewerbesteuer und Finanzausgleich*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, p. 45, destaca

el carácter redistributivo de este componente en el reparto de la participación municipal en el IVA.

34. Se trata de la *Gesetz zur Aufhebung des Gesetzes über die Verteilung des Gemeindeanteils an der Umsatzsteuer*, de 14 de junio de 2000 (BVBl, I, p. 315).

35. La introducción de este segundo componente para la fijación del coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA aplicable en los antiguos *Bundesländer* se lleva a cabo por la séptima Ley de modificación de la Ley de reforma financiera de los municipios (*Sechsten Gesetz zur Änderung des Gemeindereformgesetzes*).

Con ello, lógicamente, pierde sentido la constitución del fondo de garantía, pues, justamente, para el reparto de los recursos de ese fondo, *Hessen* había establecido ese mismo criterio, que ahora, con carácter general, se introduce en la GFRG a efectos de determinación del coeficiente de reparto aplicable en los antiguos *Bundesländer*.³⁶ Por lo tanto, con el nuevo elemento introducido para la determinación del coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA, que atiende, precisamente, a la recaudación obtenida por el *Geberwekapitalsteuer*, es lógico que se vean reducidas o eliminadas en gran medida las desventajas financieras experimentadas por los municipios por la derogación de dicho impuesto frente al reparto de la participación municipal en el IVA.³⁷

6. La determinación de un criterio de reparto de la participación municipal en el IVA definitivo y unitario para todos los *Länder*

6.1. La exigencia legal de adoptar un criterio definitivo de reparto a partir de 2009

De acuerdo con lo señalado en el artículo 5.d) de la GFRG, los criterios de reparto de la participación municipal en el IVA consagrados en los artículos 5.a) –reparto de dicha participación entre los *Länder*– y 5.b) –reparto entre los municipios de un *Land*–, ambos de la GFRG, tienen que modificarse o reestructurarse a partir del 1 de enero de 2009, para dar lugar a unos criterios de reparto definitivos. Lo cual significa que los criterios regulados en esos preceptos y que hemos analizado tienen un carácter transitorio, cuya vigencia se prevé, justamente, hasta el 31 de diciembre de 2008, pues a partir del 1 de enero de 2009 han de regir unos nuevos criterios de reparto, de carácter definitivo. A efectos de establecer el nuevo sistema de reparto de la participación municipal

36. Como se señala en la motivación o memoria justificativa que acompaña al Proyecto de ley de derogación de la Ley sobre el reparto de la participación municipal en el IVA, remitido por el Gobierno de *Hessen* al Parlamento del Estado, Hessischer Landtag, *Drucksache 15/978*, de 26 de enero de 2000, p. 3, la desventaja financiera de los municipios de *Hessen* que obtenían una importante recaudación por el *Geberwekapitalsteuer* producida por el antiguo criterio de reparto de la participación municipal en el IVA se ve compensada en gran medida por la aplicación del nuevo criterio de reparto de dicha participación. Aun así, los municipios que continúen, tras la introducción de este nuevo elemento para la determinación de coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA, experimentando una especial desventaja financiera, habrán de encontrar la correspondiente compensación a través del sistema de compensación financiera local (*kommunaler Finanzausgleich*).

37. En este sentido se señala en Hessischer Landtag, *Drucksache 15/978*, *op. cit.*, p. 3, que con el nuevo coeficiente de reparto de la par-

pal en el IVA, tanto en el plano estatal como en el municipal, el artículo 5.d) de la GFRG establece una serie de parámetros o elementos a tener en consideración, que lógicamente han de ser expresión de la situación económica local, pues la Constitución ordena atender a la misma para el reparto de la participación municipal en el IVA. Los elementos tomados en consideración por el artículo 5.d) de la GFRG son, en primer lugar, la recaudación anual del impuesto sobre actividades económicas antes del descuento de la cuota o participación (*Umlage*) que los municipios han de transferir al *Bund* y a los *Länder*, esto es, la recaudación bruta por tal impuesto. A tal efecto se tomarán como base los datos estadísticos oficiales sobre recaudación. En segundo lugar, se tendrá en cuenta el número de personas empleadas sujetas a los seguros sociales a día 30 de junio de cada año, sin computar a los empleados de los entes públicos en sentido estricto. A tal efecto, se tomarán nuevamente como base los datos estadísticos oficiales. Finalmente, se tendrá en cuenta la suma anual de retribuciones sujetas a los seguros sociales percibidas por las personas empleadas (*sozialversicherungspflichtigen Entgelte*), excluidos los empleados de los entes públicos en sentido estricto, esto es, se atendería a las retribuciones que constituyen base de cotización de los seguros sociales. Para ello, nuevamente, se tendrán en cuenta los datos estadísticos oficiales, elaborados por la Agencia del Empleo.

6.2. La adopción del nuevo y definitivo criterio de reparto

Para dar cumplimiento a esta exigencia de la GFRG el Gobierno Federal ha remitido al Parlamento (*Bundesrat* y *Bundestag*) un Proyecto de octava ley de modificación de la Ley de reforma financiera municipal, que actualmente se tramita siguiendo el procedimiento legislativo.³⁸ Este Proyecto de ley por el que se

participación municipal en el IVA, atendiendo a los datos sobre la recaudación del IVA en 1998, los municipios de *Hessen* verán aumentada en conjunto la cantidad que perciben de este recurso en 44,2 millones de marcos alemanes. Ello supone que, sin la introducción del fondo de garantía, 368 de los 426 municipios del Estado van a experimentar una mejora estructural con el nuevo coeficiente de reparto. De los 59 municipios que en los años 1998 y 1999 recibieron subvenciones del fondo de garantía, 53 de ellos verán aumentados sus recursos procedentes de la participación municipal en el IVA con el nuevo coeficiente de reparto, sin necesidad del fondo de garantía, mientras que sólo 6 municipios experimentarán una pérdida.

38. Así, para la tramitación en el Senado federal (*Bundesrat*), cfr. *Bundesrat*, *Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gemeindefinanzreformgesetzes*, *Drucksache 238/08*, de 11 de abril de 2008 (*Gesetzesentwurf der Bundesregierung*); *Drucksache 238/1/08*, de 13 de mayo de 2008, (*Empfehlungen der Ausschüsse*); *Drucksache 238/2/2008*, de 20 de mayo de 2008, (*Antrag der Länder Mecklenburg-*

establecen los nuevos criterios de reparto de la participación municipal en el IVA ha contado con un amplio consenso de los *Länder*, de las federaciones de municipios y de los representantes de las agrupaciones de municipios.³⁹

Lo más destacable de la nueva regulación de los criterios de reparto de la participación municipal en el IVA es que durante un período transitorio que va desde el 1 de enero de 2009 hasta el final del año 2017 se van a combinar en una determinada proporción los criterios actualmente vigentes con los nuevos criterios que se proponen en el Proyecto de ley. Con lo cual, los nuevos criterios propuestos sólo a partir del 1 de enero de 2018 van a encontrar una aplicación exclusiva. Hasta esa fecha, el reparto de la participación municipal en el IVA se va a efectuar en función de una combinación de ambos criterios, por lo que los criterios que hemos analizado y que están vigentes en la actualidad van a mantener su vigencia hasta el año 2018.

Los nuevos criterios de reparto se pretende que sean progresivos o avanzados, en el sentido de que constituyan un reflejo mediato de la estructura económica existente en cada municipio, lo cual permitiría recompensar a los municipios que desarrollen una eficaz o exitosa política de asentamiento de empresas en su término municipal.⁴⁰ Esta circunstancia es especialmente destacada por la diputada del grupo parlamentario de la coalición en el Gobierno federal (CDU/CSU), Antje Tillmann, en la discusión en el Pleno del Bundestag del Proyecto de ley remitido por el Gobierno, poniendo de manifiesto que los entes locales no sólo van a tener incentivos para el desarrollo de una eficaz política de asentamiento de empresas, sino que también han ganado una fuente de ingresos más estable que el derogado *Gewerbekapitalsteuer*, lo que les permitirá una mayor seguridad a la hora de planificar sus ingresos y gastos.⁴¹

Asimismo, se pretende que sean unos criterios definitivos, aunque ya hemos señalado que por el compromiso alcanzado a fin de dar una cierta satisfacción a los distintos intereses puestos de manifiesto, esto no se logrará realmente hasta el año 2018. Finalmente, se pretende que sean unos criterios unitarios para toda la Federación, esto es, se persigue

unificar los criterios aplicables tanto en los antiguos como en los nuevos *Bundesländer*.

Los nuevos criterios o elementos para la determinación del coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA, tanto en el plano estatal, entre los distintos *Länder*, como en el plano municipal, entre los municipios de cada *Land*, son los que a continuación se indican.

1. El 25% del coeficiente de reparto estará integrado por la parte de cada municipio en la recaudación del impuesto sobre actividades económicas. A tal efecto, se tomarán en cuenta los datos estadísticos sobre la recaudación del impuesto correspondiente a los años 2001 a 2006.

2. El 50% del coeficiente de reparto estará integrado por la parte de cada municipio en el número de personas empleadas sujetas a los seguros sociales según el lugar de trabajo, sin computar a tal efecto a los empleados de los entes públicos en sentido propio. A tal efecto, se tomará en cuenta la suma de los años 2004 a 2006 de las estadísticas oficiales sobre personas empleadas y retribuciones a 30 de junio de cada año.

3. Finalmente, el coeficiente de reparto estará integrado en un 25% por la parte de cada municipio en la suma de las retribuciones sujetas a los seguros sociales (bases de cotización) según el lugar de trabajo, sin tener en cuenta las retribuciones correspondientes a los empleados de los entes públicos en sentido propio. Nuevamente, se tomarán como base los datos estadísticos oficiales correspondientes a los años 2003 a 2005.

Estos dos últimos elementos, el número de personas empleadas sujetas a los seguros sociales y las retribuciones sujetas a dichos seguros, son ponderados por la aplicación de la media de los tipos de gravamen municipales aprobados para el impuesto sobre actividades económicas (*Hebesätze*) en el respectivo período en que son considerados. Ésta es una de las cuestiones que más controversia suscitó entre los *Länder* y su introducción en la determinación del importe de la participación del IVA que corresponde a cada municipio guarda estrecha relación con la finalidad perseguida con este recurso de compensar la pérdida de recaudación que para los municipios

Vorpommen, Baden-Württemberg, sacasen-Anhalt, Thüringen) y, finalmente, *Drucksache 238/08 (Beschluss)*, de 23 de mayo de 2008 (*Stellungnahme des Bundesrates*). Para la tramitación en el Congreso federal (Bundestag), cfr., Bundestag, *Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gemeindefinanzreformgesetzes, Drucksache 16/9275*, de 26 de mayo de 2008.

39. Como se señala en la motivación que acompaña al Proyecto de octava ley de modificación de la Ley de reforma financiera municipal, remitido por el Gobierno federal al Parlamento, el criterio de

reparto de la participación municipal en el IVA adoptado en el mismo constituye un compromiso entre los distintos intereses puestos de manifiesto, al respecto, por los *Länder* y por las federaciones de municipios y agrupaciones de municipios. (Cfr. Bundesrat, *Drucksache 238/08*, de 11 de abril de 2008, p. 9).

40. Así se destaca en Bundesrat, *Drucksache 238/08, op. cit.*, p. 6.

41. Cfr. Deutscher Bundestag, *Plenarprotokoll 16/166*, Berlín, jueves 5 de junio de 2008, p. 17662.

supuso la derogación del impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el capital de las empresas. Y ello porque los tipos aprobados por cada uno de los municipios (*Hebesatze*) en el impuesto sobre actividades económicas, que se aplicaban sobre el importe liquidado, tenían una influencia total en la deuda tributaria a satisfacer por el *Gewerbesteuer* en cada municipio.⁴²

Otra de las características destacables del nuevo y definitivo criterio de reparto de la participación municipal en el IVA es que, al tomar en consideración elementos basados en estadísticas oficiales –sobre recaudación tributaria, sobre personas empleadas obligadas a cotizar a los seguros sociales, sobre retribuciones que constituyen base de cotización para dichos seguros– a fin de integrar el correspondiente coeficiente de reparto, dichos elementos son fácil y fiablemente actualizables con el paso del tiempo. Por ello, la nueva regulación establece una actualización cada tres años de los coeficientes de reparto de la participación municipal en el IVA con base en los nuevos datos estadísticos de los que se vaya disponiendo.⁴³ Con ello, lógicamente, se imprime un cierto dinamismo a este recurso de la hacienda municipal, que podrá ir evolucionando con el paso del tiempo en función del comportamiento de los elementos tomados en consideración para la conformación del respectivo coeficiente de reparto, el cual estará estrechamente ligado al desarrollo de la economía en cada municipio. Ello supone un incentivo añadido para que los municipios desarrollen políticas favorables al establecimiento de empresas en su término municipal, que aumenten la recaudación del impuesto sobre actividades económicas, que creen empleo, con el consiguiente aumento de personas empleadas que cotizan a los seguros sociales y de las bases de cotización a los mismos, y, además, que ese

empleo sea cualificado, para un mayor aumento de las bases de cotización a los seguros sociales. Todo ello, a la postre, se traduciría en un aumento del coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA y, con ello, en un aumento de los ingresos municipales procedentes de este recurso.

6.3. El establecimiento de un período transitorio en el que se aplicarán combinadamente el antiguo y el nuevo criterio de reparto

Como hemos señalado anteriormente, el criterio definitivo de reparto de la participación municipal en el IVA se aplicará con exclusividad a partir del 1 de enero de 2018. Hasta esa fecha se va a combinar para el reparto de dicho recurso el criterio actualmente en vigor y el nuevo en un determinado porcentaje que fija la nueva regulación, que establece, a tal efecto, tres etapas. Por lo tanto, en el período transitorio que media entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2017, el reparto de la participación municipal en el IVA se efectuará de la forma que a continuación explicamos.

1. Para los años 2009 a 2011 el reparto del 75% del importe de la participación municipal en el IVA se efectuará según el criterio contemplado actualmente para los antiguos *Bundesländer* [artículo 5.a) de la GFRG], esto es, determinando el correspondiente coeficiente de reparto del importe de la participación municipal en el IVA atendiendo a los elementos previstos para ello y a su ponderación, mientras que el reparto del 25% del importe de dicha participación se efectuará de acuerdo con el nuevo criterio establecido, esto es, determinando el respectivo coeficiente de reparto atendiendo a los elementos tomados en cuenta a tal fin y a su ponderación.

42. Como se señala en Bundesrat, *Drucksache 238/08*, de 11 de abril de 2008, p. 8, la mayoría de los *Länder* postulaban una alta ponderación de la recaudación del impuesto sobre actividades económicas en la determinación del nuevo coeficiente de reparto del IVA, así como una ponderación de los elementos personas empleadas sujetas a los seguros sociales y retribuciones sujetas a los dichos seguros en función de la media de los *Hebesatze* aprobados por los municipios, precisamente para potenciar la función compensatoria que cumple la participación municipal en el IVA respecto a la pérdida recaudatoria debida a la derogación del *Gewerbesteuer*. En esta línea se decantaba también la *Deutsche Städtetag*, que es una asociación o asamblea de ciudades alemanas. Por el contrario, un número reducido de *Länder* postulaban una ponderación reducida de la recaudación del impuesto sobre actividades económicas en la conformación del coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA, para poner un límite a la influencia que en este recurso podría tener la recaudación de un impuesto que es dependiente de la coyuntura económica. Asimismo, para este último grupo de *Länder*, aunque es concebible una ponderación de los elementos empleados sujetos a seguros

sociales y de las retribuciones sujetas a los mismos en función de unos tipos municipales (*Hebesatze*), no existe coherencia o conexión material entre los tipos municipales aplicables en el impuesto sobre actividades económicas y dichos elementos tomados en consideración a efectos de integrar el coeficiente de reparto de la participación municipal en el IVA. Por su parte, la Federación Alemana de Ciudades y Municipios (*Der Deutsche Städte- und Gemeindebund*) aboga por una ponderación más baja de los elementos empleados que cotizan a los seguros sociales y retribuciones que constituyen base de cotización a los mismos, para no desfavorecer a las zonas agrícolas y a aquellas en las que el nivel de renta de sus habitantes es más bajo.

43. Con ello se aproxima la mecánica aplicativa de la participación municipal en el IVA a la que rige en la participación municipal en el impuesto sobre la renta, pues respecto a ésta cada tres años se adopta un nuevo año-base de recaudación a efectos de la determinación de los coeficientes de reparto, lo que puede ir acompañado también de una modificación de los límites máximos de renta tomados en consideración para la determinación de la carga impositiva soportada por los residentes de cada municipio.

2. Para los años 2012 a 2014 el reparto del 50% del importe de la participación municipal en el IVA se realizará según el criterio actualmente vigente para los antiguos *Bundesländer* y el reparto de la otra mitad del importe de la participación municipal en el IVA se efectuará de acuerdo con el nuevo criterio.

3. Para los años 2015 a 2017 el reparto del 25% del importe de la participación municipal en el IVA se efectuará según el viejo criterio previsto para los antiguos *Bundesländer* y el reparto del 75% de dicho importe se realizará según el nuevo criterio, esto es, según el coeficiente que se determine para cada municipio en función de los nuevos elementos previstos para ello.

Finalmente, a partir del año 2018 el reparto del importe de la participación municipal en el IVA se realizará de acuerdo con el nuevo criterio establecido, esto es, en función de los coeficientes de reparto que se determinen atendiendo a los nuevos elementos que integran dichos coeficientes y a la ponderación de los mismos establecida.

7. Importancia para la hacienda local de la participación municipal en el IVA

Los ingresos procedentes de la participación municipal en el IVA han permanecido prácticamente constantes desde el año 1999 hasta el 2005, representando cerca de 3.000 millones de euros, lo que supone casi un 5% del total de ingresos impositivos de los municipios.⁴⁴ En 2006 por primera vez se superan los 3.000 millones de euros, manteniéndose la tendencia al aumento en 2007 y 2008.

Tabla 5
Importe de la participación municipal en el IVA para el conjunto de Alemania⁴⁵

Año	Importe en millones de euros
1998	2.658,3
1999	2.889,6
2000	2.928,8
2001	2.882,9
2002	2.868,7
2003	2.845,9
2004	2.850,8
2005	2.907,8
2006	3.036,0

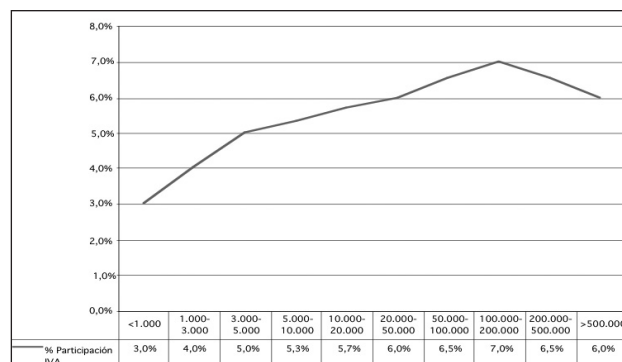
44. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 162.

45. Según los datos de Statistisches Bundesamt, *Finanzen und Steuern. Realsteuervergleich – Realsteuern, kommunale Einkommen- und Umsatzsteuerbeteiligungen- 2006*, (Fachserie 14, Reihe 10.1), Wiesbaden, 2007.

Como puede observarse, el desarrollo del importe de la participación municipal en el IVA es muy estable, presentando variaciones muy pequeñas de unos años a otros. Incluso en el reparto de la misma tanto en el plano estatal como municipal no se producían grandes variaciones, habiéndose mantenido constantes los coeficientes de reparto en el plano estatal entre los años 2000 a 2008. A partir de 2009, sobre todo con la revisión trienal del coeficiente de participación a la luz de los nuevos datos estadísticos tomados en consideración en cada período, es presumible un mayor dinamismo en el reparto del importe de la participación entre los distintos municipios.

Si se analiza la importancia de la participación municipal en el IVA atendiendo a la dimensión del municipio según el número de habitantes del mismo, queda patente que proporcionalmente este recurso es más importante cuanto mayor es el municipio, esto es, este recurso es más significativo en los medianos y grandes municipios que en los pequeños. Lo cual no debe producir extrañeza habida cuenta de la finalidad perseguida con el mismo, que no es otra que la de compensar a los municipios por la pérdida recaudatoria experimentada con la derogación del *Gewerbesteuer* y de la marcada orientación a este fin de los criterios de reparto de la participación municipal en el IVA.⁴⁶

Tabla 6
Porcentaje que representa la participación municipal en el IVA respecto al conjunto de ingresos impositivos de los municipios atendiendo al tamaño de éstos según el número de habitantes. Año 2006⁴⁷



46. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 162.

47. Elaboración propia a partir de los datos y gráficos recogidos en Statistisches Bundesamt, *Finanzen und Steuern...*, (Fachserie 14, Reihe 10.1), de 2006, op. cit.

8. Valoración de la participación municipal en el IVA para la hacienda local

Desde el punto de vista de la autonomía tributaria, resulta claro que la sustitución de un recurso propio como el impuesto sobre actividades económicas, que incidía sobre el capital de las empresas (*Gewerbekapitalsteuer*), por una participación en el IVA constituye un retroceso.⁴⁸ Lo cual se hace más evidente si se tiene en cuenta que sobre dicho impuesto los municipios tenían el derecho de establecer tipos (*Hebesätze*) aplicables sobre la cuota liquidada conforme a la regulación federal del impuesto, con la posibilidad de incidir significativamente, por tanto, en la deuda tributaria final a satisfacer por el contribuyente.

Aunque la participación en el IVA es un recurso originario de los municipios, en el sentido de que no cabe identificarlo en sentido propio como una subvención del *Bund* o de los *Länder*, sin embargo equivale materialmente a una transferencia de ingresos a los distintos municipios, lo que entraña un déficit de corresponsabilidad fiscal, pues los contribuyentes del IVA no son conscientes que una parte del impuesto va destinada a los municipios y tampoco los habitantes del municipio pueden establecer una conexión directa entre el IVA satisfecho y los bienes y servicios que proporciona el municipio. Además, en relación con ello, los municipios carecen de capacidad normativa en el impuesto, por lo que no pueden incidir directamente en el rendimiento del mismo, como tampoco lo pueden hacer a través de la gestión del mismo, puesto que tampoco les corresponde.

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, cuando el *Bund* adopta determinadas decisiones de política económica, destacadamente en los casos de la bajada de las cotizaciones a los seguros sociales que satisfacen los trabajadores, se suele utilizar el IVA para compensar ese gasto. En algunos casos ello supone un aumento en el tipo de gravamen del impuesto y, con ello, un incremento de la recaudación, pero, sobre todo, lo que tales decisiones implican es el establecimiento de un descuento previo sobre la recaudación del impuesto a favor del *Bund*, lo que en último término tiene una

directa traducción en los ingresos que los municipios perciben de la participación municipal en el IVA, que se ven minorados a causa de estos descuentos compensatorios que se practican con carácter prioritario a favor del *Bund*.

Ciertamente, el hecho de que los criterios de reparto de la participación municipal en el IVA estén estrechamente relacionados con la evolución de la economía en cada municipio, pues a ello atiende la recaudación del impuesto sobre actividades económicas producida en el municipio, el número de personas empleadas que cotizan a los seguros sociales que tienen su lugar de trabajo en el municipio o, en fin, las retribuciones que constituyen base de esa cotización a los seguros sociales de esos empleados, constituye un incentivo, como hemos señalado, para que los municipios desarrollen y mantengan una política favorable al establecimiento y crecimiento de empresas en su término municipal, pero ese margen de autonomía, desde luego, no constituye autonomía tributaria y, más bien, habría que conectarlo con la suficiencia financiera.

Si la participación en el IVA ha representado un paso atrás en los niveles de autonomía tributaria frente al impuesto sobre actividades económicas, que incidía sobre el capital de las empresas, como contrapartida, sí que ha constituido una base más sólida desde el punto de vista de la suficiencia financiera.⁴⁹ Sobre todo, porque la recaudación del IVA no es tan dependiente de la coyuntura económica como la recaudación del *Gewerbekapitalsteuer*, por lo que la participación de los municipios en la misma constituye un recurso más estable y predecible que el derogado *Gewerbekapitalsteuer*, a lo que hay que unir, en los últimos años, una evolución al alza de este recurso, motivada, fundamentalmente, por la política de subida del tipo normal de gravamen en el IVA desarrollada en Alemania en los últimos años.⁵⁰

Respecto a los elementos tomados en cuenta para la determinación del coeficiente de reparto del importe de la participación municipal en el IVA, suponen una conexión, efectivamente, con la economía de cada municipio. Esto permite una cierta territorialización de este recurso, así como tomar en consideración la relación existente, desde el punto de

48. Pone de manifiesto la desventaja que desde el punto de vista de la autonomía local supone la participación en el IVA frente al *Gewerbekapitalsteuer*, SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 164.

49. El papel central que en la financiación de los municipios alemanes tiene la participación de los mismos en el impuesto personal sobre la renta y en el IVA es destacado por SCHWARZ, Kyrill-Alexander, "Die Beteiligung...", op. cit., p. 206 y 207.

50. Esta circunstancia es especialmente destacada por el diputado del FDP Carl-Ludwig Thiele en la discusión en el pleno del *Bundestag* del Proyecto de octava ley de modificación de la Ley de

reforma financiera municipal, señalando que los municipios han hecho un buen cambio con la participación en el IVA, pues han ganado una fuente de ingresos estable y predecible que no es especialmente dependiente de la situación económica, cosa que no ocurría con el *Gewerbekapitalsteuer*. Asimismo, destaca Thiele que los ingresos percibidos por los municipios de la participación en el IVA se espera que aumenten en 2008 cerca de un 15% respecto al año 2006 (*Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/166*, de 5 de junio de 2008, p. 17665).

vista de la financiación y de la dotación de bienes y servicios públicos, entre el municipio y las empresas radicadas en su territorio.⁵¹ Sin embargo, la combinación de estos elementos para la determinación del referido coeficiente de reparto entraña una cierta complejidad, que se ha intentado simplificar con la regulación del nuevo criterio de reparto a través, fundamentalmente, de la referencia a datos estadísticos oficiales, que permiten una actualización trienal del coeficiente de reparto, pero que, aun así, continúa constituyendo una cuestión de cierta complejidad técnica. Sin embargo, lo más significativo de la adopción de estos elementos para la determinación del coeficiente de reparto es, justamente, el que potencian la situación económica favorable existente en cada municipio, de forma que el criterio de reparto de este recurso beneficia claramente a los municipios más desarrollados económicamente.⁵² La finalidad que inspiró la introducción de este recurso no podía conducir a otro resultado, pues se trataba de proporcionar a los municipios una compensación por la disminución de ingresos procedentes del impuesto sobre actividades económicas, pero, andando el tiempo, a efectos de fijar el criterio definitivo de reparto, quizá debieron introducirse en la configuración del mismo elementos que cumplieren una clara función niveladora o redistributiva de los ingresos proporcionados por este recurso.

Con todo, es destacable cómo en Alemania se ha logrado una rápida, estable y efectiva compensación a los municipios por la disminución de ingresos que la derogación del impuesto sobre actividades económicas que incidía sobre el capital de las empresas (*Gewerbesteuer*) les ha ocasionado. Lo cual, como hemos podido comprobar en nuestro país con la introducción de importantes exenciones en el impuesto sobre actividades económicas que han supuesto una importantísima disminución de ingresos para los municipios, no siempre es atendido adecuadamente por los estados. ■

51. Cfr. SCHWARTING, Gunnar, *Kommunale...*, op. cit., p. 164.

52. Como pone de manifiesto el parlamentario Axel Troost, del grupo *Die Link*, en el debate en el *Bundestag* del Proyecto de octava ley de reforma de la Ley de reforma financiera municipal, con la regulación del nuevo criterio de reparto los municipios de la Alemania del este pierden entre un 14% y un 26% de ingresos procedentes de la participación en el IVA, mientras que todos los municipios de la Alemania del oeste, a excepción de los municipios del

Estado de *Hessen*, experimentan un incremento de los ingresos procedentes de dicho recurso. De ahí que este parlamentario proponga atender al número de habitantes de cada municipio como criterio de reparto del importe de la participación municipal en el IVA, así como un aumento al 20% del porcentaje de participación en el IVA a cambio de la derogación de la participación municipal en el impuesto personal sobre la renta (Deutscher Bundestag, *Plenarprotokol* 16/166, 5 de junio de 2008, p. 17665).

Régimen jurídico de la siniestralidad laboral en los espectáculos públicos en el ámbito de las corporaciones locales

1. La siniestralidad laboral en la organización de los espectáculos públicos.
 - 1.1. Introducción. Acotamiento del tema a tratar.
 - 1.2. Competencia municipal y contratación de los espectáculos públicos.
 - 1.3. En particular, las comisiones de fiestas.
 - 1.4. Las específicas normas regulatorias de cada actividad.
2. Notas críticas al régimen jurídico de la llamada siniestralidad laboral.
 - 2.1. Responsabilidad penal.
 - 2.2. Responsabilidad administrativa.
 - 2.3. Responsabilidad en materia de seguridad y social. El recargo de prestaciones.
 - 2.4. Responsabilidad civil.
 - 2.5. El sistema de reparación de la Seguridad Social.
 - 2.6. Responsabilidad laboral. La potestad disciplinaria.
3. ¿Cómo prevenir la siniestralidad laboral en los espectáculos públicos?

Santiago Milans del Bosch
*Magistrado especialista en lo
contencioso-administrativo y fiscal,
en excedencia.
Abogado en ejercicio*

1. La siniestralidad laboral en la organización de los espectáculos públicos

1.1. Introducción. Acotamiento del tema a tratar

La gestión cultural municipal no sólo se halla sometida a una gran precariedad de medios, sobre todo en los pequeños municipios, sino también a una confusión normativa que origina muchas veces inseguridad jurídica. Esta inseguridad jurídica no es sólo por la gran variedad de normas reguladoras –cuando no lagunas, en algunos campos–, sino por las responsabilidades que por las actividades a desarrollar pueden acarrear los diversos agentes intervinientes. Una de estas responsabilidades es la que se deriva de los accidentes que dentro de la organización o derivada de la actividad de un espectáculo público puedan darse.

De la importancia del tema hablan las noticias que constantemente relatan los medios de comunicación en relación con hechos por los que se exige responsabilidad a los ayuntamientos o a sus gestores “porque una vaquilla empitonó a un viandante que en ese momento cruzaba la calle”, “porque un cohete de artificio explotó cerca de un vecino que estaba viendo a corta distancia el espectáculo”, “porque la moto saltó con facilidad la protección del circuito de motocross, colisionando con un particular”, o, por ejemplo, “porque explotó la bombona de gas del bar ferial, al no estar protegido el habitáculo frente a las llamas donde se cocía el pulpo, lesionando al empleado contratado por el Ayuntamiento que trabajaba en la cocina”. Todos estos son ejemplos de accidentes que, amén de poder haber sido evitados en muchos casos, pueden originar en el promotor, empresario o contratista una responsabilidad civil-patrimonial o, incluso, penal por imprudencia. Pero en aquellos supuestos, como el último de los mencionados, en que quien sufre el daño es un trabajador en el ámbito de la organización y actividad desarrollada, puede surgir también una responsabilidad penal por omisión de medidas protectoras de la salud, seguridad e higiene, que da pie al fenómeno conocido como siniestralidad laboral. A ésta es a la que, básicamente, vamos a referirnos.

1.2. Competencia municipal y contratación de los espectáculos públicos

La tipología de los espectáculos públicos que se desarrollan en el ámbito de las corporaciones locales es variadísima: espectáculos musicales, teatrales y de danza; exhibiciones de películas cinematográficas y obras audiovisuales en salas de titularidad municipal, casas de cultura o plazas públicas; exposiciones de fotografías, pinturas u otras manifestaciones artísti-

cas; convocatoria de certámenes, concursos de baile u otros actos de participación concurrída con públicos reconocimientos o premios; realización de espectáculos taurinos y sus “derivados”; espectáculos pirotécnicos, etc., etc.

Todas ellas son actividades que el municipio puede “ejercer”, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, según recoge el artículo 25.2.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), al comprender entre sus competencias las “actividades o instalaciones culturales o deportivas, ocupación del tiempo libre; turismo” y confiándose, igualmente, a los ayuntamientos la realización de “actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas, y en particular, las relativas a la cultura...” (artículo 28). En igual sentido en los artículos 66.n) y 71 del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril. Todas estas actividades, además, precisan, cuando son realizadas por terceros, de la correspondiente licencia municipal.

Lo primero que hemos de determinar es quién organiza y/o realiza estas actividades. Si lo es la propia corporación local, la responsabilidad por siniestralidad laboral se enmarca dentro de lo que ya fue objeto de exposición en estos seminarios hace dos años (no existe responsabilidad administrativa sancionadora a ejercer por la autoridad laboral pero sí puede existir responsabilidad penal contra los derechos de los trabajadores o por homicidio o lesiones cometidos por imprudencia, además de la correspondiente responsabilidad civil). Si, por el contrario, la Administración no interviene como empleadora del trabajador siniestrado parece lógico que no recaiga sobre ella ningún tipo de responsabilidad; pero esto no es siempre así, dado que la contratación de su organización ha podido no ser realizada de forma correcta, lo que ha podido ser causa del accidente por falta de control de las medidas de seguridad en los trabajadores, lo que haría a la autoridad o funcionario municipal responsable de los delitos antedichos.

Por de pronto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), divide los contratos celebrados por la Administración en contratos administrativos y contratos privados. Y que, de acuerdo con los artículos 19.2 y 20, en relación con la categoría 26 del anexo II de dicha ley, tiene el carácter de contrato privado aquel que tenga por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, así como que se refieran a servicios de esparcimiento, culturales y deportivos. Estos contratos privados se registrarán, en cuanto a su prepara-

ción y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la propia LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante.

Es decir, no se trata de contratos administrativos típicos ni contratos administrativos especiales (por no reunir los requisitos y características del artículo 5 de la LCSP), ya que no aparecen vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, ni sirven para satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla. Se trata de contratos privados; pero su preparación y adjudicación –actos separables– están sometidos a lo dispuesto en la LCSP, lo que obligaría a convocar la correspondiente licitación, salvo que por sus especiales características (que suele ser lo normal) sean objeto del procedimiento negociado. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el Derecho privado.

1.3. En particular, las comisiones de fiestas

Dentro de este apartado introductorio, mención especial tienen, en este campo de actividades, las *comisiones de fiestas*, sobre todo en la organización de los festejos patronales en los municipios medianos y pequeños.

Se trata de un grupo de personas que se dedican a programar y planificar las fiestas del pueblo, que deciden los espectáculos en función de las ofertas recibidas por parte, normalmente, de un representante. Dichas comisiones de fiestas no tienen personalidad jurídica, pese a lo cual son beneficiarias de subvenciones o aportaciones dinerarias por parte de la Administración local, siendo, desde luego, un importante instrumento de participación ciudadana. La base regulatoria está en la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, pero es insuficiente, dado que dichas asociaciones pueden estar sometidas al régimen común, al Derecho foral o a regímenes especiales. Las comisiones de fiestas y, en general, las asociaciones culturales no han tenido un desarrollo jurídico especial. Por ello, habrá de estarse a sus estatutos (ley para los socios), las que los tengan, que han de tener un contenido facultativo y otro preceptivo. Pero de lo que no cabe duda es que las comisiones de fiestas pueden actuar como “órganos municipales”, bien porque han sido creadas y organizadas por el Pleno de la corporación (que es el caso menos habitual), de acuerdo con el artículo 130 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se regula el Reglamento de organización, funcionamiento y

régimen jurídico de las entidades locales, bien porque han sido reconocidas por el ayuntamiento –actuando en ambos casos en una suerte de “encomienda de gestión”– por lo que, pese a no ostentar ninguna personalidad jurídica, tienen una capacidad de organización de las fiestas y de implicación social muy importante. Las relaciones contractuales son realizadas por los miembros de la comisión con los agentes artísticos o directamente con los artistas, asumiendo los primeros unas responsabilidades civiles e, incluso, penales que pueden llegar a ser preocupantes. Normalmente la financiación de las fiestas corre a cargo del ayuntamiento, el cual transfiere una cantidad de dinero a la cuenta corriente de esta comisión de fiestas, inexistente desde el punto de vista jurídico, y esta comisión asume toda la contratación de las fiestas. Quizá sería bueno plantearse que los ayuntamientos fomenten que las comisiones de fiestas adquieran una personalidad jurídica completa y una capacidad de obrar plena.

1.4. Las específicas normas regulatorias de cada actividad

Cada una de las actividades de tipo “cultural” o de ocio tiene, además, sus propias normas regulatorias o peculiaridades. Así, por seguir la relación de actividades que, ejemplificativamente, se han enunciado al principio:

1. En materia de *espectáculos musicales, de teatro o de danza*, con independencia de la forma de contratación, cabría distinguir dos tipos diferentes de contratación de los artistas: a) directamente con los propios intérpretes, en el que el ayuntamiento será el empresario, responsable, entre otras, de las obligaciones fiscales y ante la Seguridad Social, y b) a través de una empresa, en el que el ayuntamiento no es empresario, pero que no por ello queda desligado, dada su condición de promotor o titular del centro donde se realiza (y que debe asegurar que la empresa organizadora que contratará a los artistas se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social). Cabría, incluso, que la contratación del intérprete se realizara a través de una sociedad mercantil local o a través de “gestión indirecta”, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 85.2 de la LBRL, modificado por la disposición final primera de la Ley de contratos del sector público. En todo caso, la organización técnica que haga posible tal actividad habría de tener su plasmación documental en el expediente de contratación, que servirá, desde luego, como buen referente ante cualquier incidencia de tipo jurídico (piensese, por ejemplo, en un accidente laboral sufrido durante el montaje del

escenario). En este sentido, sería bueno crear unos modelos de contrato estándar para la contratación de artistas.

2. Para las *exhibiciones de películas cinematográficas y obras audiovisuales* en salas de titularidad municipal, casas de cultura, espacios abiertos, etc., hay que tener en cuenta no sólo la normativa del sector y la acción intervencionista de la Sociedad General de Autores de España en todo lo atinente a la protección de la propiedad intelectual, sino la adecuación de los lugares y recintos donde van a tener lugar dichas proyecciones o exhibiciones. Una caída accidental durante el montaje de la plataforma y andamio sufrida por un trabajador, por incumplimiento de la normativa preventiva de riesgos laborales, constituye una infracción penal si el riesgo afectara potencialmente a los operarios encargados de dicho montaje.

3. En las *exposiciones* organizadas por las corporaciones locales, bien en colaboración con asociaciones o entidades privadas o, más comúnmente, por sus propios y únicos medios (es muy frecuente que las corporaciones locales promuevan festivales cinematográficos y jornadas culturales, organicen talleres de pintura y conciertos de banda municipal o de asociaciones musicales, que editen libros, promuevan cultura infantil a través de cuenta-cuentos, etc.), nos remite a la normativa específica de cada sector de actividad involucrado, siendo en estos casos, ciertamente, difícil que se produzcan supuestos de siniestralidad laboral por incumplimiento de la norma preventiva.

4. Por lo que respecta a la contratación de *espectáculos taurinos* y sus derivados, éstos están específicamente regulados en el Real decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y se da nueva redacción al Reglamento de espectáculos taurinos (en el que se distinguen las corridas de toros, las novilladas con picadores, novilladas sin picadores, corridas de rejones, becerradas, y el "toreo cómico") y normativa autonómica. En estos supuestos, aparte de la responsabilidad respecto de terceros, sí son exigibles medidas de seguridad en los trabajadores, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad penal si su omisión hubiera puesto en peligro su vida o integridad.

5. Por último, la realización de *espectáculos piro-técnicos*, que está fuertemente regulada por el Real decreto sobre explosivos, de 16 de febrero de 1998, tiene similares características que el anterior en relación con las medidas de seguridad de los trabajadores encargados de llevarlos a cabo.

En fin, vemos la variada regulación sectorial de las actividades en cuestión, a las que habría que sumar la normativa autonómica general sobre este tipo de eventos y actividades, que en Cataluña tiene como importante exponente la Ley 10/1990, de 15 de junio,

de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Cataluña, cuyo examen escapa de este trabajo, cuyas competencias sancionadoras pueden ser ejercidas, por delegación del Gobierno autonómico, por los municipios, en los supuestos contemplados en dicha norma y en el artículo 70.2 del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, de 2003.

La realización de estas actividades, directa o indirectamente, por los ayuntamientos, somete a éstos en el punto de mira, inevitable, de las reclamaciones y responsabilidades económicas –y también las penales– derivadas de dichas actividades –incluso aunque no exista culpa alguna por parte de la Administración–, lo cual nos obliga a conocer el alcance de las mismas y, consecuentemente, el régimen jurídico que regula dichas actividades porque, como es fácil advertir, las cuestiones de tipo jurídico que se suscitan son variadísimas y, a veces, imprecisas.

El presente trabajo se refiere, como ya se ha adelantado, al régimen jurídico de los accidentes; pero no de cualquier accidente sino de los accidentes "laborales", es decir, los surgidos en las actividades y sufridos por los trabajadores, en las que la corporación local tiene un papel fundamental, en cuanto que promotora, si no organizadora, de la misma. ¿Cuáles son las responsabilidades?, ¿cómo podrían prevenirse?, ¿es conveniente asegurar los riesgos? A estas y otras preguntas trataremos de dar respuesta. Para ello se analizará primeramente, con cierto sentido crítico, el actual sistema de responsabilidad surgida como consecuencia de un accidente por parte de los trabajadores y, secundariamente, del régimen de aseguramiento de los riesgos en la celebración de espectáculos públicos, todo ello con la finalidad de determinar, conociendo el Derecho, las responsabilidades que por culpa *in omitendo* o *in vigilando* pudiera recaer en los responsables municipales que por dolo, negligencia o ignorancia han propiciado dicha lesión a la vida o integridad de las personas.

2. Notas críticas al régimen jurídico de la llamada siniestralidad laboral

Desde la perspectiva de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, el sistema español se caracteriza por una marcada complejidad y desvertebración, que –en la práctica– comporta una probada ineficacia e ineficiencia tanto de las responsabilidades que se caracterizan por su marcada naturaleza punitiva como de aquellas que tienen una funcionalidad resarcitoria.

En efecto, la regulación de la materia de prevención de riesgos laborales, y la interpretación que

nuestros tribunales han venido estableciendo al respecto, ha derivado en una multiplicidad de responsabilidades públicas, pseudopúblicas y privadas que pueden concurrir respecto de un mismo hecho (incumplimiento), afectando a varios o, incluso, a un mismo sujeto responsable. Así, no es extraño observar cómo respecto de un mismo y único incumplimiento en materia de seguridad y salud laboral se imputa penalmente al representante de la empresa y al prevencionista, a la vez que a la empresa se le impone una sanción administrativa y un recargo de prestaciones, además de exigirse tanto a la empresa como al prevencionista la compensación de los daños y perjuicios irrogados al trabajador y/o a sus beneficiarios. En este contexto, la propia configuración del alcance de tales responsabilidades genera que ninguna de las dos funciones inmediatas que debe cumplir todo sistema de responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral, la punitiva y la resarcitoria, acaben siendo satisfechas; ni tampoco su función final, como es la preventiva.

Además, la desvertebración de nuestro sistema de responsabilidades tiene su fiel reflejo en una excesiva pluralidad judicial en cuanto al enjuiciamiento de cada una de estas responsabilidades. De tal forma que en este ámbito pueden llegar a intervenir ante la producción de un mismo accidente de trabajo tanto la jurisdicción penal, como la contencioso-administrativa, la social y la civil. Todo ello, sin que ni tan siquiera pueda decirse que hay un tipo de reparto competencial perfectamente parcelado del tipo “responsabilidad por jurisdicción”, pues la responsabilidad civil se puede dilucidar tanto en la jurisdicción civil, en la social, así como en la penal; al igual que el enjuiciamiento sobre el recargo de prestaciones se reparte de manera no del todo clara y coherente entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la social.

Una situación, en fin, que alcanza su escenario más complejo cuando nos encontramos ante situaciones en las que una pluralidad de empresarios comparten un mismo centro de trabajo. Y es que sería equivocado pensar en un único concepto de empresario responsable –“aquel que ha contratado al trabajador accidentado”–, pues cada vez es más habitual que el accidente de trabajo se produzca en situaciones de pluralidad empresarial, como serían los casos en los que el accidente afecte a un trabajador de una empresa contratista cuando está prestando servicios para la empresa contratante, o a un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal (ETT) a una empresa usuaria.

2.1. Responsabilidad penal

Es conocido que lo que se trata de preservar con esta responsabilidad son una serie de derechos

fundamentales y esenciales de la persona tales como la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. En este contexto es cierto que cabría decir que “todo accidente de trabajo genera una afectación a la vida, salud e integridad física de un trabajador”, y, consiguientemente, siempre sería susceptible de ser sancionable penalmente; pero la responsabilidad penal ha de concebirse como la respuesta más contundente que puede establecerse por un ordenamiento jurídico contra un incumplimiento (función de *ultima ratio*). En otras palabras, técnicamente la responsabilidad penal no puede convertirse –ni de hecho, ni de derecho– en una respuesta habitual, común u ordinaria ante cualquier infracción de la normativa prevencionista, sino que ha de configurarse como una responsabilidad que debe actuar ante aquellas infracciones que sean especialmente graves.

El Código Penal regula en los artículos 316 y 317 los delitos específicos que pueden producirse en materia de seguridad y salud laboral. Para que surja una responsabilidad penal no se requiere que el incumplimiento doloso o negligente del sujeto responsable haya provocado un accidente más o menos grave de un trabajador, sino que es suficiente que el incumplimiento “ponga así en peligro grave su vida, salud o integridad física”. De tal forma que para que se consuma el delito se requiere la generación de un peligro grave y concreto para los bienes jurídicos objeto de protección, por lo que nos encontramos ante un delito de los denominados “de riesgo” y no “de resultado”. Lo anterior no quiere decir que no exista respuesta penal ante la producción de un resultado, sino que la singularidad en materia de seguridad y salud laboral es precisamente la tipificación de un delito de riesgo, más allá de la respuesta jurídica ante los delitos de resultado, dado que cuando ese riesgo creado por un incumplimiento se materialice en una lesión para la vida, la integridad física o la salud de un trabajador, concurrirá además la responsabilidad penal tipificada en los delitos de homicidio o lesiones por imprudencia.

Esta singularidad del ordenamiento jurídico español implica, además, que nos encontramos ante un claro ejemplo de los siempre conflictivos tipos penales “en blanco”, en el sentido de que para integrar la conducta punible habrá que acudir necesariamente a las normas reguladoras de las obligaciones y responsabilidades de los diferentes agentes que intervienen en la prevención de riesgos laborales. En este punto, sin duda, la configuración de la infracción es considerablemente amplia, al referirse a la no-facilitación de “los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”.

Como se adelantaba, de haberse producido un resultado, deberemos diferenciar las situaciones en las que nos encontremos ante un delito de aquellas en las que estemos ante una falta. Así, con relación al delito, cabe diferenciar: (1) el delito de homicidio imprudente (artículo 142.1 del CP) y (2) el delito de lesiones por imprudencia grave, respecto del que la pena a imponer estará en función del alcance de las lesiones, exigiéndose, en todo caso, para que sea delito, que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Sin embargo, no será un delito sino una falta (infracción criminal leve) cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 621 del CP, estemos ante una imprudencia grave con resultado de lesiones que no requieran tratamiento médico o quirúrgico, o una imprudencia leve causante de lesión grave (constitutiva de delito).

Finalmente y con relación al sujeto responsable, el Código Penal no se fija en la condición de “empresario” para establecer la responsabilidad penal derivada de un incumplimiento en materia de seguridad y salud laboral, sino que lo que pretende es identificar “quién” ha “infringido una norma de prevención” estando “legalmente obligado” a cumplirla (haciendo o no haciendo algo). En este sentido, si el sujeto que más obligaciones tiene que cumplir en materia de prevención es el empresario respecto de sus trabajadores, no cabe duda que será él quién más posibilidades tenga de ser responsable penal. En este punto, recuérdese como el artículo 14.2 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) concibe al empresario como el responsable directo y principal en esta materia –“en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”–. Pero nada impide que la infracción de la norma preventiva o el resultado lesivo se impute al promotor de la actividad, sobre lo que también recaen determinados deberes preventivistas (derivados de la regulación, entre otras normas, del concreto espectáculo público).

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, hay que tener en cuenta que el artículo 318 del Código Penal establece que “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título 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 quien, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello”. Junto al empresario pueden ser responsables de forma alternativa o acumulativa otros sujetos a los que la norma preventivista también sitúa en una posición de garantes de la prevención,

esto es, personas “legalmente obligadas” a cumplir determinadas obligaciones normativas.

2.2. Responsabilidad administrativa

La finalidad de la responsabilidad administrativa instituida en el ordenamiento jurídico español es clara. Por una parte, se trata de garantizar la posición de la Administración pública como garante último de la existencia de una efectiva “seguridad e higiene en el trabajo”, tal y como nos indica expresamente el artículo 40.2 de la Constitución española. Así como, por otra, se garantiza el interés general de que dicha normativa se cumpla. En concreto, desde el año 2004, las infracciones y sanciones administrativas en materia de seguridad y salud laboral se regulan en los artículos 11 a 13 (infracciones en materia de prevención de riesgos laborales) 18 y 19 y 39 a 42 (responsabilidades y sanciones) del Texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (TRLISOS).

Desde la perspectiva subjetiva, debe afirmarse que es el empresario quién normalmente incurrirá en este tipo de responsabilidad. Y decimos “normalmente” porque es posible que otros sujetos que intervienen como auxiliares de cumplimiento en materia de seguridad y salud laboral (servicios de prevención ajenos, las entidades auditoras o las empresas de formación) puedan ser igualmente responsables. En cualquier caso y a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad penal, e incluso con relación a la responsabilidad administrativa en otros ordenamientos jurídicos, la ley española no reconoce como sujeto responsable administrativo al trabajador ni como susceptible de ser sancionada la Administración (que sólo puede ser objeto de requerimiento para subsanar las deficiencias detectadas por la Inspección de Trabajo).

En lo que respecta a la sistematización de las infracciones administrativas, la misma se hace diferenciando las leves de las graves y de las muy graves: (1) las leves se caracterizan por referirse a incumplimientos que no generan un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores y, normalmente, están relacionadas con incumplimientos formales (falta de limpieza del centro de trabajo que no derive en riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores, no informar a la autoridad laboral de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales leves, no comunicar apertura de centro de trabajo, no disponer de libro de subcontratación en la obra de la construcción...); (2) las graves son, sin duda, el grueso de infracciones tipificadas, abarcando –lógicamente– la mayoría de obligaciones preventivas, y (3) las muy graves, que normalmente vienen referidas al incumplimiento de las obligaciones referidas a los

trabajadores especialmente sensibles o a las situaciones de especial riesgo (situaciones de emergencia, riesgo grave e inminente, pluralidad de empresarios, construcción...).

El problema es que mientras progresivamente se ha ido aumentando la cuantía de las sanciones administrativas, ello no ha implicado una mejora en la claridad de los criterios utilizados para graduar las sanciones, prescindiéndose de manera casi absoluta de la exigencia del requisito de culpabilidad, cuando menos mínima, para imponer la sanción administrativa que corresponda. En efecto, los grados mínimo, medio o máximo de las sanciones dependerán de una serie de criterios apreciables por la autoridad administrativa laboral y que se enumeran en el artículo 39 del TRLISOS: *a)* la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo; *b)* el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades; *c)* la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias; *d)* el número de trabajadores afectados; *e)* las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos; *f)* el incumplimiento de la advertencia o los requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; *g)* la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el Comité de Seguridad y Salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes, y, finalmente, *h)* la conducta general de seguridad por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

En nuestro ordenamiento existe una casi nula permeabilidad a factores tan relevantes desde la perspectiva punitiva en esta materia como el grado de cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, esto es, en la relación existente entre el índice de incidencia de siniestralidad de la empresa en cuestión y el del sector o subsector en que se haya insita.

2.3. Responsabilidad en materia de seguridad y social. El recargo de prestaciones

Como es conocido, todo trabajador que sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional (AT/EP) tiene derecho a recibir una prestación pública de la Seguridad Social que será más o menos importante en función, básicamente, de las cotizaciones realizadas y de las lesiones profesionales que se hayan derivado del propio siniestro. No obstante

lo anterior, en el ordenamiento jurídico español se regula una figura realmente atípica si nos comparamos con otros ordenamientos jurídicos: el recargo de prestaciones.

Según lo establecido en el artículo 123 del TRLGSS, “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características de la edad, sexo y demás condiciones de trabajo”. Con esta regulación se abandona el principio de inmunidad y se instaura un triple sistema de reparación: (i) el recargo es compatible con las prestaciones de seguridad social derivadas de accidente de trabajo; (ii) las prestaciones de seguridad social y el recargo son compatibles con la indemnización adicional por responsabilidad civil, y (iii) tanto el recargo como las prestaciones de seguridad social son compatibles con las sanciones administrativas (excepto para la Administración) y penales que puedan derivarse de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

De conformidad con ello y como se ha analizado, en el ordenamiento jurídico español se abren, por tanto, tres vías de indemnización: (1) las prestaciones de seguridad social por accidente de trabajo, que actúan como un seguro de la responsabilidad objetiva del empresario; (2) el recargo de prestaciones, que responde a una responsabilidad específica por culpa del empresario, cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produce con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, y (3) la responsabilidad civil adicional, que debería en teoría cubrir la diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente.

En suma, el recargo cumple una función coercitiva, sancionadora y resarcitoria. Por tanto, su naturaleza es pública, por cuanto constituye una pena patrimonial para el empresario que no puede ni transmitir (asegurar) ni compensar, y privada, ya que acrece la prestación a que tiene derecho el trabajador o sus derechohabientes. Por último, al ser una sanción parcialmente punitiva y por su carácter inasegurable técnicamente exigiría la concurrencia de una negligencia empresarial por la que se haya producido el incumplimiento que haya generado un AT/EP.

2.4. Responsabilidad civil

Como se ha ido observando, son múltiples las responsabilidades que se pueden derivar del incumplimiento de la normativa prevencionista. Desde la perspectiva de las formas de compensar el daño derivado de un accidente de trabajo, el trabajador o su/s beneficiario/s podrán ser perceptores de las prestaciones públicas de la Seguridad Social, así como –eventualmente y como se ha analizado con anterioridad– del recargo que de tales prestaciones deba asumir el empresario. Sin embargo, es posible que tales cantidades no sean suficientes para resarcir del daño finalmente generado por el accidente de trabajo, siendo entonces cuando puede reclamarse la indemnización de daños y perjuicios.

En el ordenamiento jurídico español, el recurso a la responsabilidad civil ante la producción de un daño derivado de un accidente de trabajo no se limita por el hecho de que el trabajador pueda percibir una mayor o menor prestación de seguridad social. En efecto, los artículos 1101 y siguientes y 1902 y siguientes del Código Civil son los que regulan la reclamación de daños y perjuicios derivada de responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente. Así, el artículo 1101 dispone que “Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas” y el artículo 1902 que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

En este punto debemos destacar tres aspectos conflictivos respecto de la configuración normativa y judicial actual de la responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo. El primero, el referido a la propia valoración del daño derivado de un accidente de trabajo. El segundo, la coordinación entre las diferentes formas de compensar el daño, a los efectos de saber –por ejemplo– si lo percibido como prestación de seguridad social, como mejora voluntaria o como recargo de prestaciones debe restarse o acumularse a la valoración del daño que se haya efectuado para configurar finalmente el quantum indemnizatorio que deberá percibir el trabajador o su/s beneficiario/s. En tercer y último lugar, la controversia sobre la jurisdicción competente es, aún en la actualidad, un debate no resuelto a la luz, no tanto de las resoluciones de la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo, como a la producción de sentencias sobre esta materia tanto en la jurisdicción social como en la civil.

En cuanto a la valoración de los daños derivados de un accidente de trabajo, tanto la defensa de parte,

como finalmente los tribunales españoles suelen recurrir –como criterio orientativo principal– a las pautas valorativas dispuestas en la normativa sobre daños causados a las personas por accidentes de circulación, que publica la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En este punto, recuérdese que el Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias que se recogen en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior.

La reciente STS de 11 de julio de 2007 (Sala Social) exige que la valoración de los daños derivados de un accidente de trabajo se haga de manera vertebrada “explicando y motivando cada uno de los daños y su valor”. Para el Tribunal, esa valoración la puede facilitar el sistema de valoración previsto para los accidentes de tráfico, afirmando que “si se dice que se sigue (dicha baremación) hay que razonar los motivos por los que no se respeta en un punto”.

En cuanto a la relación de coordinación entre las diferentes formas de compensar el daño, los tribunales españoles han determinado: a) que la cuantía percibida como prestación de seguridad social debe descontarse de la valoración final que se haya efectuado del daño derivado de un accidente de trabajo; b) que, igualmente y de existir, debe descontarse lo obtenido en concepto de mejora voluntaria de las prestaciones de seguridad social, y c) que, en cambio y finalmente, debe acumularse la cuantía percibida en concepto de recargo de prestaciones.

Por lo que respecta a la jurisdicción competente, si bien en la actualidad nadie duda de que el trabajador puede reclamar contra el empresario los daños y perjuicios irrogados por el AT/EP, no sucede lo mismo cuando debe decidirse ante qué juez (civil o social) debe interponerse la demanda, por cuanto independientemente de que la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo se haya pronunciado en más de una ocasión a favor de la competencia del orden social, lo cierto es que aún en la actualidad, tanto la jurisdicción civil como la social se irrogan la competencia sobre tales conflictos. Todo esto, claro, sin olvidar que (1) tal responsabilidad civil puede ser objeto de reclamación en sede penal cuando el daño o perjuicio se haga derivar de la comisión de un delito de homicidio o lesiones imprudentes, y (2) si la responsable lo es la corporación local, excluida la responsabilidad penal, tal reclamación ha de articularse como res-

ponsabilidad patrimonial de la Administración (ex artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y concordantes de la legislación local).

2.5. El sistema de reparación de la Seguridad Social

Como es conocido, en el ordenamiento jurídico español, el marco normativo referido a la reparación de los daños derivados de la producción de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional se recoge en la Ley general de la Seguridad Social. En concreto, el artículo 108 de dicha ley establece que la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional se efectuará conforme a primas que podrán ser diferentes para las distintas actividades, industrias y tareas.

La tarifa precedente a la actual (2006 y 2007) de primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fue aprobada por el Real decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, con un total de 131 epígrafes y unos tipos de cotización entre el 0,81% y el 18%. La disposición adicional 17 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de presupuestos generales para el año 1998, contenía un mandato para que el Gobierno procediera a la actualización de la tarifa en el plazo de un año. No ha sido hasta la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, que se ha procedido a tal actualización, disponiéndose que a partir del 1 de enero de 2007 entraba en vigor la nueva tarifa de primas para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, quedando derogada la que fue aprobada por el Real decreto 2930/1979. Una tardía actualización que, paradójicamente, se ha re-actualizado para el año 2008 por la disposición final decimocuarta de la Ley general de presupuestos generales del Estado para 2008 (Ley 51/2007).

2.6. Responsabilidad laboral. La potestad disciplinaria

Hasta ahora se han analizado los diferentes tipos de responsabilidades que se derivan del incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud laboral. Sin embargo, no hemos de olvidar que el trabajador también puede ser sujeto responsable de dicho incumplimiento. En efecto, el artículo 29.3 de la LPRL es muy claro a este respecto cuando nos indica que: "El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los trabajadores." La referencia que efectúa el artículo

29.3 de la LPRL al 58.1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto del trabajador (TRLET) debe entenderse en el sentido de que es en éste último en donde se reconoce la capacidad del empresario de sancionar las infracciones laborales de sus trabajadores, eso sí, en función de lo establecido en el convenio colectivo de aplicación.

Debe destacarse que mientras la tipificación o enumeración de las faltas y sanciones de tipo administrativo, de seguridad social o penal no puede corresponder a la negociación colectiva por ser materias de orden público reservadas a la Ley (artículo 25 de la Constitución), lo contrario sucede con las infracciones laborales, pues es el convenio colectivo la norma principal para establecer qué tipo de acciones u omisiones del trabajador son sancionables, incluso con el despido. Aunque tanto en el Estatuto de los trabajadores como en la LPRL se enumeran algunos incumplimientos del trabajador que son sancionables, es el propio artículo 58 del TRLET el que remite a los convenios colectivos no sólo la concreción de las faltas sancionables sino también su propia graduación como leves, graves y muy graves.

En cuanto a la tipificación de las sanciones, el artículo 115.2 del TRLPL dispone que "será nula la sanción cuando [...] no estuviere tipificada en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable". Así, pues, adquieren especial relevancia tanto las sanciones legalmente tipificadas como aquellas cuya previsión sea convencional. A este respecto, téngase en cuenta que legalmente sólo se tipifican dos sanciones: la suspensión de empleo y sueldo y el despido del trabajador. Aun y la parquedad legal para tipificar sanciones, sí se prohíbe tajantemente que aquéllas puedan afectar a los derechos de descanso del trabajador (reduciendo, por ejemplo, la duración de las vacaciones o de cualquier otro derecho asimilable) o a la contraprestación económica por los servicios realizados (las multas, de haber). Con todo, la mayoría de los convenios colectivos no están incorporando una regulación en materia de régimen disciplinario en lógica prevencionista. En este punto, entendemos que la negociación colectiva debería efectuar un esfuerzo importante por "interiorizar" la gestión de la prevención también en este punto. En caso contrario, difícilmente cabe entender que se ha producido una integración completa de la prevención en la gestión de la empresa (artículo 16 de la LPRL, reformado por la Ley 54/2003).

3. ¿Cómo prevenir la siniestralidad laboral en los espectáculos públicos?

A parte de cumplir –y hacer cumplir– con la norma preventiva y la regulación específica de cada activi-

dad recreativa o espectáculo público, que excluya cualquier tipo de “falta de diligencia debida” y, en su caso, inspeccionar o sancionar al responsable de su incumplimiento, lo que excluiría la responsabilidad penal, la responsabilidad civil, de marcado carácter objetivo, puede “prevenirse” a través del aseguramiento del riesgo, por quien lo crea.

Una manera de “cubrirse las espaldas” desde el punto de vista de la responsabilidad civil –responsabilidad patrimonial de la Administración– derivada de los accidentes tenidos lugar en la celebración de espectáculos públicos y demás actividades recreativas, tanto respecto de sus empleados como respecto a los usuarios, consumidores o terceros en general, es la cobertura a los diversos riesgos relacionados con los mismos por las corporaciones locales.

A parte de los seguros que pueda –y deba– concertar la corporación local, cuando el espectáculo público o actividad recreativa se realiza por una empresa, la Ley (Parlamento de Cataluña) 15/1990 exige que el organizador del mismo, a fin de serle autorizada la actividad, tenga concertado un contrato de seguro que cubra el riesgo de responsabilidad civil. Uno de los factores más importantes antes de la contratación de un seguro es la declaración de la información solicitada en los cuestionarios. Es importante porque el seguro va a realizarse basándose en la información que da el cliente mediante el cuestionario. Un seguro siempre está basado en la buena fe del asegurado, y, de acuerdo a esta información, se va a adaptar esa póliza a las necesidades aseguradoras de cada cliente, así como el precio de la póliza va a ir también en consonancia con el riesgo declarado (por ejemplo: no existe el mismo riesgo en una localidad pequeña de veinte mil habitantes que en una más grande con cien mil a la hora de contratar una póliza de responsabilidad civil; el riesgo va a ser más alto, por tanto los límites van a ser también más altos y, como resultado, la prima será también más cara). Otro factor, muy importante también, es la declaración de la siniestralidad sufrida, que se ha de reflejar en todos los cuestionarios de seguros y para todos los ramos. Aparte de los anteriores, es determinante la importancia del pago de la prima en los contratos de seguro. Es más, este concepto está recogido en el artículo 14 de la Ley del contrato de seguro como condición para el pago de cualquier siniestro. Para explicar de una forma gráfica por qué sucede esto, diremos que todas las pólizas tienen una fecha de efecto que refleja cuándo comienza su “vida”, por lo que antes de este efecto la prima o precio del seguro debe estar pagado. Más aún, en cualquier póliza se puede comprobar que, entre sus exclusiones, figura la no-obligación por parte de la compañía aseguradora de pagar ningún siniestro sin la presentación del recibo de la prima.

Los seguros más frecuentes, con los que quedarían cubiertos la totalidad de los posibles riesgos derivados de las actividades relacionadas con los espectáculos públicos, son los de responsabilidad civil frente a terceros, el seguro de accidentes y el seguro de contingencias.

El seguro de responsabilidad civil es el que cubre las posibles reclamaciones de terceros por daños materiales o personales. En una variedad muy amplia de actividades, estos seguros son generalmente obligatorios: es el caso del cazador, del conductor de coche, de la exigencia de los propietarios al inquilino de presentación de este tipo de seguros, etc. En el caso de Cataluña, ya se ha visto, es de obligada exigencia para todas las actividades reguladas en la Ley 15/1990, realizadas por terceros.

En algunos casos puede ser que este tipo de riesgo para espectáculos públicos esté incluido dentro de la póliza que tenga el propio ayuntamiento para toda la anualidad, pero en la mayoría de los casos la responsabilidad civil del ayuntamiento como organizador de determinados festejos estará excluida, por ejemplo en el caso de los festejos taurinos (en cuyo caso existe la posibilidad de poder contratar esta póliza temporalmente y sólo durante las fiestas de su localidad).

El seguro de accidentes parte de la definición del mismo como la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado. Los seguros de accidentes ofrecen varios tipos de coberturas. Así, existen las garantías principales, que son muerte por accidente e invalidez profesional o absoluta por accidente (la invalidez que impide la realización de cualquier tipo de trabajo). Las dos, muerte e invalidez, son garantías automáticas, teniendo la opción de contratar otras garantías opcionales, como son la invalidez temporal o los gastos sanitarios. Todas estas coberturas –como el propio seguro indica– son a consecuencia de un accidente (por ejemplo, imaginemos que una vaquilla, en el peor de los casos, mata a un participante en el festejo. Éste es un ejemplo de la cobertura de muerte por accidente en el que se pagará la cantidad pactada para esta cobertura).

Puede también ocurrir que no muera nadie pero que se produzcan heridos de diferente gravedad. En el peor de los casos, alguien puede quedar inválido; si se declarara invalidez absoluta, se pagaría hasta el límite de la indemnización pactada para esta cobertura. Para el resto de los heridos, y en el caso de que se hayan contratado los gastos sanitarios, también quedarían cubiertos estos hasta los límites pactados en las condiciones particulares de la póliza. Este es un ejemplo en el que los participantes quedarían cubiertos por la póliza de accidentes, ya que no esta-

rían cubiertos por la póliza de responsabilidad civil, puesto que entre otras exclusiones se encuentran los daños causados a los participantes voluntarios que intervengan en los encierros o en las sueltas de vaquillas.

El seguro de contingencia es ajeno a la siniestralidad en la celebración de espectáculos públicos; pero su cita se hace para cerrar este epígrafe sobre aseguramiento de los riesgos derivados de estas actividades. No es un seguro convencional, ya que, tanto por su funcionamiento como por el tipo de riesgos que cubren, son más sofisticados y realmente actúan como protecciones financieras. Cubren riesgos tales como las cancelaciones de eventos por causas como la meteorología adversa –lluvia o viento– o la incomparecencia. Indemnizan los gastos desembolsados para la celebración del evento que no son recuperables en caso de suspensión. ■

Los procedimientos formalizados como ámbito de aplicación del silencio positivo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007

Alina del Carmen Nettel Barrera
Becaria del Departamento de Derecho
Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. La trascendencia de la determinación del tipo de procedimiento que la Administración está obligada a resolver.

1.1. Clasificación del procedimiento administrativo atendiendo al sujeto que lo impulsa. El interés de la Administración *versus* el interés del ciudadano. 1.2. La Ley 30/1992 y la normativa aplicable a los contratos de las administraciones públicas (las garantías del procedimiento y la determinación de derechos y deberes). 1.3. La petición ciudadana reconocida bajo la exigencia de corresponderse a un procedimiento formalizado. 1.4. Los principios que rigen las relaciones entre las administraciones públicas, la asistencia y la cooperación.

2. La cuota mínima de derechos de los ciudadanos en el ejercicio de la técnica del silencio administrativo establecidos en el procedimiento administrativo común.

2.1. La remisión normativa a los procedimientos formalizados. Objeto de la disposición adicional primera de la Ley 4/1999. 2.2. La obligación de resolver, el plazo máximo en la Ley 30/1992, parámetro de los procedimientos regulados por otras normativas. 2.3. El agotamiento de la obligación de resolver de las administraciones públicas (principio *non liquet* y los procedimientos formalizados).

3. El silencio administrativo en el ámbito de las obligaciones pecuniarias.

3.1. La asignación equitativa de los recursos públicos, la previsión constitucional de reserva de ley. 3.2. Derechos preexistentes, el derecho patrimonializado de demora. 3.3. El impacto económico de la postura adoptada por el Tribunal Supremo.

4. Conclusiones.

Bibliografía.

Antes de cumplirse un año desde que el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo determinara que la reclamación de intereses en el transcurso de la ejecución de un contrato debidamente adjudicado no es un procedimiento autónomo sujeto a las reglas del procedimiento administrativo común, la nueva Ley de contratos del sector público vino a aclarar, en su disposición final octava y a propósito de determinar cuál será el sentido que el silencio de la Administración debe adoptar en determinados casos, que las peticiones de los ciudadanos dan lugar a un procedimiento distinto del iniciado por la Administración pública.

Lo establecido por la disposición final octava de la Ley de contratos del sector público no habría de dar lugar a un comentario extenso, puesto que como en tantas otras normativas el legislador opta por exceptuar la regla general del silencio positivo a los procedimientos iniciados a petición del interesado cuando incumben a ciertos intereses que particularmente habrían merecido la resolución expresa de la Administración. En este caso, corresponde a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo. En la disposición final octava se formaliza una de las reglas que establece el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, para excepcionar la regla general a favor de la estimación de las solicitudes ciudadanas ante el silencio de la Administración, pero lo que hace peculiar a esta disposición es que viene a desestimar un criterio que el Tribunal Supremo había establecido tan sólo ocho meses antes y que ahora más que nunca parece estar articulado únicamente en función de lograr la inoperatividad del silencio administrativo con efectos

positivos sin importar las confusiones aportadas a la teoría del procedimiento, y, como señala C. Chinchilla Marín, sin apreciar la importancia del carácter garantista que se pretende aportar al silencio administrativo en la regulación actual.¹

La aplicación de ésta técnica ha merecido serias críticas por parte de la doctrina ante la voluntad del legislador que ha procurado su generalización y robustecimiento, pero han sido los tribunales quienes han instado a su eliminación a través de criterios jurisprudenciales como el que se comenta en el presente trabajo, y aquellos que se refieren a la aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico,² en su conjunto. La jurisprudencia neutraliza los objetivos planteados por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y aunque si bien el propósito para una cierta mayoría puede ser defendible los fundamentos difícilmente lo son,³ siendo indudable que ante este panorama los ciudadanos no pueden atenerse a la producción de actos presuntos con efectos positivos tal como lo establece el texto legal vigente.

Resulta interesante seguir el procedimiento legislativo y encontrar que las enmiendas que fueron presentadas al apartado segundo de dicha disposición final octava sustancialmente se concentraron en proponer que sean estimadas las solicitudes de los ciudadanos cuando se trate del reconocimiento o ejecución de actos administrativos o de derechos de crédito reconocidos o sus intereses de demora,⁴ dichas enmiendas no parecen responder al conocimiento previo de la sentencia que nos ocupa, pues simplemente su objetivo era el de evitar la desestimación de las solicitudes, inclinándose por la aplicación del silencio positivo –seguramente por la trascendencia en términos políticos de la medida–. Sea como fuera, dichas enmiendas no llegaron a modifi-

1. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. "Silenci administratiu: delimitació jurisprudencial del seu àmbit d'aplicació (comentari a la sentència del Tribunal Suprem de 28 de febrer de 2007)", *Quaderns de Dret Local*, 16, febrero, Fundació Democràcia i Govern Local, Barcelona, 2008, p. 26 y ss.

2. La producción de los actos presuntos con efectos positivos *contra legem* ha sido objeto de varias corrientes jurisprudenciales. En la actualidad, el Tribunal Supremo, sin poder pronunciarse con fundamento en la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sostiene que la producción del acto presunto se sujeta al cumplimiento de aquel requisito sustantivo, por lo que su ausencia implica la inexistencia del acto y puede ser revocado por la Administración sin los procedimientos previstos en la Ley 30/1992. Véase NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "Silencio positivo *contra legem* en el Derecho urbanístico, punto crítico de encuentro en los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, de próxima publicación.

3. Así lo afirma J. Torre de Silva y López de Letona respecto de la negativa del Tribunal Supremo para entender estimadas por silencio las peticiones del pago de intereses, "teniendo en cuenta los retrasos que suelen producirse para dar respuesta a las solicitudes formuladas por los contratistas en la ejecución de contratos, y al elevado número de éstas, se trata sin duda de un propósito sensato. Pero la sensatez del propósito no es siempre garantía de acierto en la solución". TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. "El silencio administrativo y la caducidad en los procedimientos administrativos en materia de contratos públicos: en especial, la resolución por incumplimiento del contratista (STS de 2 de octubre de 2007)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero-marzo, Civitas, Madrid, 2008, p. 108.

4. Véase *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 95-22, de 29 de marzo de 2007, enmiendas 109 –Grupo Parlamentario Popular en el Congreso–, 300 y 301 –Grupo Parlamentario Catalán (CiU)–, y *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, núm. 112, de 20 de septiembre de 2007, enmienda 23 –Grupo Popular en el Senado.

car el texto original, quedando la redacción tal como la encontramos en el texto definitivo.

No podemos olvidar que la producción del silencio administrativo positivo desde su incursión como regla general en la legislación estatal ha traído consigo múltiples críticas en la doctrina y el resurgimiento de una jurisprudencia en donde los tribunales se constituyen como garantes de los intereses de la Administración ante la posible estimación de las peticiones de los ciudadanos, y qué duda cabe que en el ámbito de las obligaciones pecuniarias esta cuestión adquiere una trascendencia sustancial. La transferencia de fondos públicos sin la labor de asignación a través de la actividad de las administraciones públicas evidentemente plantea serios problemas en la planeación y estabilidad económica del Estado y, por otro lado, en cuanto responde a la petición de pago de intereses –como en el caso que nos ocupa– responde a un derecho patrimonializado de demora, por lo que la interpretación dada por el Tribunal Supremo tiene repercusiones importantes y directas en el patrimonio de los ciudadanos.

El 28 de febrero de 2007 el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se reunió para dictar sentencia y así resolver el recurso de casación número 302/2004, interpuesto por la Administración del Estado en contra de la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2003, en la que se había estimado el recurso basado en la acción de inactividad prevista en el artículo 29.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, por la inejecución del acto firme de reconocimiento de derechos al cobro de intereses devengados por la demora en el pago de la cantidad principal, producto del la operatividad del silencio administrativo. El Tribunal Supremo optó por desestimar el recurso de casación, dando lugar a una sentencia que en lo sucesivo fue precedente en otros recursos de casación⁵ resueltos en el mismo sentido. Estimamos que tanto el Tribunal Supremo como los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas habrían de observar detenidamente la redacción de la disposición final octava de la Ley de contratos del sector público, con el obje-

to de evitar caer en una posición de incoherencia ante un criterio jurisprudencial destinado al fracaso tanto por su falta de consistencia teórica como por la entrada en vigor de la Ley de contratos del sector público.

1. La trascendencia de la determinación del tipo de procedimiento que la Administración está obligada a resolver

La primera cuestión que valora el ponente de la sentencia para llegar a considerar que en el caso que nos ocupa no se ha producido la estimación de la petición de pago de intereses en virtud de la técnica del silencio administrativo, previa solicitud del recurrente, es precisamente la que se refiere a la determinación del tipo de procedimiento por el cual debía haberse resuelto la petición, ya que, atendiendo a su forma de iniciación, de encontrarnos ante un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, jugaría a favor del peticionario la regla del silencio administrativo positivo, puesto que la petición de intereses recurrida no incurre en ninguno de los supuestos de excepción a los que se refiere el artículo 43.2 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, es decir, no se corresponde a procedimientos referentes al derecho de petición, no se tiene como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, ni tampoco da lugar a un procedimiento por el cual se impugnen actos o disposiciones y por supuesto el texto de la Ley de contratos de las administraciones públicas no contaba con una disposición que exceptuara la aplicación de la técnica del silencio positivo en los casos de peticiones de pago a cargo de la Administración, como sí lo habían hecho desde hace ya algún tiempo algunas otras leyes en el ámbito de las obligaciones pecuniarias.⁶

Habiéndose anunciado el sentido por el cual se llegaría a establecer el criterio del fallo que resolvió el asunto, el Tribunal Supremo procura fundamentar su posición entrando al estudio de la normativa en mate-

5. Véase la STS de 29 de mayo de 2007, STS de 12 de junio de 2007, STS de 19 de junio de 2007, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 625/2007, de 23 de marzo, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 821/2007, de 4 de mayo. Incluso este último tribunal advierte que pese a haber considerado en ocasión de otras sentencias (31 de marzo de 2006 y 16 de febrero de 2007) que la producción de actos presuntos en el procedimiento de contratación era posible, “ese criterio ya no se puede mantener en razón de la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero”, debiéndose reconducir la ejecución del contrato y todas sus incidencias al procedimiento iniciado de oficio de adjudicación contractual.

6. Un ejemplo es la Ley 23/2002, de 18 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos en relación con el régimen de silencio administrativo y el plazo de resolución y notificación, y de primera modificación de los artículos 81, 82 y 83 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, que tras la reforma, el artículo 81 apartado tercero, letra b), expresamente señala que serán desestimadas las solicitudes de pago a cargo de la Generalidad entre otros supuestos como la concesión de ayudas y subvenciones públicas.

ria de contratación administrativa, particularmente en relación con la inexistencia de un procedimiento formalizado que tuviera por objeto la petición de intereses dirigida a la Administración y el acceso a la información del expediente para el cómputo de los mismos, cuestiones a las que nos referiremos más adelante.

1.1. Clasificación del procedimiento administrativo atendiendo al sujeto que lo impulsa. El interés de la Administración versus el interés del ciudadano

Esta clasificación de los procedimientos administrativos regulada en los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992 y que atiende a la persona que los impulsa establece que el procedimiento administrativo puede ser iniciado por la instancia de un ciudadano o “de oficio” por la propia Administración, admitiendo esta última un criterio subjetivo mixto, pues como se puede apreciar en el artículo 69.1 el ciudadano también puede participar en el impulso de este tipo de procedimiento por medio de la denuncia.⁸ Aun en los casos en que la denuncia es facultativa y esté involucrado un beneficio al ciudadano implica como fin último la persecución de un interés general ante el interés particular del ciudadano.⁹ Es en este argumento donde en realidad se constituye el criterio clasificador de los procedimientos enunciados en el ya mencionado artículo 68 de la Ley 30/1992.

7. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 287. La instancia en un procedimiento administrativo es “el acto del interesado por el que se promueve un procedimiento, el acto por el que se deduce ante la Administración una petición”, por lo que a ambas le es aplicable la obligación de resolver del artículo 42 de la Ley 30/1992.

8. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de...*, op. cit., p. 284 y 285. Define la denuncia en el procedimiento administrativo como un acto de particular por el que se ponen en conocimiento del órgano administrativo hechos que determinarán la incoación de un procedimiento administrativo. Suele ser catalogado por la doctrina entre los supuestos de colaboración de los administrados a la función administrativa, y tiene como límite poner en conocimiento del órgano administrativo hechos que obligan a la Administración a actuar, pudiéndose dar en dos supuestos: a) por constituir un deber del ciudadano establecido en la norma, o b) como facultad, cuando la denuncia es voluntaria.

9. Como ejemplo, véase el artículo 48 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas.

10. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de...*, op. cit., p. 283. Señala, además, que aunque el principio dispositivo no rige en el procedimiento administrativo, pudiendo ampliarse a otras cuestiones derivadas del expediente, no puede dejar de resolver las planteadas por el interesado.

11. Véase GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Procedimiento administrativo local*, tomo I, Lustel, Madrid, 2005, p. 167-170.

12. El procedimiento, a su vez, responde a una doble causa. La primera, “siendo la Administración una persona moral, su voluntad se forma mediante la actuación de una serie de voluntades correspondientes a los titulares físicos de sus órganos; de otra, del hecho

La petición del particular que da inicio a un procedimiento administrativo por instancia del interesado y el acto administrativo de trámite que inicia el procedimiento de oficio comparten un elemento común, la delimitación del objeto del procedimiento,¹⁰ obligando en el primer caso a resolver lo planteado por los interesados como eje central del procedimiento. Queda pues planteado, por la constitución del objeto, el interés particular o general perseguido como fin último del procedimiento.

Si se plantea el juego de intereses que participan en el procedimiento administrativo como un criterio de clasificación de éstos, nos encontraremos ante una situación compleja por cuanto los intereses particulares pueden estar relacionados con el interés general y la participación de los particulares en la gestión de los intereses generales,¹¹ lo que nos lleva actuaciones complejas por las que el procedimiento administrativo ha de cumplir su función como forma de integración de la voluntad administrativa,¹² por lo que no hay que perder de vista que cuando se pretende abordar al procedimiento en cuanto el interés que persigue, éste se refiere estrictamente al objeto del procedimiento y no al interés general *latu sensu* que intrínsecamente persigue el procedimiento administrativo.¹³

El interés pretensivo¹⁴ que los ciudadanos persiguen con la solicitud por la que se inicia un procedimiento administrativo responde a “los efectos favora-

de que por las exigencias propias del Estado de derecho, se ha tendido cada vez más a una juridización del actuar administrativo”. Esta juridización –formalización– del procedimiento responde a un conjunto de formalidades arbitradas como garantías del administrado y a alcanzar un mayor acierto y eficacia en las resoluciones adoptadas por medio del procedimiento. Véase GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I (parte general), 13ª edición, Madrid, Tecnos, 2002, p. 611 y 612. Tal importancia del procedimiento administrativo merece dos menciones en la Constitución española, en el artículo 105.3, reserva de ley para regular el procedimiento administrativo previendo la audiencia del interesado “cuando proceda”, y en el artículo 149.1.18, regulación de las competencias para legislar en materia de procedimiento administrativo. Véase GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las administraciones públicas (un estudio de las leyes 30/1992 y 4/1999)*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 303 y 304.

13. Y que se hace patente cuando se compara al procedimiento administrativo con el judicial, pues “el procedimiento administrativo, por encima de su función de garantía de los derechos de los administrados, tiene como fin primordial la satisfacción del interés general”. GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 304.

14. CIERCO SIERA, César. *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, p. 159. El autor plantea este criterio como resultado de una “primera aproximación” de la bipartición establecida para los efectos del procedimiento, señalando que el planteamiento puede resumirse en el aforismo *beneficium non confertur invito*.

bles o adversos que puede provocar la actuación administrativa en los patrimonios jurídicos de los sujetos destinatarios de la resolución”,¹⁵ de manera que la esfera jurídica de los ciudadanos pueda verse modificada. Independientemente de las críticas que pueda merecer este criterio, no cabe duda que parece estar de acuerdo con lo establecido por los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992 (efectos que tendrá el silencio administrativo dependiendo del tipo de procedimiento en el que nos encontremos), puesto que si las solicitudes de los particulares han de ser –por regla general– estimadas y en los procedimientos iniciados de oficio cuando la Administración *ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen*, se producirá la caducidad, se está describiendo una situación en la que es la pretensión del particular, lo que reconduce a la aplicación de la técnica del silencio administrativo y otras formas de terminación del procedimiento.

En este sentido es obligado el examen del caso que ocupa al apartado 1 del artículo 44 de la misma Ley 30/1992, ya que indica la desestimación de las pretensiones de aquellas personas que hubieren comparecido en el procedimiento de oficio y que, por medio de la inactividad formal de la Administración, pudieran ver reconocidos o constituidos derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas. La legislación incurre en la ya típica y gravísima falta de prever la inactividad administrativa incluso en aquellos procedimientos iniciados de oficio donde el interés principal recae en la Administración, y por ende debe patrocinar su impulso. Salvando las críticas que pueda merecer la regla general del silencio positivo, una aplicación coherente de la misma y de la obligación de resolver el procedimiento, concebidas como garantías para el ciudadano, deberían primar ante los intereses de la Administración con independencia de que la solicitud comparezca al procedimiento iniciado de oficio.

1.2. La Ley 30/1992 y la normativa aplicable a los contratos de las administraciones públicas (las garantías del procedimiento y la determinación de derechos y deberes)

El ponente de la sala procura delimitar el ámbito normativo en el que se desarrolla el contrato de obras, reduciendo así las posibilidades de aplicación del

procedimiento administrativo común, remitiéndose únicamente a aquellos procedimientos establecidos en la normativa especial de la materia. Se estima que la solicitud y pago de los intereses que se puedan generar por la demora en el pago de la cantidad principal forman parte de un procedimiento que fue iniciado de oficio y ha sido regulado por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, el Reglamento general de contratación del Estado (Decreto 3410/75) y el Texto refundido de la Ley de contratación de las administraciones públicas (Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), y de estas normas se desprenderían una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre las partes contratantes a partir de que se aprueba la oferta y se adjudica el contrato, según el ponente de la sentencia.

En el texto de la sentencia, meticulosamente se procura no hacer referencia al *procedimiento de contratación* sino al *contrato de obras*, puesto que el objetivo es constreñir a éste último las siguientes obligaciones y derechos de los contratantes: a) a la realización de la obra en las condiciones pactadas, b) a los incumplimientos y sus efectos de ambas partes, c) a la obligación y abono del precio de la obra, d) al derecho al percibo de intereses por parte del contratista y a la obligación de la Administración de abonarlos [...], e) a la revisión de precios en las condiciones previstas, y f) a los efectos de la falta de pago de la Administración. Queda claro que es un objetivo para el ponente empaquetar en un mismo bloque el ejercicio de estos derechos y deberes para aplicarlos así a un mismo y único procedimiento, que es iniciado de oficio,¹⁶ pero que sin embargo ante la imposibilidad de denominarlo se dirige a éste como “contrato de obras”. Probablemente esto se debe a que la Ley 2/2002 en diferentes secciones y capítulos no era exhaustiva al denominar procedimientos a ciertas actuaciones normativizadas, lo que lleva a la sala a asumir que “la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico a la ejecución del contrato de obras; sólo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación”, pero habría que preguntarse cuántos procedimientos existen en el ordenamiento jurídico español que no son denominados y no necesariamente se reconducen a otro que sí lo está.¹⁷

15. *Ibidem*.

16. Asumimos que la sala se refiere a aquel que se inicia con la justificación de la necesidad de la adjudicación, señalada en el artículo 67.1 de la Ley 2/2002.

17. Como lo apuntaba C. Chinchilla Marín, “¿per què ha d’haver-hi un procediment específic o qualificat com a tal si la Llei ja s’ha pre-

ocupat d’establir un procediment comú per a totes aquelles sol·licituds que iniciïn un procediment al marge si una norma el reconeix o no com a tal o estableix regles singulars per a aquest?”. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Silenci administratiu...”, *op. cit.*, p. 33.

La Ley 30/1992 regula el procedimiento administrativo común con carácter *básico*, previendo la existencia de procedimientos especiales regulados por el legislador estatal y de procedimientos generales y especiales de acuerdo a sus competencias por parte de los legisladores autonómicos. Fundamenta lo anterior en el artículo 149.1.18 de la Constitución española, que explícitamente establece como competencia exclusiva del Estado la regulación de “Las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo *común*, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas”. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa, es importante mencionar lo que ya algunos autores han apuntado, el procedimiento administrativo común no debe ser confundido con una regulación general –es decir, no básica–, puesto que aquélla sí podría ser desplazable por un precepto especial (lo que cambiaría completamente las circunstancias del caso).¹⁸

En la jerarquía normativa que concierne a la Ley 30/1992 es expreso el carácter de normativa básica en lo que respecta al régimen jurídico de las administraciones públicas y carácter común, que el procedimiento administrativo asume,¹⁹ basada no solamente en la referencia del título otorgado a esta ley sino también en el fundamento constitucional por el que el artículo 149.1.18 de la Constitución española regula el sistema de distribución de competencias²⁰ y

18. En este sentido, COSCULLUELA MONTANER, Luis. *La posición ordinal de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma (título preliminar y disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y final). Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993, p. 31 y ss. Señala que *común* es igual a regulación de aplicación *general* a todas las administraciones públicas, que es distinto de regulación general en contraposición a especial (pero que sin embargo no se excluyen, aquél subsiste en cuanto la regulación especial no completamente detalladamente el supuesto procedimiento, como es el caso de petición y pago de los intereses de demora).

19. Esto no implica que no se hayan presentado complicaciones y diferencias entre la doctrina y la jurisprudencia para la delimitación de ambas materias. Sin embargo, el concepto de garantías mínimas que engloba la Ley 30/1992 de aplicación en el procedimiento administrativo común y en las bases que sustentan la organización y la actuación de las administraciones públicas no se pone en duda. Además, encontramos posiciones doctrinales en las que se asegura que la articulación en torno al binomio “bases desarrollo” es muy similar al “común especial” de procedimiento, puesto que la finalidad es garantizar a los administrados un tratamiento “común”, que no significa uniforme sino homogéneo, “De lo que deriva que existan especialidades siempre respetando las reglas comunes”. MENÉNDEZ REXACH, Ángel y otros. *Las garantías básicas del procedi-*

específicamente el procedimiento administrativo común de aplicación general a todas las administraciones públicas, tal como lo indica la exposición de motivos de la misma ley, regulando lo que podría considerarse el núcleo central del Derecho Administrativo.²¹

En el panorama histórico, encontramos a la Ley de procedimiento administrativo de 1958 como la primera que toma el reto de establecer el procedimiento común. Sin embargo, a pesar de ser ésta su intención, en realidad regulaba un procedimiento general para la Administración del Estado (carácter supletorio) y varios procedimientos especiales; a aquella ley se le podía reconocer una fuerza unificadora²² en algunas reglas como el silencio administrativo o el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa; para la Administración local su aplicación era inicialmente supletoria, lo que constata su carácter de procedimiento general y el ámbito al que se constreñía su aplicación, la Administración pública del Estado. Una vez iniciado el periodo constitucional, se hace patente la necesidad de establecer las garantías mínimas²³ para el ciudadano frente al ejercicio de la actividad de las administraciones públicas del Estado –en el *nuevo* marco competencial–. La Ley 30/1992 adquiere el deber de regular lo que la Ley de 1958 no consiguió, el procedimiento administrativo común,²⁴ por el cual los procedimientos administrativos especiales encontrarán una cuota básica mínima de garantías para los ciudadanos y un cauce formal por el cual llevar a cabo los procedimientos no previstos en las legislaciones especiales.

miento administrativo, Centro de Estudios Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2005, p. 17.

20. A través de un sistema de doble lista, artículos 148 y 149 de la CE.

21. MARTÍN REBOLLO, Luis. *Leyes administrativas*, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 997.

22. GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 305.

23. Este aspecto del procedimiento como derecho fundamental de apego a la legalidad también lo encontramos en el artículo 105.c) de la Constitución española: “La Ley regulará: c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

24. Respecto de la nueva regulación del procedimiento administrativo común, Garrido Falla, entre otros autores, afirma que si su intención era “conjurar la anarquía procedimental” del Estado de las autonomías, esta ley implicaba un mandato “no menos claro” de extender ese procedimiento al resto de las administraciones públicas. GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 306. En sentido contrario y con un voto de confianza, CHÁVEZ GARCÍA, José Ramón. *Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas*, Trea Jurídica, Oviedo, 1999, p. 51, cuando afirma que el procedimiento administrativo común tiene como uno de sus objetivos contrarrestar la inseguridad jurídica que provoca la multiplicidad de administraciones públicas.

El procedimiento común es un “concepto que cumple la finalidad garantizadora de la igualdad sustancial en el marco de la distribución vertical del poder público entre distintas entidades territoriales y, por tanto, también una finalidad en la delimitación competencial”.²⁵ Esta descripción engloba el origen competencial constitucional del concepto, así como su eminente función garantizadora de trato común (homogéneo) a los ciudadanos, pero más allá es importante comprender la doble dimensión de la Ley 30/1992, pues ésta tiene una precisa función ordinal gracias a un doble juego: vertical, todos los ordenamientos territoriales y horizontal, en el seno de cada uno de los ordenamientos territoriales, “justamente por la posibilidad y casi necesaria existencia –al margen de la legislación del procedimiento común y respetándola– de regulaciones del procedimiento general y de procedimientos especiales”, en función de los requerimientos de los sectores materiales,²⁶ tanto del Estado como de las comunidades autónomas.

1.3. La petición ciudadana reconocida bajo la exigencia de corresponderse a un procedimiento formalizado

Haciendo una interpretación estricta del artículo 43 de la Ley 30/1992, encuentra la sala que este artículo no trata sobre *solicitudes de los interesados*, sino sobre procedimientos que se inician a través de tal solicitud, lo que nos llevaría a pensar que no basta tener un derecho preexistente y solicitar su reconocimiento a la Administración, sino que tal derecho debe configurarse en un procedimiento formalizado en el que se estipule que debe iniciarse a través de una instancia del interesado, pues remitiéndonos al

caso en concreto de la solicitud de abono de intereses es un supuesto en donde –alega la sentencia– ya nos encontrábamos inmersos en un procedimiento iniciado de oficio. Resulta ser que la petición del ciudadano no constituye en sí misma *entidad suficiente* y aún más allá, según considera la sala del Tribunal Supremo, al no encontrarse amparada por un procedimiento denominado “de solicitud y abono de intereses”, queda irremediadamente ligada al procedimiento de contratación. Ante este panorama quedaría reducida la doctrina del silencio positivo en la misma medida que queda reducida la trascendencia de la solicitud o instancia del particular.

La complicación que produce el desconocimiento del procedimiento administrativo común no es minúscula y no sólo porque nos lleva a cuestionarnos sobre la aplicación de la técnica del silencio administrativo a una petición de obtener el pago de los intereses devengados como consecuencia del retraso de la Administración del pago de la cantidad principal, cuestión que tendría indudablemente una respuesta afirmativa por el Tribunal Supremo. Claro está, la técnica es aplicable, pero reconducida al procedimiento iniciado de oficio.²⁷ En principio parece que el Tribunal Superior encuentra un fundamento para remitir la aplicación de la técnica del silencio administrativo con efectos positivos, pero al mismo tiempo plantea el desconocimiento de las normas generales²⁸ que rigen la actividad de las administraciones públicas.

Habría que preguntarnos si se tendrán que replantear los manuales de Derecho Administrativo, pues tradicionalmente señalan que los procedimientos administrativos pueden iniciarse, además de oficio, a instancia de parte interesada²⁹ y, si no se encuentra ninguna con-

25. MENÉNDEZ REXACH, Ángel y otros. *Las garantías...*, *op. cit.*, p. 12.

26. PAREJO ALFONSO, Luciano. “Objeto, ámbito de aplicación, y principios generales de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, en *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Legunilla Villa, J. y Sánchez Morón, M. (dir.), Tecnos, Madrid, 1993, p. 29.

27. La misma sentencia lo señala así en el mismo fundamento de derecho cuando señala que la solicitud del interesado constituye una incidencia de la ejecución de un contrato de obras que se reconduce al procedimiento contractual de adjudicación del contrato –puesto que no existe el procedimiento de ejecución de obras, los únicos procedimientos particulares son los que se inician por la petición de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación–. La petición de abono de intereses se encuentra inmersa en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración y le serían aplicables las reglas establecidas por el artículo 44 de la Ley 30/1992, en su apartado primero, por el que se considera que, pudiéndose derivar el reconocimiento o constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, la petición del solicitante debe considerarse desestimada por silencio administrativo.

28. El artículo 43 se encuentra regulado en el capítulo I del título IV de la Ley 30/1992, que regula a este respecto.

29. F. Garrido Falla y J.M. Fernández Pastrana distinguen técnicamente a las instancias o solicitudes respecto de las simples peticiones, puesto que mientras las primeras presuponen títulos o fundamentos jurídicos específicos de la pretensión que se ejercita (recaendo sobre la Administración la obligación de resolverlas), las peticiones corresponden al genérico derecho de petición (carácter graciable). GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 302 y ss. Bajo el contexto normativo encontramos la definición de la instancia o solicitud como una petición fundada, puesto que el artículo 70, inciso b), de la Ley 30/1992 indica que la solicitud debe contener con toda claridad, los hechos, razones y la petición de la misma. Véase PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1999. Agrega esta autor que “la solicitud es también el vehículo formal, un escrito porteador de varias peticiones que van desde el ejercicio de derechos o intereses, de denuncias de infracciones al ordenamiento, a la simple petición de lo que no es jurídicamente exigible” y con una crítica a la actual regulación a la obligación de resolver conte-

dición de existencia impuesta a las peticiones de los ciudadanos contenidas en sus solicitudes o instancias, es porque la legislación procedimental prevé que si no hay un procedimiento formalizado a una determinada solicitud, ésta será tramitada por el procedimiento administrativo común.

Como apuntábamos líneas arriba, el problema no es minúsculo, puesto que la solicitud de parte interesada da lugar a un procedimiento administrativo (dígase común o formalizado por la legislación de alguna materia en particular), y éste está regido por todas las garantías que prevé la misma Ley 30/1992 al instituir el procedimiento administrativo común, específicamente y por citar los más importantes a la cuestión que nos ocupa, la obligación de resolver de la Administración todos los procedimientos y los efectos del silencio ante la inactividad administrativa. Hay que llamar la atención que, llegados a este punto, el reconocer la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en cuanto insiste en que el artículo 43 vincula únicamente a procedimientos *formalizados* iniciados a instancia del interesado, es tanto como admitir que la obligación de la Administración de resolver los procedimientos que ante ella se inician depende irremediamente también de que se correspondan a un procedimiento formalizado a petición de interesado o de oficio, y es tanto como decir que las administraciones públicas no están obligadas a resolver la gran mayoría de los procedimientos que ante ella se tramitan por el cauce legal que constituye el procedimiento administrativo común.

1.4. Los principios que rigen las relaciones entre las administraciones públicas, la asistencia y la cooperación

Otro argumento por el cual considera la sala que no nos encontramos ante un procedimiento iniciado a solicitud del interesado es por el que se anota que la petición de abono de intereses no se puede aislar del procedimiento iniciado por la Administración, puesto que los documentos que contienen los datos a partir de los cuales se pueden calcular dichos intereses obran en el expediente principal y la Administración estaría imposibilitada para calcularlos y concretarlos. Difícilmente es aceptable que éste sea un argumento en sí mismo suficiente para afirmar que la petición de abono de intereses no puede constituirse en un procedimiento distinto del que dio lugar la

relación contractual, pues encontramos que la Ley 30/1992, en los artículos 3.2 y 4.1, establece los principios por los cuales se rigen las relaciones entre las administraciones públicas previendo a la cooperación entre las mismas.³⁰

El apartado primero del artículo 4 establece que “las administraciones públicas *actúan* y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias”, y el apartado 2 señala que “A efectos de lo dispuesto en las letras c) y d) del apartado anterior, las administraciones públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente ante el que se dirija la solicitud. También podrán solicitar asistencia para la ejecución de sus competencias”. Aunque en primera instancia el principio de lealtad institucional con el que inicia la exposición del artículo 4 se refiere a la “naturaleza sistémica del Estado”³¹ todos los principios que en este y otros artículos rigen la actividad de las administraciones públicas comienzan sus efectos por la propia Administración *ad intra*, no debiéndonos distraer el hecho de que, tradicionalmente, la cooperación en la doctrina ha sido estudiada desde el punto de vista sistémico de organización territorial entre el Estado y las comunidades autónomas.

Si la petición de abono de intereses da lugar a un procedimiento independiente dentro o fuera del propio órgano que está a cargo del seguimiento del expediente principal, la falta de documentos no debe representar un obstáculo para calcular lo conducente ante el retraso del pago de la cantidad principal, ni tampoco debe representar un problema la preparación técnica en el área contable, pues por virtud de estos dos principios se ha de poner a disposición del órgano competente lo que requiera para cumplir con el objetivo del procedimiento. Como apuntábamos, tampoco es argumentable que estos principios rijan únicamente la actividad entre distintas administraciones públicas, ya que, en primer lugar, por un lado, el artículo 4 en esencia indica cómo *actúan* las administraciones y, por otro, *cómo se relacionan* –en ningún momento la Ley excluye las relaciones entre sus propios órganos– y, en segundo lugar, habríamos de advertir que suponer que la Ley prevea este tipo de conductas para con otras administraciones y no

nida en la Ley 30/1992, indica que las *simples* peticiones ya no pueden ser “despachadas” con un simple acuse de recibo.

30. Un interesante estudio sobre el principio de cooperación se puede encontrar en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las adminis-*

traciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), tomo I, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 467 y ss.

31. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 467 y ss.

para con los órganos internos de una misma administración vulneraría, entre otros, los principios de eficacia y coordinación a los que también está sujeta la Administración, no sólo por la Ley 30/1992 sino también por el artículo 103.1 de la Constitución española.

2. La cuota mínima de derechos de los ciudadanos en el ejercicio de la técnica del silencio administrativo establecidos en el procedimiento administrativo común

La Ley 30/1992 ha regulado la figura del silencio administrativo dentro del bloque de las normas generales que deben regir a todos los procedimientos administrativos en los que los ciudadanos se pueden ver involucrados, de tal manera que, junto con los derechos de los ciudadanos, la lengua de los procedimientos, la obligación de resolver, los términos y plazos, etc., las previsiones normativas ante la inactividad de la Administración, dígase el silencio administrativo, constituye el conjunto de aquellas disposiciones y garantías que no pueden ser extraídas del procedimiento en que se materializan las relaciones de los ciudadanos y la Administración. Bajo este panorama, el título VI, denominado “De las disposiciones sobre los procedimientos administrativos”, no sólo propone aquellos parámetros que deben regir en los procedimientos formalizados, sino que estipula el procedimiento común³² que debe ser cauce legal a las solicitudes ciudadanas cuando no encuentren un procedimiento especial por el que resolverse.

32. Respecto de las diferencias entre procedimiento administrativo común o general y los procedimientos especiales, véase GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 100 y ss. Este autor parte del estudio de los procedimientos no formalizados (aquellos que se constituyen por las herramientas establecidas en la *ley cabecera de grupo*) y formalizados (aquellos que en función de los intereses que están en juego necesitan una regulación detallada sujeta a la preclusión procesal) para afrontar con claridad la diferencia entre los procedimientos generales, que responderían a aquel que la ley cabecera de grupo estipula con una doble función, “un depósito de instrumental jurídico en el que el instructor pueda encontrar siempre la herramienta que necesite”, y en segundo lugar “sirve de referencia a las regulaciones de los distintos procedimientos formalizados”. No encontramos del todo contraria a esta postura a J.A. Tardío Pato y a C. Chinchilla Marín, que estiman que el título VI de la Ley 30/1992 es un procedimiento “no del todo formalizado” pero que sí responde a estas características. En general, a efectos del tema que nos ocupa, consideramos que el procedimiento común o general actúa como formalizado en los casos en que la normativa aplicable no contemple uno particular y como no formalizado para los casos en que, contando con procedimientos especiales, estos deben ajustarse a unos parámetros de garantías mínimas, incluso cuando la concatenación de algunas etapas sea infranqueable –pues asegura ciertas garantías procedi-

2.1. La remisión normativa a los procedimientos formalizados. Objeto de la disposición adicional primera de la Ley 4/1999

Qué duda cabe ya que el punto más controvertido de la sentencia que tenemos oportunidad de comentar es aquel en el cual se considera equivocada la apreciación del *a quo*³³ respecto de la producción del silencio administrativo con efectos positivos en función del procedimiento que dio inicio con la petición de abono de intereses de la empresa demandante. Señala la sentencia del Tribunal Supremo que “la tesis de la sentencia de instancia parte de una apreciación equivocada, la de considerar que cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar a un ‘procedimiento iniciado a solicitud del interesado’”.³⁴ Se procura fundamentar tal afirmación con un estudio de lo que llama la diferencia *sustancial* incorporada por la Ley 30/1992 respecto de la Ley de procedimiento administrativo de 1958, y que consistiría en que mientras en los años 50 la LPA en el artículo 94 se refería a la producción del silencio administrativo negativo ante la falta de respuesta a cualquier petición (previa la denuncia de mora) y en el artículo 95 se limitaban los supuestos en que se podía dar lugar a la estimación de las solicitudes, en la actualidad, la Ley 30/1992 en el artículo 43 no se refiere a solicitudes sino a procedimientos.

El argumento llega a su punto culminante cuando señala que “es verdad que su párrafo 2 [del artículo 43] dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos

mentales– ya que no necesariamente ha de agotarse en los mismos términos y contenido de principio a fin; en donde sí encontramos una diferencia sustancial en las posturas –por lo menos en J.A. Tardío Pato con relación a F. González Navarro– es que el primero de ellos llega a la conclusión de que el procedimiento “ciertamente” formalizado del título VI elimina la necesidad de las comunidades autónomas de “establecer regulaciones procedimentales”. Véase TARDÍO PATO, José Antonio. Voz “Procedimiento administrativo”, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, Muñoz Machado, Santiago (dir.), tomo II, E-Z, lustel, 2005, p. 1975-1984. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Silenci administratiu...”, op. cit., p. 32-35.

33. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2003, la que apreció que sí se produjo la estimación de la solicitud de abono de intereses a favor de la empresa demandante en primera instancia, ya que la Administración no resolvió en el plazo estipulado dicha solicitud, pues el oficio por el que el secretario general de la Dirección General de Carreteras pretendió dar contestación a la petición desconociendo la legitimación del solicitante “no puede ser considerado como una resolución, por carecer de los elementos esenciales que la configuran, por lo que ni pudo ser recurrida jurisdiccionalmente [...], ni poseía virtualidad para cercenar la producción del silencio positivo”.

34. Las comillas se reproducen del texto de la sentencia.

que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados". Busca una justificación para este criterio en la determinación de los tres supuestos de silencio positivo que remitían –en la redacción original de la Ley– a procedimientos más o menos formalizados³⁵ y en lo que indicó la disposición adicional tercera de adecuación de los procedimientos existentes al sentido del silencio advertido por la Ley 30/1992. Insiste la sala en que esta intención del legislador subsiste a la reforma operada por la Ley 4/1999, pues en la exposición de motivos el legislador comienza por la referencia a procedimientos –formalizados– existentes en la actualidad. Estima el ponente de la sentencia que “el escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos individualizados y detectados”, deduciendo que en ese sentido se llevó a cabo la introducción a la Ley de la disposición adicional primera, particularmente los apartados 1 y 2 de la Ley 4/1999.

Llegando a este punto y conforme las apreciaciones anteriores, nos vemos obligados a preguntarnos si al procedimiento administrativo común le rige la fórmula del silencio administrativo previsto por la Ley 30/1992 ante la inactividad formal de la Administración, más aún cuando afirma la sentencia que “para el legislador de 1999, como también para el de 1992, sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la LPAC para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica”. Sin embargo, no hace falta más que dar un repaso a la doctrina especializada en el procedimiento administrativo para darnos cuenta que, como ya habíamos tenido oportunidad de comentar, la Ley 30/1992 no sólo estipula las garantías mínimas de los ciudadanos ante los procedimientos formalizados, sino en sí misma garantiza que exista un procedimiento con estas garantías en los casos en que la normativa sectorial no prevea uno específico. Señala F. González Navarro que “La realidad con la que tiene que contar el estudioso de estos temas es la de una inabarcable, inagotable, e incluso impredecible variedad de fines de la actividad administrativa que exigen una variedad de causes procesales los cuales sólo en algunos casos –muy pocos,

en comparación con la masa ingente de posibilidades– se encuentran predeterminados en una norma legal o reglamentaria (formalizados)”³⁶. Valía la pena traer el texto íntegro de su afirmación por cuanto es indiscutible que las solicitudes ciudadanas por cuán diferentes intereses pueden comportar diferentes procedimientos, y esto implica adecuarse *o no* a los procedimientos previos formalizados, pero en caso de no poderse corresponder a alguno no han de ignorarse o alinearse al procedimiento iniciado de oficio más cercano que convenga.

Incluso, atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía, F. González Navarro vota a favor de que la actividad administrativa fluya por los procedimientos no formalizados,³⁷ y aunque esta posición pueda tener detractores, para los efectos del tema que nos ocupa otorga un voto a favor de la participación en este tipo de procedimientos de las solicitudes que se ocupen de todas aquellas peticiones ciudadanas que no encuentren correspondencia en un procedimiento particular. Además, habría que señalar que si la obligación del legislador fuera la de proveer un procedimiento para cada tipo de solicitud –y que de esta manera pueda ser atendida por la Administración–, nos encontraríamos ante una evidente contradicción con los principios de economía y celeridad, así como una explosión normativa en la que difícilmente las administraciones públicas servirían con objetividad a los intereses generales bajo el principio de eficacia, tal como lo ha expuesto dicho autor.

2.2. La obligación de resolver, el plazo máximo en la Ley 30/1992, parámetro de los procedimientos regulados por otras normativas

Una vez más hemos de remitirnos a lo apuntado líneas arriba en lo que respecta a la determinación de la cuota mínima de garantías establecidas por la Ley 30/1992 a los procedimientos administrativos formalizados y no formalizados. Esta vez nos situamos en el artículo 42, al que se refiere el ponente de la sentencia para fundamentar la tesis en la que indica que aunque la regla general del silencio positivo esté vigente, esta ficción se aplica únicamente a procedimientos predeterminados en las normas.

En la sentencia se estima que cuando el artículo 42.2 habla de la obligación de resolver, *advierte que*

35. Concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitarán al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, y respecto del tercer supuesto, se refiere expresamente a solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas, remitiéndose a otra norma reguladora del procedimiento.

36. GONZÁLEZ NAVARRO, J.F. *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 102.

37. Señala el autor que “lo que sostengo al defender como regla general la no formalización del procedimiento, es que sólo deba regularse la completa andadura procesal con vistas a la consecución de un fin en aquellos casos en que sea indispensable, pero en los demás el principio de preclusión debe de reducirse al mínimo”. GONZÁLEZ NAVARRO, J.F. *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 98.

ha de hacerse en el plazo “fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento”,³⁸ es decir, que para que exista la obligación de resolver *ha de existir un procedimiento derivado específicamente de una norma fija* y aún más allá advierte que ésta es la razón por la que el artículo 43.5 *manda a las administraciones públicas que publiquen y mantengan actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de los procedimientos con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo*. Podríamos restarle importancia a este argumento de la sala, puesto que en principio se involucra en aras de solventar la tesis de la remisión a los procedimientos formalizados para hacer efectiva la técnica del silencio administrativo de hecho. En la sentencia a este respecto se dedican cinco líneas. Sin embargo, es de trascendental importancia, puesto que eliminar la obligación de resolver las solicitudes o instancias ciudadanas nos llevaría entonces a admitir que a dicha solicitud no le son de aplicación los artículos relativos al silencio administrativo ni negativo ni positivo ni, como veremos más adelante, lo dispuesto por el artículo 89.4 de la misma Ley 30/1992, por el que se impide el vaciamiento de la obligación de resolver, puesto que la Administración no puede abstenerse ni aun en los casos de silencio, oscuridad o insuficiencia del Derecho aplicable al caso en cuestión.

Volviendo al tema que nos ocupa en este apartado, la obligación de resolver tal como se prevé en el artículo 42.1, “La administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificar cualesquiera que sea su forma de iniciación, sólo admite como excepciones, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración”. Del primer apartado del artículo se desprende que la obligación corresponde a todos los procedimientos, incluido aquel que se inicia por medio de la solicitud del interesado. En cuanto al plazo de resolución, para el apartado tercero del mismo artículo cabrían dos posibilidades. La primera, que venga determinado por el propio procedimiento cuando nos encontramos ante normativa que ha previsto ciertas características –respetuosas del procedimiento común– a un procedimiento al que probablemente ha denominado y que cuenta con un plazo de resolución en función de las peculiaridades de la materia; la segunda posibilidad puede responder a los procedimientos en que, estando sujetos a cierta normativa, ésta no

específica cuál será el plazo de resolución, pero sobre todo responde a la remisión genérica que se hace al procedimiento común instrumentalizado por las administraciones públicas en todos aquellos ámbitos y materias que no cuentan con un procedimiento *formalizado* (en términos de la sentencia que nos ocupa).

La sala encuentra el límite a su argumentación en este punto, pues difícilmente puede insistir en que el apartado tercero únicamente se refiere a aquellos procedimientos formalizados que no especifican el plazo máximo para resolver, pues de ser este el caso expresamente estaría desconociendo al procedimiento administrativo común como vehículo por el cual se desarrolla la actividad de las administraciones públicas tal como lo establece la Ley 30/1992.

2.3. El agotamiento de la obligación de resolver de las administraciones públicas (principio *non liquet* y los procedimientos formalizados)

Surgido del ámbito civil, concretamente del artículo 4 del Código Civil francés, pasa al Código Civil español (artículo 1, número 7) e incluso al Código Penal (artículo 448) el deber inexcusable de resolver, que a su vez pasa al ámbito administrativo obligando a las administraciones a resolver en todo caso los procedimientos que ante ella se inicien (artículos 42.1 y 89.4 de la Ley 39/1992).

En el voto particular adherido a la sentencia se nos recuerda que el principio *non liquet* daba un medio de actuación normativizado en el caso de tener por presentada una solicitud que pretendiera amparar derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento. Cuando el ponente de la sala asume que el legislador no consideraba que el silencio administrativo se aplicara a cualquier pretensión *por descabellada que ésta fuera* se infiere, dado el adjetivo, que se trata de alguno de los casos en que ante tal petición ciudadana lo conducente es que la Administración se remita a lo establecido en el artículo 89.4, *resolviendo* la inadmisión de tal petición. En la sentencia, aquella frase es traída a colación por el ponente en relación con la aplicación del silencio administrativo en relación con la adecuación de los procedimientos existentes a aquel nuevo régimen indicado por la disposición adicional tercera en la redacción original de la Ley 30/1992, y agrega que el escenario del legislador en 1999 (año en que se lleva a cabo la reforma) no es el de aplicar la técnica del silencio administrativo a peticiones indiscriminadas a la Administración, pues se contaba

38. Las comillas se reproducen del texto de la sentencia.

con los reales decretos de adecuación que enlistaban los procedimientos formalizados existentes y que además eran mencionados en la exposición de motivos y en la disposición adicional primera de la reforma a la Ley 30/1992.

La sentencia procura inducir a la opinión de que las disposiciones adicionales tercera y primera, de la redacción original y de la reforma a la Ley 30/1992 respectivamente, tienen como objetivo localizar y señalar los procedimientos a los que les es de aplicación la técnica del silencio administrativo, pero no con carácter enunciativo a efectos de procurar una adecuación de los procedimientos clara. Por el contrario, en la sentencia se considera que aquellas disposiciones adicionales tienen un sentido restrictivo que limitaría la aplicación de la técnica del silencio administrativo únicamente a dichos procedimientos, criterio que de ninguna manera puede ser compartido.

3. El silencio administrativo en el ámbito de las obligaciones pecuniarias

La peculiaridad de este ámbito, por la transferencia de fondos públicos que comporta a través de las solicitudes de los particulares, hace de él uno de los temas por los que la amplitud de la cláusula general a favor del silencio positivo y la falta de determinación normativa (es decir, cláusula general más procedimiento administrativo común) encuentran uno de sus puntos más débiles y controvertidos, dando lugar a sentencias como la que nos ocupa pero que, sin embargo, no concretan sus argumentos en el ámbito de las obligaciones pecuniarias sino en lo que a la técnica del silencio administrativo y la obligación de resolver el procedimiento se refiere.

Por otra parte, debe comentarse la inadecuación de la técnica del silencio positivo para obtener una prestación de la Administración, pues, cuando los intereses de la Administración están en juego, esta técnica quedaría vinculada únicamente al requisito de solicitud de ejecución de acto firme del artículo 29.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener lo solicitado y no resuelto en el procedimiento conducente. Creemos que esta técnica es tan inadecuada en el ámbito de las obligaciones pecuniarias como lo es la remisión del Tribunal Supremo a la vinculación de la técnica del silencio administrativo únicamente a los procedimientos formalizados a los que pueden reconducirse las peticiones, pero la modificación sustancial de la técnica de aplicación del silencio administrativo no correspon-

de a los tribunales sino al legislador, en primera instancia –tal como se previó en la Ley de contratos del sector público–, acudiendo al desarrollo de una de las excepciones previstas a la regla general del silencio positivo como es la previsión de esta circunstancia por una norma con rango de ley –artículo 43.2–, y en segunda y más lejana instancia, a la reforma de la Ley 30/1992.

3.1. La asignación equitativa de los recursos públicos, la previsión constitucional de reserva de ley

Ante la previsión de la disposición final octava de la Ley de contratos del sector público, de otorgarle un sentido negativo al silencio de la Administración en lo que se refiere a la reclamación de cantidades, la controversia de la sentencia que comentamos queda completamente desvirtuada, pero no cabe duda que un argumento al que pudo haber recurrido la sala, en su momento, para encontrar el límite de la producción de actos presuntos por la estimación de solicitudes lo podría haber constituido la reserva de ley establecida en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en este caso, haciendo referencia a la programación y ejecución del gasto público bajo los principios constitucionales de eficiencia y economía que constituyen, en el marco normativo constitucional, la reserva de ley establecida por la norma procedimental y que, además, está vinculada a todos los poderes públicos, por lo que las administraciones públicas, ante los tribunales correspondientes, podrían utilizarlo como límite a la regulación amplia del silencio positivo hecho por la Ley 30/1992 ante la falta de concreción de esta última al respecto del gasto público.

Cumpliendo con la disposición de reserva de ley del artículo 43.2 para excepcionar la regla general del silencio positivo, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, considera como iniciados de oficio los procedimientos para la concesión de ayudas y subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, respecto de una pluralidad de solicitudes imputables a un mismo crédito presupuestario, tal como lo argumentó la sala al reconducir la petición de pago de intereses de demora a un procedimiento iniciado de oficio. Sin embargo, en el momento en que el Tribunal Supremo dictó sentencia, no sólo faltaba que la norma que regía la materia contara con estas características,³⁹ sino que además resulta muy interesante que en el 2007, al redactarse la Ley de contratos del sector público, el legislador no reconduzca las peti-

39. Un comentario a la falta de determinación normativa procedimental en el ámbito de la contratación administrativa se puede encontrar en ORTIZ BLASCO, Joaquín José. "Régimen jurídico de las

entidades locales", *Cuadernos de Derecho Local*, 6, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2004, p. 88.

ciones de pago a un procedimiento iniciado de oficio –como es el caso mencionado– sino que, por el contrario, tal como parece ser compartido por la doctrina, se parte del supuesto de que la reclamación de cantidades da lugar a un procedimiento iniciado a instancia del interesado.

Como mencionamos al principio de este trabajo, del proceso legislativo de la Ley de contratos del sector público se desprenden algunas enmiendas que fueron dirigidas principalmente a procurar la estimación de las solicitudes, y no habiendo prosperado la redacción original del proyecto de ley subsistió, lo que representaría la prevalencia del interés general de protección de los fondos públicos. Sin embargo, la falta de determinación normativa aún existente en algunos sectores –en lo que respecta a la aplicación de la técnica del silencio administrativo– podría llevar consigo la asignación de fondos públicos ante la inactividad de la Administración pública, paradójicamente, en la medida que se haga por parte de los tribunales una interpretación apegada a Derecho de aquella técnica.

3.2. Derechos preexistentes, el derecho patrimonializado de demora

Reservándonos al ámbito de los contratos de obras, la petición de abono de intereses de demora se deriva del derecho al cobro de la cantidad estipulada en el contrato de obras suscrito entre la Administración y el contratista, según lo estipulaba el artículo 99.1 de la LCAP (vigente al momento de dictarse la sentencia comentada), aun en relación con obras que no fueron inicialmente previstas pero que resultan necesarias para cumplir con el objetivo previsto en el contrato de obras.⁴⁰ Esta misma normativa sobre contratos de las administraciones públicas estipulaba la constitución del derecho de los contratistas a percibir intereses en caso de demorarse en el pago de la cantidad principal (artículo 99.4 y 5),⁴¹ ya sea por cualquiera de las formas que la Ley de contratos de las administraciones públicas estipulaba para llevar a cabo el pago, de forma total o parcial en abonos a cuenta.

No podemos dejar de mencionar en este apartado la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 29 de junio de 2000, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. De dicha directiva se desprende, con retraso, la modificación del artículo 99.4 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, mediante la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad y que es expresamente prevista en la redacción del nuevo artículo 200 de la Ley de contratos del sector público. Esta directiva establece mejores condiciones para los contratistas con el objetivo de estimular a las administraciones a realizar pagos puntuales en las relaciones comerciales con los particulares, imponiendo a éstas las mismas obligaciones que a los sujetos privados. Pero más allá va la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 5/2005, de 11 de marzo de 2005, en el que aquella igualdad de sujetos privados y las administraciones públicas en relación con la mora se ve restringida, por cuanto rechaza la libertad de pactos para la fijación del plazo de pagos y tipo de interés de demora que se ve sujeta a la determinación legal.⁴² De la directiva comunitaria, así como de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, parece subsistir la intención de desprenderse del terrible lastre que representa la impuntualidad en el pago de las administraciones públicas y que a su vez es la herencia del antiguo principio por el que se precisa que la Administración no debe intereses de demora.⁴³

3.3. El impacto económico de la postura adoptada por el Tribunal Supremo

Los motivos para someter a conocimiento del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo los autos del expediente de casación pueden compartirse en la misma medida que puede comprenderse la trascendencia de la regla general del silencio positivo cuando incurre en el ámbito de las obligaciones pecuniaras de la Administración, pero la *trascendencia jurídica de las cuestiones planteadas* en el expediente –en los mismos términos utilizados en la sentencia– no justifica la adopción ni siquiera por el Pleno de la sala de un criterio jurisprudencial que lesiona

40. El mismo Tribunal Supremo así lo indica en la sentencia que comentamos en este artículo: “Tratándose como se trata aquí de una petición de abono de intereses, respecto del importe de la obra realizada por el contratista, en relación con obras no inicialmente previstas en el contrato y que resultaron necesarias, obligadas, tras la construcción de la variante de la carretera.”

41. Este artículo preveía la posibilidad de suspender el cumplimiento del contrato si la demora sobrepasa los cuatro meses (apartado 5) y la resolución del contrato si la demora sobrepasa los ocho meses (apartado 6). En todos los casos el derecho al pago de los intereses comienza a partir de los sesenta días siguientes a la fecha

de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. En la nueva Ley de contratos del sector público nos remitimos en los mismos términos al artículo 200.4.

42. FUENTES GÓMEZ, Julio. “Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por las que se establecen medidas de lucha contra la morosidad”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 59, núm. 1994, 2005, p. 3041-3062.

43. VILLAR PALASÍ, José Luis. *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*. Serie Administración General, Madrid, INAP, 2001, p. 32.

sustancialmente los derechos adquiridos por los particulares ante las características de la normativa vigente en su momento y aplicable al caso que ocupó a la sentencia que comentamos. Como era de esperar, esta sentencia tuvo repercusiones ante otros tribunales, como ya hemos tenido oportunidad de comentar al principio de este trabajo. La confirmación de que fue un criterio equivocado el que adoptó el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de febrero de 2007 es la redacción de la disposición final octava de la nueva Ley de contratos del sector público, en la que si bien se establece el régimen de desestimación de las pretensiones que se refieran a la reclamación de cantidades, contiene una previsión más acorde con la teoría general del procedimiento administrativo.

No son precisamente contadas las ocasiones en que las administraciones públicas no cumplen sus obligaciones de pago en el tiempo previsto por la legislación, por lo que no son pocos los contratistas que por vía del silencio administrativo han obtenido el reconocimiento a percibir los intereses devengados por el incumplimiento de pago de la Administración,⁴⁴ por lo que la trascendencia económica de esta sentencia estará presente mientras subsistan los contratos firmados en vigencia de la Ley de contratos de las administraciones públicas, esto es, hasta seis meses después de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la Ley de contratos del sector público, según lo establece su disposición final duodécima.

4. Conclusiones

La entrada en vigor de la Ley de contratos del sector público ha traído consigo la desestimación de las pretensiones que tengan por objeto la reclamación de cantidades, lo que puede parecer a primera vista y para lo opinión de los particulares que contratan con el sector público la restricción de uno de los medios utilizados para obtener el pago de intereses de demora ante el retraso en el pago de la cantidad principal estipulada. Sin embargo, esta restricción a la producción de actos presuntos otorga una dotación de seguridad jurídica en dos aspectos, el primero y ante el criterio jurisprudencial comentado en este trabajo, respecto a que el reconocimiento del derecho al

cobro de intereses devengados debe constar en un acto expreso o, en su defecto, ante el silencio de la Administración en el plazo establecido, se entenderá desestimada la pretensión y se deberá acudir a los tribunales por las vías procesales establecidas, lo que paradójicamente representa una mejor situación jurídica frente a la Administración que el haber obtenido, por medio de un acto presunto, la estimación de la petición de abono de intereses, puesto que siendo una actividad prestacional deberá acudir a los tribunales en ejercicio de la acción de inactividad del artículo 29.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, donde probablemente se desconocerá el procedimiento administrativo que da lugar al acto presunto, reenviándolo al procedimiento iniciado de oficio y aplicándole la regla de desestimación de la pretensión ante la inactividad de la Administración. El segundo aspecto trata sobre la seguridad de los intereses generales, pues la regulación de la disposición final octava de la Ley de contratos del sector público sobre la desestimación de peticiones ciudadanas que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades comporta la excepción a la regla general del silencio positivo en una materia delicadísima, la transferencia de fondos públicos.⁴⁵

No se puede dejar de hacer mención a la equivocada concepción de la sala de la finalidad que persigue la disposición adicional tercera de la Ley 30/1992 –por la que se manda adecuar las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos y los efectos que el silencio de la Administración adoptará– y de la disposición final primera de la Ley 4/1999 –que tiene por objeto la simplificación de los procedimientos administrativos vigentes–, puesto que estas disposiciones definitivamente no responden a la necesidad de tipificar la producción del silencio administrativo, como lo infiere la sentencia, pues a pesar de las críticas que el Tribunal Supremo puede hacer a la normativa vigente en lo que respecta a la producción de actos presuntos, no puede desconocer la existencia y viabilidad del procedimiento administrativo común ante una petición ciudadana cuando no se corresponde a un procedimiento formalizado en la normativa aplicable al caso concreto.

La existencia de procedimientos formalizados no puede comportar la discriminación del procedimien-

44. Véase la extensa jurisprudencia citada en TORNOS MAS, Joaquín (coord.). *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública. Estudio del artículo 99 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado mediante el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio*. Colección Atelier Administrativo, Barcelona, Atelier, 2006, p. 127 y ss. Respecto de la sentencia que nos ocupa –siendo el primer comentario publicado al respecto–, véase TORNOS MAS, Joaquín. “La sentencia del

Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, 173, mayo-agosto, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 185-215.

45. Véase AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. *Silencio administrativo e inactividad*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 372 y ss.

to administrativo común y mucho menos, por consecuencia, las normas generales que rigen la actividad de las administraciones públicas, como lo es en el caso que nos ha ocupado, la regla general del silencio administrativo, pues la gravedad de este criterio jurisprudencial se extiende a la obligación de resolver el procedimiento y probablemente el resto de normas generales previstas por el capítulo I del título IV de la Ley 30/1992, y dicho sea de paso, el desconocimiento de la teoría general del procedimiento administrativo por lo que respecta a su forma de iniciación y la participación de los interesados en el procedimiento.

De las graves argumentaciones contenidas en la sentencia comentada sólo se puede confirmar la determinación del Tribunal Supremo por inhabilitar la cláusula general a favor del silencio positivo, recayendo mayor contundencia a la afirmación si recordamos los casos en los que el principio de seguridad jurídica ha sido descartado para dar paso a la inexistencia como grado de invalidez de los actos presuntos *contra legem*⁴⁶ (tal como lo comentábamos al principio de este trabajo). Mejor sería en todo caso, y antes que acudir a una improvisada reforma de la teoría del procedimiento y de la invalidez de los actos, poder valorar un criterio jurisprudencial claro y conciso, que si bien se apegue al texto de la Ley, deje al descubierto las inconsistencias de una técnica que debe ser reconsiderada por el legislador precisamente a favor de los ciudadanos, que al día de hoy se encuentran sumidos en la más completa incertidumbre.

Bibliografía

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. *Silencio administrativo e inactividad*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

BERMÚDEZ PALOMAR, Valeriano. "El silencio administrativo *contra legem* y las licencias urbanísticas", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, año 165, núm. 2, La Ley, Madrid, 2008.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 95-22, de 29 de marzo de 2007.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII Legislatura, núm. 112, de 20 de septiembre de 2007.

CHÁVEZ GARCÍA, José Ramón. *Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas*, Trea Jurídica, Oviedo, 1999.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. "Silenci administratiu: delimitació jurisprudencial del seu àmbit d'aplicació (comentari a la sentència del Tribunal Suprem de 28 de febrer de 2007)", *Quaderns de Dret Local*, 16, febrero, Fundació Democràcia i Govern Local, Barcelona, 2008.

CIERCO SIERRA, César. *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *La posición ordinal de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma (título preliminar y disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y final). Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. "Reivindicación del silencio positivo, reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, 127, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

FUENTES GÓMEZ, Julio. "Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por las que se establecen medidas de lucha contra la morosidad", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 59, núm. 1994, 2005.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*, volumen I (parte general), 13ª edición, Madrid, Tecnos, 2002.

GARRIDO FALLA, Fernando; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María. *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las administraciones públicas (un estudio de las leyes 30/1992 y 4/1999)*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando; VAQUERO RAMIRO, Susana. "El juego del silencio administrativo en la concesión de licencias urbanísticas y en la legislación de montes: problemática a la hora de la inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, octubre-diciembre, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Procedimiento administrativo local*, tomo I, Iustel, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000.

46. Recordemos a R. Bocanegra Sierra cuando se refiere a la inexistencia: "Una institución semejante carece por completo en el Derecho público de utilidad alguna a la vista de la extensión con la que el sistema jurídico reconoce en la actualidad los supuestos de nulidad de pleno derecho." BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría del*

acto administrativo, Iustel, Madrid, 2005, p. 173-174, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, 2ª edición, Madrid, 1975, p. 207 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, tomo I, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Leyes administrativas*, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel y otros. *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Centro de Estudios Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2005.

NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "Silencio positivo *contra legem* en el Derecho urbanístico, punto crítico de encuentro en los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, de próxima publicación.

ORTIZ BLASCO, Joaquín José. "Régimen jurídico de las entidades locales", *Cuadernos de Derecho Local*, 6, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2004.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "Objeto, ámbito de aplicación, y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", en *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Legunilla Villa, J.; Sánchez Morón, M. (dir.), Tecnos, Madrid, 1993.

SAINZ RUBIALES, Iñigo. "Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico", *Revista de Administración Pública*, 171, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público", Instituto de Estudios Administrativos, 2ª edición, Madrid, 1975.

TARDÍO PATO, José Antonio. Voz "Procedimiento administrativo", en *Diccionario de Derecho Adminis-*

trativo, Muñoz Machado, Santiago (dir.), tomo II, E-Z, Iustel, 2005.

TORNOS MAS, Joaquín (coord.). *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública. Estudio del artículo 99 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado mediante el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio*, Colección Atelier Administrativo, Barcelona, Atelier, 2006.

TORNOS MAS, Joaquín. "La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?", *Revista de Administración Pública*, 173, mayo-agosto, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J. "El silencio administrativo y la caducidad en los procedimientos administrativos en materia de contratos públicos: en especial, la resolución por incumplimiento del contratista (STS de 2 de octubre de 2007)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero-marzo, Civitas, Madrid, 2008.

VILLAR PALASÍ, José Luis. *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*, Serie Administración General, Madrid, INAP, 2001. ■

QDL CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

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 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 respondan a las claves señaladas.

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 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 enero de 2007 hasta el 31 de marzo de 2008, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de marzo de 2008 hasta el 31 de mayo de 2008.

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.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. En el ámbito de las decisiones de contratación o de despido, se vulnera el artículo 14 de la CE cuando el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. No se vulnera el artículo 14 de la CE cuando en la decisión extintiva el factor enfermedad se tiene en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo

SUPUESTO DE HECHO

Se formula un recurso de amparo contra la sentencia de 12 de mayo de 2003 de la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en recurso de suplicación, y contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 11 de diciembre de 2002, que declararon la improcedencia del despido del recurrente, y rechazaron la pretensión principal de nulidad, fundamentada en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no-discriminación (artículo 14 de la CE) por causa de enfermedad, así como el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE) en relación con el derecho a la protección de la salud.

El demandante de amparo prestó servicios en la empresa que le despidió, desde el día 16 de julio de 2002, ostentando la categoría profesional de oficial de primera albañil, y fue contratado mediante un contrato de trabajo fijo de obra.

La entidad mercantil le notificó su despido el 12 de septiembre de 2002, en los términos siguientes:

“Ha venido en conocimiento de esta empresa una conducta que le obliga a tomar una medida disciplinaria. En efecto, ha quedado acreditado que Vd. actúa con conocimiento de una conducta vulneradora, al ser conocedor de que tiene una lesión/enfermedad previa en las vértebras cervicales que le impiden trabajar en la construcción, constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable y por tanto una transgresión de la buena fe contractual.

“Se desconocía por esta empresa en su contratación, y que Vd. nos ocultó, intencionadamente, su lesión/enfermedad y sus continuas bajas por la misma en otras empresas del sector, como nos ha confirmado con posterioridad. Como bien sabe Vd., la indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por su parte de las obligaciones, que presididas siempre por la buena fe, tiene para con esta empresa, de acuerdo con lo que prevé el artículo 54.2.D) del Estatuto de los trabajadores de 24 de marzo de 1995.

“Visto por tanto la indicada conducta acreditada y el precepto mencionado, esta empresa ha tomado la decisión de sancionarle a Vd. con el despido disciplinario, que tendrá efectos a partir del día 13 de septiembre de 2002, incluido, fecha a partir de la cual deberá Vd. abstenerse en lo sucesivo de venir a esta empresa para prestar sus servicios laborales al quedar desde la misma extinguido el contrato de trabajo que le unía a la empresa, tal y como se establece en el artículo 49.1.K) del citado Estatuto. Le comunicamos que tiene a su disposición la liquidación por saldo y finiquito.”

La cuestión que constituye el objeto de recurso según el Tribunal Constitucional es determinar si un despido motivado por las dolencias físicas del trabajador debe ser declarado nulo por discriminatorio, una vez que las resoluciones judiciales recurridas han estimado probado en relación con el auténtico móvil del despido, que no es en realidad el formalmente decla-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia 62/2008. Recurso de amparo 3912/2005

FECHA: 26 de mayo de 2008

PONENTE: Doña María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 10, 14 y 15 de la CE

DOCTRINA: En el ámbito de las decisiones de contratación o de despido, se vulnera el artículo 14 de la CE cuando el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

No se vulnera el artículo 14 de la CE cuando en la decisión extintiva el factor enfermedad se tiene en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo.

rado en la carta de despido relativo a una pretendida transgresión por el trabajador de la buena fe contractual, al no comunicar a la empresa su enfermedad previa, sino el motivo de fondo referido al efectivo conocimiento adquirido por la empresa de la existencia de dicha enfermedad y su consideración de que la misma impedía al trabajador trabajar en la construcción y determinaba que su prestación laboral no resultara rentable.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo y se formula un voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional examina, en su fundamento jurídico 3, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de la que destaca que:

“ha considerado acreditado que el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma [y] ha concluido, con base en la doctrina unificada por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2001 (RJ 2001, 2069), luego reiterada en otras posteriores como las STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 7075) (rec. 4646-2002), de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9656) (rec. 2639-2004) y de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 800) (rec. 4194-2006), que

el estado de salud del trabajador no fue utilizado en el caso de autos como un factor de diferenciación discriminatorio, sino con una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa.”

La parte recurrente sostiene que un despido con tal fundamento causal debe ser calificado como nulo por vulnerar el derecho fundamental a la no-discriminación por circunstancias personales (artículo 14 de la CE).

En palabras de la STC:

“Discrepa, en suma, de que el estado de salud (la enfermedad transitoriamente incapacitante) pueda dar lugar a un despido por el hecho de que el mantenimiento del contrato no se considere rentable para la empresa. Se trataría, por el contrario, de un despido discriminatorio, puesto que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente ha afectado a la humanidad y porque, en definitiva, la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo no puede erigirse en causa de despido, al ser ese acto contrario a la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE.”

La STC, en su fundamento jurídico 5, resume la jurisprudencia constitucional respecto a que el artículo 14 de la CE, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación y señala que:

“en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador.”

En relación con este extremo, en el fundamento jurídico 5 razona lo siguiente:

–“no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE.”

–“para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el artículo 14 de la CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’, resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10 de la CE).”

–“la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por ‘la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral’ (STC 197/2000, de 24 de julio, fundamento 5).”

El Tribunal Constitucional concluye que una decisión de despido basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud podrá conceptuarse legalmente como procedente o

improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria. El razonamiento jurídico se realiza en el fundamento jurídico 6, desde una doble perspectiva:

–“[en el] ámbito de las decisiones de contratación o de despido [...] (se vulnera el artículo 14 de la CE) [...] cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.”

–“No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo.”

Por todo ello, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo.

Voto particular que formula el magistrado Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

El magistrado utiliza una línea argumental parecida a la que formula el Ministerio Fiscal (ver el fundamento jurídico 8 de la sentencia). Afirma lo siguiente:

“3. Las resoluciones judiciales recurridas en amparo y la sentencia de la que disiento aceptan la doctrina de una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 (RJ 2001, 2069), que entiendo inaplicable a situaciones como la expuesta. Este recurso ha puesto de manifiesto, en mi opinión, que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los artículos 4.2.c) y 17.1 de la LET o de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula ‘o cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ del artículo 14, máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del artículo 35.1 de la CE (STC 100/2001, de 23 de abril, fundamento 8) y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del artículo 43 de la CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales (STC 95/2000, de 10 de abril, fundamento 5).

“4. La igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consustancial a la definición de Estado social y democrático de derecho que se consagra en el artículo 1.1 de la CE (RCL 1978, 2836). En esa concepción del Estado el principio de igualdad no rige sólo en las relaciones verticales, entendidas como aquellas en las que interviene un poder público, sino también en las relaciones horizontales, entendidas como de particular a particular, si bien la determinación de la intensidad, inmediata o mediata, con la que rige o se irradia dicho principio en las relaciones entre particulares está modulada.

“En el ámbito del Derecho del trabajo la respuesta a la cuestión enunciada implica establecer una línea divisoria muy delicada entre el principio de autonomía de la voluntad, o de libertad del empresario en sus poderes de dirección y gestión del patrimonio privado que ha destinado a empresa productiva, y la vigencia del mandato/derecho a la igualdad en el ámbito de dicha empresa (por todas, STC 34/1984, de 9 de marzo, fundamento 2).”

Tribunal Constitucional. Desde la perspectiva constitucional no resulta lesivo del derecho fundamental protegido por el artículo 24.2 de la CE que el órgano sancionador de la Administración considere probados el lugar y la fecha en que se comete una infracción mediante la manifestación escrita de sus agentes, habida cuenta de que la función propia de los aparatos cinemómetros es la de comprobar la velocidad del vehículo en un punto determinado; mientras que el resto de los datos que conforman la infracción –como el lugar, la fecha o el sentido de la marcha del vehículo– pueden ser acreditados con sujeción a las normas generales sobre la actividad probatoria

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de amparo tiene su origen en la imposición al recurrente de una sanción pecuniaria de 200 euros, como responsable de la infracción de circular superando los límites de velocidad fijados, una vez no han sido aceptadas las alegaciones formuladas en la instrucción del procedimiento, y desestimados el recurso de alzada y el recurso contencioso-administrativo interpuesto con el propósito de obtener la anulación o, subsidiariamente, la reducción de la referida sanción.

El recurso de amparo presentado tiene naturaleza mixta, resultado de la acumulación de dos pretensiones impugnatorias en la misma demanda. Por el cauce del artículo 43 de la LOTC se impugna la resolución mediante la que se impuso la sanción y la dictada desestimando el recurso de alzada formulado contra la primera. A estas resoluciones se atribuye la violación del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE).

Por la vía del artículo 44 de la LOTC se impugna la sentencia por no remediar la lesión constitucional atribuida a las resoluciones administrativas, incurrir en incongruencia omisiva –lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 de la CE– y en violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley –artículo 14 de la CE–. El reproche se extiende al auto que, al denegar la nulidad de actuaciones solicitada, no reparó la incongruencia omisiva que se atribuye a la sentencia.

El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de amparo

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El recurrente considera conculcado el derecho a la presunción de inocencia en las resoluciones dictadas en vía administrativa. Arguye que ante su negación de los hechos la Administración sólo dispone de una fotografía obtenida mediante cinemómetro, que no cumple, en su opinión, los requisitos exigidos por la normativa metrológica. Sostiene el demandante que determinados datos esenciales –fecha de la infracción, número de antena y sentido de marcha del vehículo– no fueron impresos mecánicamente por el propio cinemómetro sino que fueron manuscritos, estimando por ello necesaria la ratificación de la denuncia por el agente denunciante, que en el presente caso no se ha producido.

El Tribunal Constitucional afirma que “En relación con los datos obtenidos mediante el funcionamiento de cinemómetros, hemos señalado en el ATC 193/2004, de 26 de mayo, que ‘gozan de una presunción *iusuris tantum* de veracidad siempre que dichos aparatos hayan sido fabricados y hayan superado los controles establecidos por la normativa técnica vigente en cada momento, y así resulte acreditado, además, mediante las correspondientes certificaciones de naturaleza técnica’ (fundamento 5)”, y que “dada la peculiar naturaleza de este tipo de aparatos, caracterizados por su gran precisión y fiabilidad desde un punto de vista técnico, y los exhaustivos controles técnicos a los que reglamentariamente están sometidos para asegurar su satisfactoria operatividad [...], es necesario, para que la práctica de la prueba solicitada resulte pertinente, que existan unas dudas mínimamente razonables sobre la corrección de su funcionamiento, por, entre otros

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera.

Jurisdicción constitucional

RESOLUCIÓN: Sentencia 40/2008. Recurso de amparo 6545/2004

FECHA: 10 de marzo de 2007

PONENTE: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE

DOCTRINA: En relación con los datos obtenidos mediante el funcionamiento de cinemómetros, gozan de una presunción *iusuris tantum* de veracidad siempre que dichos aparatos hayan sido fabricados y hayan superado los controles establecidos por la normativa técnica vigente en cada momento, y así resulte acreditado, además, mediante las correspondientes certificaciones de naturaleza técnica y dada la peculiar naturaleza de este tipo de aparatos, caracterizados por su gran precisión y fiabilidad desde un punto de vista técnico, y los exhaustivos controles técnicos a los que reglamentariamente están sometidos para asegurar su satisfactoria operatividad es necesario, para que la práctica de la prueba en contra solicitada resulte pertinente, que existan unas dudas mínimamente razonables sobre la corrección de su funcionamiento, por, entre otros supuestos imaginables, resultar de manera evidente una manipulación externa del aparato. Desde la perspectiva constitucional no resulta lesivo del derecho fundamental protegido por el artículo 24.2 de la CE que el órgano sancionador de la Administración considere probados el lugar y la fecha en que se comete una infracción mediante la manifestación escrita de sus agentes, habida cuenta de que la función propia de los aparatos cinemómetros es la de comprobar la velocidad del vehículo en un punto determinado; mientras que el resto de los datos que conforman la infracción –como el lugar, la fecha o el sentido de la marcha del vehículo– pueden ser acreditados con sujeción a las normas generales sobre la actividad probatoria.

supuestos imaginables, resultar de manera evidente una manipulación externa del aparato”.

El Tribunal Constitucional admite que aparecen manuscritos en la fotografía tanto la fecha como el número de antena y el punto kilométrico de la autovía en que fue tomada, tratándose de datos incorporados manualmente por el agente denunciante.

Concluye, sin embargo, que:

“desde la perspectiva constitucional no resulta lesivo del derecho fundamental invocado que el órgano sancionador de la Administración considere probados el lugar y la fecha en que se

comete una infracción mediante la manifestación escrita de sus agentes, habida cuenta de que la función propia de los aparatos cinemómetros es la de comprobar la velocidad del vehículo en un punto determinado; mientras que el resto de los datos que conforman la infracción –como el lugar, la fecha o el sentido de la marcha del vehículo– pueden ser acreditados con sujeción a las normas generales sobre la actividad probatoria.”

En consecuencia, el Tribunal Constitucional afirma que en vía administrativa no se ha producido la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE).

En el examen de las impugnaciones formuladas contra la sentencia el Tribunal Constitucional presta atención a la pretensión subsidiaria relativa a la reducción de la sanción al mínimo legal, en aplicación del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y concluye al respecto:

“debe reconocerse que la sentencia recurrida en amparo –que ofrece una redacción estereotipada– no contiene una respuesta expresa a la pretensión subsidiaria. Tampoco puede encontrarse en ella una respuesta por remisión a la propia resolución administrativa, ni una respuesta tácita más allá de la mera desestimación del recurso contencioso-administrativo. Por ello, en este extremo puede apreciarse que la sentencia incurre en incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), [...] se aprecia una falta de respuesta –sin que importe ahora el sentido de esa respuesta– a la pretensión de que fuese aplicado al caso un determinado criterio jurídico –consistente en la reducción de la sanción a su mínimo legal cuando la Administración no exprese las razones para imponerla por encima del mismo– que el propio órgano judicial había empleado en casos precedentes.”

El alcance del amparo otorgado se adecua a la peculiaridad que concurre en los amparos de naturaleza mixta. El Tribunal Constitucional realiza las siguientes consideraciones:

“hemos rechazado que se haya producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente (artículo 24.2 de la CE), único reproche dirigido en la demanda de amparo contra las resoluciones administrativas sancionadoras. En segundo lugar, hemos considerado innecesario el examen de la queja dirigida contra la sentencia acerca de su incongruencia omisiva sobre la conculcación de la presunción de inocencia. Por el contrario, hemos apreciado que en el proceso judicial se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial congruente con las pretensiones deducidas en el propio proceso, referida a la petición de reducción del importe de la sanción en aplicación de los criterios fijados en el artículo 131.3 de la LRJ-PAC, aspecto sobre el que este Tribunal no puede pronunciarse por ser ajeno a su competencia, lo que hace inevitable la retroacción de lo actuado en la vía ordinaria. Por consiguiente, el amparo consistirá en el reconocimiento al recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva, la anulación de la sentencia y del auto impugnados, y en ordenar la retroacción de las actuaciones, a fin de que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido, que se ciña exclusivamente a la referida cuestión de legalidad ordinaria, consistente en la pretensión de reducción de la sanción, que con carácter subsidiario se formuló en el recurso contencioso-administrativo.”

Por todo ello, y en el sentido indicado, estima parcialmente el recurso.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El artículo 10 del Convenio de Roma se aplica a la esfera profesional y los funcionarios gozan del derecho a la libertad de expresión, que ha sido vulnerado en el caso concreto del despido de un trabajador de la Fiscalía General de la República de Moldavia por la divulgación a la prensa de documentos que revelaban la injerencia de un alto cargo político en un procedimiento penal pendiente. Se vulnera el derecho a la libertad de expresión porque el demandante no disponía de otros medios para divulgar la información y la divulgación podía justificarse por el interés general de las informaciones divulgadas, porque las informaciones divulgadas eran auténticas, porque el interés general en que sean divulgadas las informaciones prevalece sobre el interés que existe por mantener la confianza del público en la Fiscalía General, porque el demandante actuó de buena fe y todo ello conlleva que no pueda justificarse la imposición de una sanción tan severa

SUPUESTO DE HECHO

Demanda de un ciudadano moldavo, señor Guja, funcionario público adscrito a la Fiscalía General, contra la República de Moldavia presentada ante el Tribunal el 30 de marzo de 2004, por despido como consecuencia de la divulgación de documentos que comprometen a un alto cargo del Estado. El señor Guja presentó una demanda por haber sido cesado de la Fiscalía General por haber divulgado dos documentos, que según él revelaban la injerencia de un alto cargo político en un procedimiento penal pendiente.

Denuncia la violación de su derecho a la libertad de expresión, garantizado por el artículo 10 del Convenio, en concreto de su derecho a comunicar informaciones.

El Tribunal concluye en el apartado 53 que el artículo 10 tiene que aplicarse en este caso. Estima, asimismo, que la medida de

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala. Caso Guja contra Moldavia. Demanda 14277/2004

FECHA: 12 de febrero de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 10 del Convenio de Roma

DOCTRINA: El artículo 10 del Convenio de Roma se aplica a la esfera profesional y los funcionarios gozan del derecho a la libertad de expresión, que ha sido vulnerado en el caso concreto del despido de un trabajador de la Fiscalía General de la

cese dictada en contra del demandante como consecuencia de haber hecho públicas las cartas en litigio se analiza como una “injerencia de una autoridad pública” en el ejercicio, por parte del interesado, de su derecho a la libertad de expresión garantizada en el primer apartado de esta disposición. Tal injerencia infringe el artículo 10, salvo si, “prevista por la Ley”, persiguiera uno o varios fines legítimos de conformidad con el apartado 2 y fuera “necesaria, en una sociedad democrática” para alcanzarlos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La principal cuestión, señala el TEDH, es determinar si la injerencia era “necesaria en una sociedad democrática”.

Los principios fundamentales relativos a esta cuestión están establecidos en la jurisprudencia del Tribunal (ver, entre otros, *Jersild* contra Dinamarca, pg. 23, ap. 31, *Hertel* contra Suiza, sentencia de 25 de agosto de 1998, Repertorio 1998-VI pg. 2329-2330, ap. 46 y *Steel y Morris* contra Reino Unido, núm. 68416/01, ap. 87, del CEDH 2005-II).

El resumen de su doctrina es:

“i) La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las primordiales condiciones de su progreso y de la plenitud de cada individuo. Sujeta a las reservas del apartado 2 del artículo 10, no sólo sirve para las ‘informaciones’ e ‘ideas’ bien acogidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para las que ofenden, chocan o inquietan: así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, sin los que no habría ‘sociedad democrática’. Tal y como lo consagra el artículo 10, existen numerosas excepciones que llaman a una interpretación estrecha, y la necesidad de restringirla debe estar establecida de manera convincente [...].

“ii) El adjetivo ‘necesario’, en el sentido del artículo 10.2, implica una ‘necesidad social imperiosa’. Los estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de tal necesidad, pero va acompañado de un control europeo relacionado al mismo tiempo con la Ley y con las decisiones que se aplican, incluso cuando provienen de una jurisdicción independiente. El Tribunal tiene, pues, competencia para decidir en último lugar si una ‘restricción’ concilia con la libertad de expresión protegida por el artículo 10.

“iii) No es tarea del Tribunal, mientras ejerce su control, sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino verificar, bajo el prisma del artículo 10, las decisiones adoptadas en virtud de su poder de apreciación. No se deduce que deba limitarse a investigar si el Estado demandado ha utilizado este poder de buena fe, con cuidado y de manera razonable: debe considerar la injerencia en litigio teniendo en cuenta el caso en su conjunto, para determinar si fue ‘proporcionada al fin legítimo perseguido’ y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen ‘pertinentes y suficientes’ [...]. De este modo, el Tribunal debe convencerse que las autoridades internas aplicaron normas conformes con los principios consagrados en el artículo 10 y, además, basándose en una apreciación aceptable de los hechos pertinentes.” (Fundamento jurídico 69)

El TEDH recuerda que el artículo 10 se aplica igualmente a la esfera profesional y que los funcionarios, al igual que el demandante, gozan del derecho a la libertad de expresión, y señala:

“Siendo la misión de los funcionarios en una sociedad democrática la de ayudar al Gobierno a llevar a cabo sus funciones y teniendo el público derecho a esperar que los funcionarios aporten esta ayuda y no opongan obstáculos al Gobierno democráticamente elegido, la obligación de lealtad y de reserva reviste una importancia que le concierne particu-

República de Moldavia por la divulgación a la prensa de documentos que revelaban la injerencia de un alto cargo político en un procedimiento penal pendiente.

Se vulnera el derecho a la libertad de expresión porque el demandante no disponía de otros medios para divulgar la información y la divulgación podía justificarse por el interés general de las informaciones divulgadas, porque las informaciones divulgadas eran auténticas, porque el interés general en que sean divulgadas las informaciones prevalece sobre el interés que existe por mantener la confianza del público en la Fiscalía General, porque el demandante actuó de buena fe y todo ello conlleva que no pueda justificarse la imposición de una sanción tan severa.

larmente (ver *mutatis mutandis*, *Ahmed* y otros contra Reino Unido). Además, teniendo en cuenta la naturaleza de su posición, los funcionarios tienen, a veces, acceso a informaciones que el Gobierno, por distintas razones legítimas, puede tener interés en proteger la confidencialidad o el carácter secreto. Por consiguiente, generalmente está obligado a una discreción muy estricta.” (Fundamento jurídico 71)

El TEDH afirma que hasta este momento no había conocido ningún caso en el que un funcionario hubiera divulgado las informaciones internas. Por ello, sienta una serie de criterios de carácter general:

“A) [...] los agentes de la función pública [...] pueden ser inducidos, en el ejercicio de su función, a enterarse de informaciones internas, eventualmente de naturaleza secreta, que los ciudadanos tendrían interés en ver divulgadas o publicadas. [...] dadas las condiciones, la denuncia por estos agentes de conductas o actos ilícitos constatados en el lugar de trabajo debe estar protegida en algunas circunstancias. Similar protección puede imponerse cuando el agente en cuestión es el único conocedor —o forma parte de un pequeño grupo cuyos miembros son los únicos conocedores— de lo que ocurre en el lugar de trabajo y, por tanto, es la persona mejor situada para actuar en interés general, advirtiendo a su empleador o a la opinión pública. En relación con esto, el Tribunal se remite [...] al informe explicativo del Convenio Civil del Consejo de Europa sobre corrupción (apartado 46 *supra*): ‘En efecto, los asuntos de corrupción son difíciles de detectar y de investigar y los empleados o los colegas (del sector público o privado) de las personas implicadas son, en muchas ocasiones, los primeros en descubrir o en sospechar algo extraño.’” (Fundamento jurídico 72)

“B) [...] es importante que la persona en cuestión proceda a la divulgación, en primer lugar, ante su superior u otra autoridad o instancia competente. La divulgación al público no debe considerarse como último recurso, en caso de imposibilidad manifiesta de actuar de otro modo [...] el Tribunal debe examinar si el interesado disponía de otros medios efectivos para poner remedio a la situación que consideraba criticable.” (Fundamento jurídico 73)

“C) Para apreciar la proporcionalidad de un ataque contra la libertad de expresión de un funcionario, el Tribunal debe igualmente tener en cuenta ciertos factores. En primer lugar, hay que dar una importancia particular al interés general que suponía la información divulgada. El Tribunal recuerda que el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de las cuestiones de interés

general (ver, entre otras, *Sürek contra Turquía*, núm. 1 [GC], núm. 26682/95, ap. 61, del CEDH 1999-IV). En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Gobierno deben estar bajo el atento control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de los medios de comunicación y de la opinión pública. El interés de la opinión pública por cierta información es, en ocasiones, tan grande que puede con la obligación de confidencialidad impuesta por la Ley (*Fressoz y Roire contra Francia* [GC], núm. 29183/95, del CEDH 1999-I; *Radio Twist, A.S. contra Eslovaquia*, núm. 62202/00, del CEDH 2006-...)." (Fundamento jurídico 74)

"D) [...] El segundo factor a tener en cuenta es la autenticidad de la información divulgada. [...] el ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades, y cualquier persona que decide divulgar las informaciones debe verificar con cuidado, en la medida en la que las circunstancias lo permitan, que son exactas y dignas de crédito (ver, *mutatis mutandis*, *Morissens contra Bélgica*, núm. 11389/85, decisión de la Comisión de 3 de mayo de 1988, DR 56, pg. 127, *Bladet Tromsø y Stensaas contra Noruega* [GC], núm. 21980/93, ap. 65 del CEDH 1999-III)." (Fundamento jurídico 75)

"E) [...] el Tribunal debe sopesar el daño que la divulgación en litigio podría causar a la autoridad pública y el interés que el público tendría en obtener esta información (ver, *mutatis mutandis*, *Hadjianastassiou contra Grecia*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, serie A, núm. 252, ap. 45, *Stoll contra Suiza*). En relación con esto, puede tener en cuenta el objeto de la divulgación y la naturaleza de la autoridad administrativa concernida (*Haseldine*, decisión antedicha)." (Fundamento jurídico 76)

"F) La motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección. Por ejemplo, un acto motivado por alguna queja o aversión personal o incluso por la perspectiva de algún beneficio personal, como una ganancia económica, no justifica un nivel de protección alto (*Haseldine*, decisión antedicha). Por tanto, es importante establecer si la persona en cuestión, al divulgar la información, ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica, si la divulgación servía al interés general y si el autor disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión." (Fundamento jurídico 77)

"G) Finalmente, la evaluación de la proporcionalidad de la injerencia, en relación con el fin legítimo perseguido, pasa por el análisis atento de la pena impuesta y sus consecuencias (*Fuentes Bobo*, sentencia antedicha, ap. 49)." (Fundamento jurídico 78)

El Tribunal examina los hechos teniendo en cuenta los principios relacionados y concluye que el demandante no disponía de otros medios para divulgar la información y que la divulgación podía justificarse; el interés general de las informaciones divulgadas; que las informaciones divulgadas eran auténticas, que el interés general en que sean divulgadas las informaciones prevalece sobre el interés que existe por mantener la confianza del público en la Fiscalía General; que el demandante actuó de buena fe y considera difícilmente justificable la imposición de una sanción tan severa.

Todo ello conlleva que el TEDH considera que ha habido violación del artículo 10 del Convenio y lo argumenta del siguiente modo:

"Consciente de la importancia del derecho a la libertad de expresión sobre cuestiones de interés general, del derecho de los funcionarios y otros asalariados a denunciar las conductas o actos ilícitos constatados por ellos en su lugar de trabajo, de los deberes y responsabilidades de los asalariados hacia sus empleadores y del derecho de éstos de gestionar a

su personal, el Tribunal, tras haber sopesado los distintos intereses que hay en juego concluye que, el ataque contra el derecho a la libertad de expresión del demandante, en concreto a su derecho a comunicar las informaciones, no era 'necesario en una sociedad democrática'." (Fundamento jurídico 97)

El TEDH acuerda:

"1º. Declarar admisible la demanda. 2º. Declarar que ha habido violación del artículo 10 del Convenio. 3º. Declarar a) que el Estado demandado debe abonar al demandante dentro de un plazo de 3 meses 10.000 EUR (diez mil euros) en concepto de daños materiales y 8.413 EUR (ocho mil cuatrocientos trece euros) en concepto de costas y gastos, más cualquier impuesto que pueda ser cargado a estas cantidades, cuantías que serán convertidas a la moneda nacional del Estado demandado con el tipo de cambio vigente en la fecha del acuerdo; b) que a contar desde el vencimiento del antedicho plazo hasta el pago, estas cantidades se verán incrementadas por un interés a un tipo marginal equivalente al del préstamo del Banco Central Europeo aplicable durante este período, incrementado en tres puntos; 4º. Rechaza el resto de las reclamaciones de indemnización."

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Debe considerarse que una entidad creada para garantizar la calefacción urbana de la ciudad de Viena, que utiliza la energía obtenida de la evacuación de residuos, que pertenece por completo al municipio –que nombra y revoca a los administradores y controla la gestión económica y financiera–, es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17, y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004. Ello es así, aunque su objeto social se extienda también a la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura y que en el marco de esta actividad tiene que hacer frente a la competencia de otras empresas

SUPUESTO DE HECHO

Fernwärme Wien fue creada, mediante acto constitutivo de 22 de enero de 1969, para garantizar la calefacción urbana de viviendas, organismos públicos, oficinas y empresas en el término municipal de la ciudad de Viena. Para ello utiliza la energía obtenida de la evacuación de residuos en vez de utilizar la derivada de fuentes no renovables. Fernwärme Wien, que tiene personalidad jurídica, pertenece por completo a la ciudad de Viena, que nombra y revoca a los administradores y a los miembros del consejo de vigilancia de la empresa y aprueba su gestión. Además, el municipio también puede controlar la gestión económica y financiera de la mencionada empresa a través del Kontrollamt der Stadt Wien (oficina de control de la ciudad de Viena). Paralelamente a su actividad de calefacción urbana, Fernwärme Wien se ocupa de la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura. En el marco de esta actividad tiene que hacer frente a la competencia de otras empresas.

Fernwärme Wien publicó un anuncio de licitación el 1 de marzo de 2006 para la construcción de instalaciones de refrigeración en un complejo de locales comerciales proyectado en Viena, señalando que la legislación austriaca en materia de contratos públicos no era aplicable al contrato en cuestión. Ing. Aigner participó en ese procedimiento presentando una oferta. Tras ser informada, el 18 de mayo de 2006, de que, habida cuenta de la presencia de referencias negativas, su oferta no iba a ser examinada, impugnó esa decisión ante el órgano jurisdiccional remitente, alegando que deberían aplicarse las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

El Vergabekontrollsenat des Landes Wien decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Cabe interpretar la Directiva 2004/17/CE [...] en el sentido de que una entidad adjudicadora que desarrolla una actividad perteneciente a alguno de los sectores contemplados en el artículo 3 de esta Directiva también está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva en relación con una actividad distinta, que ejerce paralelamente en condiciones de competencia?

“2) En el supuesto de que únicamente fuera así para los poderes adjudicadores, ¿debe considerarse que una empresa como [Fernwärme Wien] es un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18 [...] si suministra calefacción urbana en determinado territorio, sin competencia efectiva, o se debe tomar como referencia el mercado de la calefacción doméstica, que también comprende fuentes de energía como el gas, el gasóleo, el carbón, etc.?

“3) Una actividad realizada en libre competencia por una sociedad que no ejerce su actividad con carácter industrial o

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sección Cuarta. Asunto Cuestión prejudicial en el procedimiento entre Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH y Fernwärme Wien GmbH. Asunto C-393/06

FECHA: 10 de abril de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17, y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18

DOCTRINA: Debe considerarse que una entidad creada para garantizar la calefacción urbana de la ciudad de Viena, que utiliza la energía obtenida de la evacuación de residuos, que pertenece por completo al municipio –que nombra y revoca a los administradores y controla la gestión económica y financiera–, es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17, y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004. Ello es así aunque su objeto social se extienda también a la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura y que en el marco de esta actividad tiene que hacer frente a la competencia de otras empresas.

La consideración de organismo de Derecho público le obliga a seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva 2004/17, en los sectores y contratos que delimitan su ámbito objetivo y todos los demás contratos celebrados por dicha entidad están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzadas entre esos sectores.

mercantil, ¿ha de incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18 si, gracias a medidas eficaces, como la separación de los balances y de las contabilidades, puede excluirse la financiación cruzada de las actividades ejercidas en libre competencia?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre la primera cuestión, el TJCE, previa cita de las normas aplicables y de la sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann (C-462/03 y C-463/03, Rec. pg. I-5397, apartado 37), en la que declaró que si un contrato no se enmarca en el ejercicio de una de las actividades contempladas en la Directiva sectorial, se regirá por las normas contenidas en las directivas reguladoras, según los casos, de la adjudicación de los contratos de servicios, de obras o de suministros, concluye que:

“una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva 2004/17, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esta Directiva para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que dicha entidad ejerce en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.”

La segunda cuestión se refiere a si una entidad como Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18. Una vez relacionados los requisitos para tener tal condición (que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, esté dotado de personalidad jurídica propia y esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público), concluye en el sentido de afirmar tal condición.

Para ello realiza las siguientes consideraciones:

“Fernwärme Wien está dotada de personalidad jurídica y que la ciudad de Viena posee la totalidad del capital de esta entidad y controla su gestión económica y financiera. Por consiguiente, queda por examinar si dicha entidad fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (fundamento jurídico 38).

“Fernwärme Wien [abastece empleando la energía obtenida de la combustión de residuos] alrededor de 250.000 viviendas, numerosas oficinas e instalaciones industriales, así como prácticamente todos los edificios públicos. Suministrar la calefacción de una aglomeración urbana a través de un procedimiento que respete el medio ambiente es innegablemente un objetivo de interés general. Por lo tanto, no puede negarse que Fernwärme Wien fuera creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general (fundamento jurídico 39).

“A tal efecto es indiferente que esas necesidades también sean cubiertas o podrían serlo por empresas privadas. Lo esencial es que se trate de necesidades que, por razones de interés general, el Estado o una entidad territorial deciden satisfacerlas por sí mismos o respecto de las cuales quieren conservar una influencia determinante (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. pg. I-6821, apartados 44, 47, 51 y 53, y de 10 de mayo de 2001 [TJCE 2001, 136], Agorà y Excelsior, C-223/99 y C-260/99, Rec. pg. I-3605, apartados 37, 38 y 41) (fundamento jurídico 40).

“para determinar si las necesidades que satisface la entidad de que se trata en el litigio principal no tienen carácter industrial o mercantil, hay que tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se

trate y las condiciones en que ejerce su actividad. A este respecto, es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia (véase la sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. pg. I-5321, apartados 48 y 49, y la jurisprudencia citada) (fundamento jurídico 41).

“Ha quedado acreditado que el ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad. Si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal (véase, en este sentido, la sentencia Korhonen y otros [TJCE 2003, 152], antes citada, apartado 54) (fundamento jurídico 42).

“para comprobar si la entidad de que se trata ejerce o no sus actividades en situación de competencia, [...] a la luz de la interpretación funcional del concepto de ‘organismo de Derecho público’, debe tomarse en consideración el sector para el que se creó Fernwärme Wien, es decir, el de suministro de calefacción urbana por tuberías mediante la utilización de la energía obtenida de la combustión de residuos (fundamento jurídico 43).

“Fernwärme Wien goza de hecho en ese sector de una situación cuasi-monopolística, en la medida en que las otras dos sociedades que desarrollan su actividad en el mismo ámbito tienen un tamaño insignificante, y, por lo tanto, no son auténticos competidores. Además, ese sector tiene una autonomía considerable, en la medida en que sería muy difícil reemplazar el sistema de calefacción urbana por otras energías, ya que ello exigiría importantes obras de transformación. Por último, la ciudad de Viena concede especial relevancia a este sistema de calefacción, también por razones medioambientales. Asimismo, habida cuenta de la presión de la opinión pública, no permitiría su supresión, aunque el sistema tuviera que funcionar con pérdidas (fundamento jurídico 44).

“En las sentencias BFI Holding (TJCE 1998, 268) (apartado 49) y Agorà y Excelsior (TJCE 2001, 136) (apartado 38), el Tribunal de Justicia destacó que la existencia de una competencia desarrollada puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. En las circunstancias del litigio principal, de la petición de decisión prejudicial se desprende claramente que está lejos de cumplirse el criterio de la existencia de una competencia desarrollada (fundamento jurídico 46).”

Respecto a la tercera cuestión, el TJCE recuerda la primera vez que se planteó la cuestión (la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros) y la serie de sentencias que ratifican el criterio inicialmente asentado (sentencias BFI Holding –apartados 55 y 56– y Korhonen y otros –apartados 57 y 58–, la sentencia Adolf Truley –apartado 56– y la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros –apartado 30–).

Afirma a su vez que:

“como destaca el Abogado General en los puntos 64 y 65 de sus conclusiones, puede dudarse seriamente que sea efectivamente posible trazar esa separación entre las diferentes actividades de una entidad que constituye una persona jurídica única, tiene un régimen patrimonial y de propiedad único y cuyas decisiones en materia de dirección y gestión son adoptadas de forma unitaria, y ello incluso haciendo abstracción de otros numerosos obstáculos de orden práctico sobre el control, *ex ante* y *ex post*, de la separación radical entre los diferentes ámbitos de actividad de la entidad de que se trata y de la pertenencia de la actividad en cuestión a uno u otro ámbito (fundamento jurídico 53).”

De todo ello concluye que:

“los contratos celebrados por una entidad como Fernwärme Wien deben seguir los procedimientos establecidos en la Directiva 2004/17 en la medida en que estén vinculados a una

actividad desarrollada por éste en los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de esa Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18 (fundamento jurídico 56)."

Y que:

"cada una de estas dos directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzadas entre esos sectores."

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

"1º. Una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esta Directiva para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que dicha entidad ejerce en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.

"2º. Debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien GmbH es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17, y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

"3º. Los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de organismo de Derecho público, en el sentido de las directivas 2004/17 y 2004/18, vinculados al ejercicio de actividades que esa entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, deben seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzada entre esos sectores."

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La norma española que permite la continuación de los efectos de un contrato, y bajo sus mismas cláusulas, si la declaración administrativa de nulidad produce un grave trastorno al servicio público, no vulnera la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (Directiva sobre recursos), porque la continuación de los efectos del contrato únicamente está destinada a aplicarse con carácter excepcional y en espera de la adopción de medidas urgentes, y bajo el control de los órganos jurisdiccionales

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la 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 (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (en lo sucesivo, Directiva sobre recursos), al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración y al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En las imputaciones primera y segunda, la Comisión alega que la legislación nacional (LCAAPP 1995) no se ajusta a la Directiva sobre recursos, en la medida en que la combinación de determinadas disposiciones de dicha legislación impide que los licitadores rechazados interpongan eficazmente un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato antes de la propia celebración de éste.

El Tribunal de Justicia recuerda que las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Segunda. Recurso de incumplimiento Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. Asunto C-444/06

FECHA: 3 de abril de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (Directiva sobre recursos)

DOCTRINA: La norma española que permite la continuación de los efectos de un contrato, y bajo sus mismas cláusulas, si la declaración administrativa de nulidad produce un grave trastorno al servicio público, no vulnera la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (Directiva sobre recursos), porque la continuación de los efectos del contrato únicamente está destinada a aplicarse con carácter excepcional y en espera de la adopción de medidas urgentes, y bajo el control de los órganos jurisdiccionales.

lo 6, párrafo segundo, de la Directiva sobre recursos "deben interpretarse en el sentido de que los estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y

perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador celebrará el contrato (véase la sentencia Alcatel Austria y otros [TJCE 1999, 255], apartado 43). A ello hay que añadir que la protección jurídica completa que debe así garantizarse antes de la celebración del contrato, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, [...] implica la obligación de informar a los licitadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir”.

Esta misma protección exige que “se conceda al licitador excluido la posibilidad de examinar en el momento oportuno la cuestión de la validez de la decisión de adjudicación. Habida cuenta de las exigencias del efecto útil de la Directiva sobre recursos, de ello se infiere que debe mediar un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, para que éstos puedan, en particular, interponer una demanda de medidas provisionales hasta el momento de dicha celebración”.

El Tribunal de Justicia centra la cuestión y advierte que “no es objeto de discusión que la legislación española autoriza los recursos contra actos de las entidades adjudicadoras anteriores a la adjudicación de un contrato público. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, de la Ley del procedimiento administrativo común, los interesados tienen la posibilidad de interponer recurso contra los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En el marco de estos recursos, pueden adoptarse medidas provisionales, en particular la suspensión de los actos impugnados”.

El Tribunal de Justicia concluye que las imputaciones son fundadas de acuerdo con lo siguiente:

–“el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato.”

–“la formalización del contrato puede ser concomitante a su adjudicación, o seguirla en muy breve plazo. En efecto, dicha formalización, como reconoce, por lo demás, el Reino de España, no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas.”

–“De ello se desprende que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74).”

–“la posibilidad de disponer de la facultad de interponer un recurso de anulación del propio contrato no puede compensar la imposibilidad de actuar contra el acto de adjudicación de éste por sí solo, antes de que se celebre el contrato.”

En la tercera imputación, según la Comisión, de la excepción dirigida a proteger los servicios públicos contemplada en el artículo 65, apartado 3, de la Ley de contratos de las administraciones públicas se deriva una infracción de la Directiva sobre recursos. Con arreglo a dicha disposición, si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

El Tribunal de Justicia desestima esta estimación de acuerdo con el razonamiento siguiente:

–“el mantenimiento de los efectos de un contrato que ha sido objeto de una declaración administrativa de nulidad, tal como se contempla en la legislación nacional criticada, únicamente puede producirse en caso de perturbación grave del servicio público.”

–“Por lo tanto, como se desprende de la letra del artículo 65, apartado 3, de la Ley de contratos de las administraciones públicas, tal mantenimiento únicamente está destinado a aplicarse con carácter excepcional y en espera de la adopción de medidas urgentes. Por otra parte, dicho mantenimiento se aplica, como indica el Reino de España, sin que la Comisión lo desmienta, bajo el control de los órganos jurisdiccionales.”

–“Así pues, resulta que la finalidad de la disposición controvertida no consiste en obstaculizar la ejecución de la declaración de nulidad de un contrato determinado, sino en evitar, cuando esté en juego el interés general, las consecuencias excesivas y eventualmente perjudiciales de una ejecución inmediata de dicha declaración, en espera de la adopción de medidas urgentes destinadas a garantizar la continuidad del servicio público.”

Por todo ello, el Tribunal de Justicia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva sobre recursos, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico, procedimiento administrativo y contencioso-administrativo

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, no puede interpretarse en el sentido de que la condición de concejal no adscrito sólo está prevista para aquellos concejales que, por su propia voluntad, deciden no integrarse en el grupo político que constituya la formación política por la que han sido elegidos o que, posteriormente, la abandonen, pero no para los supuestos de expulsión del grupo al que se pertenece.

La utilización por el legislador del concepto de “abandono” en el artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, al no concretarse las causas por las que se produce la no-integración del concejal en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, se está refiriendo el legislador a todas las demás causas, cualesquiera que éstas sean, voluntarias o involuntarias, y, por tanto, incluida la expulsión de dicho grupo. De otra forma no tendría sentido la mención específica del “abandono” que se contiene en el segundo inciso del precepto comentado

SUPUESTO DE HECHO

Los recurrentes, concejales del Ayuntamiento de Majadahonda e inicialmente miembros del Grupo Popular de dicho ayuntamiento, fueron expulsados de dicho grupo. El portavoz del Grupo Popular dio cuenta al Pleno del Ayuntamiento quedando, desde ese momento, ambos concejales excluidos del Grupo Popular del Ayuntamiento y, a partir de dicha exclusión, adquieren la condición de concejales no adscritos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción que le dio la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

Ese mismo día 27 de septiembre de 2005, los dos concejales habían presentado en la Secretaría General del Ayuntamiento un escrito en el que se constituían en grupo municipal como Grupo Mixto, reclamando ser convocados a los órganos municipales en esta condición de integrantes de ese nuevo Grupo Mixto. Este escrito no fue llevado al orden del día del citado Pleno de 27 de septiembre de 2005, por haber sido presentado ese mismo día, pero el Pleno tuvo conocimiento del mismo por aportarlo dichos concejales y reflejarse en el acta de la sesión plenaria dicha aportación.

A continuación, el secretario general del Ayuntamiento dicta la Circular general núm. 1/05, de 7 de octubre de 2005, con el siguiente contenido:

“En sesión plenaria del pasado día 27 de septiembre se dio cuenta de la modificación de la composición del Grupo Municipal Popular, dejando de pertenecer al mismo los concejales don Eugenio y don Pedro. Se comunica a los secretarios correspondientes que se deberá convocar a estos concejales a las sesiones que celebren las distintas comisiones informativas a efectos de asistencia con voz pero sin voto, según dispone el artículo 4.1.b) del Reglamento orgánico de la corporación.”

De esta forma, esto es, como concejales no adscritos, fueron convocados estos dos concejales aquí apelantes a la Comisión Informativa de Asuntos Económicos celebrada el día 20 de febrero de 2007, a la que asistieron, por tanto, en su condición de concejales no adscritos y no como integrantes del grupo municipal por ellos pretendido.

La convocatoria a la Comisión Informativa y el acuerdo del Pleno posteriormente celebrado que aprueba el asunto dictaminado favorablemente por dicha comisión, fue objeto de un recurso mediante el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª).
Recurso de apelación 854/2007

FECHA: 19 de febrero de 2008

PONENTE: Illma. Sra. Berta Santillán Pedrosa

DEMANDANTE: Concejales no adscritos

DEMANDADO: Ayuntamiento de Majadahonda

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 73 de la LBRL en la redacción dada por la Ley 57/2003

DOCTRINA: El artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, no puede interpretarse en el sentido de que la condición de concejal no adscrito sólo está prevista para aquellos concejales que, por su propia voluntad, deciden no integrarse en el grupo político que constituya la formación política por la que han sido elegidos o que, posteriormente, la abandonen, pero no para los supuestos de expulsión del grupo al que se pertenece. La utilización por el legislador del concepto de “abandono” en el artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, al no concretarse las causas por las que se produce la no-integración del concejal en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, se está refiriendo el legislador a todas las demás causas, cualesquiera que éstas sean, voluntarias o involuntarias, y, por tanto, incluida la expulsión de dicho grupo. De otra forma no tendría sentido la mención específica del “abandono” que se contiene en el segundo inciso del precepto comentado

La lesión del derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 de la CE que los demandantes consideran producida es la de su derecho, que entienden derivado de dicho precepto de la Constitución, a ser convocados a esta Comisión Informativa como miembros del nuevo grupo municipal (Grupo Mixto) que entienden por ellos constituido y no como concejales no adscritos, que es como han sido convocados.

El recurso se desestima y la sentencia es objeto de recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia delimita las normas aplicables y establece que:

“Hasta la reforma operada en la LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, el legislador había optado (STC 30/1993, fundamento 5) por una organización grupal del trabajo corporativo, estableciendo al efecto la obligatoria adscripción de todo concejal a un grupo municipal, constituyendo el grupo mixto aquellos que no quedaran integrados en ningún otro grupo municipal (artículos 23 y ss. del ROF; artículo 20.3 de la LBRL). [...] Y así, cuando un concejal era expulsado del grupo político al que pertenecía o abandonaba el mismo, debía necesariamente ser integrado en otro grupo político, el Grupo Mixto, que, de no estar constituido, debía necesariamente constituirse, sin que estuviera prevista por el legislador la figura del concejal no adscrito [...].

“Sin embargo, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, introduce en este sistema de organización del trabajo de las corporaciones locales, como se afirma en la sentencia apelada, un cambio sustancial. En efecto, el legislador opta en esta reforma por un sistema de organización que no se basa, como antes, exclusivamente en los grupos políticos, sino que introduce también la figura del concejal no adscrito. Y así, el nuevo artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, lo dispone ahora [...].

“Así pues, la actuación corporativa de los concejales ya no se sustenta sólo en el grupo político, sino que pueden actuar también en la corporación, por haberlo decidido así el legislador, como concejales no adscritos cuando se trate de concejales ‘que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos’.

“La redacción del artículo 73.3 de la LBRL vigente es clara; como regla general, los concejales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos políticos, pero esta regla general tiene una excepción y es la relativa a aquellos concejales ‘que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia’, supuesto en el que no podrán integrarse en un nuevo grupo político, sino que ‘tendrán la consideración de miembros no adscritos’.”

En este punto, el Tribunal Superior de Justicia dice llegar a la cuestión que constituye el eje central de la argumentación de los recurrentes, en cuya virtud el precepto legal mencionado sólo puede interpretarse en el sentido de que la condición de concejal no adscrito sólo está prevista para aquellos concejales que, por su propia voluntad, deciden no integrarse en el grupo político que constituya la formación política por la que han sido elegidos o que, posteriormente, la abandonen, pero no para los supuestos de expulsión del grupo al que se pertenece, pues, argumentan, se trata de un abandono involuntario no previsto en dicho precepto como determinante de la adquisición de la condición de concejal no adscrito.

Esta interpretación, señala el Tribunal Superior de Justicia, no puede ser compartida porque, en el criterio de la sala, no es esto lo que el precepto dice, ni en su sentido literal ni en su contexto ni en una interpretación sistemática del mismo, por lo siguiente:

“Atribuye dicho precepto la condición de concejal no adscrito a ‘aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia’. Son, pues, dos los supuestos determinantes de la adquisición de la condición de concejal no adscrito,

los que ‘abandonen’ su grupo de procedencia, expresión con la que el legislador parece referirse a aquellos que voluntariamente dejen dicho grupo, y, en segundo lugar, aunque en primer lugar en el precepto analizado, los que ‘no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos’, supuesto este en el que el legislador incluye, dado su tenor literal, todos los supuestos en los que el concejal, bien no llega a integrarse, bien ya no se encuentra integrado, en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, cualquiera que sea la causa, voluntaria o no, porque el legislador no distingue. Antes al contrario, la utilización por el legislador del concepto de ‘abandono’, que parece aludir a la no-integración por voluntad del concejal, como segundo supuesto determinante de la adquisición de la condición de concejal no adscrito, nos permite suponer que en el primer supuesto, al no concretarse las causas por las que se produce la no-integración del concejal en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, se está refiriendo el legislador a todas las demás causas, cualesquiera que éstas sean, voluntarias o involuntarias, y, por tanto, incluida la expulsión de dicho grupo. De otra forma no tendría sentido la mención específica del ‘abandono’ que se contiene en el segundo inciso del precepto comentado.

“Además, el último párrafo del precepto comentado se refiere expresamente al supuesto de expulsión, al señalar que ‘Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos’, párrafo este en el que también se utiliza la expresión ‘abandono’ como deje voluntario del grupo por contraposición con la expulsión.

“La nueva opción del legislador estatal es, pues, clara, en los supuestos de expulsión del concejal del grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, en la medida en que esta expulsión supone su no-integración en dicho grupo, pasa a actuar en la corporación como concejal no adscrito, siendo ésta la situación que la Ley le reconoce, sin que la Ley le reconozca derecho alguno a constituir un nuevo grupo, pues la expulsión se encuentra recogida entre los supuestos excepcionados por la Ley del derecho a constituir grupo político.”

Así pues, establece el Tribunal Supremo que habiendo sido ambos concejales recurrentes expulsados del Grupo Popular, grupo político constituido por la formación electoral por la que ambos concejales resultaron elegidos, la Ley no les reconoce más derecho que el de adquirir la condición de concejales no adscritos, pero no el derecho a constituir un grupo político, derecho del que la Ley expresamente exceptúa a los concejales que, por cualquier causa, incluida la expulsión, ya no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos.

Como conclusión, el Tribunal Superior de Justicia establece que:

“En consecuencia, el derecho reclamado por ambos concejales, como integrante de su estatus legal de cargo representativo, de ser convocados a dicha Comisión Informativa como miembros del Grupo Mixto, no forma parte, tras la reforma operada por la Ley 57/2003, del estatus legal de dicho cargo, por lo que ninguna vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la CE cabe imputar a su convocatoria a dicha Comisión como concejales no adscritos y no como miembros de dicho Grupo Mixto, ya que, como hemos dicho, el cargo representativo debe desempeñarse de conformidad con lo que la Ley disponga y lo que la Ley dispone en el caso de los apelantes es su convocatoria a la citada Comisión Informativa como concejales no adscritos.”

Por todo ello desestima el recurso de apelación, con condena en costas.

Tribunal Supremo. La inclusión de un asunto en el orden del día del Pleno sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa, si sólo se lleva a cabo la previa ratificación de su inclusión en el orden del día y el Pleno por unanimidad acuerda su aprobación, después de reconocer que el expediente estaba sobre la mesa de la Comisión Informativa, supone una infracción de las reglas del procedimiento, que, si bien no cabe entender que se trate de una falta total y absoluta del establecido legalmente, lo que acarrearía su nulidad radical conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, constituye un defecto que impide al acto alcanzar su fin.

Es necesario que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlos o que en el Pleno se expliquen las razones de la urgencia que justifiquen la adopción del acuerdo sin el previo informe de la Comisión Informativa

SUPUESTO DE HECHO

El acuerdo plenario del Ayuntamiento de Paterna, de fecha 30 de septiembre de 1999, desestimó el recurso de reposición deducido por el Sr. José Pedro contra el acuerdo plenario del mismo ayuntamiento, de fecha 29 de abril de 1999, por el que se aprobó la Programación del Sector 7 del Plan general de ordenación urbana de Paterna y la gestión indirecta de dicha actuación.

En el recurso de reposición se argumenta que se incluyó el asunto en el orden del día sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa y que para cumplir los artículos 59.1 de la Ley 30/1992 y 46.3 de la Ley valenciana 6/1994 no es suficiente con remitir un aviso del trámite de información pública sin justificar o acreditar que tal aviso se ha recibido por el interesado.

Contra la desestimación del recurso administrativo se interpuso un recurso contencioso-administrativo que fue desestimado a su vez por la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2003.

Contra la sentencia se interpone un recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los motivos de casación tercero y cuarto se denuncia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva por no examinar la causa de nulidad esgrimida en el hecho segundo de la demanda y en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de ésta, consistente en que se incumplió por el ayuntamiento demandado lo establecido en los artículos 82, 123.1 y 126.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, al aprobar el Programa de Actuación del Sector, objeto de impugnación, con lo que la sala de instancia ha infringido lo dispuesto en los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, al no motivar la desestimación de tal causa de nulidad, con lo que se ha generado indefensión para el recurrente.

Los hechos, no tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo*, son tal y como los relata el recurrente, al haberse incluido en el orden del día la aprobación del Programa del Sector 7 del Plan general de ordenación urbana de Paterna sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa, en contra de lo previsto en los artículos 123.1 y 126.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

El Tribunal Supremo examina la cuestión y analiza de manera sistemática el régimen jurídico de los asuntos que se incluyen en el orden del día del Pleno, sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa.

Argumenta lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación 7628/2003

FECHA: 3 de enero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Paterna

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 82, 123.1 y 126.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986

DOCTRINA: La inclusión de un asunto en el orden del día del Pleno sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa, si sólo se lleva a cabo la previa ratificación de su inclusión en el orden del día y el Pleno por unanimidad acuerda su aprobación, después de reconocer que el expediente estaba sobre la mesa de la Comisión Informativa; supone una infracción de las reglas del procedimiento, que, si bien no cabe entender que se trate de una falta total y absoluta del establecido legalmente, lo que acarrearía su nulidad radical conforme el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, constituye un defecto que impide al acto alcanzar su fin.

Es necesario que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlos o que en el Pleno se expliquen las razones de la urgencia que justifiquen la adopción del acuerdo sin el previo informe de la Comisión Informativa.

“Aunque en supuestos de urgencia el Pleno municipal puede adoptar acuerdos sobre asuntos no dictaminados por la correspondiente comisión informativa, es preciso, para su inclusión en el orden del día, que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlos sin haberse emitido informe por dicha comisión, conforme a lo establecido en el artículo 82.2 y 3 del mismo Reglamento [...].

“No obstante, aun incumpléndose ese deber por el alcalde, el Pleno municipal está facultado por idéntico precepto para ratificar su inclusión en el orden del día a fin de adoptar sobre el asunto en cuestión un acuerdo válido, pero es evidente que no basta con que ratifique su inclusión cuando el alcalde no motivó las razones de urgencia para llevarlo al Pleno sin el preceptivo informe de la comisión, sino que es necesario que en el

Pleno se expliquen las razones de la urgencia que justifiquen la adopción del acuerdo sin el previo informe de la Comisión Informativa.”

En el caso examinado ni sucedió lo primero (que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlas) ni lo segundo (aun incumpléndose ese deber por el alcalde, que en el Pleno se expliquen las razones de la urgencia). En el acta de la sesión celebrada el día 29 de abril de 1999, sólo aparece que, previa ratificación de su inclusión en el orden del día, el Pleno por unanimidad acuerda, después de reconocer que el expediente estaba sobre la mesa de la Comisión Informativa, aprobar por unanimidad la programación de los terrenos incluidos en el Sector 7 y disponer la gestión indirecta, designando agente urbanizador.

Por ello, el Tribunal Supremo establece que:

“No se ha cumplido, por consiguiente, con el requisito imprescindible de justificar la urgencia que hubiese permitido al Pleno adoptar el acuerdo sin haber oído el informe de la correspondiente comisión, lo que supone una clara infracción de las reglas del procedimiento, que, si bien no cabe entender que se trate de una falta total y absoluta del establecido legalmente, lo que acarrearía su nulidad radical conforme el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, constituye un defecto que impide al acto alcanzar su fin y, además, ha causado indefensión al recurrente (artículo 63.2 de esta misma Ley), como seguidamente explicaremos, razones por las que no sólo debemos estimar el primer motivo de casación alegado sino que ha de conllevar la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación del acuerdo municipal impugnado.”

Los motivos de casación segundo, quinto y sexto guardan una clara relación entre sí porque combaten la decisión del Tribunal *a quo* al considerar que los avisos que el ayuntamiento, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley valenciana 6/1994, envió al domicilio que del recurrente aparecía en el impuesto de bienes inmuebles, cumplen la finalidad pretendida en dicho precepto autonómico aunque su contenido no llegase a conocimiento de aquél por haber sido devueltos como caducados por el servicio de Correos, pues se da la circunstancia de que un aviso posterior, remitido a la misma dirección, llegó a sus manos.

Asegura el recurrente que el criterio de la sala sentenciadora infringe el artículo 217.1, 2 y 3 de la Ley de enjuiciamiento civil, sobre carga de la prueba, el artículo 45.1 y 2 de la Ley general tributaria, acerca del domicilio fiscal, y el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, porque no se observaron las garantías previstas en dichos preceptos para que una comunicación de la Administración sea conocida por el interesado a quien va dirigida, sin imponer a éste el deber de demostrar que aquélla no llegó a su conocimiento, pues ha de ser la Administración quien demuestre que cumplió lo establecido en la Ley para que así fuese.

El Tribunal Supremo establece que:

“Los tres motivos alegados deben ser estimados porque la sala sentenciadora parte de una premisa, cual es el significado dispar entre notificación y aviso, que nosotros no compartimos, según hemos explicado en nuestra sentencia, de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003 [RJ 2007, 4829]), al conocer también de otro aviso remitido por la Administración en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 46.3 de la misma Ley valenciana 6/1994, reguladora de la actividad urbanística.

“A diferencia de lo resuelto ahora por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el caso exa-

minado por nuestra citada sentencia de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003), la Sección Primera de la propia sala entendió, con toda corrección a nuestro parecer, que era necesaria la constancia de la recepción del aviso por los destinatarios, llegando a la conclusión de que su finalidad, que no es otra que la de tener los titulares catastrales exacto conocimiento de la programación prevista, requiere que se acredite su recepción al igual que se exige para las notificaciones por el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin que de la literalidad del mencionado artículo 46.3 de la Ley valenciana 6/1994 quepa deducir lo contrario, a pesar de lo cual considera también que, de no ser así, sería prevalente lo establecido en la Ley de procedimiento administrativo común 30/1992, como ley básica que fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa (artículo 149.1.18 de la Constitución).

“Este criterio de la Sección Primera de la misma sala deriva de una interpretación concordada, razonable y sistemática de los artículos 59.1 de la Ley 30/1992 y 46.3 de la Ley valenciana 6/1994, y es acorde con la doctrina jurisprudencial, ya que es lógico que no sea suficiente con remitir aviso, sino que es preciso justificar o acreditar que tal aviso se ha recibido por el interesado, en este caso los titulares catastrales de los derechos afectados por la propuesta, criterio expresamente aceptado por nosotros en la aludida sentencia de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003 [RJ 2007, 4829]), pues es necesario que exista constancia de su recepción en el organismo emisor como garantía de la eficacia de la finalidad de tal comunicación, razón por la que los indicados motivos de casación alegados por la representación procesal del recurrente deben ser estimados al igual que los demás hasta ahora examinados.”

La conclusión para el Tribunal Supremo, sin embargo, no es la nulidad de pleno derecho del acuerdo municipal impugnado por falta total de procedimiento, sino la de un defecto de forma que, por implicar la indefensión del interesado, debe acarrear la anulación del referido acuerdo, conforme a lo establecido por el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común.

La estimación de todos los motivos de casación alegados comporta, conforme a lo dispuesto por el artículo 95.2.c) y d) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que el Tribunal Supremo deba resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Por ello, el Tribunal Supremo anula el acuerdo del Pleno municipal impugnado, por el que se aprobó el 29 de abril de 1999 la programación del Sector 7 del Plan general de ordenación urbana de Paterna, se dispuso la gestión indirecta de la actuación y se designó el agente urbanizador de la misma, al ser este acuerdo contrario a Derecho, según lo dispuesto en los artículos 68.1.b) y 70.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reposición del procedimiento al momento en que se ha de llevar a cabo la preceptiva comunicación en debida forma.

2. Expropiación forzosa

Tribunal Supremo. El suelo con destino a viales destinados a vía interurbana que no forma parte del entramado urbano previsto en el viario de los planeamientos municipales correspondientes debe ser valorado como suelo no urbanizable.

La determinación de si una finca constituye o no suelo urbanizable, a efectos de valoración expropiatoria, como incluida o no dentro del sistema general en que concurren los requisitos precisos para que se entienda que crean ciudad, constituye una apreciación de hecho, cuya determinación en exclusiva y valoración competente al tribunal de instancia y que solamente puede ser discutida en casación alegando que dicha valoración efectuada por el tribunal de instancia ha infringido preceptos sobre prueba tasada o resulta ilógica o arbitraria

SUPUESTO DE HECHO

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco –Sección Segunda– dictó sentencia, en fecha 11 de junio de 2006, desestimatoria del recurso deducido contra resoluciones del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Guipúzcoa, por las que se fijó el justiprecio de las parcelas del proyecto de variante de Astigarraga en la carretera de Hernani a Irún.

Las resoluciones del jurado objeto de impugnación valoraron las fincas como suelo no urbanizable a razón de 900 ptas./m², destacando que el jurado calificó a las mismas de suelo no urbanizable con uso de huerta, descartando el método de comparación a efectos valorativos al no haberse constatado la existencia de fincas análogas, valorando los terrenos de acuerdo con sus características.

En el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida se resuelven las alegaciones formuladas por las actoras en relación con la clasificación de los terrenos afectados por la construcción de una variante, en base a lo cual entienden los recurrentes que la valoración ha de efectuarse como si de suelo urbanizable se tratara, y transcribe la sentencia recurrida parcialmente el contenido de la sentencia de esta sala de 14 de febrero de 2003, relacionada con la valoración de terrenos para la ejecución de sistemas generales y la posibilidad de su valoración como suelo urbanizable a efectos de cumplir con el principio general urbanístico de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

La sentencia de instancia establece que:

“en el supuesto considerado consta que la expropiación deriva del Proyecto Variante Sur de Astigarraga, que es una variante del trazado de la carretera GI-131, de la Red Básica (Red Naranja) del Catálogo de Carreteras de la Diputación Foral de Guipúzcoa. En las NNSS de Planeamiento las parcelas se encuentran clasificadas como suelo urbanizable. Según se indica por la Diputación Foral los terrenos colindantes a los que nos ocupan mantiene la clasificación de suelo no urbanizable. Las fotografías aéreas que se aportan, y en concreto de la rotonda, expresan una realidad física de un suelo adecuadamente clasificado como suelo no urbanizable, en el que no se ha producido una transformación urbanística, por lo que no se puede constatar que se esté en el supuesto de indebida singularización del suelo.”

Los propietarios expropiados recurren en casación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los recurrentes, con expresa condena en las costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) La pretendida valoración de los terrenos como si de suelo urbano se tratara

El primer motivo de casación se fundamenta en la infracción que se dice cometida por el tribunal de instancia en su sentencia de lo

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Recurso de casación 9131/2004

FECHA: 6 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Diputación Foral de Guipúzcoa (Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Guipúzcoa)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la CE; artículo 248.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y artículos 218.1, 236.2 y 348 de la Ley de enjuiciamiento civil

DOCTRINA: El suelo con destino a viales destinados a vía interurbana que no forma parte del entramado urbano previsto en el viario de los planeamientos municipales correspondientes debe ser valorado como suelo no urbanizable.

La determinación de si una finca constituye o no suelo urbanizable, a efectos de valoración expropiatoria, como incluida o no dentro del sistema general en que concurren los requisitos precisos para se entienda que crean ciudad, constituye una apreciación de hecho, cuya determinación en exclusiva y valoración competente al tribunal de instancia y que solamente puede ser discutida en casación alegando que dicha valoración efectuada por el tribunal de instancia ha infringido preceptos sobre prueba tasada o resulta ilógica o arbitraria.

dispuesto en los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, 248.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial, 218.1, 236.2 y 348 de la Ley de enjuiciamiento civil, así como de la jurisprudencia que la recurrente recoge, todo ello en relación con la falta de motivación de la valoración de la prueba que entiende en que ha incurrido la sentencia. El Tribunal Supremo afirma que:

“En el desarrollo del motivo no se alude a una falta de motivación de la sentencia, sino a que la misma ha realizado una valoración de la prueba arbitraria o irracional, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución y las reglas de la sana crítica en su razonamiento por entender que los terrenos cumplen con los requisitos necesarios para su clasificación como suelo urbano.”

En el motivo segundo, se aduce la recurrente infracción del principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución,

así como de las sentencias que invoca en cuanto entiende que se ha invertido la carga de la prueba de la existencia de los servicios urbanísticos exigidos por la legislación del suelo.

El Tribunal Supremo examina los dos motivos de manera conjunta y los desestima:

“En relación con los servicios necesarios para la calificación de los terrenos como urbanos, y pese a que en el planeamiento aparecen como suelos no urbanizables, es lo cierto que la citada calificación ha de atender a la naturaleza física del terreno, pues dicha clasificación constituye, como hemos dicho en reiterada doctrina de esta sala de la que es exponente la de 13 de abril de 2005 (RJ 2005, 5117), un imperativo legal, ya que no queda al arbitrio de la Administración planificadora el determinar la naturaleza de los terrenos sino que éstos han de ser definidos en función de la realidad de los hechos a la hora de considerar la suficiencia o idoneidad de los servicios urbanísticos de que debe estar dotado el suelo urbano.

“Como en esa sentencia ponemos de relieve, nuestra jurisprudencia no sólo considera necesarias, según decimos en sentencia, entre otras muchas de 2 de abril de 2002, las dotaciones esenciales de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, sino que precisa que las mismas han de poseer las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o haya de construirse; que tales dotaciones las proporcionen los servicios correspondientes y que el suelo se encuentre inserto en la malla urbana; es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua, energía eléctrica y saneamiento de que puedan servirse los terrenos, y que éstos, por su situación, no estén desligados del entramado urbanístico ya existente, insistiendo nuestra jurisprudencia, de la que son ejemplo las sentencias de 6 de marzo (RJ 1997, 1664), 26 de mayo (RJ 1997, 5920), 21 de julio (RJ 1997, 6049), 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8855) y 13 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3844), en la necesidad tanto de que los terrenos se encuentren insertos en la malla urbana como de que cuenten con los servicios apropiados, sin que sea suficiente que ocasionalmente tenga los servicios urbanísticos a pie de parcela porque pasen por allí casualmente, sino que deben estar dotados de ellos porque la acción urbanizadora haya llegado al lugar de que se trate.

“En el presente caso, la sala ha apreciado de la prueba practicada que las fincas no cuentan con los servicios, en los términos previstos por la doctrina de esta sala como necesarios para su calificación como urbanas, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta, además, que el propio perito en su informe pericial hizo constar, no que los terrenos tuvieran los servicios necesarios, sino que existían trazas periféricas de dichos servicios que se ubicaban a lo largo de la carretera, con la cual en gran parte colindan las fincas [...] según se deduce también del informe pericial esos servicios pasan ocasionalmente por la zona con que colindan las fincas, porque así lo exige la orografía del terreno, sin que los mismos puedan considerarse integrados en la malla urbana, puesto que la acción urbanizadora no ha llegado a ellos según el dictamen pericial, encontrándose dedicados a cultivos de huerta y formando parte de la vega arbolada de la ribera del río Urumea.”

Resulta por ello, asevera el Tribunal Supremo, que la apreciación del tribunal de instancia al no calificar los terrenos como urbanos en función del conjunto de elementos probatorios obrantes en las actuaciones y en el expediente ni puede ser calificada de ilógica o arbitraria ni ha infringido los preceptos del ordenamiento y la jurisprudencia que la recurrente invoca.

B) La pretendida valoración como si de terrenos urbanizables se tratara

En el motivo casacional sexto se argumenta que la valoración de los terrenos debía realizarse como si de suelo urbanizable se

tratase, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 6/1998, y entiende el recurrente que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva al no atenderse a su pretensión de valoración del suelo como urbanizable por tratarse de un sistema general de interés local que crea ciudad y que forma parte de la red interna del municipio de Astigarraga:

“El motivo también ha de rechazarse por cuanto que la sentencia no ha incurrido en la incongruencia mencionada, ya que dedica el fundamento de derecho tercero a analizar si los terrenos han de ser clasificados como suelo urbanizable.

“[...] La jurisprudencia de esta sala, como recogemos en la sentencia de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1920) invocando la de 11 de enero de 2006 (RJ 2006, 1156), exige que, cuando se trata de una vía interurbana, como es el caso, la misma ha de estar integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en el Plan de ordenación del mismo, en cuyo caso ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que la finca está clasificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal, supuesto éste concurrente en el presente caso.

“La doctrina que antes recogíamos se completa con la que establecen las sentencias de esta sala de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 705) y 22 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9435), según las cuales la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción que se fija en las sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7463), entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas, aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad.

“Como declaramos en aquella sentencia que venimos recogiendo de 11 de enero de 2006 (RJ 2006, 1156), partiendo de tales premisas es evidente que la determinación de si la finca sobre cuya valoración se discute en casación constituye o no suelo urbanizable, como incluida dentro del sistema general en que concurren los requisitos antes mencionados, constituye una apreciación de hecho, cuya determinación en exclusiva y valoración compete al tribunal de instancia y que, conforme a reiterada doctrina de esta sala, solamente puede ser discutida en casación alegando que dicha valoración efectuada por el tribunal de instancia ha infringido preceptos sobre prueba tasada o resulta ilógica o arbitraria.

“En el presente caso no se cuestiona la valoración de los hechos que efectúa el tribunal de instancia, sino que se alega incongruencia de la sentencia que, como se deduce de su fundamento de derecho tercero, no existe, puesto que, en forma adecuada o no al planteamiento del recurrente, el tribunal valoró la jurisprudencia de esta sala sobre sistemas generales en general y, en concreto, sobre la incidencia de la existencia de la variante y la ubicación de las fincas y si, conforme a dicha apreciación, los terrenos debían ser valorados como urbanizables o no urbanizables, llegando a la conclusión, que permitió afirmar la correcta valoración efectuada por el jurado sobre la base de suelo no urbanizable.

“Aunque de lo anterior se deduce que el recurrente no invoca motivo con base en lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88 de la Ley de la jurisdicción que permita cuestionar la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, es lo cierto que dicha valoración ha de reputarse correcta si se tiene en cuenta que uno de los motivos determinantes de la negativa a la aprobación inicial, en la parte que afecta a la zona expropiada, de las normas subsidiarias del planeamiento fue, precisamente, la existencia de la rotonda que, incluida en dichas normas subsidiarias, entendió la Diputación Foral que debía acomodarse en su trazado a los términos previstos por la propia Diputación, que ya, según resulta del expediente, el 1 de octubre de 1996, es decir, un año antes de la aprobación de dichas normas subsidiarias, había sometido a información pública y aprobado definitivamente el 3 de marzo de 1998 la necesidad de ocupación de los terrenos para el establecimiento de la variante que da lugar a la expropiación dentro de la cual se comprende la rotonda construida sobre parte de los terrenos expropiados.

“En definitiva, partiendo de tal circunstancias y de la ubicación física de dichos terrenos es evidente que la construcción de la variante en términos generales no sirve para crear ciudad

en los términos a que se refiere nuestra jurisprudencia, ni la concreta rotonda puede entenderse incluida en la red viaria municipal, con independencia, naturalmente, de que en función de la finalidad de su construcción como carretera integrada en la red comarcal sirva para aliviar el tráfico que antes discurría, al parecer, por la carretera G-131, lo que ha permitido que se haya solicitado su transferencia al municipio para integrarla en su red viaria, pero naturalmente ello en modo alguno justifica la pretensión de valorar los terrenos sobre los que la variante se construyó como una vía de comunicación con todos los requisitos exigidos por la doctrina de esta sala para su valoración como tal, puesto que, esencialmente, no contribuye a crear ciudad en los términos antes mencionados, sino exclusivamente a facilitar el flujo de circulación minorando, como resulta de cualquier obra de intercomunicación supramunicipal, la densidad de tráfico existente dentro de los municipios afectados.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso, ya que no se deduce que la sala haya incurrido en la incongruencia denunciada ni tampoco se ha denunciado por vía correcta a efectos casacionales una apreciación de la prueba por el tribunal de instancia que merezca su revisión por esta sala.

3. Contratación del sector público

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La inclusión en un determinado pliego de prescripciones técnicas de la duración de un contrato administrativo, que es uno de sus elementos jurídicos esenciales, es de todo punto impropia.

Si el ayuntamiento tolera que la concesionaria siga utilizando en su exclusivo provecho terrenos de dominio público, y el uso privativo tolerado no lleva aparejada una contraprestación, se produciría un enriquecimiento injusto del concesionario y un correlativo empobrecimiento del ayuntamiento, situación esta que el Código Civil veda en su artículo 1887, y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene aplicando con toda normalidad en el ámbito de la contratación administrativa

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de Madrid dictó sentencia el 12 de junio de 2007, estimatoria del recurso deducido por una empresa de publicidad contra la desestimación presunta del recurso de reposición deducido contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda de 5 de septiembre de 2005, relativo a la “Propuesta de aprobación de inicio de expediente de subsanación de errores, finalización del contrato de concesión de la instalación y explotación de carteleros publicitarios de gran formato en terrenos de dominio público y patrimonial del municipio de Majadahonda y reclamación de cantidades adeudadas por el contratista”.

La sentencia anula la resolución, declara que el plazo de duración de la concesión es de cinco años, contados a partir de la adjudicación definitiva, prorrogables por períodos de tres años en las mismas condiciones, si cualquiera de las partes no lo comunica fehacientemente a la otra en sentido contrario con seis meses de antelación a la fecha de finalización, declarándose asimismo la improcedencia en este momento del desmontaje de las carteleros, así como que no procede satisfacer cantidad alguna en concepto de canon económico, mientras el contrato esté en vigor.

El Ayuntamiento de Majadahonda interpuso un recurso de apelación contra la sentencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).
Recurso de apelación 886/2007

FECHA: 3 de marzo de 2008

PONENTE: Ilmo. Sr. Rafael Estévez Pendás

DEMANDANTE: Empresa de publicidad

DEMANDADO: Ayuntamiento de Majadahonda

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1281 al 1289 del Código Civil

DOCTRINA: La inclusión en un determinado pliego de prescripciones técnicas de la duración de un contrato administrativo, que es uno de sus elementos jurídicos esenciales, es de todo punto impropia. Si la duración del contrato aparece recogida en el pliego de cláusulas administrativas particulares del mismo contrato en términos distintos de la que aparece en el pliego de prescripciones técnicas, no se puede hablar en puridad de un conflicto de normas reguladoras del contrato que obligue al intérprete a optar por una u otra regulación, lo que sólo sería posible si las normas contradictorias se contuvieran en el mismo pliego de cláusulas administrati-

A) La prórroga prevista en el pliego de condiciones técnicas, en contradicción con el pliego de condiciones administrativas

El Ayuntamiento cuestiona en apelación, en primer lugar, la realidad de la prórroga tácita de la concesión para la instalación y explotación de carteleras de gran tamaño que la sentencia apelada considera producida. De hecho, “lo que se impugna por el Ayuntamiento de Majadahonda en apelación es la existencia de prórrogas en la concesión para la instalación y explotación de carteles en terrenos de dominio público de la citada corporación, y ello porque el reconocimiento de tales prórrogas en el pliego de condiciones técnicas que regía la contratación de la concesión, no puede prevalecer en ningún caso sobre lo previsto respecto de la duración de la concesión en el pliego de condiciones económico-administrativas, que es de preferente aplicación”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve la inexistencia de prórroga, de acuerdo con la argumentación que sigue:

“En la contratación administrativa, cuando determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas son contradictorias entre sí, al no establecer la legislación de contratos de las administraciones públicas reglas específicas para la interpretación de los contratos, habrá que estar a lo regulado al respecto en los artículos 1281 al 1289 del Código Civil, de aplicación supletoria en esta materia, y así lo reconoce sin fisuras la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando aborda las contradicciones entre diferentes cláusulas o la oscuridad o ambigüedad de determinadas cláusulas.

“[...] En el presente caso el problema no es tanto que una determinada cláusula sea ambigua u oscura, porque las cláusulas controvertidas no ofrecen duda en relación con lo que dispone cada una de ellas, sino que lo que sucede es que se contradicen frontalmente en lo relativo a la duración de la concesión.

“[...] es claro, patente y manifiesto que la duración de la concesión era de cinco años, y que no existían prórrogas tácitas de la referida concesión, y ello por las siguientes razones: 1ª. El pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato es el documento que contiene y define los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes de un contrato administrativo, y ello no sólo después de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, sino también en la legislación anterior, en concreto en el artículo 14 de la Ley de contratos del Estado de 1965, que es la que rige este concurso. Por su parte, el artículo 34 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento general de contratación, se pronuncia en idénticos términos que el artículo 14 de la Ley de 1965 [...]. Así las cosas, la inclusión en un determinado pliego de prescripciones técnicas de la duración de un contrato administrativo, que es uno de sus elementos jurídicos esenciales, es de todo punto impropia de tal pliego, de forma que si la duración del contrato aparece recogida en el pliego cláusulas administrativas particulares del mismo contrato en términos distintos de la que aparece en el pliego de prescripciones técnicas, no se puede hablar en puridad de un conflicto de normas reguladoras del contrato que obligue al intérprete a optar por una u otra regulación, lo que sólo sería posible si las normas contradictorias se contuvieran en el mismo pliego de cláusulas administrativas particulares, en cuyo caso el aplicador del Derecho sí tendría que elegir entre una y otra norma, [...].

“Por otra parte, tampoco comparte la sala el razonamiento de la sentencia apelada de que se puede deducir la existencia de la prórroga porque una vez concluido el 20 de diciembre de 1999 el plazo de cinco años de la concesión, el Ayuntamiento no hizo nada, y que si hubiera entendido la corporación que la concesión era de cinco años sin posibilidad de prórroga, la hubiera dado por finalizada en dicha fecha. El razonamiento anterior no es conforme a la lógica, porque para poder deducir el consenti-

vas particulares, en cuyo caso el aplicador del Derecho sí tendría que elegir entre una y otra norma.

Si el ayuntamiento tolera que la concesionaria siga utilizando en su exclusivo provecho terrenos de dominio público, y el uso privativo tolerado no lleva aparejada una contraprestación, se produciría un enriquecimiento injusto del concesionario y un correlativo empobrecimiento del ayuntamiento, situación esta que el Código Civil veda en su artículo 1887, y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene aplicando con toda normalidad en el ámbito de la contratación administrativa.

miento del Ayuntamiento a la existencia de la prórroga por la inactividad de la corporación, primero tendría que ser posible la prórroga, lo que ya hemos visto que no es así.”

Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia concluye que procede la estimación del primer motivo del recurso de apelación del Ayuntamiento de Majadahonda, revocar la sentencia apelada, y desestima el recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia contra el punto segundo del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda de fecha 5 de septiembre del año 2005, relativo a la comunicación al contratista de la finalización del contrato, producida con fecha 20 de diciembre de 1999, y la imposibilidad de su prórroga, así como la suspensión y paralización de toda actividad publicitaria relacionada con el objeto de dicho contrato.

Al revocar la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia entra a resolver el resto de cuestiones de fondo y pretensiones articuladas en la demanda formulada en primera instancia.

B) El plazo otorgado para retirar las carteleras

La sala considera que:

“aunque la concesión finalizaba el 20 de diciembre de 1999, y que desde ese momento hasta ahora lo único que había era una tolerancia de hecho, sin embargo ello no autoriza al Ayuntamiento a reducir el plazo de retirada de tres meses previsto en el pliego de condiciones económico-administrativas, plazo que no está condicionado a otra cosa que a que concurra la finalización del plazo de la concesión y las demás causas, de forma que si concluido el plazo de concesión el Ayuntamiento no comunica la conclusión al concesionario y tolera una situación de hecho, y sólo varios años más tarde le comunica que la concesión ha finalizado, sin duda el Ayuntamiento tiene derecho a recibir una contraprestación por el uso del espacio público que en esa situación de tolerancia realizó el concesionario, pero esto no le autoriza a reducir el plazo de retirada de tres meses previsto en el pliego, porque si el Ayuntamiento no comunicó al concesionario la finalización en el momento oportuno, ello es por su exclusiva responsabilidad.”

Por ello anula el punto tercero del Acuerdo impugnado de fecha 5 de septiembre del año 2005, en lo relativo a la concesión al adjudicatario de un plazo de treinta días para la retirada, plazo que será de tres meses, permaneciendo el resto del punto tercero igual, esto es, que en ese plazo de tres meses el adjudicatario debe proceder a la retirada de carteleras y vallas publicitarias y todo el material anexo y complementario utilizado en la prestación del servicio de publicidad, dejando los espacios publicitarios libres y expeditos a disposición del Ayuntamiento de Majadahonda, con apercibimiento de ejecución subsidiaria sin apercibimiento previo en caso contrario.

C) El pago del canon

Sostiene la empresa publicitaria que el pliego de condiciones económicas establecía expresamente que la contrapartida a cargo del concesionario podía ser en dinero o, parcialmente, en servicios, y que esto último fue lo que el Ayuntamiento acordó al adjudicarle la concesión. El canon consistiría, por tanto, en una contraprestación por medio de servicios a cargo del concesionario y en una campaña publicitaria a favor del Ayuntamiento, por una cantidad anual de ambos conceptos de 9.048.000 pesetas, contraprestación esta que sustituía al pago en dinero del canon establecido. Esta sustitución del canon en dinero por determinados servicios impide, según la empresa publicitaria, que se le reclame una cantidad económica cuando el contrato expresamente dispuso una contraprestación en servicios.

El Tribunal Superior de Justicia, una vez queda acreditado que el Ayuntamiento nunca la requirió por el incumplimiento de la prestación durante la vigencia del contrato, y que la adjudicataria nunca cumplió con aquello a lo que estaba obligada, ni durante los cinco primeros años de la concesión ni después, en que según ella la concesión estaba prorrogada, examina "si, ante este incumplimiento, es posible que el Ayuntamiento le reclame el pago de la contraprestación en cuestión en una cantidad de dinero equivalente al importe en el que se valoraron los servicios anuales que integraban la contraprestación".

El Tribunal Superior de Justicia recuerda que "el Ayuntamiento no reclamó anualmente ni la prestación de los servicios ni el pago de su importe equivalente". Sin embargo, considera que "ello no impide que más tarde, cuando decide dar por concluido el contrato, reclame lo que se le debe, porque no hay ningún impedimento ni en la legislación aplicable, ni en los pliegos, ni en el contrato, que impida reclamar al Ayuntamiento el pago del canon anual, y el hecho de que la reclamación no se haga en su momento no lleva aparejado como sanción que ya no se pueda reclamar más tarde, que es en definitiva lo que de forma incorrecta sostiene la adjudicataria, porque el único requisito para la procedencia del pago no es otro que el uso del espacio público que se le cedió por el Ayuntamiento, y este uso privativo es indiscutible".

En cuanto al pago durante el período contractual, el Tribunal Superior de Justicia señala:

"Por otra parte, es cierto que habiendo finalizado la concesión el día 20 de diciembre de 1999 ya no es posible que el canon se abone por el adjudicatario mediante la contraprestación en servicios que se acordó, pero esta imposibilidad en modo alguno trae consigo, como pretende la adjudicataria, que se sustituya la contraprestación en servicios por su estricto equivalente

económico, porque si se aceptara esta peculiar tesis, al final la adjudicataria quedaría liberada del pago del canon, disfrutando gratuitamente del uso privativo del dominio público durante el plazo de duración de la concesión, lo que es una consecuencia manifiestamente inicua, por lo que en definitiva la sala estima conforme a Derecho que el importe del canon del período de cinco años de la concesión, se abone en este momento en dinero mediante el equivalente económico de las contraprestaciones acordadas."

En cuanto al pago del canon una vez finalizado el período contractual, establece:

"la reclamación del canon por el período en el que el concesionario siguió utilizando el dominio público municipal una vez extinguida la concesión, indudablemente es cierto que la cantidad correspondiente a ese período no puede denominarse 'canon económico del contrato de concesión', por la sencilla razón de que en ese período la concesión ya no existe, pero ello es un mero problema terminológico, porque lo cierto es que, por mucho que la concesión esté extinguida, lo cierto es que el Ayuntamiento tolera que la concesionaria siga utilizando en su exclusivo provecho esos terrenos de dominio público, y que por tanto la concesionaria percibe también, durante este período, el producto de las carteleras y vallas publicitarias, de forma que si ese uso privativo tolerado no llevase aparejada una contraprestación, se produciría sin duda un enriquecimiento injusto del concesionario y un correlativo empobrecimiento del Ayuntamiento, situación esta que el Código Civil veda en su artículo 1887, y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene aplicando con toda normalidad en el ámbito de la contratación administrativa ya desde hace tiempo, por lo que en definitiva se considera conforme a Derecho que el Ayuntamiento perciba una cantidad en dinero equivalente a la contraprestación anual pactada durante la vigencia de la concesión (6.048.000 pesetas), por el uso tolerado de sus terrenos de dominio público por la antigua concesionaria, siendo ese importe anual correcto porque los beneficios para la concesionaria durante ese período de tolerancia de hecho son exactamente los mismos que los que tenía vigente la concesión."

Por todo ello, una vez revocada la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo, desestima el recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia por la recurrente en relación con la procedencia del canon económico reclamado por el Ayuntamiento, por ser conforme a Derecho, confirmando todos los puntos del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 5 de septiembre del año 2005, con excepción del punto tercero (plazo de tres meses para la retirada).

Tribunal Supremo. La legislación de contratos cuando regula la forma de presentación de los sobres con las ofertas no prohíbe, en absoluto, que el pliego de condiciones exija medidas adicionales que garanticen, además del secreto de las proposiciones, el anonimato de sus autores

SUPUESTO DE HECHO

La mercantil Sotogolf Costa, SA impugnó en vía contencioso-administrativa la resolución del concurso convocado para la adjudicación de los terrenos y aprovechamientos urbanísticos del área 022-T6, del Plan general de ordenación urbana de San Roque, adjudicando el concurso a la entidad Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, SL.

Los argumentos de la impugnación fueron:

—La adjudicataria no había presentado su proposición bajo lema, lo que venía impuesto en la base tercera del pliego de condiciones, que regía el concurso.

—La adjudicataria no había presentado el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de los tres últimos ejercicios,

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 2119/2005

FECHA: 13 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Ayuntamiento de San Roque

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 79.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, y artículo 80.1 de su Reglamento

sino la declaración del impuesto de sociedades de esos ejercicios.

—Comparando las proposiciones de la adjudicataria y de la impugnante, tanto respecto de las mejoras, los plazos de ejecución y las capacidades técnica y económica, la proposición de Sotogolf Costa, SA era más ventajosa, por lo cual el concurso no debió ser adjudicado a Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, SL.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia, en fecha 19 de noviembre de 2004, en que estimó el recurso deducido por la entidad mercantil Sotogolf Costa, SA. En la sentencia estableció:

—Que la base tercera del concurso exigía la presentación de determinada documentación, y seguía diciendo que toda esta documentación vendrá nominada exclusivamente bajo un lema.

—La voluntad de la Administración no podía ser más clara. Por dos veces consecutivas impone a aquéllos que la documentación sea presentada exclusivamente bajo un lema, de suerte que no quedaba otra opción.

—Consta en el expediente que la asesoría jurídica de la entidad que resultó adjudicataria remita a un funcionario del departamento de contratación del ayuntamiento copia de los estatutos de la sociedad a los efectos del bastanteo de poderes, identificándose plenamente. La vulneración de la base del concurso resulta más que evidente.

—La base tercera exigía, entre la documentación que debía aportarse, los balances y cuentas de pérdidas y ganancias de los tres últimos ejercicios. La adjudicataria no lo acompaña y lo sustituye por el impuesto de sociedades de esos tres últimos ejercicios, hasta el punto de que el propio técnico municipal en su informe económico manifestó que el criterio de confección de esos estados en este impuesto (criterio fiscal) difiere del criterio de confección en las cuentas anuales (criterio mercantil). En todo caso, no deja de ser otro incumplimiento de la base del concurso, que por sí solo quizás carecía de trascendencia, aunque producía como consecuencia que no se comparara a todos los licitadores con base en los mismos documentos, y que unido a las otras vulneraciones señaladas arrojan una sombra de duda más que razonable y sugieren que la adjudicación de los terrenos y aprovechamientos urbanísticos aparecía ya decidida de antemano en favor de la codemandada.

La sala anula el acto administrativo y todos los demás que traigan causa del mismo, y ordena una nueva adjudicación del concurso respetando las bases establecidas en el pliego de condiciones.

Contra la sentencia, interponen un recurso de casación tanto el Ayuntamiento de San Roque como la codemandada-adjudicataria.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de San Roque y por la entidad mercantil Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, SL, con expresa condena en las costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el segundo motivo de casación del ayuntamiento se alega la infracción del artículo 79.1 de la Ley de contratos, del artículo 80.1 de su Reglamento y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pliego de condiciones, que constituye en palabras del Tribunal Supremo el meollo del asunto.

El Tribunal Supremo desestima el motivo de acuerdo con los siguientes razonamientos:

“A) Si alguno de los interesados no estaba de acuerdo con la exigencia contenida en la base 3ª del pliego sobre la utilización de un lema, debió impugnar el pliego. La presentación de la proposición ‘presupone la aceptación incondicionada por el

DOCTRINA: La legislación de contratos cuando regula la forma de presentación de los sobres con las ofertas no prohíbe, en absoluto, que el pliego de condiciones exija medidas adicionales que garanticen, además del secreto de las proposiciones, el anonimato de sus autores.

empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad alguna’ (artículo 79.1 del RDL 2/2000, de 16 de junio).

“B) Ese mismo precepto dispone en su inicio que ‘las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública’. De manera que el pliego de condiciones no puede infringir disposiciones de la Ley o del Reglamento, pero sí puede imponer mayores exigencias para lograr el secreto. El artículo 80 del Reglamento 1098/2001, de 12 de octubre, que regula la forma de presentación de los sobres, no prohíbe, en absoluto, que el pliego de condiciones exija medidas adicionales que garanticen, además del secreto de las proposiciones, el anonimato de sus autores.

“C) La base 3ª de ninguna manera establece un requisito de cumplimiento optativo o voluntario. Su literalidad excluye esa conclusión, pues por dos veces la exige, así: ‘Toda esta documentación vendrá nominada exclusivamente bajo un lema. En sobre aparte lacrado, identificado en su exterior exclusivamente bajo el mismo lema, se aportarán los siguientes documentos...’ Y esa exigencia venía complementada por la base 5ª, que prohibía las proposiciones por correo. Por lo tanto, no hay posibilidad alguna de considerar el requisito del lema como una mera opinión voluntaria para los concursantes.

“Y frente a ello no puede decirse:

“a) Ni que otros concursantes incumplieron también el requisito del lema, ya que ellos no resultaron ser adjudicatarios, y, además, un incumplimiento no se sana por otros.

“b) Ni que la exigencia de fianza contenida en la base 6ª invalida el requisito del lema. Sin embargo, un nombre no tiene por qué revelar un lema, y, en todo caso, la exigencia clara y terminante de éste no puede quedar desvirtuada por argumentos indirectos, ni por el hecho de que por otros documentos pueda llegar a saberse la identidad de los participantes, pues ello no permite relacionar cada propuesta con cada concursante.

“c) El ayuntamiento demandado, aquí recurrente, no puede calificar la exigencia del lema de ‘tamaño desatinado’, porque él fue quien aprobó el pliego. Si la exigencia del lema se consideraba inútil o inoperante, el pliego no debió ser aprobado como lo fue. Una vez aprobado, y con concursantes que cumplieron la exigencia en regla, no puede ser despreciada en perjuicio de algunos.”

En el tercer motivo se alega la infracción del artículo 11.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre libre concurrencia. El Tribunal Supremo no acepta el motivo, que afirma que tiene poco que ver con la cuestión debatida, porque:

“la libre concurrencia no queda disminuida por el hecho de que los pliegos de condiciones impongan requisitos suplementarios para garantizar el secreto. Fue el ayuntamiento quien lo impuso y fueron los concursantes (entre ellos, la adjudicataria) quienes lo aceptaron al presentar sus proposiciones.”

Por todo ello se desestiman los recursos de casación, con condena en costas.

4. Patrimonio de las administraciones públicas

Tribunal Supremo. El expediente que exige la legislación para, a través de la permuta, excepcionar la regla general de la subasta únicamente podrá considerarse cumplida cuando no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también cuando hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios

SUPUESTO DE HECHO

Una serie de particulares formulan un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella, adoptado en su sesión de fecha 17 de diciembre de 1993, relativo al contrato de "Permuta de terreno de propiedad municipal, sito en la plaza de la Victoria, esquina a calle Caballero, por cosa futura", celebrado con la entidad TENSA.

El recurso se resuelve por la sentencia de 31 de julio de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Málaga, que estableció desestimar las causas de inadmisibilidad invocadas por el Ayuntamiento de Marbella y por la mercantil TENSA, y desestimar el recurso contencioso-administrativo por lo recurrentes.

Contra esta sentencia se formula un recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El debate se centra sobre el segundo motivo de casación formulado. Los recurrentes entienden infringidos los artículos 83.2 de la LJCA de 1956 y 70.2 de la vigente LJCA. Argumentan la existencia de desviación de poder y fraude de ley, por cuanto se ha acudido a la figura de permuta de cosa futura con la finalidad desviada de evitar la licitación y contratar directamente con la entidad TENSA, ya que, en realidad, no se estaba ante un contrato de permuta de cosa futura, sino ante un pago en especie consistente en la realización de una obra que lo mismo que TENSA podría ejecutarla cualquier otro contratista, no concurriendo así la finalidad que justifica la ausencia de licitación, exponiendo que cualquier otro contratista podía haber ejecutado la obra incluso en un precio más barato para el ayuntamiento. Concluye señalando que la figura de la permuta se ha realizado con la finalidad desviada de evitar la licitación y realizar la adjudicación directa a favor de la entidad TENSA.

El Tribunal Supremo, para definir la desviación de poder, cita la STS de 16 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2901).

De esta sentencia transcribe lo siguiente:

"La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, y de este concepto legal la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:

"a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la ley.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 773/2004

FECHA: 5 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Marbella

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 112.2 del RBEL, aprobado por el Real decreto 1372/1986, y artículo 70.2 de la LJCA

DOCTRINA: Concorre desviación de poder en una permuta porque se realiza el ejercicio de una potestad administrativa (consistente en la elección de la figura del contrato de permuta de cosa futura), para alcanzar un fin distinto (cual es adjudicar la realización de unas obras públicas a una entidad concreta, con posterior cesión a la misma de parte de lo edificado), introduciendo un elemento contractual que ha posibilitado la arbitrariedad en el ámbito de la disponibilidad de los bienes patrimoniales. El expediente que exige la legislación para, a través de la permuta, excepcionar la regla general de la subasta únicamente podrá considerarse cumplida cuando no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también cuando hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios.

"b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurrir en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta sala contenida, entre otras, en las sentencias de 5 de octubre de 1983 (RJ 1983, 4829) y 3 de febrero de 1984 (RJ 1984, 613).

"c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Adminis-

tracción, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la sentencia de 8 de noviembre de 1978.

“d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las sentencias de 30 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4611) y 10 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5396).

“e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la sentencia de 10 de octubre de 1987 (RJ 1987, 8334).

“f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión, y el artículo 1214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal, y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.

“g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas sentencias de esta sala (entre otras las de 6 de marzo de 1992 [RJ 1992, 1759], 25 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1191], 2 de abril [RJ 1993, 2755] y 27 de abril de 1993 [RJ 1993, 2866]), que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine.”

El Tribunal Supremo, en el supuesto que examina, entiende que se ha producido por el Ayuntamiento de Marbella “el ejercicio de una potestad administrativa (consistente en la elección de la figura del contrato de permuta de cosa futura) para alcanzar un fin distinto (cual es adjudicar la realización de unas obras públicas a una entidad concreta, con posterior cesión a la misma de parte de lo edificado), generando, así, una conducta de desviación de poder, introduciendo un elemento contractual que ha posibilitado la arbitrariedad en el ámbito de la disponibilidad de los bienes patrimoniales”.

La concurrencia de desviación de poder la apoya también en jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (TJCE 2006, 213) (Endesa, SA contra Comisión), que sintetiza el concepto de desviación de poder:

“cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados

o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso.”

El Tribunal Supremo argumenta, asimismo, que, tal como ya señaló en la STS de 21 de marzo de 2000:

“no existe obstáculo para revisar en casación la conclusión a que el Tribunal de instancia ha llegado sobre la inexistencia de la arbitrariedad denunciada —que la desviación de poder implica— en la decisión administrativa impugnada, pues, si bien es cierto que en casación no pueden ser revisados los hechos declarados probados por el tribunal de instancia (a salvo la posible infracción de preceptos sobre valoración tasada de la prueba), también lo es que la arbitrariedad no es un hecho, sino una valoración jurídica de unos hechos, y la decisión arbitraria es aquella que procede sólo de la voluntad o del capricho y no de los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico, y para afirmarla o negarla hay que partir de unos hechos. Pues bien, éstos son intocables en casación, pero su evaluación es una operación exclusivamente jurídica, y, como tal, susceptible de revisión en este momento.”

Entre los datos que destaca el Tribunal Supremo para considerar que concurre desviación de poder, hay que destacar que:

“Lo más significativo es que no existe dato alguno objetivo que justifique la concreta elección de la recurrente, que, no se olvide, no es la propietaria de los terrenos, sino todo lo contrario. En la permuta, y más en el ámbito de los intereses públicos, la razón de ser de su viabilidad jurídica viene determinada por la concreta necesidad pública de un determinado bien de titularidad ajena al patrimonio municipal, pero, en el supuesto de autos, ninguna razón objetiva, experiencia técnica, habilidad específica o calificación profesional avalan la elección de la recurrida para la suscripción de un contrato de permuta, como no fuera la arbitraria voluntad municipal de que fuera ella —y no otra— la entidad a la que habría de permutarse el inmueble municipal a cambio, en parte, de la realización de unas obras y el abono de unas cantidades que, en principio, no se presentan como contraprestaciones contractuales personalísimas, específicas o genuinas sólo realizables por la entidad recurrida; mas al contrario, las mismas se presentan como prestaciones objetivamente ejecutables por cualquier entidad dedicada a la actividad constructora, a la se podría —y debería— haber elegido a través de un mecanismo contractual más objetivo que la particular elección llevada a cabo utilizando —con desviación de poder— el expediente contractual de la permuta.”

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye reiterando la interpretación que ya hizo en la STS de 15 de junio de 2002 (RJ 2002, 5932) del artículo 112.2 del RBEL, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio —y no derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público—. Aquella sentencia estableció:

“La sala de instancia no niega que las corporaciones locales puedan disponer mediante permuta de sus bienes patrimoniales. Simplemente declara que la regla general es la enajenación mediante subasta, y que la permuta sólo es admisible previo expediente en el que queda asegurada su necesidad, expediente que en el caso presente no se ha observado [...], el significado de esa regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución. Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del ente local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes [...].

“Elo conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta únicamente podrá considerarse cumplida cuando no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad.

“Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención son más

convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo anula la sentencia y al resolver sobre el fondo anula el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella, adoptado en su sesión de fecha 17 de diciembre de 1993, relativo al contrato de “Permuta de terreno de propiedad municipal, sito en la plaza de la Victoria, esquina a calle Caballero, por cosa futura”, celebrado con la entidad TENSA, el cual deja sin efecto, así como la escritura pública de fecha 4 de marzo de 1994 en la que la misma se materializa.

5. Servicio público

Tribunal Supremo. Cuando en el depósito de bienes procedentes del lanzamiento por desahucio el ayuntamiento asume frente a la autoridad judicial una función de custodia de aquellos bienes, aceptando el requerimiento verbal de colaboración, sin efectuar reparo, debe responder ante la pérdida de éstos y no cabe alegar que los bienes tienen el carácter de abandonados

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Valencia denegó, mediante resolución de 2 de agosto de 1999, la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados a los bienes procedentes de un desahucio que se hallaban en custodia municipal.

La sentencia de 13 de junio de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó en parte el recurso interpuesto contra la anterior resolución. La parte dispositiva de la sentencia establece: estimar parcialmente el recurso planteado contra la resolución de 2 de agosto de 1999 del Ayuntamiento de Valencia desestimando la reclamación de responsabilidad patrimonial, que cuantifica en 80.000.000 millones de pesetas. a) Se estima el recurso y anula la resolución recurrida. b) Se condena al Ayuntamiento de Valencia a restituir a la parte actora los bienes, obras de arte y demás enseres de la relación presentada en el expediente administrativo el 11 de marzo de 1999 (folios 9 a 12 del expediente administrativo), en el plazo de dos meses a partir de la firmeza de la presente sentencia. c) Caso de no poder devolverlos en el plazo que se fija, deberá indemnizar a la parte demandante en 300.897,41 euros, cantidad que devengará el interés legal a partir de la fecha de la presente sentencia.

El Ayuntamiento de Valencia recurre en casación la anterior sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el primer motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 1781.1 del Código Civil, de los artículos 25.2.l) y 26.1 de la LBRL, del artículo 2.1.e) de la Ley 42/1975, sobre recogida y tratamiento de desechos y residuos sólidos urbanos, y del artículo 3.b) de la Ley 10/1998, de residuos.

El Tribunal Supremo desestima el motivo, en cuanto a la infracción del artículo 1781.1 del Código Civil, dada la realidad de los hechos. En concreto que:

“el oficial de la comisión D. Juan Enrique requirió la presencia del propio coordinador jefe del Servicio Común de Notificaciones y Embargos, D. José Enrique, que se desplazó personalmente a la vivienda para dirigir el lanzamiento y se puso en contacto con el Ayuntamiento de Valencia con el objeto de que éste les facilitara un lugar adecuado a las características de esos bienes para su depósito judicial. Fue de esta forma como el Servicio de Patrimonio Histórico y Cultural se hizo cargo del mismo y envió a la Contrata de Mantenimiento del Ayuntamiento Prieto, SA al frente de la cual estaba D. Rodrigo, con el objeto de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª). Recurso de casación 9596/2003

FECHA: 15 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Valencia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1781.1 del Código Civil

DOCTRINA: Cuando en el depósito de bienes procedentes del lanzamiento por desahucio el ayuntamiento asume frente a la autoridad judicial una función de custodia de aquellos bienes, aceptando el requerimiento verbal de colaboración, sin efectuar reparo, debe responder ante la pérdida de éstos y no cabe alegar que los bienes tienen el carácter de abandonados.

hacerse cargo de los bienes para su posterior traslado a los depósitos del Ayuntamiento situados en las Torres de Serranos. Y los hechos llevan a la conclusión de que el Ayuntamiento, en definitiva, aceptó hacerse cargo de unos bienes de cuya procedencia y especial valor se le informó, con objeto de que los custodiara en un lugar adecuado a sus características ‘para su depósito judicial’, con lo que asumió dicha obligación de custodia y en su caso devolución, obligación que debía cumplir independientemente de su vestimenta jurídica.”

De todo ello se desprende, señala el Tribunal Supremo:

“que no existe ninguna infracción del mencionado artículo 1781.1 del Código Civil y que, en todo caso, de haberla, sería irrelevante para el resultado del pleito, porque la responsabilidad que declara la sala de instancia no es la de un mero depositario incumplidor sino la de una administración que, por unas razones u otras, a través de quienes la representan y tienen capacidad para obligarla, asume una obligación de custodia de unos bienes que debe entregar cuando, con justo título, le son requeridos y que, en caso de no hacerlo, debe indemnizar los daños y perjuicios que cause.”

En el segundo motivo del recurso de casación se denuncia la infracción del artículo 26.1 de la LBRL. En opinión del Ayuntamiento de Valencia:

–El indicado precepto sólo impone a los municipios la prestación del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos, pero no que los bienes procedentes de la prestación de tales servicios municipales queden constituidos en depósitos.

–El supuesto examinado no es asimilable a la retirada de vehículos de la vía pública, que sí constituyen depósito legal porque así lo señala el artículo 71.1 del RDL 339/1990, de 2 de marzo (Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial).

–Cuando el ayuntamiento recoge bienes procedentes de un lanzamiento por desahucio, actúa en cumplimiento de la obligación de limpieza viaria y de recogida y tratamiento de residuos (ex artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, en cuyo caso tales bienes tienen la consideración a todos los efectos de bienes abandonados y por tanto de residuos sólidos urbanos ya que, de acuerdo con el artículo 2.1.e) de la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, y 3.b) de la Ley 10/1998, que deroga la anterior, lo son los animales domésticos, así como los muebles, enseres y vehículos abandonados.

Añade el ayuntamiento recurrente que este criterio lo mantiene, también, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia que, en su acuerdo de 14 de abril de 1994, consideró que “si los bienes procedentes de un lanzamiento por desahucio no estaban ni embargados ni retenidos por el juzgado quedaba a criterio del ayuntamiento darles el destino que estimase oportuno”, así como que este criterio se ha visto ratificado por el artículo 703 de la LECivil, que dispone que “si en el inmueble que haya de entregarse hubiere cosas que no sean objeto del título, el tribunal requerirá al ejecutado para que las retire dentro del plazo que señale. Si no las retirare, se considerarán bienes abandonados a todos los efectos”.

Tampoco, por los hechos acontecidos, el Tribunal Supremo estima el motivo en cuanto a la infracción del artículo 26.1 de la LBRL. Argumenta:

“El Ayuntamiento efectúa aquí un razonamiento alambicado que acaba cayendo por su propio peso porque, mediante el mismo, pone de manifiesto la inaplicabilidad del mismo artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local, que denuncia como infringido ya que su aplicación está condicionada a que los bienes en cuestión puedan considerarse como ‘abandonados’, lo que, en el caso concreto, no acontece, pues todos los hechos y circunstancias demuestran lo contrario. En efecto, en el relato de hechos de la sentencia recurrida consta que el jefe del Servicio Común de Notificaciones y Embargos se puso en contacto con el Ayuntamiento de Valencia con el objeto de que éste les facilitara un lugar adecuado a las características de esos bienes para su depósito judicial. Luego el Ayuntamiento no puede pretender que se considere que tales bienes debían ser objeto de tratamiento como residuos sólidos urbanos y mucho menos que pudieran considerarse como abandonados, ya que lo que se pidió al representante del Ayuntamiento fue que facilitara un lugar adecuado a las características de esos bienes para su depósito judicial [lo que excluye radicalmente que pudiera considerarlos abandonados y por tanto la posibilidad de aplicación y, consecuentemente, de infracción de los artículos 2.1.e) de la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, y 3.b) de la Ley 10/1998, que deroga la anterior], y a eso es a lo que se obligó al hacerse cargo de ellos.”

Respecto a la afirmación del Ayuntamiento de Valencia de que “no hubo una petición de ‘auxilio a la justicia’, pues no consta ningún oficio del juez en que se requiera a la Alcaldía para colaborar en el lanzamiento, asumiendo la custodia de los bienes, y que de hecho el funcionario jefe del Servicio de

Notificaciones y Embargos se excedió en sus funciones, adoptando decisiones que no le correspondían ya que una mínima diligencia exigía suspender el lanzamiento y recabar la autorización judicial correspondiente”, el Tribunal Supremo califica la observación de desafortunada a la vista “de lo que ya declaramos en la sentencia de esta sala de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9370), antes citada, donde en contemplación de un supuesto muy similar, consideramos que el Ayuntamiento ‘asumió frente a la autoridad judicial una función de custodia de aquellos bienes, encuadrable en el deber de colaboración con la Administración de Justicia, de *auxilio a la justicia*’. Pero es que además resulta gratuita e irrelevante para esta causa, ya que el Ayuntamiento se hizo cargo de los bienes ante el requerimiento verbal de colaboración, sin efectuar reparo alguno. Y por cierto, nada impide que si el Ayuntamiento considera que su jefe del Servicio de Notificaciones y Embargos se excedió en sus funciones, adoptando decisiones que vinculan al Ayuntamiento y de las que efectivamente dimanaban obligaciones para el mismo, pueda proceder contra él en la forma legalmente o reglamentariamente prevista”.

En los motivos segundo y tercero, que el Tribunal Supremo desestima, se reafirma en la realidad del daño y la existencia de nexo causal entre éste y el funcionamiento del servicio público municipal.

En el motivo cuarto, se denuncia la infracción del artículo 141.3 de la LRJPAC. Sostiene el recurrente que, de acuerdo con dicho precepto, la indemnización debe venir referida al día en que la lesión efectivamente se produjo y, por tanto, debe ir referida al año 1995, cuando se produjo el lanzamiento y pérdida de los bienes. Y entiende que la sentencia lo infringe porque acepta una valoración practicada en el año 1998, que toma como valores de referencia los de mercado del año 1998, e incluso respecto de algunas pinturas lo actualiza conforme a su valor de mercado del año 2002. Añade que cuando la sentencia de instancia se refiere a actualización no estamos ante la actualización prevista en el artículo 141.3 de la LRJPAC, sino ante una modificación y fijación de su valor de mercado conforme al año 2002, como lo demuestra el hecho de que la valoración de ciertas pinturas en cuatro años (1998-2002) ha aumentado en casi diez millones de pesetas, a juicio del perito.

El Tribunal Supremo estima el motivo cuarto de la casación. Afirma en primer lugar “que, según ha proclamado reiterada doctrina jurisprudencial (valgan por todas las sentencias de 25 de septiembre de 2001 [RJ 2002, 461], 9 de octubre de 2001) la determinación del *quantum* indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulan la valoración de los medios probatorios”.

El Tribunal Supremo considera irrazonable la cuantificación llevado a cabo por la sentencia de instancia, porque:

“es preciso tener en cuenta que la sala ha considerado dos valoraciones: A) la efectuada por D. Carlos Daniel (acompañada a la demanda), que aplica un criterio de valoración que, afirma, está a caballo entre el valor de reposición de las piezas y el de venta en el mercado de ocasión, atendiendo para la tasación de los cuadros de firma singulares a los valores de cotización de enero de 1998, de donde resulta un importe total de tasación que asciende a 41.147.500 ptas. (247.301,46 euros), y B) la efectuada por el perito judicial que realiza su valoración en el año 2002 y toma como base la anterior tasación, por su rigor, a la que realiza pequeñas modificaciones para actualizarla, puesto que ‘han transcurrido cinco años desde que se efectuó’, arrojando un total de 300.897,41 euros. Es evidente que la sala, que, previamente, ha fijado la efectividad del daño a partir del 5.12.1997, no actúa razonablemente cuando fija la indemnización de acuerdo

con una valoración actualizada al año 2002, que no se corresponde con sus propias conclusiones acerca del momento en que el daño es efectivo, por lo que hay que concluir que la sentencia recurrida incurre, efectivamente, en la infracción denunciada del artículo 141.3 de la LRJPAC y en consecuencia el motivo debe ser estimado.”

La estimación de este motivo obliga al Tribunal Supremo a entrar a resolver la cuestión relativa a la cuantía de la indemnización. Lo hace del siguiente modo:

“Con carácter previo, hay que rechazar la pretensión del ayuntamiento recurrente en cuanto a que la indemnización venga referida al año 1995, fecha en que se produjo el lanzamiento y que, de acuerdo con los pronunciamientos de la sentencia recurrida, no constituye la fecha de efectividad del daño.

“Examinando la prueba existente en autos, integrada por los informes periciales aportados por las partes con tal carácter y

teniendo en cuenta que la efectividad del daño se produce a partir del 5 de diciembre de 1997, la sala estima que la valoración del perito D. Carlos Daniel, efectuada con referencia a enero de 1998, es adecuada para la determinación del *quantum* indemnizatorio, que por tanto se fija en la cantidad de 247.301,46 euros, cantidad que, al objeto de conseguir una plena indemnidad, habrá de ser actualizada, aplicando el interés legal del dinero, en ejecución de sentencia y hasta la fecha de la misma, todo ello con el límite de 300.897,41 euros que impone la prohibición de la *reformatio in peius* y con independencia de los intereses que procedan sobre la cantidad resultante hasta el completo pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Ley de la jurisdicción.”

Por ello, el Tribunal Supremo estima el recurso y anula la sentencia en lo relativo a la determinación del *quantum* indemnizatorio.

6. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

Tribunal Supremo. No puede obtenerse por silencio administrativo positivo la autorización autonómica para construir e instalar un complejo de golf, un club hípico, un hotel e instalaciones complementarias en suelo no urbanizable, cuando lo solicitado es contrario a Derecho en aplicación del artículo 23.2 de la LS 1992 (ahora incorporado al artículo 8 del Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio)

SUPUESTO DE HECHO

Una entidad mercantil formula un recurso de casación contra la sentencia dictada en fecha de 28 de octubre por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestima el recurso formulado contra el acuerdo de la Comunidad Autónoma de Madrid de denegación de la autorización para construir e instalar un complejo de golf, club hípico, hotel e instalaciones complementarias en suelo no urbanizable.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid al desestimar el recurso contencioso-administrativo razonó que el silencio positivo no puede conducir a la producción de actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual no se produjo en el caso estudiado, tanto por ser el proyecto lesivo para el medio ambiente como por ser contrario a las normas urbanísticas de Villaviciosa de Odón.

Lo primero, porque la Agencia del Medio Ambiente, en su informe, consideró inaceptable el proyecto porque implicaba la utilización de todo el efluente producido por la depuradora municipal y ello dejaría sin caudal al Arroyo de la Vega, y porque la situación y magnitud de las obras de fábrica y la creación de embalses y láminas de agua resultan claramente perjudiciales para el medio ambiente y determinantes de impactos críticos sobre el territorio.

Lo segundo, porque el suelo donde se pretende construir el complejo está clasificado como suelo “no urbanizable especialmente protegido por interés forestal”, y el artículo 8.8.5 de las Normas Urbanísticas del Plan sólo permite la implantación en él de edificaciones e instalaciones de utilidad pública e interés social cuando no sea posible hacerlo en suelo no urbanizable común y no afecten negativamente al aprovechamiento forestal. Por todo lo cual no puede acogerse la tesis de haberse obtenido la autorización por silencio positivo.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 1275/2004

FECHA: 27 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.2 de la LS 1992, ahora incorporado al artículo 8 del Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio

DOCTRINA: No puede obtenerse la autorización autonómica para construir e instalar un complejo de golf, un club hípico, un hotel e instalaciones complementarias en suelo no urbanizable, cuando lo solicitado es contrario a Derecho en aplicación del artículo 23.2 de la LS 1992 (ahora incorporado al artículo 8 del Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio), que establece: “En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.

El Tribunal Supremo establece que:

“la sala de instancia ha respondido debidamente a esta argumentación, con razones que la parte recurrente ignora: la autorización no pudo obtenerse por silencio positivo porque lo que se solicitaba era contrario a Derecho (artículo 23.2 del Texto refundido de la Ley del suelo de 26 de junio de 1992, precepto no afectado de inconstitucionalidad), conforme a lo dicho. Y debe tenerse presente que la autorización a otorgar por la comunidad

autónoma en la fase regulada en los artículos 44.2 y 45 del Reglamento de gestión urbanística, no es un acto de fiscalización de una actuación previa municipal, porque, según el artículo 44.2, hasta ese momento la única actuación municipal es un informe con el que se ha elevado el expediente a la comunidad autónoma; se trata de un acto propio y específico de la comunidad autónoma, que tiene una finalidad singular, a saber, 'valorar

la utilidad pública o el interés social de la edificación o instalación [...] y las razones que determinan la necesidad de emplazarse en el medio rural"; en esas finalidades, la comunidad autónoma no fiscaliza ninguna actuación municipal (que no existe todavía) sino que dicta un acto propio."

Por ello el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. El plazo para recurrir un acuerdo de suspensión de licencias adoptado como consecuencia de la aprobación de un plan urbanístico se inicia el día siguiente de su publicación en los diarios oficiales, todo ello sin perjuicio que el acuerdo se notifique individualizadamente a los solicitantes de licencias en trámite.

Es inviable la obtención de licencias urbanísticas por silencio sin que se hayan emitido los informes jurídicos y técnicos (en contra un voto particular, que considera que una cosa es la imposibilidad de adquirir por silencio licencias en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, y otra muy distinta es que la omisión de trámites en el procedimiento, en este caso de informes preceptivos, conlleve un obstáculo insalvable para la producción de los efectos del silencio)

SUPUESTO DE HECHO

Construcciones y Promociones Tinamar, SL formuló un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Haria, adoptado en la sesión plenaria extraordinaria de 4 de junio de 2004, de "suspensión del otorgamiento de licencias en las áreas determinadas en el informe técnico" y de notificación "de dicho acuerdo a los interesados que hubiesen solicitado licencias en las citadas zonas con anterioridad a la adopción del mismo" y de publicación "en el *Boletín Oficial de la Provincia*, así como en el de la Comunidad Autónoma de Canarias".

El acuerdo fue notificado a la entidad Construcciones y Promociones Tinamar, SL el 18 de junio de 2004 y fue publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas* número 75, de 23 de junio de 2004.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de 27 de marzo de 2006, declaró inadmisibile el recurso. La sentencia computa el plazo para la interposición del recurso no desde la publicación del acuerdo, sino desde que se le notificó personalmente a la entidad recurrente el día 18 de junio de 2004.

Construcciones y Promociones Tinamar, SL impugna la sentencia en apelación porque considera que el recurso se interpuso en plazo, si se toma en consideración la última publicación del acuerdo de suspensión del procedimiento de otorgamiento de licencias en el *Boletín Oficial de Canarias*, que se produjo en virtud del acuerdo de corrección de errores de 2 de septiembre de 2004.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias revoca la sentencia, declara que no existe causa de inadmisibilidad y resuelve sobre el fondo estableciendo que las licencias objeto de litigio habían sido otorgadas por silencio administrativo positivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias declara admisible el recurso por el hecho de que el acuerdo de suspensión de licencias deriva de la aprobación inicial de un plan especial de infraestructura ferroviaria, que tiene carácter normativo. El Tribunal Superior de Justicia lo razona, sin precisar si el acuerdo de suspensión recurrido tiene carácter normativo, del siguiente modo:

"el acuerdo de suspensión de licencias adoptado por el Ayuntamiento de Haria se adopta al amparo del artículo 28.3 del

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2a). Recurso de apelación 63/2007

FECHA: 10 de enero de 2008

PONENTE: Excm. Sra. Inmaculada Rodríguez Falcón

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Haria (Lanzarote)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 28.3 del Decreto legislativo canario 1/2000, de 8 de mayo (TRLOTENC)

DOCTRINA: El plazo para recurrir un acuerdo de suspensión de licencias adoptado como consecuencia de la aprobación de un plan urbanístico se inicia el día siguiente de su publicación en los diarios oficiales, todo ello sin perjuicio que el acuerdo se notifique individualizadamente a los solicitantes de licencias en trámite.

Es inviable la obtención de licencias urbanísticas por silencio sin que se hayan emitido los informes jurídicos y técnicos (en contra un voto particular, que considera que una cosa es la imposibilidad de adquirir por silencio licencias en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, y otra muy distinta es que la omisión de trámites en el procedimiento, en este caso de informes preceptivos, conlleve un obstáculo insalvable para la producción de los efectos del silencio).

Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo de 2000 [...]. Aunque se haya dispuesto la notificación personal además de la publicación, el plazo para la interposición del recurso se cuenta a partir de la última publicación. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 destacó que 'con las precisiones que a esa doctrina se deben hacer, pues en ningún caso excusa de proceder a la notificación de los actos y resoluciones a los interesados, lo cierto es que estamos, como todas las partes acertadamente

admiten, en presencia de disposiciones de carácter general [...], estableciendo concretamente que para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial que corresponda.

“La inexcusable publicidad de las normas ha sido consagrada por el artículo 9.3 de la Constitución y representa un principio general del Derecho incorporado a los textos constitucionales, tradicionalmente exigido por nuestro Código Civil. En consecuencia, siendo los planes especiales de infraestructura ferroviaria disposiciones de carácter general, no cabe aplicar, para decidir sobre la extemporaneidad o no de la acción ejercitada frente a ellos, la doctrina relativa al cabal conocimiento de su contenido y alcance, pues el cómputo para el ejercicio de acciones jurisdiccionales frente a tales disposiciones de carácter general debe hacerse a partir de la fecha de su publicación en los respectivos diarios oficiales.”

La declaración de admisibilidad del recurso conlleva que el Tribunal Superior de Justicia resuelva sobre el fondo en el que se plantean dos cuestiones: a) si el apelante ha adquirido por silencio administrativo las licencias solicitadas correspondientes a los expedientes L 14/03 y L 29/03, y b) si los efectos de la suspensión de licencias se inician a partir de la publicación del acuerdo en el *Boletín Oficial de Canarias* y alcanzan de forma retroactiva a las solicitudes anteriores de licencia que se hubieran efectuado en el plazo de tres meses a partir de esa publicación.

A) En cuanto a la adquisición por silencio de la licencia solicitada, el Tribunal Superior de Justicia afirma:

“Esta sala ha señalado que se puede otorgar u obtener por silencio sólo aquello que se puede otorgar expresamente por ser conforme a Derecho. En la sentencia de dieciséis de abril de dos mil siete dictada por esta sala en el recurso número núm. 55/04, además, dijimos que para que existiese silencio positivo era necesario que no sólo el vencimiento del plazo, que la solicitud inicial se formule correctamente, la observación del procedimiento, y que lo solicitado o interesado sea conforme con la normativa sectorial de específica aplicación al caso. Lo que debe ser conectado con el artículo 62.1.f) de la LRJAPAC, que declara nulos de pleno derecho los actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico.

“Así, si bien es cierto que se admite por algunos tribunales superiores de justicia, en base a la revisión de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, el silencio incluso *contra legem* [...].

“Así, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de noviembre de 2005, ‘La institución del silencio administrativo no está para obviarla cuando es desfavorable para la Administración, sino que entra en juego cuando la Administración no cumple sus deberes para con el ciudadano que reclama una decisión. Ahora ya no es aplicable la máxima jurisprudencial de no se puede adquirir por silencio aquello a lo que no se tiene derecho. Vemos que el derecho en este caso ha pasado a un segundo lugar’; y la sentencia del STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 2002, ‘el carácter positivo del silencio en caso de resolución tardía del recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio de una solicitud. Por tanto, la única alternativa que cabe a la Administración es, una vez producido el silencio positivo, acudir a los procedimientos de revisión previstos en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992 si entiende que concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992’.

“Por tanto, estas sentencias, en base a la modificación legislativa operada por la Ley 4/1999, consideran que la única posibilidad es estimar el silencio positivo sin revisar el contenido del acto, y remitiendo a la Administración, si lo considera conveniente, a la revisión de oficio de sus actos.

“Con ello estas sentencias se apartan de la corriente jurisprudencial que estimaba que no puede apreciarse un silencio admini-

nistrativo positivo en el caso de autos, por cuanto, siendo creado el silencio por la Ley, difícilmente podría aceptarse que por esta vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohíbe. Así, podemos concluir que el silencio suple el acto expreso, pero, dentro de los límites de la Ley [artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992]. Como dijo esta sala en la sentencia de 6 de octubre de 2003 (PROV 2004, 26087), ‘no puede entenderse concedido por silencio positivo, lo que es ilegal otorgar expresamente’.”

Todas las anteriores consideraciones las trae a colación el Tribunal Superior de Justicia porque entiende “inviable la obtención de licencia sin que existan los informes jurídicos y técnico”.

Cita la apelación 48/2007, en la que el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias desestimó la existencia de silencio porque:

“el expediente adolece aún así de unos requisitos que harían inviable el otorgamiento de la licencia por un tribunal, cuales son la ausencia de informe técnico o jurídico, por lo que se contraviene el artículo 166.5 del TRLOTENC, que exige que en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas la inclusión de los informes técnico y jurídico de los servicios municipales sobre la conformidad del acto pretendido con la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística aplicable. La sentencia dictada por esta sala en el recurso contencioso-administrativo número 1695/2000, de 31 de julio de 2005, SIC (PROV 2005, 272168) declaró que la ausencia del informe jurídico municipal ha sido valorada en ocasiones por la sala como una causa de anulabilidad y no de nulidad radical (recurso contencioso-administrativo 158/2002, se valoró la circunstancia de encontrarnos ante un proyecto de ejecución y que ningún precepto de la Ley lleve a catalogar tal omisión como un motivo de nulidad radical, ni se trate de un informe vinculante).”

El Tribunal Superior de Justicia concluye que:

“si este tribunal viene anulando las licencias otorgadas expresamente, y declarando que no pueden ser concedidas por carecer entre otros de informes técnicos y jurídicos, es claro que no procedería su otorgamiento expreso, y en consecuencia no deben entenderse otorgadas por silencio administrativo. En el caso enjuiciado y de los antecedentes fácticos transcritos se constata la ausencia de informe jurídico emitido por el asesor jurídico del Ayuntamiento.”

Para concluir establece que no puede apreciar que existe un silencio positivo y se refiere expresamente al Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1658), que establece:

“La línea jurisprudencial seguida en relación con esta cuestión es antigua, constante y permanece en la actualidad, pese a las diversas regulaciones que sobre el silencio administrativo se han producido, tanto en el ámbito estrictamente procedimental como en el urbanístico. Esto es, la jurisprudencia (y posteriormente la ley) se ha encargado de corregir el efecto automático del silencio positivo entendiendo que (STS de 28 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 9030]) no pueden entenderse legalizadas por esta vía actuaciones enfrentadas con claridad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.”

El fallo de la sentencia estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3, que es revocada en cuanto inadmitió el recurso, y desestima el recurso interpuesto contra los actos impugnados.

Voto particular, que formula el magistrado Ilmo. Sr. César José García Otero (que era inicialmente el ponente de la sentencia)

El magistrado matiza el razonamiento de la revocación de la sentencia que declaró inadmisibile el recurso (que se refería al carácter normativo del plan especial cuya aprobación conllevó la suspensión de la licencia). El magistrado señala que sostuvo

desde el primer momento que, por previsión legal, la publicación es requisito de eficacia de los acuerdos de suspensión de licencias, lo que significa que el plazo para recurrir en sede judicial no comenzó a correr hasta que se produjo la publicación en la forma exigida por el artículo 14.6, párrafo 3, del TRLOTCyENC.

Su razonamiento es más preciso que el de la sentencia:

“Así las cosas, aunque no estamos ante una determinación asimilada a disposición general, sino ante un acto administrativo con pluralidad de destinatarios (nos referimos al acuerdo de suspensión de licencias) es exigible la publicación del acuerdo, tal y como establece el artículo 28.3 del TRLOTCyENC [...] por previsión legal la publicidad es aquí un requisito para la eficacia del acto cuando se trata de acuerdos de suspensión del otorgamiento de licencias [...]. Es decir, al igual que la notificación a los interesados es requisito de la eficacia de los actos administrativos (artículo 58.1 de la LRJ-PAC) también la publicación se convierte en requisito de eficacia de aquellos actos administrativos para los que el procedimiento prevea dicho medio de comunicación, como ocurre en el caso, en el que el acto administrativo es un acuerdo de suspensión del procedimiento de otorgamiento de licencias, que por mandato legal (artículo 14.6, párrafo 3, del Texto refundido), debe ser publicado, lo que significa que su eficacia queda pendiente de la publicación, y, corolario de ello, que el plazo para la interposición de los recursos que procedan no se inicia hasta el cumplimiento del requisito de eficacia del acto, en este caso, la publicación. Por tanto, es claro que el recurso Contencioso-Administrativo se interpuso en el plazo de dos meses desde la publicación a que se refiere el artículo 46.1 de la LJCA.”

Donde radica la discrepancia del magistrado, respecto de la sentencia es en “que más que centrar el debate en la legalidad de dichos actos, dirigen gran parte de su argumentación a poner de relieve que no es posible la producción de los actos de otorgamiento de las licencias por silencio, pues no cabe conceder por silencio positivo lo que es ilegal otorgar expresamente, concluyendo que, en aplicación de dicha doctrina, se convierte en inviable la obtención de las licencias de obras sin que existan los informes técnicos y jurídicos pues ello contradice el artículo 165.5 del TRLOTCyENC (fundamento cuarto). [...] En apoyo de esta conclusión, de imposibilidad legal de producción del acto presunto, se apunta que el informe jurídico hubiera revelado aspectos que, según opinan las magistradas firmantes, permanecen oscuros, relativos a la incidencia de la legislación sectorial de costas, a la titularidad e identificación catastral de las parcelas y cuestiones urbanísticas relativas a la necesidad de constancia del uso residencial de la vivienda o necesidad de planeamiento

municipal de desarrollo. Y, por último se introduce, como otro dato en contra del silencio, que la propia parte presentó el proyecto de seguridad y ejecución al Ayuntamiento en abril de 2004, lo que significa, según el razonamiento de la sentencia, que la propia parte consideraba dicha documentación necesaria para el otorgamiento de la licencia”.

El magistrado, en su voto particular, considera que:

“ni de la jurisprudencia de esta sala, en el sentido amplio del término jurisprudencia [...] ni los demás motivos en los que se basa la sentencia, impiden o constituyen una barrera a la producción de los efectos del acto por silencio en el caso concreto objeto de examen [...]. En el caso de licencias de obras, por previsión del legislador canario, que en este particular sigue las pautas de la legislación estatal anterior, el silencio tiene como límite que ‘En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias urbanísticas en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística o sectorial aplicables’. Pero una cosa es la imposibilidad de adquirir por silencio licencias en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, y otra muy distinta es que la omisión de trámites en el procedimiento, en este caso de informes preceptivos, conlleve un obstáculo insalvable para la producción de los efectos del silencio (tesis de la sentencia). [...] podemos concluir, según entiendo, que para la producción del acto por silencio, en el ámbito del procedimiento de otorgamiento de licencias, basta con el transcurso del tiempo o plazo previsto, siempre que no conste claramente que la solicitud de licencia vaya en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial.

“Sin embargo, el quid de la cuestión es que esa posible resolución expresa y tardía, denegatoria de la licencia podrá basarse en que la solicitud es contraria a la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, pero, a mi juicio, nunca podrá impedir la producción del silencio la falta de informes técnico o jurídico, cuya importancia no discute este magistrado, que está totalmente de acuerdo en que dichos informes, tras la entrada en vigor de la Ley de ordenación del territorio de Canarias, se convierten en trámite esencial de un procedimiento por previsión legal, pues el resto de los trámites se remiten al desarrollo reglamentario de la ley. De ahí que esta sala haya declarado en numerosas ocasiones que la falta de dichos informes constituye, en el ordenamiento jurídico canario, un vicio invalidante del acto, si bien esa importancia de los informes, y consecuencia de su ausencia, no es obstáculo impeditivo a la producción de los efectos del silencio.”

Tribunal Supremo. El derecho al vallado de las fincas es un derecho reconocido en el Código Civil y las restricciones que a tal derecho se impongan en los instrumentos de planeamiento urbanístico han de contar con el adecuado respaldo legal. La mera apelación a la función social del derecho de propiedad no otorga respaldo suficiente a la prohibición o la imposición de restricciones para vallar, ni puede establecerse en el planeamiento urbanístico sin ampararse en un precepto legal que le dé específica cobertura

SUPUESTO DE HECHO

La entidad Inmobiliaria Gallardo, SA interpuso un recurso contencioso-administrativo contra los actos del Ayuntamiento de Caldes de Malavella siguientes:

1. Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de 30 de diciembre de 1997 en el que se decide denegar la licencia para la realización de una obra de construcción de cierre en la finca Mas Punxo, dado que, en aplicación de la previsión del artículo 183 de las ordenanzas del Plan general –que exige que el cierre sea necesario para una explotación ganadera de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 6808/2003

FECHA: 4 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Ayuntamiento de Caldes de Malavella

carácter intensivo–, sólo podrá obtenerse la autorización solicitada si se justifica previamente la obtención de licencia para el establecimiento, apertura y entrada en funcionamiento de una explotación de esta clase. En todo caso, la licencia que pueda otorgarse en el futuro no permitirá cortar la circulación, tanto rodada como peatonal, por el camino público que discurre entre las dos fincas donde se pretende ubicar el cierre.

2. Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 7 de enero de 1998, en el que se dispone suspender el otorgamiento de licencias de edificación y de actividad destinadas a uso ganadero en suelo no urbanizable a fin de estudiar la reforma del planeamiento vigente por lo que hace a las condiciones de implantación de estos establecimientos.

3. Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 15 de enero de 1998, en la que se resuelve acordar la interrupción del procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas y de actividad en trámite.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña –Sección Segunda– dictó sentencia el 10 de junio de 2003, parcialmente estimatoria del recurso. La sentencia estima el recurso en lo que se refiere al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en el que se decidía suspender el otorgamiento de licencias de edificación y de actividad destinadas a uso ganadero en suelo no urbanizable, pero no la denegación de la licencia de vallado.

La entidad mercantil recurre en casación la sentencia, en cuanto que no anula la denegación de la licencia de vallado de la finca, sobre la base de:

–La vulneración de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53 del mismo texto, y de los artículos 348 y 388 del Código Civil, al haber sido vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad por haber restringido, más allá de lo que un propietario está obligado a soportar, las facultades de uso y disfrute inherentes a dicho derecho, con infracción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

–La vulneración de lo dispuesto en los artículos 44.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo, o, en su caso, de los artículos 106.2 de la Constitución, 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 2 del Real decreto 429/93, de 23 de marzo, y 43 de la mencionada Ley 6/1998, al desestimar la pretensión de indemnización por daños y perjuicios causados.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil recurrente, casa la sentencia impugnada y estima en parte el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo examina la vulneración de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53 del propio texto constitucional, y de los artículos 348 y 388 del Código Civil. La sentencia recurrida invoca el artículo 33 de la Constitución para destacar que, puesto que la función social de la propiedad es la que delimita el contenido de ese derecho, de acuerdo con las leyes, y que la previsión del artículo 183 de las normas del Plan general referida al suelo no urbanizable está orientada a la protección y preservación del entorno natural y responde al intento de superar una visión decimonónica del derecho de propiedad y contrapuesta a una perspectiva sensible a la función social.

Para el Tribunal Supremo:

“la mera apelación a la función social del derecho de propiedad no otorga respaldo suficiente a las severas restricciones que se imponen en el artículo 183 de las normas urbanísticas en lo que se refiere al vallado de fincas situadas en suelo no urbanizable [...]. Por más que la sentencia recurrida explique sus

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53 del mismo texto, y artículos 348 y 388 del Código Civil
DOCTRINA: El derecho al vallado de las fincas es un derecho reconocido en el Código Civil y las restricciones que a tal derecho se impongan en los instrumentos de planeamiento urbanístico han de contar con el adecuado respaldo legal. La mera apelación a la función social del derecho de propiedad no otorga respaldo suficiente a la prohibición o la imposición de restricciones para vallar, ni puede establecerse en el planeamiento urbanístico sin ampararse en un precepto legal que le dé específica cobertura.

razonamientos como un intento de ‘superar una visión decimonónica anclada en el pasado’, es lo cierto que las disposiciones del Código Civil que invoca la recurrente no pueden ser ignoradas; ni cabe tachar sin más de ser contrario a la función social de la propiedad el ejercicio del derecho a cercar o cerrar las heredades que el artículo 388 del citado Código reconoce al propietario. No se cuestiona aquí que el ejercicio de ese derecho está sujeto a licencia –en ese sentido se pronuncian con claridad las sentencias de esta sala de 5 de febrero de 1996 (casación 821/91) y 15 de octubre de 1998 (apelación 5966/92), entre otras–, pero, partiendo de que el mencionado derecho al vallado de las fincas cuenta con el sustento indudable del Código Civil, las restricciones que a tal derecho se impongan en los instrumentos de planeamiento urbanístico han de contar también con el adecuado respaldo legal.”

El Tribunal Supremo examina normas legales que podrían dar ese respaldo legal. En concreto, el artículo 138.b) de la LS 1992, cuya vigencia quedó expresamente salvada en la disposición derogatoria única de la LRSV 1998, que establece que “en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, [...] no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo”. Este precepto hoy está incorporado al artículo 10 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo.

Concluye que:

“los instrumentos de planeamiento pueden regular las condiciones de vallado o imponer restricciones al derecho de los propietarios a cerrar sus fincas siempre que las limitaciones que por esa vía se establezcan tengan engarce en los preceptos citados o en otros de significado equivalente contenidos en la legislación urbanística que sea de aplicación. Pero tal engarce o respaldo normativo no se da en el caso que nos ocupa. En efecto, las restricciones que impone el artículo 183 de las normas urbanísticas del Plan general de Caldes de Malavella –que con carácter general excluye el cerramiento de las fincas situadas en suelo no urbanizable, salvo las destinadas a explotaciones ganaderas de carácter intensivo o para la protección de las viviendas, y esto último con limitaciones en cuanto a la longitud perimetral del vallado– van considerablemente más allá de lo que aquellas disposiciones legales permiten; y, al mismo tiempo, son restricciones de tal entidad que desnaturalizan o vacían de contenido el derecho reconocido en el ya citado artículo 388 del Código Civil.”

El Tribunal Supremo anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y estima en parte el recurso, dado que la anulación del acuerdo municipal de 30 de diciembre de 1997 no comporta el reconocimiento del derecho de la recurrente a que le sea otorgada dicha licencia sino la procedencia de que el

Ayuntamiento de Caldes de Malavella resuelva la solicitud con arreglo a los preceptos de la legislación urbanística que contienen reglas de aplicación directa, sin tomar en consideración el artículo 183 de las normas urbanísticas del Plan general que el Tribunal Supremo ha considerado contrario a Derecho.

Tribunal Supremo. La concesión otorgada por un ayuntamiento que permite el uso privativo de un terreno calificado como espacio libre en el planeamiento no permite que el uso concreto sea contrario al planeamiento urbanístico, extremo que a su vez permite que la comunidad autónoma, ante la pasividad municipal, instruya y resuelva el procedimiento para restaurar el orden jurídico infringido sin necesidad de utilizar la vía prevista en el artículo 65 de la LBRL, por la especialidad y aplicabilidad preferente de la norma sectorial urbanística

SUPUESTO DE HECHO

Un particular formula un recurso de casación contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2003 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), que desestimó el recurso formulado contra la resolución de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de fecha 8 de enero de 2002, por la que se acordó el cese de la actividad llevada a cabo por el recurrente consistente en el almacenamiento de materiales de construcción en una parcela destinada por el planeamiento urbanístico a zonas de áreas libres en la barriada La Resolana de Salteras (Sevilla). El recurrente era titular de una concesión administrativa otorgada por el Ayuntamiento para el uso privativo del terreno.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sentencia de instancia desestimó el recurso con la siguiente argumentación:

“los términos de la resolución son suficientemente claros como para evitar una confusión como la padecida por la parte actora; dicha resolución no procede a anular o dejar sin efecto la concesión a favor del actor otorgada por el Ayuntamiento de la citada parcela, sino en exclusividad se limita en un procedimiento *ex profeso* de protección de la legalidad urbanística, a restaurar el orden urbanístico alterado. Así es, el hecho de que el actor tenga otorgada la referida concesión, no obsta a que el uso que haya de hacerse de la parcela se someta a las determinaciones legales. La concesión no le autoriza a utilizar el suelo al margen de las determinaciones urbanísticas o prescindiendo de la autorización urbanística necesaria. Siendo de observar que a más abundamiento en este caso, el uso que realiza de la parcela, almacenamiento de material de construcción, resulta a todas luces incompatible con el planeamiento.

“En definitiva, una cosa es la concesión y su régimen jurídico, sobre cuya validez y virtualidad no se pronuncia el acto administrativo recurrido y que, por tanto, no es objeto del presente recurso; y otra bien diferente el régimen urbanístico aplicable y cuya vulneración ha dado lugar a un procedimiento y resolución tendente directa y exclusivamente a restaurar el orden urbanístico perturbado.”

El recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 65 de la LBRL. En concreto, se considera infringido porque la sentencia de instancia no lo aplica, a pesar, según se expresa, de que en el mismo se regula la forma de impugnación, por parte de una comunidad autónoma, de los actos de una administración local que infringen el ordenamiento jurídico. En su lugar, afirma el recurrente en casación, ha procedido al requerimiento del Ayuntamiento de conformidad con el artículo

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 1864/2004

FECHA: 28 de marzo de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Andalucía

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 250 y 252 de la LS 1992, y artículo 65 de la LBRL

DOCTRINA: La concesión otorgada por un ayuntamiento que permite el uso privativo de un terreno calificado como espacio libre en el planeamiento no permite que el uso concreto sea contrario al planeamiento urbanístico, extremo que a su vez permite que la comunidad autónoma, ante la pasividad municipal, instruya y resuelva el procedimiento para restaurar el orden jurídico infringido sin necesidad de utilizar la vía prevista en el artículo 65 de la LBRL, por la especialidad y aplicabilidad preferente de la norma sectorial urbanística.

250 de la LS 1992, dando por supuesto que la concesión administrativa de la que es titular el recurrente infringe el ordenamiento jurídico, obviando la aplicación del citado artículo 65 de la LBRL. Considera que, con tal actuación, se infringe el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo de casación, de acuerdo con el razonamiento siguiente:

“No es cierto que la comunidad autónoma demandada haya cuestionado, en el ejercicio de las competencias de las que hizo uso, la legalidad de la concesión administrativa de que era titular el recurrente, por cuanto, según se expresa tanto en la resolución administrativa como en la sentencia de instancia, lo cuestionado por la Junta de Andalucía, ante la pasividad del Ayuntamiento de Salteras, ha sido el destino urbanístico dado a la parcela sobre la que se había autorizado la concesión. Esto es, lo impugnado por la citada Junta de Andalucía –desde una perspectiva sectorial urbanística– ha sido la repercusión de la actuación del recurrente en la legalidad urbanística ante la pasividad del Ayuntamiento inicialmente competente en la materia.

“No ofrece duda –y no ha sido discutida– la situación de ilegalidad urbanística en que se mantenía la actuación del recu-

rente, ocupando una zona destinada a área libre de la barriada de La Resolana de Salteras con materiales de construcción, pues, como con claridad se expone en la sentencia de instancia, la existencia de una concesión administrativa desde 1993, incluso otorgada por el propio ayuntamiento, no puede ser considerada como una causa de exención del cumplimiento de la legalidad urbanística representada por las normas subsidiarias municipales. Será en otro lugar donde podrán exigirse las consecuencias derivadas de la posible ineficacia de la concesión, mas ello, se insiste, no debió situar al ayuntamiento competente en materia urbanística en la mencionada posición de pasividad ante una evidente infracción de la legalidad; situación de pasividad que, de forma subsidiaria, determinó la correcta actuación autonómica.

“Efectivamente, aun tratándose de una actuación basada en los preceptos mencionados del TRLS 92, posteriores a la STC 61/1997, de 20 de marzo, las posteriores Ley del Parlamento de Andalucía 1/1997, de 18 de junio, la Ley 6/1998, de 13 de abril, del

Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, y el Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, posibilitaron, desde una perspectiva competencial la actuación subsidiaria de la Administración autonómica andaluza, con base en el artículo 252 del citado TRLS 92, ante el incumplimiento municipal del artículo 261.3 del mismo texto (al carecer el recurrente de licencia para la actuación que realizaba en una zona de área libre), y, desde la perspectiva material, la articulación de las potestades contempladas en el artículo 250, párrafo segundo, del mismo texto legal, esto es, proceder a ‘impedir definitivamente dicha actividad y, en su caso, a ordenar la reposición de los bienes afectados al estado anterior al incumplimiento de aquélla’, sin necesidad de utilizar la vía reclamada del artículo 65 de la LBRL, ante la especialidad y preferente aplicabilidad de la norma sectorial urbanística.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al presente recurso de casación.

Tribunal Supremo. Las disposiciones generales o normas reglamentarias, con su mero pronunciamiento y necesaria publicación, agotan la vía administrativa, sin necesidad de interponer contra ellos recurso alguno administrativo. El acuerdo de aprobación definitiva de un plan de urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio plan de urbanismo que se aprueba). La exigencia de agotamiento de la vía administrativa que impone la legislación urbanística es conforme a Derecho sólo en cuanto se impugne el acuerdo de la omisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la LRJPAC prohíbe tal exigencia

SUPUESTO DE HECHO

Se formula un recurso de casación contra el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por el que se acordó desestimar el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 16 de enero de 2006 de la misma sala, en el recurso contencioso-administrativo 137/2005, sobre la inadmisión por falta de agotamiento de la vía administrativa. Se trata, en síntesis, del recurso contencioso-administrativo formulado contra la aprobación del Plan de ordenación urbanística municipal de Esparreguera, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declara inadmisibles porque “resultando de aplicación el régimen establecido en el ordenamiento jurídico urbanístico, debe concluirse que sin ponerse fin a la vía administrativa mediante el obligatorio recurso de alzada debe declararse inadmisibles el recurso contencioso-administrativo”.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y ordena la reposición de actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el recurso se esgrimen dos motivos de impugnación, articulándolos, ambos, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primero, se consideran infringidos los artículos 25 y 26, en relación con el 69.c) de la LJCA, y la jurisprudencia que se cita en el desarrollo del motivo, cuestionándose quién tiene la acción para la impugnación de una norma de carácter general como es un plan general de ordenación, que los autos impugnados limitan a quienes previamente hayan formulado recurso de alzada. Frente a ello, considera la recurrente que, una vez firme en la vía administrativa, nace con carácter general el derecho a

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 3187/2006

FECHA: 19 de marzo de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Esparreguera y Comunidad Autónoma de Cataluña

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Normas urbanísticas autonómicas que regulan recursos administrativos contra los actos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, y artículo 107.3 de la LRJPAC

DOCTRINA: Las disposiciones generales o normas reglamentarias, con su mero pronunciamiento y necesaria publicación, agotan la vía administrativa, sin necesidad de interponer contra ellos recurso alguno administrativo.

El acuerdo de aprobación definitiva de un Plan de urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio Plan de urbanismo que se aprueba). La exigencia de agotamiento de la vía administrativa que impone la legislación urbanística es conforme a Derecho sólo en cuanto se impugne el acuerdo de la omisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la LRJPAC prohíbe tal exigencia.

impugnar la citada norma, sin que la previsión del recurso de alzada pueda suponer una limitación para acceder al recurso contencioso-administrativo.

En el segundo, se considera infringido el artículo 24.1 de la Constitución española, en relación con los citados artículos 69.c) y 25 de la LJCA, así como con la jurisprudencia que cita en desarrollo del mismo.

El Tribunal Supremo analiza de forma conjunta los dos motivos.

En primer lugar, cita la STS de 19 de diciembre de 2007, en la que afirmó que:

“los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, y así lo tiene reconocido una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo [...]. Se impugna, pues, una disposición de carácter general. El artículo 107.3 de la Ley 30/1992 establece que ‘contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa’. Éste es un precepto estatal básico que no puede ser contradicho por la legislación autonómica, ni siquiera en aquellas materias que, como el urbanismo, son de la exclusiva competencia de ésta, pues en ellas la comunidad autónoma puede normar aspectos procedimentales y de régimen jurídico, pero sin infringir las normas básicas del Estado. El precepto de que se trata no es sólo básico en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución española, sino también de lo establecido en su artículo 149.1.8, que atribuye competencia al Estado para fijar ‘las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas’, aspectos estos que están implicados cuando se ordena una vía de recursos administrativos contra ciertas disposiciones de carácter general (v.g. los planes de urbanismo), con la posibilidad de que se pida y se conceda la suspensión de su eficacia (artículo 111 de la Ley 30/1992).”

En la indicada STS de 19 de diciembre de 2007, que servirá de fundamento de ésta, se estableció:

“En el Derecho autonómico de Cataluña los preceptos aplicables en el momento en que se dictaron las resoluciones que el demandante impugnó en su escrito de interposición eran: A) El artículo 294 del Texto refundido de 12 de julio de 1990, cuando se adoptó el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Girona de fecha 28 de octubre de 1992. B) El artículo 16.4 de la Ley autonómica 2/2002, de 14 de marzo, cuando se adoptó el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Girona, de 26 de marzo de 2003. Ahora bien, esos preceptos deben ser interpretados concordadamente con el artículo 107.3 de la Ley 30/1992, pues si cabe una interpretación armonizadora debe aceptarse para evitar el desplazamiento que la prevalencia de Ley básica estatal producirá en otra caso sobre la norma autonómica (artículo 149.3 de la CE).

“Esa interpretación armonizadora es la siguiente:

“El acuerdo de aprobación definitiva de un plan de urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio plan de urbanismo que se aprueba).

“Pues bien, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que imponen en el Derecho autonómico de Cataluña los artículos 294 del Texto refundido 1/1990, de 12 de julio, y 16.4 de la Ley autonómica 2/2002, de 14 de marzo, es conforme a Derecho en cuanto se impugne el acuerdo de la Comisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la Ley 30/1992 prohíbe la exigencia.

“En el presente caso, la parte demandante impugna la modificación misma del plan, no aspectos del mismo acto de aprobación, y, por lo tanto, no rige la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que se contenía en la publicación del acto.”

El Tribunal Supremo se ratifica en el contenido de la anterior sentencia y establece:

“Son el principio de seguridad jurídica y el carácter reglamentario del acuerdo impugnado –que no el de acto administrativo– los que, desde la perspectiva jurisdiccional que nos ocupa, nos obligan a confirmar que las disposiciones generales o normas reglamentarias, con su mero pronunciamiento y necesaria publicación, agotan la vía administrativa, sin necesidad de interponer contra ellos recurso alguno administrativo a tal fin, siendo posible –y obligada, en su caso– su directa impugnación en la vía jurisdiccional. Dicho de otra forma, las disposiciones reglamentarias –que son la expresión de la potestad administrativa ordenadora del mismo nombre– al integrarse y formar parte del ordenamiento jurídico, regulando, con carácter genérico y general, un aspecto sectorial del mismo, no pueden quedar pendientes, en cuanto a su concreta eficacia normativa, de la posible impugnación individual o particularizada por parte de algún recurrente, ni mucho menos contar con la expresada eficacia en relación con un sector de la población o de sus destinatarios, y no en relación con quienes hubieran procedido a su impugnación al socaire de una supuesta falta de agotamiento de la vía administrativa; la inseguridad jurídica en el ámbito de la potestad reglamentaria sería manifiesta.”

El Tribunal Supremo, para dar respuesta a las administraciones demandadas, añade:

“a) El invocado artículo 109 de la misma LRJPA, en relación con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, normas que en ningún momento se refieren a las disposiciones generales, sino a los actos administrativos y resoluciones administrativas. Igualmente ocurre con el artículo 85 de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1989, de 14 de diciembre, de régimen jurídico de la Generalidad de Cataluña, que sólo se refieren a las resoluciones administrativas.

“b) El artículo 102.2 de la misma LRJPA, que permite la revisión de oficio de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la misma ley, mas sin que, por el contrario, resulte posible la declaración de lesividad de las mismas (prevista en el siguiente artículo 103 sólo para los actos anulables), ni tampoco su suspensión en el caso de la citada revisión de oficio (tan sólo contemplada en el artículo 104 para los actos administrativos); es, sin duda, el carácter de norma reglamentaria de las disposiciones administrativas la que determina este particular régimen no suspensivo.

“c) Y el artículo 129.2 de la LJCA que, en el ámbito jurisdiccional, permite la suspensión de la norma reglamentaria pero, si bien se observa, sólo cuando la misma se solicite en el escrito de interposición o en el de demanda, con la finalidad, sin duda, de mantener la seguridad jurídica a lo largo del procedimiento jurisdiccional.”

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, revoca los autos recurridos, desestima la alegación previa de falta de agotamiento de la vía administrativa formulada en el contencioso administrativo y repone las actuaciones seguidas ante la sala de instancia para la continuación, tramitación y fallo del recurso.

E) Jurisdicción civil

Audiencia Provincial de Barcelona. La Ley concursal constituye una ley especial respecto de las normas generales que regulan la concurrencia y prelación de los créditos fuera de la situación de concurso.

La prelación de los créditos tributarios regulados en el artículo 77 de la Ley general tributaria (la Hacienda pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley) queda sustituido, en caso de concurso de acreedores, por el especial previsto en la Ley concursal. El artículo 77 de la LGT no cabe interpretarlo como una exclusión de la aplicación de la Ley concursal a los créditos tributarios

SUPUESTO DE HECHO

El auto de 6 de junio de 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona aprobó el plan de liquidación del concurso de acreedores de la sociedad, con la única indicación de que la subrogación y novación de los contratos pendientes había de contar con el conocimiento y consentimiento de los subrogados, rechazó las objeciones de la Administración tributaria respecto de la modificación de la calificación de créditos y autorizó la enajenación de la unidad productiva que sigue en funcionamiento a la mercantil, en los términos previstos en el plan de liquidación y concretados en el anexo que se adjunta a la resolución.

Contra la anterior resolución se interpuso un recurso de apelación por la representación de la agencia estatal de administración tributaria, porque desatiende su pretensión de que se reclasifique su crédito conforme al artículo 77.2 de la LGT, pues la clasificación realizada conforme a las normas concursales (artículos 89 y ss. de la LC) tan sólo rige, en su opinión, para la Hacienda pública en caso de convenio, pero no en caso de que se abra la liquidación.

La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La Agencia Tributaria argumenta en su recurso que la actual Ley general tributaria es una norma especial y posterior a la Ley concursal, y expresamente ha querido sujetar el crédito tributario a las reglas de clasificación del concurso para el caso de que se opte por un convenio, pero no si se opta por la liquidación, como solución concursal. En este caso, la clasificación debe hacerse conforme al artículo 77.1 de la LC, que concede prelación al crédito tributario frente a cualquier otro crédito que no sea hipotecario o esté garantizado con derecho real debidamente inscrito en el registro, y sin perjuicio de la preferencia especial de los créditos tributarios previstos en los artículos 78 y 79 de la LGT.

La controversia jurídica que subyace en el recurso ya fue resuelta por la Audiencia de Barcelona a partir del auto de 29 de junio de 2006, siempre en el mismo sentido, y con arreglo a un criterio interpretativo que ahora vuelve a sostener.

La Audiencia inicia su razonamiento con la consideración siguiente:

“la Ley concursal constituye una ley especial respecto de las normas generales que regulan la concurrencia y prelación de los créditos fuera de la situación de concurso. La especialidad de la situación del estado de insolvencia declarado con la apertura del concurso es la que explica la voluntad del legislador, reflejada en el artículo 89.2 de la LC, de que en estos casos los

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Recurso de apelación 695/2007
AUTO: 135/2008, que resuelve el recurso de apelación contra el auto de 6 de junio de 2006, de aprobación del plan de liquidación del concurso de acreedores

FECHA: 20 de marzo de 2008

PONENTE: Ilmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo

DEMANDANTE: Agencia Tributaria

CONCURSADA: Entidad mercantil

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 89 y ss. de la Ley 22/2003, concursal, y artículo 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria

DOCTRINA: La Ley concursal constituye una ley especial respecto de las normas generales que regulan la concurrencia y prelación de los créditos fuera de la situación de concurso.

La prelación de los créditos tributarios regulados en el artículo 77 de la Ley general tributaria (la Hacienda pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley) queda sustituido, en caso de concurso de acreedores, por el especial previsto en la Ley concursal. El artículo 77 de la LGT no cabe interpretarlo como una exclusión de la aplicación de la Ley concursal a los créditos tributarios.

créditos concursales queden afectados por la situación concursal conforme a las reglas previstas en la propia Ley concursal, y en concreto conforme a la clasificación prevista en los artículos 89 y ss. de la LC, y las normas que regulan la incidencia de esta clasificación en la aprobación y los efectos del convenio (artículos 122 a 125 y 134 de la LC) o el orden de prelación para el cobro en caso de abrirse la liquidación (artículos 154 y ss. de la LC).”

La especialidad viene justificada, según señala la Audiencia, por la excepcionalidad que supone la situación concursal, que presupone la imposibilidad de un deudor común de cumplir de

forma regular con sus obligaciones exigibles (artículo 2.2 de la LC), actual o próxima –esto último sólo en caso de concurso voluntario–. Ello exige un tratamiento especial de los créditos afectados por el concurso, presidido por el principio de la *par condicio creditorum* como regla general, debiendo ser sus excepciones contadas y siempre justificadas, y concluye:

“Además, y en aras de una mayor claridad, el legislador ha querido que no se admitan más privilegios dentro del concurso que los regulados por la propia Ley concursal, de modo que cualquier ley posterior que quiera variar el régimen de clasificación de créditos del concurso debe modificar expresamente la Ley concursal.

“De hecho, con la aprobación de la Ley concursal, para sujetar todos los créditos del deudor concursado a las reglas en ella contenidas, no hubieran sido necesarias las disposiciones adicionales que modificaron las normas legales que regulaban los distintos créditos a los que fuera del concurso se les reconoce preferencias de cobro. De no haberse introducido estas disposiciones adicionales, no por ello hubiera dejado de aplicarse la Ley concursal, no sólo por tratarse de una ley posterior, sino sobre todo por su especialidad, cuando el deudor es declarado en concurso de acreedores.”

En relación con el crédito tributario, la Audiencia señala que la Ley general tributaria sufrió una nueva regulación, aprobada unos meses después de la Ley concursal, en concreto por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre.

Al examinar la norma tributaria, la Audiencia realiza las siguientes consideraciones:

“Ahora, la Ley general tributaria regula la prelación de los créditos tributarios en los artículos 77, 78 y 79. Dejando a un lado estos dos últimos preceptos, que prevén una preferencia especial al afectar determinados bienes al pago del tributo, el artículo 77.1 regula la preferencia general del crédito tributario en el siguiente sentido:

“La Hacienda pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de los dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley’.

“Aunque nada se regulara a continuación, se entiende, por una interpretación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico, que este régimen general queda sustituido, en caso de concurso de acreedores, por el especial previsto en la Ley concursal. De ahí que la regulación contenida en el número 2 del artículo 77 de la LGT resulte superflua, cuando dispone que ‘En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal’, pues aunque no se contuviera, seguiría siendo aplicable a dichos créditos la Ley concursal, pero no sólo en el supuesto previsto de convenio, sino también en caso de liquidación. No cabe pues interpretar la omisión del precepto a la liquidación concursal, como una exclusión de la aplicación de la Ley concursal a los créditos tributarios cuando se opte por esa solución concursal.

“Por otra parte, en la Ley concursal existe un trámite específico para la clasificación de los créditos, sin que se prevea, una vez aprobada la lista de acreedores, que la clasificación pueda variar dependiendo de si se opta por el convenio o se abre la fase de liquidación, ni, consiguientemente, exista un trámite especial para reclasificar un crédito, en fase de liquidación, lo que pone en evidencia cómo la pretensión de la Agencia Tributaria rompe el esquema legal del concurso.

“Esta ruptura ocasiona además situaciones absurdas y perjudiciales para terceros. Éstas derivan del hecho de que fuera del concurso concurren distintas normas legales que reconocen preferencias a los créditos que regulan (como pueden ser, entre otras, la Ley general tributaria, la Ley general de la Seguridad Social o el Estatuto de los trabajadores, la Ley hipotecaria, la Ley de propiedad intelectual, la Ley del contrato de seguro...), que una vez integradas permiten conocer en qué medida unos créditos son preferentes a otros o se encuentran en el mismo grado de prelación cuando concurren en una tercera de mejor derecho.”

La Audiencia reitera que la Ley concursal supone, en caso de concurso del deudor común, un sometimiento de todos los acreedores a un régimen mucho más restrictivo de preferencias que el extraconcursal, y, por ello:

“resultaría absurdo que por la exclusión pretendida la Hacienda pública no sólo no se viera afectada por la Ley concursal en caso de liquidación, sino que, como los demás sí que lo estarían, la situación de la Hacienda pública fuera en relación con el resto de los acreedores que gozan de privilegio fuera del concurso mucho más beneficiosa que si no existiera el concurso, porque concurriría al cobro de su crédito sin ninguna limitación concursal, a las que sí estarían sujetos los otros acreedores. Bajo estas consideraciones resulta irrelevante que en el trámite parlamentario la redacción del número 2 del artículo 77 hubiera sufrido una modificación, sustituyendo la original mención a ‘en caso de concurso, los créditos tributarios [...] quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal’, por la finalmente aprobado: ‘en caso de convenio concursal, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal’. Resulta irrelevante porque tanto una como otra mención legal resultaban innecesarias, pues la especialidad de la Ley concursal bastaba para exceptuar el régimen general de la Ley tributaria en caso de concurso, siempre y cuando no se excluyera expresamente, que no es el caso.”

La Audiencia desestima el recurso de apelación, pero en atención a las dudas de interpretación que suscita la redacción legal no hace expresa condena en costas.

Audiencia Provincial de Barcelona. Las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituye en sí misma un daño moral o extrapatrimonial indemnizable: por el desasosiego, el sufrimiento y la incomodidad que origina, por la merma de calidad de vida que impone, y el sentimiento de impotencia ante una situación de molestia continua en el desarrollo de la actividad ordinaria como es la de poder conciliar el sueño en paz, durante años, tal como se ha acreditado en estos autos

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Barcelona en juicio ordinario dictó sentencia el día 22 de noviembre de 2007, que desestimó íntegramente la demandada por una comunidad de propietarios. La acción ejercida pretendía lograr el cese de las perturbaciones ilegítimas sufridas a causa de las inmisiones acústicas por los propietarios de las viviendas integrantes de la comunidad de propietarios por parte de la empresa Babema, SL, que explota el negocio de restaurante-disco-bar denominado Danzatoria.

La demanda se planteó al amparo de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de acción negatoria, de inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, con cita de los artículos 1 y 2 de la misma, y se solicitaba la cesación de la actividad molesta hasta la adopción de medidas que impidieran la continuación de las inmisiones, así como una indemnización por daños morales de 18.030 euros para cada uno de los afectados.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona declara haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sentencia de primera instancia desestima la reclamación fundamentalmente por falta de prueba de la inmisión acústica. En primer lugar, porque en la zona en que se ubican las viviendas, además del local de la empresa demandada, existen dos restaurantes, tres discotecas y tres bares musicales más. En segundo lugar, porque considera que no se ha acreditado por la actora que el ruido fuera excesivo al amparo de su pericial, puesto que se le opondría la aportada de adverso, según la cual el ruido ambiental está dentro de los límites acústicos permitidos reglamentariamente. En tercer lugar, porque, en cualquier caso, la medición llevada a cabo por la perito de la actora no acredita que el ruido que se mide y refleja en su informe provenga exclusivamente del establecimiento del demandado y además en la realización de tal informe no se ha seguido el protocolo del anexo III.2 de la Ordenanza general de medio ambiente de Barcelona.

La parte actora apela la sentencia alegando error en la valoración de la prueba, por considerar que la invasión acústica producida por la actividad desarrollada por la demandada en su local ha sido plenamente acreditada mediante las pruebas documentales y periciales, aunque las valora en distinta forma a la juez *a quo*.

La Audiencia, en primer lugar, sintetiza su doctrina en materia de inmisiones:

“Así, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2002 (RJ 2003, 650), señala que ‘Es contrario a la equidad y al espíritu de la Ley 13/1990 afirmar que quien tiene autorización administrativa para explotar una instalación, ya tiene una patente de corso para producir inmisiones sobre las fincas vecinas que, si bien pueden reclamar medidas técnicas y razonables económicamente para hacer cesar o reducir las perturbaciones, deben renunciar a recibir indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos’.

“El espíritu de la Ley 13/1990, de 9 de julio, reguladora de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad es precisamente la de evitar al máximo las per-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª). Recurso de apelación 16/2007

SENTENCIA: 183/2008

FECHA: 14 de marzo de 2008

PONENTE: Ilma. Sra Rosa Mª Agulló Berenguer

DEMANDANTE: Comunidad de propietarios

DEMANDADA: Entidad mercantil

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1 a 3 de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de acción negatoria, de inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad

DOCTRINA: Las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituye en sí misma un daño moral o extrapatrimonial indemnizable: por el desasosiego, el sufrimiento y la incomodidad que origina, por la merma de calidad de vida que impone, y el sentimiento de impotencia ante una situación de molestia continua en el desarrollo de la actividad ordinaria como es la de poder conciliar el sueño en paz, durante años, tal como se ha acreditado en estos autos.

turbaciones que los vecinos puedan causar a los propietarios de los inmuebles afectados y resarcir, en su caso por los daños y perjuicios sufridos.

“Sólo cuando las inmisiones sean inocuas o insustanciales (artículo 3.2) hay una obligación de tolerancia. Si las inmisiones producen perjuicios sustanciales pero son consecuencia del uso normal del predio vecino, también hay una obligación de tolerancia, pero la ley regula expresamente la ‘indemnización por los daños producidos’ (artículo 3.4).

“Siguiendo la misma línea de razonamiento, no hay ninguna razón para excluir las perturbaciones producidas por instalaciones autorizadas administrativamente de la indemnización de daños y perjuicios, puesto que esta conclusión es además la más respetuosa con los antecedentes legales que inspiraron la normativa catalana.

“La única especialidad de las inmisiones producidas por instalaciones autorizadas administrativamente frente a las que no disponen (o no precisan) autorización administrativa, es que no se puede exigir sus titulares el cierre de la instalación o medidas que no sean técnicamente posibles y económicamente razonables para vitar las inmisiones.”

Por ello la Audiencia señala que:

A) El hecho de que el demandado tuviera licencia administrativa para el desarrollo de su actividad (que en realidad era de “restaurante musical”), no impide en absoluto apreciar la existencia de inmisiones cuando el ruido o las molestias sean excesivas y generen consiguientemente perjuicio a los vecinos.

B) Tampoco sirve para descartar tal emisión excesiva de ruido que en la zona existan otros establecimientos que también se

dedican a la misma o parecida actividad que el demandado, puesto que si se acredita por la parte actora la existencia de inmisiones y que el demandado las produce, huelga que también lo hagan otros, porque esa es una conducta que no se está enjuiciando en este pleito.

C) Además, tal como reconocieron ambos peritos en el acto del juicio en fase de aclaraciones, una vez producido un exceso de ruido por uno de los agentes que lo causan no aumenta el nivel sonoro porque otro también lo provoque, sólo ocurriría este fenómeno en el supuesto de que un tercer interviniente rebasara el nivel de los restantes. Por tanto, al actor le basta acreditar, en la medida en que le es posible, atendiendo también a criterios de facilidad probatoria, que el demandado ha causado la inmisión por exceso de ruido, de tal forma que, hecho eso, la carga de que el ruido no le es imputable, corresponde al demandado, que es quien explota la actividad generadora del sonido exterior. Ello es así por expresa disposición del artículo 217 de la LECiv.

La Audiencia, examinadas de nuevo las actuaciones, incluido todo el juicio recogido en el soporte de CD, y las documentales aportadas por las partes, considera acreditada la inmisión acústica en los hogares de los demandantes, afirmando que ello lo considera "valorando todas las pruebas practicadas y no solamente la formalidad de los informes periciales practicados por ambas partes, de los cuales, estimamos que el de la actora se ha estudiado y valorado con gran rigurosidad e inflexibilidad por parte de la juzgadora de primer grado".

La Audiencia valora que desde hace años las actoras están denunciando las intromisiones acústicas ante el Ayuntamiento; la empresa demandada fue sancionada por el Ayuntamiento porque rebasaba los límites de ruido tolerables para el tipo de establecimiento, lo que le valió, además de una multa, la paralización de la actividad (resolución de octubre de 2002); que el Síndic de Greuges de Catalunya señala ante la nueva queja de la comunidad de propietarios demandante que el Ayuntamiento no ha procedido a efectuar una nueva revisión tras el cierre voluntario (el cual impidió o evitó el precinto del local por el ente público), ni de las instalaciones, ni de la primitiva licencia administrativa que era para "restaurante musical"; la medición realizada por la perito de la actora se efectuó desde el balcón del tercer piso de una de las viviendas afectadas, mientras que el efectuado por el perito de la demandada fue hecha a pie de fachada y su resultado fue sólo de sonoridad ambiental, a diferencia del de la actora que hace la doble medición, ambiental y derivada del local.

Por todo ello, afirma la Audiencia:

"lo expuesto, correspondía a la parte demandada, y no lo ha hecho, acreditar que el exceso de sonido no provenía de su establecimiento sino de otro u otros de la zona, lo que se limita a sugerir como motivo de defensa pero sin apoyatura probatoria alguna cuando lo tenía fácil por ejemplo aportando informe de medición del Ayuntamiento en esas fechas de su propio local. Por otra parte, el argumento de que el exceso de ruido se prolonga durante el tiempo en que ya se ha cerrado su local tampoco sirve para acreditar el cumplimiento de la normativa por su parte. Primero, porque, como hemos apuntado anteriormente, pueden ser varios locales los que sobrepasen el límite en la misma franja horaria (es decir, cuando la disco del demandado está en funcionamiento) y, en segundo lugar, que no ha logrado acreditar que cumple la normativa de cierre a las tres de la madrugada porque en tal sentido sólo aportó el testimonio de tres clientes del bar que no acuden todos los días a su establecimiento."

El segundo punto que se plantea, y que no fue objeto de debate en el juicio ni en la sentencia, es el relativo a la procedencia o no de la indemnización de daños y perjuicios.

La Audiencia establece que:

"A propósito de esta reclamación debe resaltarse que es hoy pacífico que las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituye en sí misma un daño moral o extrapatrimonial indemnizable: por el desasosiego, el sufrimiento y la incomodidad que origina, por la merma de calidad de vida que impone, y el sentimiento de impotencia ante una situación de molestia continua en el desarrollo de la actividad ordinaria como es la de poder conciliar el sueño en paz, durante años, tal como se ha acreditado en estos autos. La dificultad radica en la determinación del importe de la indemnización. En este caso, no se ha aportado dato alguno que determine de manera objetiva un empeoramiento en la salud de las personas que habitan en las viviendas afectadas, como hipertensión, ansiedad o insomnio; sin embargo, creemos que pese a ello, el daño moral está acreditado con la propia conducta de los actores que han tratado por diversos medios terminar con la situación de incomodidad por la inmisión acústica. Ello nos lleva a fijar la indemnización en la cantidad de 4.320 euros por cada grupo afectado, es decir, por vivienda. Para ello, hemos tenido en cuenta el criterio sostenido por otras resoluciones judiciales y considerando que en este caso en la contaminación han podido contribuir en alguna medida otros factores como son la existencia de otros establecimientos de actividad nocturna en la zona. Esta indemnización corresponde al período de tres años, desde el 2002 hasta la interposición de la demanda en el 2006, a razón de 90 euros por mes y grupo familiar durante estos tres años."

La Audiencia estima en parte el recurso de apelación; declara la existencia de inmisión acústica dimanante del establecimiento Danzatoria en los domicilios de los demandantes, quienes no tienen obligación de soportar este exceso de ruido, y condena a la parte demandada, primero a cesar en el desarrollo de la actividad que es fuente de la inmisión o, en su caso, a adaptar su establecimiento de forma que cesen las emisiones de ruido excesivo causante de la perturbación, y en segundo lugar a que indemnicen a los afectados (por vivienda) a la suma de 4.320 euros.

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. Para apreciar el delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por una autoridad o un 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 puede 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

SUPUESTO DE HECHO

1. El día 27 de abril de 2004, el acusado Cristóbal, mayor de edad, era alcalde de Torredonjimeno (Jaén). En el ejercicio de sus funciones, ordenó la demolición del edificio de viajeros de la estación de ferrocarril de la citada ciudad, perteneciente a Renfe, materializándose el acto al día siguiente. La decisión se adoptó sin declarar previamente la ruina del citado edificio, y sin concurrir causa alguna que justificase la necesidad o conveniencia para el interés público. De igual modo, la orden de demolición no se puso en conocimiento de los titulares del edificio, que se vieron impedidos de ejercitar sus derechos sobre la conservación de la construcción, y se les causaron unos perjuicios valorados en 34.958 euros.

En las declaraciones prestadas tanto en la fase instructora como en la vista oral, Cristóbal puso de manifiesto que había alarma social por los edificios que no estaban en buenas condiciones de conservación, y que de hecho, antes de derribarse el de Renfe, se habían demolido tres naves de Bernal. También indicó el acusado que tenía conocimiento de que este edificio era un sitio peligroso, porque allí acudían algunos jóvenes para hacer ejercicio. De igual modo, manifestó que en esas fechas, concretamente en el mes de marzo, hubo temporales que hicieron daño y provocaron lesiones en otros pueblos de la zona, y que todo ello influyó en gran medida en la decisión que tomó.

2. El mismo día, el acusado Juan Pedro, mayor de edad, con DNI núm. [...], sin antecedentes penales, en su condición de asesor urbanístico del alcalde, emitió un informe, declarando que debido al desprendimiento de parte del muro sur del edificio y el mal estado de las vigas, existía una situación de grave peligro para los viandantes que habitualmente había en la zona. No se ha probado suficientemente que este informe lo emitiera Juan Pedro con intención de proporcionar amparo de legalidad a la orden de demolición, faltando a la verdad en la exposición de los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los hechos, según la Audiencia, que se declaran probados constituyen un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal.

En la valoración de los hechos, la Audiencia realiza las siguientes consideraciones:

“A) [...] aunque la preocupación de los vecinos fuese certera, no por ello se justificaría la adopción de una decisión tan drástica como la demolición del edificio, sin que previamente hubiese una declaración de ruina, o se hubiesen adoptado otras medidas de seguridad mínimas, tales como el apuntalamiento o el acordamiento y sellado de la nave. De hecho, como el propio acusado reconoció no existía en el Ayuntamiento ningún informe de ruina inminente. También sorprende que si el alcalde estaba tan preocupado por los efectos de las lluvias que cayeron en esa época,

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª). Procedimiento abreviado 10/2007

FECHA: 25 de enero de 2008

SENTENCIA: 14/2008

PONENTE: Illma. Sra. María Lourdes Molina Romero

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 404, y artículo 390.1, apartado 4, del Código Penal

DOCTRINA: Para apreciar el delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por una autoridad o un 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 puede 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.

Los delitos de falsedad documental protegen los documentos como medio de prueba de hechos. Los documentos en los que se expresen dictámenes, aunque tengan otro tipo de relevancia jurídica, no son objeto de protección de los tipos de los artículos 390 y siguientes del CP, sino de otros tipos penales (por ejemplo, del artículo 320.1 del CP). Es erróneo suponer que el bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental está determinado por el concepto de documento del artículo 26 del CP, y es erróneo considerar que al referirse éste a “cualquier otra relevancia jurídica” junto a la eficacia probatoria, los delitos de falsedad documental tienen por objeto proteger la corrección de las valoraciones técnicas documentadas.

concretamente en el mes de marzo, como dijo, no hubiera hecho mención a esta circunstancia en el comunicado que remitió a Renfe, a través del Departamento de Urbanismo, por fax, el 15 de abril de 2004. Al contrario, el comunicado mencionaba que el uso

que se quería dar a los terrenos de la antigua estación de Renfe era de zona verde y de equipamiento público, valorándose las naves construidas en 12.000 euros.

"B) [...] los informes existentes en las actuaciones referían el deterioro del edificio, pero no hasta el punto de considerarlo ruinoso, o en peligro de derrumbamiento.

"C) [...] de especial interés resulta la declaración de Doña Carina, arquitecta técnica y aparejadora municipal accidental del Ilmo. Ayuntamiento de Torredonjimeno. A requerimiento del alcalde inspeccionó el 28 de abril de 2004 el inmueble situado en la antigua estación de Renfe, y después de practicar su inspección ocular puso de manifiesto que las puertas y ventanas estaban tapiadas, para evitar la entrada de personas al mismo. También describió determinados elementos puntuales en la fachada que podían presentar peligro de derrumbamiento, como la parte superior del muro lateral derecho. En el interior describió que se observaban elementos de la cubierta que aparentemente estaban en mal estado. Así se refleja en las fotografías que hizo en esos momentos.

"D) A la vista de todo lo expuesto, resulta evidente que no había necesidad imperiosa de demoler el edificio, pues ningún informe técnico lo aconsejaba, ni refería la existencia de un estado de ruina inminente, con peligro para la seguridad pública o la integridad del patrimonio protegido por la legislación específica o por el instrumento de planeamiento urbanístico. En esos casos la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, en su artículo 159.1, sí autoriza al alcalde para disponer todas las medidas que sean precisas, 'incluido el apuntalamiento de la construcción o edificación y su desalajo'.

"E) Tampoco hubiera sido procedente la situación legal de ruina urbanística, a que se refiere el artículo 157 de la referida norma, pues es evidente que la carencia de informes técnicos dificultaría la apreciación de la concurrencia de los requisitos exigidos en el precepto. En cualquier caso, este supuesto precisa conforme al párrafo segundo del precepto, el procedimiento determinado reglamentariamente, con audiencia al propietario y demás titulares de derechos afectados, que, como después se dirá, no se ha cumplido.

"F) En definitiva, Cristóbal prescindió del procedimiento legalmente previsto y acordó de forma arbitraria y a sabiendas la demolición del edificio de que se trata, cometiendo el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal."

En la sentencia, se hace un repaso de la posición de los tribunales en cuanto al delito de prevaricación, que se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria.

La Audiencia valora el elemento de arbitrariedad en el delito:

"Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (artículos 103 y 106 de la Constitución española (sentencia del Tribunal Supremo 1068/2004, de 29 de septiembre [RJ 2004, 6059])). Así pues, elemento decisivo de la actuación prevaricadora es el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución española, 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, cometida 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

(sentencia del Tribunal Supremo 1658/2003 de 4 de diciembre [RJ 2004, 1781])."

Examina el concepto de resolución:

"Por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el artículo 89 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, el definido como 'acto que pone fin al procedimiento administrativo', decidiendo todas las cuestiones planteadas por los administradores y aquellos otros derivados del mismo (sentencia del Tribunal Supremo 627/2006, de 8 de junio [RJ 2006, 6295])."

La expresión "a sabiendas" también es objeto de análisis:

"Por lo que se refiere a la expresión 'a sabiendas', exige una intención deliberada y plena conciencia del acto realizado. Se trata del elemento de la culpabilidad en el que reside la primordial diferencia cualitativa entre la ilegalidad administrativa y la tipicidad penal. La intención dolosa o el repetido conocimiento de ilegalidad no es suficiente deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que precisa, como en todo derecho incriminatorio, una prueba evidente que no deje duda alguna del comportamiento anímico, por lo que resulta imprescindible la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido (sentencia del Tribunal Supremo 1621/1998, de 28 de diciembre [RJ 1998, 10405])."

En cuanto a la distinción entre acto administrativo ilegal y la conducta que integra el tipo de prevaricación, cuestión clave, realiza las siguientes consideraciones:

"Además, conforme a reiterada jurisprudencia, es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento; y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3823]). No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente con la exigencia de que se trata de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2003 [RJ 2004, 1781])."

“Numerosas sentencias de esta sala han señalado criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito. En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9375), se afirma debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que les vienen impuestos por la Constitución. No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa. El Derecho Penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar. Más recientemente la jurisprudencia de la Sala II, por todas la STS de 2 de abril de 2003 (RJ 2003, 4204) y de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8169), exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como esta ha sido calificada mediante distintos adjetivos (‘palmaria, patente, evidente, esperpéntica...’), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular, la lesión del bien jurídico protegido por el artículo 404 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (sentencia del Tribunal Supremo 647/2002 [RJ 2002, 5449]). En todos estos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversión del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario (sentencia del Tribunal Supremo 1068/2004, de 29 de septiembre [RJ 2004, 6059]).

“El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de derecho (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005 [RJ 2005, 6610]).”

A modo de conclusión:

“Para apreciar, por tanto, el delito de prevaricación 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 puede 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 (sentencia del Tribunal Supremo 1658/2003, de 4 de diciembre [RJ 2004, 1781]).”

La Audiencia, sin embargo, considera que no se ha probado la comisión de un delito de falsedad documental del artículo 390.1.1 del CP.

La Audiencia parte de la premisa de que no existe absorción de la falsedad por la prevaricación, concurso de leyes, por

cuanto se trata de la infracción de dos bienes jurídicos distintos. En este sentido, señala que:

“El delito de prevaricación se conecta con los artículos 9.1 y 3, 103 y 106 de la CE, principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, cuya defensa constituye el bien jurídico protegido por el delito, es decir, el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la Ley y al Derecho, mientras que el delito de falsedad tiene como objeto la protección de la seguridad del tráfico jurídico, la fe pública depositada en el valor probatorio de los documentos. El funcionario público tiene un deber específico de fidelidad independientemente de que su infracción coopere o no a un delito de prevaricación (STS 867/2003 de 22 de septiembre [RJ 2003, 6477]).”

Los elementos que estructuran el tipo de delito de falsedad se describen del siguiente modo:

“De forma continuada y estable viene recogiendo la doctrina de esta Sala, los siguientes requisitos procesales para definir la falsedad documental: 1) el elemento objetivo o material, propio de toda falsedad, la mutación de la verdad por alguno de los procedimientos o forma enumerados en el artículo 302, hoy 390 del CP. 2) Que la *mutatio veritatis* recaiga sobre elementos capitales o esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración del delito los mudamientos de la verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento. 3) Elemento subjetivo o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el agente de la conciencia o voluntad de traspasar la verdad. Es decir, que la *mutatio veritatis* debe tener suficiente entidad como para conseguir afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas (sentencia del Tribunal Supremo 888/2004, de 5 de julio [RJ 2004, 4446]). Además no es suficiente la condición de funcionario o autoridad para sancionar por el artículo 390. Es necesario que la falsedad se cometa en el área de las funciones propias de ese funcionario en cuanto tal y abusando de ellas (sentencia del Tribunal Supremo 141/2005, de 11 de febrero [RJ 2005, 4385]).”

La Audiencia recuerda que el primero de los preceptos se refiere a la falsedad cometida alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, y ello no sucede en los hechos que conllevan la instrucción del procedimiento.

En concreto establece que:

“La creación de un expediente para revestir de legalidad la orden de demolición del edificio de Renfe no es un acto falsario que altere lo esencial del documento.

“Es evidente que no se instruyó un expediente previo a la demolición, ni siquiera puede hablarse en puridad de forma de un expediente administrativo, porque como dijo Cristóbal se trató el asunto por la vía de urgencia y no como un expediente de ruina. Eso justifica que la resolución de la Alcaldía tenga fecha de 30 de abril, con el objeto de revestir de legalidad la orden de demolición de 28 de abril. El acusado mantuvo que la firma tuvo lugar el día 30 de abril, y no el 5 de mayo como aseguró la secretaria. Pero sea como fuese ese particular no supone el falseamiento o alteración de ningún documento en un elemento esencial, y menos aún se falta a la verdad en la narración de los hechos y ello por varios motivos: la resolución de la Alcaldía fundamenta la orden de derribo en la ruina del edificio y la situación de inminente peligro detectada sobre el terreno, invocando el artículo 159 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, pero no por eso refleja el dolo falsario, sino el elemento culpabilístico o conocimiento de la flagrante ilegalidad del acuerdo adoptado. Además la Secretaría del Ayuntamiento reconoció que era posible en caso de urgencia adoptar una medida y después tramitar el expediente, aunque éste no fuera el caso. Además también dijo que el

motivo por el que se negó a firmar fue porque no había un expediente administrativo previo, no porque fuese mendaz o hubiese alterado elementos esenciales.”

En cuanto a que a Juan Pedro, de profesión arquitecto técnico, asesor urbanístico del Ayuntamiento, elaboró el informe fechado el 28 de abril de 2004, sobre la situación de la nave que se iba a demoler, la Audiencia entiende que no constituye un delito de falsedad documental. Lo razona del modo siguiente:

“no puede afirmarse que a través del informe en cuestión el acusado haya faltado a la verdad en la narración de los hechos, porque no contiene una descripción de hechos, sino una valoración del estado del inmueble. Como dice el Tribunal Supremo en la sentencia 578/1999, de 20 de abril (RJ 1999, 3199), si la valoración no fuera adecuada ello no podría dar lugar a ninguna de las hipótesis de falsedad documental, pues los delitos de falsedad documental protegen los documentos como medio de prueba de hechos. Los documentos en los que se expresen dictámenes, aunque tengan otro tipo de relevancia jurídica, por el contrario, no son objeto de protección de los tipos de los artículos 390 y siguientes del CP, sino de otros tipos penales (por ejemplo del artículo 320.1 del CP). Es erróneo suponer que el bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental estaría determinado por el concepto de documento del artículo 26 del CP y considerar que al referirse éste a ‘cualquier otra relevancia jurídica’ junto a la eficacia probatoria, los delitos de falsedad documental tienen por objeto proteger la corrección de las valoraciones técnicas documentadas. En realidad, lo cierto es que en el Código Penal no sólo se protegen los documentos como objetos de los delitos de falsedad documental, sino también en otros ámbitos que nada tienen que ver con su falsedad. Sentado lo anterior, es claro que los informes de los arquitectos en los que se hace una calificación valorativa sobre el estado ruinoso de un inmueble no implican una constatación de los hechos, sino una valoración de los mismos. Como consecuencia de ello, no tienen eficacia ni para probar el estado ruinoso del inmueble, que no es un hecho, sino una valoración, ni para determinar el significado jurídico de tal valoración que está fuera de la competencia de los arquitectos.

“Algo similar ocurre en el supuesto enjuiciado, y es por ello que al no contener el informe sino una valoración de hechos, distinta a la narración de hechos como tales, que pudiera discrepar de otros técnicos, es procedente la libre absolución de Juan Pedro, del delito de falsedad que se le imputa.”

Por todo ello, la Audiencia:

a) Condena al acusado Cristóbal como autor responsable de un delito de prevaricación, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años, y a que indemnice a Renfe en 34.058 euros con los intereses del artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento civil y al Ilmo. Ayuntamiento de Torredonjimeno en la suma de 8.648,71 euros con los mismos intereses, y al pago de un tercio de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.

b) Absuelve a Cristóbal y a Juan Pedro de los delitos de falsedad documental que se les imputaba, declarando de oficio dos tercios de las costas causadas.

5	PRESENTACIÓN
7	ESTUDIOS
7	Las transformaciones de la justicia administrativa en el siglo XXI y el contencioso-administrativo local <i>José Manuel Bandrés</i>
17	Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización <i>Ángel Menéndez Rexach</i>
48	Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales <i>Dimitry Berberoff Ayuda</i>
64	El control judicial de las disposiciones de carácter general. Algunas consideraciones <i>Jesús María Chamorro González</i>
75	El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales: las sesiones <i>Jesús Colás Teras</i>
110	La participación en el IVA como recurso de la hacienda municipal en Alemania <i>Andrés García Martínez</i>
126	Régimen jurídico de la siniestralidad laboral en los espectáculos públicos en el ámbito de las corporaciones locales <i>Santiago Milans del Bosch</i>
137	Los procedimientos formalizados como ámbito de aplicación del silencio positivo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 <i>Alina del Carmen Nettel Barrera</i>
152	CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
153	A) Jurisdicción constitucional
160	B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
162	C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
171	D) Jurisdicción contencioso-administrativa
194	E) Jurisdicción civil
199	IF) Jurisdicción penal <i>Domènec Sibira Tomás</i>